

Tesi di dottorato

IL CONTRATTO DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO

Intersezioni tra profili di diritto privato e prospettive giuspubblicistiche

TUTOR

Chiar.ma Prof.ssa Carla Bassu

DOTTORANDO

Dott. Salvatore Mistretta

IL CONTRATTO DI EFFICIENTAMENTO ENERGETICO

Intersezioni tra profili di diritto privato e prospettive giuspubblicistiche

Indice

Premessa.....	4
---------------	---

CAPITOLO I

Il contratto di rendimento energetico nel mercato “sostenibile”

1. Contrattualistica dell’efficienza energetica e trasformazioni del mercato dell’energia: verso un diritto ibrido pubblico-privato.....	14
2. Il contratto nel settore dell’energia: le “nuove” fattispecie negoziali.....	20
3. Nozione e struttura del contratto di rendimento energetico.....	25
4. Le politiche di indirizzo dell’Unione Europea: il rendimento energetico quale strumento di <i>green economy</i>	34
5. Il contratto di rendimento energetico nell’ordinamento italiano: un rapporto negoziale complesso.....	44

CAPITOLO II

L’EPC e l’interesse pubblico alla sostenibilità ambientale

1. Introduzione.....	53
2. Il contratto di rendimento energetico e il diritto privato regolatorio.....	54
3. L’EPC quale strumento di realizzazione dell’interesse pubblico attraverso l’autonomia privata.....	59
4. Sostenibilità ambientale e contratto: il “nuovo” modello del contratto ecologico.....	65
5. Contratto di rendimento energetico: causa e giudizio di meritevolezza.....	74
5.1. La causa.....	74

5.2. Il giudizio di meritevolezza nell'ottica del c.d. contratto ecologico.....	79
6. Considerazioni di sintesi.....	91

CAPITOLO III

La qualificazione del contratto e la sua disciplina

1. Introduzione.....	95
2. Il contratto di rendimento energetico: contratto tipico, atipico ovvero transtipico.....	96
3. La nozione di contratto di rendimento energetico: “un contratto di scopo”.....	101
3.1. <i>Segue</i> . Gli elementi minimi del contratto di rendimento energetico.....	104
4. Qualificazione dell'EPC come contratto di appalto misto tra opera e servizi.....	109
4.1. <i>Segue</i> . La disciplina dell'appalto e lo schema negoziale dell'EPC.....	114
5. Sulla tutela dei terzi.....	116
6. Sulle Clausole di ritiro nell'EPC.....	122
 Conclusioni generali	 127
 Bibliografia	 131

Premessa.

Il presente lavoro intende approfondire il contratto di efficientamento energetico nella prospettiva della disciplina di diritto privato, atteso che, nel panorama dottrinale di riferimento, detto istituto viene normalmente trattato nel più ampio contesto degli appalti nel settore energetico, ovvero dei c.d. appalti verdi e dei contratti ecologici¹.

Gli appalti nel settore energetico si atteggiavano come contratti aventi ad oggetto differenti tipologie di prestazioni, quali servizi o forniture, nonché attività in senso ampio, relative alla produzione industriale dell'energia. L'ambito loro proprio, allora, è assai variegato, per cui, tra i settori nei quali si rinvenivano, possono indicarsi la produzione di energia elettrica, l'approvvigionamento di combustibili, la costruzione di impianti energetici e la fornitura di attrezzature e tecnologie strumentali alle attività precedenti.

Visti i relativi contenuti, gli appalti in materia energetica sono oggetto di una particolare attenzione nella prospettiva del *Green Deal* europeo², tramite il quale l'Unione Europea mira a conseguire la c.d. neutralità climatica entro l'anno 2050.

In effetti, un tale, e assai ambizioso, piano d'azione mira a promuovere e indirizzare la transizione verso un modello economico che dà priorità al benessere umano e

¹ Sul tema di veda M. PENNASILICO, *L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico"*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, pp. 166 ss; C. FELIZIANI, *I nuovi appalti verdi, un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Dir. econ.*, 2017, pp. 349 ss.

² Il *Green Deal* europeo, edito in www.consilium.europa.eu, è definibile come "un pacchetto di iniziative strategiche che hanno avviato l'UE sulla strada di una transizione verde, con l'obiettivo ultimo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050". Si tratta del contributo dell'UE all'accordo di Parigi, ratificato dalla stessa UE e dagli Stati membri, il quale ha stabilito l'obiettivo di mantenere il riscaldamento globale entro +1,5°C rispetto ai livelli preindustriali. Il *Green Deal* sostiene la trasformazione dell'UE in una società equa e prospera con un'economia moderna e competitiva e sottolinea la necessità che tutti i settori di intervento contribuiscano alla lotta contro i cambiamenti climatici. Esso, inoltre, guarda con favore a specifiche misure in vari settori economici, tra cui l'energia, i trasporti, l'industria, l'agricoltura e la finanza sostenibile.

all'equità sociale, riducendo al contempo i rischi ambientali e le esternalità negative sulle risorse ecologiche; ciò avverrebbe avvalendosi anche di uno schema di produzione e consumo che implica condivisione, prestito, riutilizzo, riparazione, ricondizionamento e riciclo dei materiali e dei prodotti esistenti, così da estenderne nel modo più ampio la funzionalità (il riferimento, allora, è alla c.d. economia circolare³).

Tra i negozi rilevanti ai fini dell'indagine, è stato prescelto il contratto di rendimento energetico (o Energy Performance Contract – EPC), che trova una – seppur lacunosa – definizione all'art. 2 del d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, volto ad attuare la direttiva 2012/27/UE (ora sostituita dalla direttiva 2023/1791/UE). L'allegato 8 del medesimo decreto – da leggersi ora congiuntamente all'allegato XV della nuova direttiva – indica i “contenuti minimi” che il contratto EPC deve presentare, in particolare nel settore pubblico. Ulteriori disposizioni, seppur parziali, sono contenute anche nell'art. 200 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

L'art. 2 del d. lgs. n. 102/2014, infatti, definisce il contratto di rendimento energetico (o di prestazione energetica, secondo l'acronimo EPC) come l'accordo contrattuale tra il beneficiario – o chi per esso esercita il potere negoziale – e il fornitore di un *quantum* di miglioramento dell'efficienza energetica, efficienza verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto; in esso gli investimenti realizzati (lavori, forniture o servizi) sono remunerati in funzione del livello, stabilito contrattualmente, di un siffatto miglioramento dell'efficienza energetica, oppure in

³ Ricostruiscono il modello economico dell'economia circolare, quale protensione alla realizzazione di interessi superindividuali, D. IACOVELLI, *Rifiuti e mercato nell'economia circolare*, Torino, 2021, p. 132; A. CASTELLI, *GPP e economia circolare: le dinamiche ambientali all'interno del Codice dei contratti pubblici*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2019, 1, p. 725; M. MELI, *Oltre il principio “chi inquina paga”: verso un'economia circolare*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2017, p. 63.

base a ulteriori e diversi criteri di prestazione energetica concordati tra le parti, quali i risparmi finanziari.

La dottrina che ha analizzato l'istituto in commento ha unanimemente rilevato come le scarse indicazioni fornite dal legislatore siano principalmente volte a garantire, da un lato, la trasparenza del rapporto e, dall'altro lato, la certezza del suo impatto economico nella distribuzione dei rischi tra le parti⁴. Non è un caso che l'allegato 8 del d. lgs. n. 102/2014 si soffermi esclusivamente: a) sulla durata e sui termini del rapporto; b) sulla determinazione dei costi, dei finanziamenti e dei compensi oggetto del medesimo; c) sulla specificazione della modalità in cui dovrà svolgersi il monitoraggio e, quindi, sulle pattuizioni volte a garantire l'efficienza del rapporto e il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Nell'ottica della disciplina codicistica di parte generale del contratto, simili indicazioni potrebbero apparire superflue, posto che essa già individua una serie di istituti diretti a prevedere e a garantire la determinatezza dell'oggetto del rapporto, nonché a tutelare le parti nei casi di alterazione del sinallagma tra le prestazioni nella fase esecutiva.

Le disposizioni sul contratto di rendimento energetico – per quanto scarse – acquistano un senso individuato, invece, se lette dal punto di vista giuspubblicistico⁵: infatti, tali norme non costituiscono regole di validità o di efficacia del contratto⁶, bensì mirano a salvaguardare il buon andamento della pubblica amministrazione, in quanto

⁴ C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, Napoli, 2018, pp.39 ss; M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi "elementi minimi"*, In *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, pp. 422 ss.

⁵ Gli "elementi minimi" del contratto di rendimento energetico, infatti, sono imposti alla P.A. per la redazione dei contratti ad evidenza pubblica, mentre, per i privati, nel solo caso in cui si voglia accedere a determinati incentivi di carattere fiscale (cfr. le regole applicative emanate dal GSE in attuazione dell'art. 8, comma 2, D.m. 16 febbraio 2016).

⁶ Così anche C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 60.

privilegiano, oltre agli interessi patrimoniali dell'appaltatore o del committente, le pubbliche risorse finanziarie e le esternalità positive del rapporto, secondo i canoni dell'efficienza e dell'efficacia amministrativa.

A conferma di ciò, l'art. 200 del d. lgs. n. 36 del 31 marzo 2023 (nuovo codice dei contratti pubblici) inquadra il contratto di rendimento energetico nel partenariato pubblico-privato, quale modello di collaborazione tra i relativi settori per la realizzazione e la gestione di progetti che interessano la collettività, ove la P.A. e il privato condividono il rischio economico dell'operazione attuata a tali scopi. Pertanto, il contratto di rendimento energetico va annoverato tra i mezzi a disposizione dell'apparato amministrativo finalizzati all'attuazione degli indirizzi politici, nonché alla cura degli stessi interessi pubblici, con l'ausilio delle capacità manageriali e progettuali dei privati; esso, sotto il profilo strutturale, costituisce allora un'operazione negoziale complessa, idonea a realizzare interessi di natura strettamente pubblicistica ogniqualvolta la P. A. ne faccia ricorso in un contesto di partenariato pubblico-privato.

Nell'ottica della teoria generale del contratto, tuttavia, occorre domandarsi se la rilevanza sociale del contratto di rendimento energetico dispieghi la propria influenza anche con riguardo ai rapporti di diritto privato – ossia là dove il rendimento energetico non coinvolga soggetti dotati di potestà autoritativa – e si collochi in un contesto di relazioni economiche suppostamente determinate dal solo mercato. Infatti, proprio in virtù degli interessi pubblici che esso sembrerebbe realizzare, il contratto in esame è stato più volte definito come “ontologicamente funzionalizzato”⁷, atteso che la normativa euro unitaria e interna lo inquadrano quale strumento della *green economy*.

⁷ Da ultimo si veda M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall'EPC e dagli accordi di sostenibilità*, in *Contr. impr. Eur.*, 2, 2024, pp. 267-268.

Sul contratto di rendimento energetico, quindi, taluna dottrina ha voluto giustificare la categoria dei “contratti ecologici” o “sostenibili”⁸ (di cui l’EPC sarebbe l’archetipo⁹), ossia quei contratti la cui funzione trascenderebbe l’interesse meramente egoistico delle parti, per produrre effetti benefici in favore di tutta collettività, in termini di sostenibilità ambientale e, quindi, di benessere pubblico.

In quest’ottica, si è ritenuto che i contratti in parola avrebbero peculiarità tali da indurre un “*ripensamento di alcuni concetti tradizionali del diritto civile e della stessa categoria del contratto*”¹⁰. Ciò risulterebbe ancor più palese alla luce della riformulazione degli artt. 9 e 41 Cost.¹¹, a fronte della quale la salvaguardia dell’ambiente è annoverata (espressamente) tra i principi fondamentali costituzionali.

⁸ M PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la sostenibilità*, in *Pers. e merc.*, 2021, p. 711 ss.; M. ROBLES, *Meritevolezza «ambientale» del contratto e transigibilità degli interessi*, Napoli, 2019, pp. 63 ss.; E. W. DI MAURO, *Sviluppo sostenibile e il contratto «ecologicamente orientato»*, in G. CAPALDO (a cura di), *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, Roma, 2023, pp. 69 ss.; S. ZUCCARINO, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione del contratto*, in *Ann. SISDiC*, 2022, pp. 65 ss.; M. GIORGIANNI, *Il contratto «sostenibile». Riflessioni attorno a una categoria controversa*, in *Comp. e dir. civ.*, 2021, p. 755 ss.; M. G. CAPPIELLO, *Il contratto a rilevanza ecologica”: nuovi scenari civilistici a tutela dell’ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, pp. 121 ss. e S. PERSIA, *Profili contrattuali dello sviluppo ecologico”: dalle locazioni ai mutui verdi*, ivi, 2020, pp. 190 ss.

⁹ M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall’EPC e dagli accordi di sostenibilità*, cit., p. 267, afferma che «L’EPC consente di verificare la tenuta del “contratto sostenibile”, in quanto può apprezzarsi il superamento degli interessi patrimoniali dei contraenti e l’impatto della dimensione ecologica».

¹⁰ Così, testualmente, M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2018, p. 34; considera il contratto ecologico «l’espressione sintomatica di un autentico “mutamento di paradigma” in materia contrattuale, tale da mettere in discussione, solo la spinta del modello globale dello “sviluppo sostenibile” l’adeguatezza della nozione stessa di contratto, come formulata dal Codice civile del 1942, e da imporre una conformazione “ecologica” dell’autonomia negoziale», M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell’autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2017, pp 4 -5.

¹¹ Ci si riferisce ovviamente alla riforma attuata con la legge costituzionale n.1 dell’11 febbraio 2022, entrata in vigore il 09.03.2022, che ha aggiunto il comma 3, all’art. 9 “*Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello*

Sinteticamente, come si avrà modo di illustrare meglio nel prosieguo del discorso, la portata dirompente dei contratti in argomento rileverebbe principalmente in termini di causa e qualificazione, giudizio di meritevolezza, interpretazione del negozio e, infine, superamento del principio di relatività del contratto.

Approfondire il contratto di rendimento energetico alla luce della sistematica codicistica del contratto, quindi, implica anche riconcettualizzare la categoria del contratto sostenibile, così da verificare se con l'EPC siano stati effettivamente introdotti elementi normativi tali da influire sulla teoria generale del contratto, come tradizionalmente intesa.

In una prospettiva sistematica, appare quindi opportuno prendere le mosse dai dati normativi di riferimento e, perciò, comprendere in cosa consista il contratto di rendimento energetico alla luce delle scarse disposizioni fornite dal legislatore. In prima approssimazione può fin d'ora affermarsi che il contratto di rendimento energetico è un contratto sicuramente nominato, in quanto espressamente richiamato dal legislatore nella sua struttura essenziale¹². Anche tale conclusione impone un doveroso approfondimento, per accertare se ci si trovi innanzi a un contratto

Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali” e ha novellato i commi 2 e 3 dell’art. 41 che oggi è così formulato: “*L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali*”.

¹² Tuttavia, nel senso che la sola previsione di legge non sia sufficiente per poter qualificare un contratto come nominato, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1970, pp. 39 ss.

meramente nominato, ma atipico nel suo contenuto¹³, a un contratto tipico in senso stretto, a un contratto misto, ovvero a un contratto c.d. transtipico¹⁴.

È quindi compito dell'interprete qualificare il negozio e ricostruirne compiutamente la disciplina, muovendo dall'unico dato fornito dal legislatore, ossia la causa; in particolare, si dovrà verificare se il requisito causale vada configurato proprio nella visione prospettica della ontologica funzionalizzazione alla quale si è fatto cenno in precedenza.

Ciò posto, il contratto di rendimento energetico può essere ricondotto, con buona approssimazione, al modello del sinallagma *do ut facias*, là dove il rapporto privatistico, oltre agli interessi di natura prettamente remunerativa delle prestazioni effettuate dalle parti, realizza anche l'ulteriore interesse sociale consistente nella riduzione, attraverso l'efficientamento energetico, dell'impatto ambientale derivante dall'opera dell'uomo.

Nell'ottica della teoria generale del contratto, tuttavia, può rilevarsi che l'impatto sociale del contratto di rendimento energetico appare attenere non tanto alla causa del rapporto, che, invero, risulta sempre strumentale agli interessi di carattere prettamente economico facenti capo alle parti, ma piuttosto all'oggetto del contratto, ossia all'efficientamento energetico. Questo, infatti, costituisce per i contraenti fonte di risparmio (per il beneficiario della prestazione) e al contempo di guadagno (per il

¹³ P. PISELLI - A. STIRPE, *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, P. PISELLI (a cura di) *Il contratto di rendimento energetico*. Energy performance Contract, Torino, 2011, pp. 35 ss.

¹⁴ C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 35 che qualifica il contratto in argomento come figura transtipica, ossia riconducibile talvolta ad un tipo negoziale già esistente (solitamente l'appalto), ovvero ad un contratto misto (ossia derivante dalla combinazione di più contratti tipici), a seconda del concreto atteggiarsi del rapporto, come regolato dalle parti.

fornitore ovvero per la Esco¹⁵), mentre solo in via incidentale esso realizza anche effetti favorevoli per l'ambiente in termini di esternalità positive.

E infatti, a bene vedere, ciò che caratterizza il contratto *de quo* è proprio la prestazione dedotta in contratto, ossia l'efficienza energetica monitorata e garantita per tutta la durata del rapporto.

In ragione di detta prestazione caratterizzante, appare altresì opportuno chiedersi se non ricorra un nuovo contratto tipico, il quale, ancorché sprovvisto di una disciplina privatistica dedicata¹⁶, appare essere ben delineato nella sua funzione economico sociale¹⁷). Così ragionando, ci troveremmo innanzi a un tipo contrattuale configurato in via diretta e primaria dal Titolo II del Libro IV del codice civile, in tal modo demandandosene la regolamentazione alla disciplina generale del contratto. Il rapporto, quindi, non sarà da sottoporsi al giudizio di meritevolezza (riservato *ex art.* 1322, comma 2, c.c. ai soli contratti atipici)¹⁸, ma, al più, la sua disciplina sarà integrata

¹⁵ L'acronimo sta per *Energy Service Company*, ossia Società di Servizi Energetici; per un primo approfondimento su questa particolare tipologia di enti si veda A. LORENZONI, *Definizione delle modalità operative della ESCo mista e della sua organizzazione, con particolare riferimento alla costituzione della ESCo sperimentale*, in *Report RSE/2009/65*, ENEA, 2009, pp. 7 ss

¹⁶ A. ZOPPINI, *L'efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in L. CARBONE - G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, 2016, p. 360, già rileva come la tecnica definitoria usata dal legislatore sia inusuale.

¹⁷ Sulla rilevanza della causa come funzione economico - sociale del contratto, si veda tra i molti, C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, in G. VETTORI (a cura di), *Vincenzo Roppo. Trattato del Contratto, II. Regolamento*, Milano, 2022, pp. 85 ss.

¹⁸ Per spunti, con riguardo alla compenetrazione delle istanze ambientali nel giudizio di meritevolezza, cfr. F. DEGL'INNOCENTI, *Nuove sfide regolatorie del diritto privato europeo nel prisma della sostenibilità. La proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, p. 838 ss. e M.C. GAETA, *Strumenti di diritto privato per la sostenibilità ambientale nell'industria automobilistica 4.0: un'analisi giuridico-ecodinamica*, *ivi*, p. 2092.

dalle norme che disciplinano altri contatti tipici affini e che potranno essere a questo estese per analogia¹⁹.

Il rapporto di rendimento energetico, nei termini in cui è descritto anche dalla normativa pubblicistica, si presenta per lo più affine al contratto di appalto²⁰: da un lato, infatti, l'operatore è vincolato a realizzare impianti e/o strutture dirette all'efficientamento energetico e al relativo monitoraggio, mentre, dall'altro lato, il medesimo operatore si impegna alla gestione dell'impianto percependo i canoni ad essa attinenti, e ciò proprio in base all'effettivo risparmio energetico realizzato.

Nell'ottica privatistica, quindi, la disciplina del rapporto dovrebbe essere data dalla sintesi delle regole in tema di appalto d'opera e di servizi, le quali, tuttavia, nella loro ermeneutica tradizionale non contemplano modelli "ibridi", sia in generale sia con precipuo riferimento al nuovo mercato della *green economy*.

¹⁹ Sulla transtipicità di talune disposizioni della parte speciale dei contratti si veda, ad esempio, G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *I Contratti*, 1998, pp. 411 ss. e, più di recente, con riferimento ai contratti di rete, F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: << Learning by doing >>*, in *Contratti*, 2010, pp. 1143 ss., nonché M. MAUGERI, *La funzione delle norme generali e gli smart Contract*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, Livorno, 2021 pp. 61 ss.

²⁰ Da ultimo, qualifica l'EPC come un appalto *tout court* M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale*, cit., p. 270; Sulla distinzione tra contratto di appalto e contratto di rendimento energetico insiste, invece, M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit., p. 830, nt. 78: *non sembra, tuttavia, corretto assimilare il contratto di rendimento energetico all'appalto, giacché diverso è il criterio di valutazione dell'adempimento: l'esecuzione a regola d'arte dell'opera o del servizio, nell'appalto; il risparmio energetico, nell'EPC. Ne consegue un differente modo di determinazione e corresponsione del corrispettivo: un canone periodico variabile, nell'EPC, commisurato al risparmio di spesa conseguito dal beneficiario; una somma di denaro, nell'appalto, complessivamente determinata, che il committente s'impegna a pagare per il compimento dell'opera o del servizio una volta intervenuta, di norma, la propria accettazione*".

Ciò posto, eventuali patti negoziali tali da incidere significativamente sull'operazione economica tipica vanno valutati non già in base al giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c., bensì in termini di compatibilità con il negozio tipico in cui si inseriscono²¹.

Appare dirimente in quest'ottica soffermarsi sull'ammissibilità – nella declinazione privatistica dei rapporti di rendimento energetico – di clausole proprie dell'economia circolare, le quali: a) da un lato, consentano al committente di estinguere il rapporto qualora, in sede di esecuzione delle prestazioni contrattuali, gli impianti o i servizi offerti divengano obsoleti rispetto alle nuove tecnologie reperibili sul mercato; b) dall'altro lato, autorizzino l'appaltatore a riappropriarsi dei propri impianti e servizi per reimmetterli nel mercato, così da massimizzarne il margine di sfruttamento. Difatti, la peculiare natura dell'oggetto contrattuale nel contratto di rendimento energetico, influenzata dall'esigenza di mutare in senso positivo il rapporto tra costo dell'energia e qualità dei servizi ad essa attinenti, potrebbe consentire l'attenuazione e/o la dissoluzione del vincolo negoziale qualora risulti più efficiente individuare altra e diversa controparte, in grado di esprimere al meglio la capacità del contratto di produrre externalità positive in senso ambientale²².

²¹ Sulla valutazione di patti atipici in contratti tipici si veda, nella giurisprudenza in tema di natura ed effetti della clausola "claims made" nell'assicurazione della responsabilità civile, da ultimo, Cass. civ., sez. III, 27/07/2023, n. 22964, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2023, pp. 1672 ss.

²² Per un puntuale approfondimento dei patti negoziali nell'ambito della economia circolare, con particolare riguardo al tema dei rifiuti, si veda F. DE LEONARDIS, *Codice dell'ambiente, regolazione dei rifiuti e concorrenza nella nuova stagione dell'economia circolare*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2022, pp. 60 ss.

CAPITOLO I

Il contratto di rendimento energetico nel mercato “sostenibile”

1. Contrattualistica dell'efficienza energetica e trasformazioni del mercato dell'energia: verso un diritto ibrido pubblico-privato

Esiste un innegabile rapporto fra il diritto dei contratti e la regolazione del mercato del settore energetico. Quest'ultimo, infatti, influenzato da oltre un decennio dal processo di liberalizzazione, mostra con più evidenza di altri la stretta connessione esistente tra due *corpora* normativi, quello amministrativo e quello privatistico quali leganti intrinseci tra il fenomeno del mercato e la presenza del diritto²³. La trasformazione dei servizi pubblici, in particolare di quelli nazionali, consente, infatti, di indagare il problema fondamentale del rapporto e dell'interazione tra le regole pubbliche e l'autonomia privata²⁴.

Come si avrà modo di vedere, proprio con gli interventi di carattere comunitario dell'ultimo decennio, si può affermare che, se in un primo momento il mercato dell'energia è stato improntato alla liberalizzazione, attraverso politiche volte ad incentivare lo scambio della “merce” energia, oggi può dirsi che oggetto del mercato *de quo* sia divenuto anche l'efficientamento energetico quale “merce” del suddetto mercato, il cui scambio è incentivato²⁵.

²³ Così anche V. COLECELLI, *Profili civilistici del mercato dei certificati verdi*, Perugia, 2012, p.9.

²⁴ G. ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole di mercato*, in *Contr. impr.*, 1989, pp. 369 ss., e N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma- Bari, 2003, pp. 3 s.

²⁵ In questo senso A. MITROTTI, *Alle radici “pubblicistiche” degli Energy Performance Contract (EPC)*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 2021, p. 36, secondo cui il contratto di rendimento

In tale contesto, appare fondamentale chiarire da subito che la materia energetica in generale, e l'efficienza energetica in particolare, sono sempre stati profili fondanti l'attività volta alla creazione di un mercato unico dell'Unione Europea, come testimonia, tra gli altri, l'art. 194 TFUE che pone proprio in rapporto tra loro: a) il mercato interno, b) l'ambiente e c) l'efficienza energetica²⁶.

Ciò posto, lo sviluppo storico del settore dell'energia ha visto il passaggio da un sistema fondato sulla presenza dello Stato ad un sistema fondato sulla libertà di iniziativa privata e sulla pluralità di operatori nel mercato, con la conseguente estensione della logica di impresa, basata su principi di efficienza ed economicità,

energetico si inserisce strutturalmente a pieno titolo nell'ordinamento repubblicano come un preziosissimo strumento di diritto dell'economia, *ex se*, funzionale all'ambizioso perfezionamento di un vero e proprio modello economico di nuovo conio che sulla leva costituzionale di un intergenerazionale sviluppo sostenibile; secondo M. A. CABIDDU, *Energia per lo sviluppo: servizio essenziale e diritto fondamentale*, in *Amministrare*, 2, 2009, p. 175, tale nuovo modello economico “non si limita al puro sfruttamento dei beni e delle risorse naturali ma si fonda sulla ricerca e sulle tecnologie più sofisticate - come accade per le energie c.d. ‘alternative e per le rinnovabili’ - diventa[ndo per ciò] difficile, se non impossibile, distaccare la disciplina della materia [dell'economia energetica] da quella dei settori affini o collaterali», come è per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, la tutela della salute, della libera concorrenza nel mercato, della ricollegabile promozione dell'occupazione nel settore energetico, sino fra l'altro alla stessa garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni ed agli aspetti di una coesione economica, sociale e territoriale; in tal senso anche C. CORAZZA, *Ecoeuropa. Le nuove politiche per l'energia e il clima*, Milano, 2009, p.107

²⁶ Così, testualmente, l'art. 194 TFUE: “Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia; b)garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione; c)promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche”; il mercato dell'energia era in verità già oggetto della CECA e della CEE (art.308, Trattato CEE), e grazie alla teoria dei. c.d. “poteri impliciti”, già la Comunità europea aveva potuto porre le basi per la creazione un mercato energetico europeo regolato, come evidenziato da A. MITROTTI, *Alle radici “pubblicistiche” degli Energy Performance Contract (EPC)*, cit., pp. 7 ss.

all'esercizio di attività caratterizzate da una dimensione pubblica dell'interesse al cui soddisfacimento esse sono funzionalmente preordinate²⁷.

Notoriamente, il processo di liberalizzazione in Italia viene formalmente avviato con il D.lgs. n. 79/1999 (c.d. decreto Bersani), in attuazione della prima Direttiva europea sul mercato interno dell'elettricità (Direttiva n. 96/92/CE)²⁸.

Il D.lgs. n. 79/1999 prevede la costituzione, da parte di Enel S.p.A., di una società cui conferire la gestione della rete elettrica e l'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica; nella sua originaria configurazione, la società aveva, infatti, la denominazione di Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale (GRTN).

A seguito della riunificazione della proprietà e della gestione della rete di trasmissione nazionale²⁹, la denominazione è mutata in quella di Gestore dei Servizi Energetici (d'ora innanzi, GSE). Le funzioni inizialmente attribuite al GSE concernevano: a) la compravendita dell'energia elettrica CIP6; b) l'emissione di certificati verdi e di certificati bianchi; c) lo svolgimento dell'attività correlata all'attuazione delle direttive europee in tema di promozione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili; d) la gestione delle partecipazioni societarie nelle società Gestore dei Mercati Energetici e

²⁷ M. SINISI, *La liberalizzazione del settore dell'energia elettrica: logica di impresa e competenza giurisdizionale*, in *Servizi pubblici e Appalti*, 2, 2005, p. 477.

²⁸ Sul tema cfr. il contributo di G.G. GENTILE, *L'apertura del mercato dell'energia elettrica*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1999, pp. 3 ss.; si vedano altresì i lavori di F. DI PORTO, *Il Decreto Bersani (d.lgs. n. 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Concorr. e mercato*, 2000, pp. 407 ss.; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, III, I servizi pubblici. Finanza pubblica e privata*, Milano 2003, pp. 2189 ss.; A. COLAVECCHIO, *Energia elettrica*, in *Dig. Disc. Pubbl. - Agg. II*, Torino, 2005, pp. 233 ss.

²⁹ Prevista dall'art. 1-ter, comma 1, del D.lg. n. 239/2003, convertito con L. n. 290/2003, ed attuata con il D.P.C.M. 11 maggio 2004.

Acquirente Unico³⁰. Successivamente, sono state attribuite al GSE ulteriori e sempre più rilevanti funzioni in materia di incentivazione della produzione elettrica da energia solare, di qualifica degli impianti di cogenerazione ad alto rendimento, nonché di erogazione del servizio di ritiro dedicato e scambio sul posto e di riconoscimento delle qualifiche di impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile (qualifica IAFR), quale prerequisito per il riconoscimento degli incentivi. Il crescente ampliamento e la diversificazione dei compiti assegnati al GSE sono quindi elementi caratterizzanti la “storia” della società, che riflettono l’evoluzione normativa registratasi a livello europeo e, poi, nazionale nel settore energetico; dall’esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell’energia elettrica, la funzione principale della società è progressivamente divenuta quella di promuovere lo sviluppo sostenibile attraverso il riconoscimento di qualifiche e l’erogazione di incentivi in materia di energia da fonti rinnovabili e di efficienza energetica³¹.

Con il processo avviato a partire dai primi anni ’90³² si è iniziato un percorso, che arriva sino ai giorni nostri, di creazione di un mercato dell’energia, dapprima indirizzato a liberalizzare un mercato originariamente caratterizzato dal monopolio pubblico, poi volto ad incentivare e a regolarizzare l’accesso da parte dei privati,

³⁰ Per un approfondimento sui profili organizzativi e funzionali del Gestore dei Servizi Energetici si rinvia a S.M. SAMBRI – A. MUOLLO, *Il GSE (Gestore del Sistema Elettrico) e il GME (Gestore dei Mercati Energetici). Natura giuridica, funzioni, organizzazioni, tutela giurisdizionale*, in E. PICOZZA – S.M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell’energia*, Padova, 2015, pp. 165 ss.

³¹ In tal senso F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell’energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell’economia*, 101/1, 2020, p. 503.

³² Che la creazione del “mercato unico dell’energia” fosse un progetto a lungo termine attraverso interventi graduali e a diversa intensità lo si comprendeva già dalla già citata Direttiva 96/92/CE, ove, al Considerando 5, era dato leggere: “*il mercato interno dell’energia elettrica deve essere instaurato progressivamente al fine di consentire all’industria di adeguarsi in modo flessibile e composto al suo nuovo contesto e per tener conto dei diversi modi nei quali le reti elettriche sono attualmente organizzate*”.

nonché, infine, a promuovere la sostenibilità ambientale attraverso provvedimenti normativi trasversali.

Si usa suddividere in cinque generazioni le diverse Direttive che, succedendosi nel tempo, hanno condotto all'attuale assetto del mercato energetico: a) la prima generazione comprende le direttive nn. 96/92/CE – 98/30/CE rispettivamente del settore elettrico e del gas; b) la seconda generazione si è avuta nel 2003 con le direttive nn. 2003/54/CE – 2003/55/CE, concernenti rispettivamente l'energia elettrica e il gas naturale; c) la terza generazione è formata dal Terzo Pacchetto Energia, composto a sua volta dalle direttive nn. 2009/72/CE e 2009/73/CE; d) la quarta generazione è costituita dal Quarto pacchetto energia, di cui alla Direttiva n. 2019/944; e) la quinta e ultima generazione è composta dal c.d Quinto pacchetto energia³³.

Con le direttive nn. 2003/54/CE e 2003/55/CE si rafforza la disciplina della concorrenza nei mercati interni dell'energia elettrica e del gas. Esse introducono la separazione legale e funzionale delle attività e attribuiscono un ruolo centrale alle autorità regolatorie indipendenti. La possibilità di scegliere il proprio fornitore è estesa a tutti i consumatori finali. Inizia così a delinearsi un vero modello europeo di “concorrenza regolata”, basato su trasparenza, accesso non discriminatorio alle reti e tutela del consumatore³⁴.

Le direttive nn. 2009/72/CE e 2009/73/CE, insieme al regolamento (CE) n. 713/2009, segnano una svolta decisiva: è introdotto l'*unbundling* patrimoniale per le imprese verticalmente integrate e nasce l'Agenzia europea per la cooperazione tra regolatori

³³ E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, 2018, pp. 28 ss.; V. DI STEFANO - E. BREDA - V. OLINI, *L'evoluzione della disciplina energetica europea: dal primo pacchetto al REPowerUE*, in *Amministrazione in cammino*, 26 settembre 2022, p. 5.

³⁴ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. BRUTI LIBERATI - F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, pp. 75 ss.

nazionali (ACER). L'accento si sposta dalla liberalizzazione formale alla effettiva strutturazione di un mercato competitivo integrato. Il diritto dell'energia assume caratteri più complessi, con un crescente rilievo degli aspetti pubblicistici e transnazionali³⁵.

Con il pacchetto energia pulita (*Clean Energy for All Europeans Package*), composto tra l'altro dalle direttive 2018/2001, 2018/844 e 2019/944, l'Unione Europea inaugura una nuova fase in cui l'energia è posta al centro della transizione ecologica. Si promuove l'efficienza energetica, l'autoconsumo, lo sviluppo delle comunità energetiche e l'integrazione delle fonti rinnovabili. L'approccio si allontana dalla mera logica concorrenziale per abbracciare una visione sistemica e sostenibile del settore³⁶. La più recente generazione normativa è rappresentata dalla direttiva (UE) 2023/1791 e dal pacchetto *Fit for 55*, strumenti con cui l'UE intende ridurre le emissioni di almeno il 55% entro il 2030. L'efficienza energetica non è più un obiettivo ausiliario, ma un vincolo vincolante per gli Stati membri. La strategia climatica europea impone una revisione profonda delle politiche energetiche, rafforzando anche strumenti contrattuali come gli EPC, che diventano leve operative per la realizzazione degli obiettivi ambientali³⁷.

L'efficienza energetica ha assunto un ruolo centrale nel quadro delle politiche ambientali e climatiche dell'Unione Europea, evolvendosi da semplice strumento

³⁵ In tal senso, M. GIACHETTI FANTINI, *La governance dei mercati energetici nell'attuazione in Italia del Terzo Pacchetto comunitario*, in «Apertacontrada», 2016, p. 5 ss.

³⁶ L. DE ALMEIDA, *The Role of Consumers in the Clean Energy Package: A Legal Perspective*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 3, 2020, pp. 289-304

³⁷ A. DE VITA, *Efficienza energetica e obiettivi vincolanti nel diritto europeo*, in *Riv. giur. ambiente*, 2023, pp. 45 ss.; R. MICCÙ - M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities*, cit., pp. 603 ss.; V. PEPE, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in *AmbienteDiritto*, 3, 2022, pp. 1 ss.; G. LA ROSA, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull'affidabilità del sistema di incentivazione di cui al decreto Red II*, in *Ambientediritto.it*, 1, 2022, pp. 1 ss.

tecnico per la sicurezza degli approvvigionamenti a vero e proprio corollario del principio di sviluppo sostenibile.

L'efficienza è oggi considerata una “*fonte energetica a pieno titolo*”, da preferirsi a ogni altra opzione quando sia più economica o meno impattante dal punto di vista ambientale³⁸. Questo principio, formalizzato come “*Energy Efficiency First*”, guida l'azione normativa dell'UE e permea strumenti vincolanti e non vincolanti nei settori edilizio, industriale e dei trasporti³⁹.

La direttiva 2023/1791/UE rappresenta il punto di arrivo di un percorso normativo che rinviene la sua scaturigine nella direttiva 2012/27/UE, essendo poi rafforzato dalle revisioni della medesima nel 2018. Essa impone agli Stati membri obblighi giuridicamente vincolanti di riduzione del consumo, integra l'efficienza nelle valutazioni di impatto e nella pianificazione energetica e ribadisce la necessità di un approccio integrato e trasversale. In questa prospettiva, l'efficienza non è più solo un obiettivo settoriale, ma un criterio guida che influenza la progettazione delle politiche pubbliche e la regolazione dei mercati, a partire da quello energetico. In tale quadro, strumenti contrattuali come gli EPC si configurano come leve giuridico-economiche di attuazione dello stesso principio di “*Energy Efficiency First*”.

2. Il contratto nel settore dell'energia: le “nuove” fattispecie negoziali.

³⁸ E. FRAGALE, *Un nuovo corollario dello sviluppo sostenibile: il principio dell'efficienza energetica prima di tutto*, in *Riv. Regolazione dei mercati*, 2, 2023, pp. 427ss.

³⁹ Commissione Europea, *Energy Efficiency First principle*, in «*Energy*», 2023; Questo documento ufficiale della Commissione Europea illustra come il principio "Energy Efficiency First" sia stato integrato nella normativa dell'UE, in particolare attraverso la Direttiva (UE) 2023/1791, e come esso permei le decisioni politiche e gli investimenti nei settori dell'edilizia, dell'industria e dei trasporti.

Il mercato dell'energia ha notoriamente condotto a mutamenti nel nostro sistema, assecondando la consueta compenetrazione tra economia e diritto⁴⁰. Il primo *novum* ha certamente riguardato l'oggetto dei rapporti negoziali e lo stesso atteggiarsi di questi. Si può affermare che oggi vi sia un mercato dell'efficienza energetica, nel senso in cui questa è divenuta strumento di scambio, capace di produrre significativi ricavi per il soggetto fornitore e risparmi altrettanto rilevanti per il soggetto beneficiario⁴¹.

Quando si fa riferimento ai termini "efficienza energetica" e "risparmio energetico" si intendono numerosi e differenziati interventi, che possono interessare i più diversi settori di attività (quali la produzione industriale, i trasporti, le infrastrutture, l'utilizzo di energia in sede domestica, gli edifici pubblici), ma che, al contempo, sono caratterizzati dal medesimo fine, ossia utilizzare l'energia nel modo migliore, riducendone il consumo.

Tecnicamente per "efficienza energetica" si intende l'utilizzo di una quantità minore di energia mantenendo un livello equivalente di attività o di servizi economici; "risparmio energetico" è invece un concetto più ampio, che comprende anche le

⁴⁰ Per un approfondimento sul tema si veda G. CALABRESI, *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*. Trento, 24 ottobre 2019 - Lezione magistrale per la chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell'Università degli Studi di Trento, in G. BELLANTUONO - U. IZZO (a cura di), *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto*, Trento, 2022, pp. 5 ss; anche V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2007, pp. 379 ss.; F. DENOZZA, *Spettri del mitico ordo: diritto e mercato nel neoliberalismo*, in *Moneta e Credito*, 72, 2019, pp. 327 ss.

⁴¹ Per fornire alcuni numeri, nel 2022 sono stati investiti 12,79 miliardi di euro in efficienza energetica in Italia, di cui 2,19 miliardi nel comparto industriale (+13,8% rispetto al 2021) e 10,60 in quello civile (+19,1% sul 2021). Sono alcuni dei dati che emergono dall'Energy Efficiency Report 2023, redatto dall'Energy&Strategy della School of Management del Politecnico di Milano, come riportato da A. PAPARO, *Rincorsa all'efficienza energetica: aumenta il ritmo degli investimenti*, in *Ilsole24ore.com*, 14 giugno 2023.

riduzioni del consumo mediante mutamenti comportamentali o una diminuzione dell'attività economica⁴²

Si tratta di uno degli assi portanti dello sviluppo sostenibile, in quanto permette di ridurre gli impatti sull'ambiente e sulla salute umana derivanti proprio dalla produzione di energia, nonché di risparmiare le risorse naturali e di produrre effetti positivi in termini economici attraverso la riduzione dei costi e lo sviluppo di nuove attività e tecnologie innovative (così integrando e completando la politica di promozione dell'utilizzo delle fonti rinnovabili di energia⁴³).

L'efficienza energetica, quindi, si inserisce nel mercato dei c.d. negozi sostenibili, ossia là dove si intrecciano in un unico ambito la salute della persona, l'ecologia e la regolamentazione normativa⁴⁴. In tale mercato si inseriscono strumenti di diritto amministrativo e di diritto privato, tutti volti ad incentivare dinamiche di sostenibilità. A questo proposito, la regolamentazione dello sviluppo economico nell'ottica della tutela ambientale sembra aver seguito le seguenti fasi⁴⁵: (i) negli anni Settanta hanno

⁴² In questi termini C. VIVANI, *Ambiente ed energia*, in R. FERRARA - C. E. GALLO (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente* (Dir. R. FERRARA - M. A. SANDULLI), I, Milano, 2014, pp. 503 ss.

⁴³ G. D'ALLO', *Efficienza energetica in edilizia*, in F. ARECCO - G. D'ALLO' (a cura di), *Energie sostenibili e rinnovabili*, Assago, 2021, pp. 81 ss e 173 ss; S. QUADRI, *Energia sostenibile. Diritto internazionale, dell'Unione Europea e interno*, Torino, 2012, pp.102 ss; B. POZZO, *Le politiche comunitarie nel campo energetico*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, pp. 841 ss e B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie*, Milano, 2009, pp. 50 ss.

⁴⁴ M. LIBERTINI, *Gestione sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, 1, 2023, pp. 71 ss. Si esprime in termini di sostenibilità senza interdisciplinarietà", F. VELLA, *Il pericolo di un'unica storia: il diritto (commerciale) e le nuove frontiere dell'interdisciplinarietà*, in *Orizz. dir. comm.*, 2021, pp. 741 ss. Per una analisi articolata, M. PENNASILICO, *La transizione verso il diritto dello sviluppo umano ed ecologico*, in A. BUONFRATE - A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2023, pp. 41 ss.; seguito da R. LOMBARDI, *Energie rinnovabili e diritto privato. Strumenti negoziali e tutela dell'ambiente verso la nuova transizione energetica*, Napoli, 2023, pp. 30 ss.

⁴⁵ Come individuato da F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transazione ecologica*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2, 2022, p. 151.

prevalso le ragioni economiche; (ii) negli anni Novanta sono state riconosciute le motivazioni ambientali; (iii) dagli inizi del Duemila si considera la tutela dell'ambiente nei termini di un motore dello sviluppo economico; (iv) attualmente si ritiene che, là dove i due obiettivi confliggano, prevalga l'interesse ambientale⁴⁶.

Ad oggi, si è nel contesto del c.d. *Green Deal* Europeo, ossia della strategia presentata nel dicembre 2019 dalla Commissione, volta a rendere l'Unione Europea entro l'anno 2050 un'entità ad impatto climalterante pari a zero⁴⁷. Gli Stati membri si sono impegnati a ridurre le emissioni climalteranti di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990.

I principali risultati attesi sono: i) ridurre le emissioni nocive per il clima; ii) creare posti di lavoro e favorire la crescita industriale; iii) affrontare il problema della scarsità energetica; (iv) ridurre la dipendenza energetica dall'esterno; (v) migliorare la salute e il benessere⁴⁸.

Da un punto di vista interno, di recente il Governo italiano ha trasmesso alla Commissione europea il Piano nazionale integrato dell'energia e del clima (PNIEC)⁴⁹, mentre già l'8 marzo 2022 veniva approvato il Piano per la Transizione ecologica⁵⁰.

⁴⁶ M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, pp. 281 ss.;

⁴⁷ Comunicazione della Commissione, COM (2019) 640, *Il Green Deal europeo*. Si veda anche la Comunicazione della Commissione, COM (2018) 773, *Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, in P. CUCUMILE, *Il "Green Deal" Europeo*, in *Ambiente Diritto*, 2021, 1, pp. 391 ss.;

⁴⁸ Così F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit., p. 154.

⁴⁹ La bozza di piano da ultimo trasmessa dal Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica, datato 3 luglio 2024, è pubblicata su www.mase.gov.it/comunicati/clima-energia-litalia-ha-inviato-il-pniec-bruxelles.

⁵⁰ Il Piano è stato approvato dal Il Comitato interministeriale per la transizione ecologica (CITE), istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri; il testo del documento è reperibile su www.mase.gov.it/pagina/piano-la-transizione-ecologica.

Le misure dispiegate per l'efficientamento energetico sono i) i certificati bianchi, ii) il conto termico, iii) i contributi ai Comuni per investimenti nel campo dell'efficientamento energetico e dello sviluppo territoriale sostenibile (tutte misure di natura economica)⁵¹, nonché (iv) gli incentivi di carattere prettamente fiscale (segnatamente, crediti di imposta e detrazioni tributarie).

Con il nuovo codice dei contratti pubblici, si impone l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, di specifiche tecniche e clausole contrattuali conformi ai criteri ambientali minimi (CAM)⁵².

In tale contesto, si è dato particolare impulso ai c.d. appalti verdi, ossia alle procedure di gara pubblica indette dalle Amministrazioni e integrate con criteri ambientali volti a garantire la sostenibilità dell'opera o del servizio⁵³.

Ancora, sempre su indicazione dell'Unione europea⁵⁴, si sono altresì fatti spazio nel mercato (soprattutto in quello agricolo) i c.d. accordi di sostenibilità, ossia i patti di

⁵¹ Così F. CUSANO, *L'efficienza energetica ne quadro della transazione ecologica*, cit., p.154.

⁵² Per una efficace sintesi sul funzionamento e sul valore dei CAM, V. GRIMALDI, *I CAM del MASE*, in *ASTRID Rass.*, 2024, p. 4; v. Sulla valenza dei CAM, si veda invece R. COSTANZO, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi*, in *Ambiente Diritto*, 2023, 1, pp. 9-10.

⁵³ G. FIDONE - F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 3, 2016, pp. 4-5, ove si rileva che “con la denominazione appalti verdi o Green Public Procurement è indicato l'insieme degli strumenti giuridici volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella disciplina legislativa dei contratti pubblici. Tale espressione non richiama una particolare categoria di contratti ma si riferisce ad un criterio generale, da adottarsi indistintamente per tutti i tipi di appalti, che dovrebbe orientare il settore pubblico verso scelte di acquisto di beni e servizi caratterizzati da una minore pericolosità per l'ambiente rispetto ad altri beni o servizi ad essi fungibili”; cfr. C. DE ROSE, *Gli appalti verdi” nel diritto dell'Unione Europea: regole preesistenti e regole recentissime*, in *Cons. Stato*, 2004, p. 1825.

⁵⁴ Il 7 dicembre 2023, la Commissione europea ha adottato orientamenti sugli accordi di sostenibilità nel settore agricolo, in particolare sulla compatibilità di detti accordi con l'art. 101 TFUE; sul tema si veda anche M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall'EPC e dagli accordi di sostenibilità*, cit., pp. 272 e 273.

cooperazione tra imprese attraverso i quali, nella produzione dei propri prodotti o servizi, le parti si obbligano reciprocamente a specifici standard ambientali⁵⁵.

Nel contesto della transizione energetica europea, il contratto assume un ruolo centrale per la regolazione delle dinamiche economiche e ambientali del settore. Il tradizionale modello contrattuale, fondato sull'iniziativa privata e sulla libertà delle parti, è oggi affiancato da nuove tipologie negoziali finalizzate al perseguimento di interessi pubblici, quali l'efficienza energetica e la sostenibilità. In tale quadro si inserisce il contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract – EPC), strumento di crescente rilievo nella *governance* energetica.

3. Nozione e struttura del contratto di rendimento energetico.

Nel nostro ordinamento, il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica ovvero EPC (*Energy Performance Contract*) trova una sua definizione nell'art. 2, lett. n., del d.lgs. n. 104/2014, a mente del quale lo si definisce come un *“accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari”*⁵⁶.

⁵⁵ Per un recente approfondimento sul tema si veda F. PISTELLI, *Efficacia e opponibilità dei patti di sostenibilità*, in *Nuovo dir. civ.*, 2024, pp. 98 ss.

⁵⁶ Oggi il contratto di rendimento energetico è nuovamente nominato dall'art. 2, n. 33, Direttiva UE 2023/1971, che così prescrive: *“«contratti di rendimento energetico»: gli accordi contrattuali tra il beneficiario e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza*

Già dalla lettura della norma appare chiaro che l'EPC sia un rapporto quantomeno complesso, specialmente in relazione all'oggetto: l'oggetto del contratto è infatti la "misura di miglioramento dell'efficienza energetica", che presuppone, allora, strumenti ovvero servizi capaci di garantire una migliore efficienza energetica con riguardo a un bene già esistente e, quindi, un risparmio in termini di costo dell'energia⁵⁷. L'efficientamento energetico *de quo*, tra l'altro, è descritto in un'ottica di permanenza o, quantomeno, di stabile durata, atteso che il medesimo deve essere verificato e monitorato durante l'intera durata del contratto.

Pertanto, ciò che il rapporto di EPC presuppone attiene non solo alla creazione di un bene e di un servizio idoneo a realizzare il miglioramento dell'efficienza energetica, bensì anche alla sussistenza di uno strumento ovvero di un servizio capace di monitorarla per tutto il perdurare del rapporto stesso.

Il sinallagma contrattuale, poi, si realizza attraverso la corresponsione di un prezzo (che può essere un canone periodico ovvero la partecipazione al risparmio energetico) parametrato all'effettivo miglioramento energetico ottenuto⁵⁸.

energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, laddove per lavori, forniture o servizi nell'ambito della misura sia versato un corrispettivo in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di un altro criterio di prestazione energetica concordato, come i risparmi finanziari".

⁵⁷ M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall'EPC e dagli accordi di sostenibilità*, cit., p. 268, richiamando in nota Cons. Stato, 13 marzo 2024, n. 2447, evidenzia che "Non si tratta di una operazione negoziale semplicemente preordinata al risparmio energetico, nozione che ricomprende qualsiasi riduzione del consumo complessivo di energia, ma finalisticamente volta al concreto miglioramento dell'efficienza energetica"; F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit., p. 167, afferma che "L'oggetto del contratto è l'individuazione, la progettazione e la realizzazione da parte della ESCo di una misura di efficientamento tale da produrre un risparmio di spesa sulla bolletta energetica del cliente"; negli stessi termini, L. PAROLA - T. ARNONI - S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *I contratti*, 5, 2015, pp. 517 ss.

⁵⁸ G. BELLANTUONO, *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili, efficienza energetica*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato dei contratti, V, Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 1363.

A prescindere, per il momento, dalla corretta individuazione della causa negoziale (tema, questo, di non semplice soluzione, per come si avrà modo di svilupparlo nel prosieguo), si è rilevato che nella prassi il contratto di EPC può costituire rapporti più o meno complessi, a seconda delle esigenze che intende soddisfare⁵⁹.

Nella suo schema più semplice il contratto di EPC costituisce un rapporto bilaterale, ove un soggetto fornitore (normalmente una *Energy Saving Company*, ovvero ESCO⁶⁰) si obbliga a realizzare un servizio atto a riqualificare ovvero efficientare un sistema energetico (che può essere un impianto ovvero un edificio) di proprietà della controparte contrattuale, detto beneficiario; il beneficiario pagherà il prezzo pattuito, che, come già menzionato, deve essere (per espresso disposto normativo) parametrato al concreto efficientamento ottenuto⁶¹.

Già questa prima ricostruzione consente di discernere il contratto di EPC da fattispecie ad esso simili nel loro concreto atteggiarsi, ma che – invero – non sembrano sovrapponibili per qualificazione e, quindi, per disciplina.

⁵⁹Cfr. C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., pp. 13 ss.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. i), d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115, per ESCO s'intende "una persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri di rendimento stabiliti" (ma si v., comunque, quanto verrà appresso chiarito nella nota 66); per un approfondita disamina si veda A. STIRPE, *Le società di servizi energetici*, in P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, cit., p. 104, nonché G. SCARCHILLO, *Gli Energy Savings Performance Contracts nelle relazioni di partenariato tra Pubblica Amministrazione ed ESCo: una comparazione tra l'esperienza italiana e statunitense*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2019, p. 23 ss.

⁶¹ M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi elementi minimi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2014, pp. 420 ss.; F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit., p. 167; nonché G. BELLANTUONO, *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili, efficienza energetica*, cit., p. 1363.

Ci si riferisce, in particolare, ai c.d. “contratti 110%” e ai relativi derivati⁶², ossia a quei contratti di appalto – assai frequenti nell’ultimo decennio – che hanno ad oggetto un serie di lavori diretti all’ottenimento delle agevolazioni fiscali accordate dal legislatore per l’efficientamento energetico di determinate categorie di edifici. L’agevolazione fiscale consiste nella costituzione di un credito di imposta (più o meno liberamente cedibile) pari a tutto o a parte del valore dell’appalto.

Sinteticamente, in detti contratti l’appaltatore dapprima si obbliga ad un preliminare studio di fattibilità, diretto a verificare se l’edificio possa essere oggetto delle agevolazioni fiscali sperate; nella ipotesi in cui lo studio di fattibilità abbia esito positivo, l’appaltatore si impegna a realizzare i lavori atti a migliorare la prestazione energetica dell’edificio, nella misura richiesta dalla norma tributaria; il prezzo dell’appalto viene corrisposto in tutto o in parte dall’appaltante attraverso il c.d. sconto in fattura⁶³ (accordato dalla norma tributaria di riferimento), per cui i costi dei lavori

⁶² Sui bonus edilizi si veda, in generale, il D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, che ha introdotto il cosiddetto Superbonus 110%, successivamente modificato e rimodulato dal D.L. 16 febbraio 2023, n. 11 (conv. con mod. dalla L. 11 aprile 2023, n. 38), con cui sono state introdotte nuove limitazioni alla cessione del credito e allo sconto in fattura. Accanto al Superbonus, permangono gli altri bonus edilizi ordinari: l’Ecobonus (art. 14, D.L. 4 giugno 2013, n. 63, conv. con mod. dalla L. 3 agosto 2013, n. 90), il Bonus Ristrutturazioni (art. 16-bis, TUIR), il Sismabonus (art. 16, comma 1-bis ss., D.L. 63/2013), il Bonus Facciate (art. 1, commi 219-224, L. 27 dicembre 2019, n. 160), nonché i più recenti Bonus 90%, 70% e 65% introdotti e ridefiniti nel quadro delle leggi di bilancio 2022 e 2023 e da vari decreti ministeriali attuativi.

⁶³ Lo “sconto in fattura” è una delle modalità alternative alla fruizione diretta delle detrazioni fiscali previste per i bonus edilizi, introdotta dall’art. 121 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio), convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77. Consiste nella possibilità, per il beneficiario dell’intervento, di ottenere una riduzione immediata del corrispettivo dovuto al fornitore, il quale acquisisce un credito d’imposta di pari ammontare, cedibile a sua volta a soggetti terzi (tra cui banche e intermediari finanziari). La disciplina è stata successivamente modificata da vari interventi normativi, tra cui il D.L. 11/2023, conv. in L. 38/2023, che ha introdotto importanti restrizioni alle cessioni successive alla prima. Lo strumento è stato ampiamente utilizzato nel quadro del Superbonus 110%, ma applicabile anche agli altri bonus edilizi (Ecobonus, Sismabonus, Bonus Ristrutturazioni), nel rispetto delle condizioni previste dalla normativa vigente e dalle circolari interpretative dell’Agenzia delle Entrate.

effettuati e i compensi dell'appalto sono attribuiti attraverso la diretta cessione del credito di imposta ottenuto con il miglioramento energetico effettuato.

Che i contratti in oggetto possano essere qualificati come EPC si può dubitare proprio in ragione della pattuizione del prezzo, in quanto i compensi dell'appalto prescindono dalla misura di efficientemente energetico e sono per contro commisurati esclusivamente al valore dei lavori realizzati. Per effetto di ciò, detti contratti possono essere facilmente qualificati come contratti di appalto di lavori, nei quali l'efficientamento energetico è meramente incidentale, costituendo esso un mezzo per l'ottenimento del credito di imposta. Per di più, l'impresa appaltatrice, una volta ultimati i lavori, non è tenuta al monitoraggio dell'efficienza del miglioramento prodotto, non reiterando tale obbligo nella pattuizione negoziale.

Come accennato, invece, l'oggetto del contratto di EPC si sostanzia non solo nella progettazione e realizzazione di un livello di efficienza energetica, bensì anche nel monitoraggio del miglioramento pattuito, il quale deve essere duraturo nel tempo; ciò giustifica il perché il prezzo del contratto (EPC) esige di essere parametrato al miglioramento energetico da conseguirsi, atteso che i lavori o i servizi diretti a realizzarlo sono prestazioni che – in questo caso – rivestono carattere meramente accessorio ovvero strumentale⁶⁴.

Il contratto di EPC, pertanto, presenta un contenuto assai articolato, ove assumono particolare rilevanza tutte le attività prodromiche alla conclusione del contratto, quali lo studio di fattibilità, nonché la progettazione e l'analisi dei dati tecnici ed economici,

⁶⁴ Sempre F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit. p. 167; nonché G. BELLANTUONO, *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili, efficienza energetica*, cit., p. 1363; P. PISELLI - A. STIRPE, *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, in P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, cit., p. 27.

posto che è proprio in detta fase che le parti individuano l'efficientamento energetico ottenibile.

L'attività resa dal fornitore è quindi sicuramente complessa. Se è vero, infatti, che le ESCO⁶⁵ si caratterizzano quali operatori del mercato dei servizi energetici in grado di avere una visione d'insieme delle problematiche emerse in questo contesto per il cliente, gestendo e coordinando le diverse fasi volte all'individuazione, progettazione e realizzazione dell'intervento che meglio garantisce il raggiungimento dell'efficienza energetica di strutture e impianti, l'EPC è senza dubbio lo strumento che sintetizza l'attività di tali soggetti⁶⁶. La definizione del contratto, di conseguenza, può dirsi coincidente con la definizione della stessa attività caratteristica delle ESCO. Infatti, come si è detto, l'EPC è un contratto basato essenzialmente sul rendimento in termini di efficienza ottenuto dal sistema energetico interessato dall'intervento che forma l'oggetto del contratto stesso. In particolare, con la formula in parola, la ESCO – attraverso una fase preliminare di studio e di analisi del sistema energetico nella sua globalità – individua l'intervento più opportuno al fine di conseguire l'efficienza e fissa un margine determinato di risparmio conseguibile. Il rapporto contrattuale vede poi la ESCO obbligata alla cura e al coordinamento delle complessive attività volte

⁶⁵ La nozione di ESCO (acronimo di *Energy Service Company*) è data dall'art. 2, lett. i, D.lgs. n. 102/2014: *"persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici e/o altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica presso l'utente finale, assumendo un certo rischio finanziario. Il pagamento avviene in funzione del miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e del raggiungimento di criteri di rendimento stabiliti"*.

⁶⁶ Le attività svolte dalle ESCO sono (i) la diagnosi energetica di impianti o edifici; (ii) l'individuazione dei possibili interventi di miglioramento dell'efficienza energetica; (iii) la progettazione e la realizzazione degli interventi; (iv) il finanziamento degli interventi; (v) la messa in esercizio degli impianti; (vi) la manutenzione degli impianti; (vii) il monitoraggio degli impianti e la verifica delle prestazioni e dei risultati conseguiti; (viii) la garanzia delle prestazioni fornite e dei risultati conseguiti; (ix) la remunerazione dei servizi resi sulla base dei risultati raggiunti e attraverso i risparmi conseguiti; così F.CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit. p. 167; cfr. anche A. STIRPE, *Le società di servizi energetici*, in P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, cit., p. 104.

alla progettazione, realizzazione, gestione e manutenzione dell'intervento individuato, attraverso l'assunzione su di sé del rischio tecnico e, a seconda delle diverse varianti, anche del rischio finanziario e della garanzia in senso tecnico-giuridico circa l'effettivo raggiungimento del livello di risultato ipotizzato. La peculiarità del meccanismo contrattuale descritto sta nel fatto che la ESCO viene remunerata sulla base dei risultati effettivi che il cliente consegue attraverso l'implementazione e l'ammodernamento della tecnologia, degli impianti e delle strutture esistenti. Con l'EPC la ESCO assume su di sé la responsabilità dell'individuazione⁶⁷, programmazione, progettazione e realizzazione di un'iniziativa che determina il miglioramento dell'efficienza energetica, là dove possibile anche attraverso l'impiego di fonti rinnovabili, connettendo la remunerazione della propria attività al flusso di cassa dei risparmi realmente ottenuti nel corso di un certo arco temporale, durante il quale la ESCO cura di norma anche la gestione e la manutenzione degli impianti. Nella stragrande maggioranza dei casi, poi, è la stessa ESCO a finanziare l'iniziativa, recuperando nel tempo i costi dell'intervento e dell'investimento tramite i proventi dell'operazione, con la conseguenza che la ESCO non ammortizza le spese sostenute se l'intervento realizzato non consegue il risparmio di energia stimato inizialmente. Ulteriori varianti possono prevedere la garanzia del risultato, il quale finisce allora per rappresentare un autonomo obbligo che la ESCO assume nei confronti del cliente.

⁶⁷ C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 41, per cui nel modello europeo di contratto di rendimento energetico il fornitore si remunera con il risparmio sulla spesa energetica, generato dalle misure di efficienza durante il contratto e assume il rischio del corrispettivo, rischio cioè che per una causa non imputabile ad alcuna delle parti sia conseguito un risparmio insufficiente non soltanto a procurargli un profitto, ma anche a coprire i costi che ha sostenuto. In questo senso il rischio della ESCO sarebbe superiore a quello del comune appaltatore ex art. 1655 c.c.; sul concetto di rischio in tema contrattuale si veda G. ALPA, *Il Contratto in generale. Fonti, Teorie, metodi*, Milano, 2014, p. 529.

L'EPC si attua, dunque, normalmente utilizzando e variamente combinando il meccanismo del Finanziamento Tramite Terzi (FTT)⁶⁸.

È opportuno evidenziare sin d'ora come il FTT postuli essenzialmente la fornitura da parte di un soggetto terzo delle risorse necessarie alla realizzazione del progetto. Anche il FTT è stato definito dal legislatore che, all'art. 2, lett. m) del già citato D.lgs. n. 115/2008 (di recepimento della Direttiva CE/32/2006) lo descrive come “*accordo contrattuale che comprende un terzo, oltre al fornitore di energia e al beneficiario della misura di miglioramento dell'efficienza energetica, che fornisce i capitali per tale misura e addebita al beneficiario un canone pari a una parte del risparmio energetico conseguito avvalendosi della misura stessa. Il terzo può essere una ESCO*”. Dalla stessa definizione legislativa emerge chiaramente come l'accordo di FTT venga in realtà a sovrapporsi a quelle stesse varianti dell'EPC in cui è la ESCO ad assumere su di sé il rischio finanziario dell'intervento proposto⁶⁹.

Ne contratto *de quo*, quindi, possono essere individuate parti definite essenziali e parti, invece, meramente eventuali e quindi presenti o meno a seconda dell'atteggiarsi del rapporto.

⁶⁸ F. SCIAUDONE, *L'accesso al credito per i progetti di efficienza energetica*, in L. CARBONE - G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, 2016, cit., pp. 140 ss.; S. TRINO, *Il contratto di rendimento energetico. Il tipo contrattuale nella prospettiva del diritto privato regolatorio*, in L. CARBONE - G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2016*, cit., pp. 393 ss; F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit., p. 157.

⁶⁹ F. CUSANO, *op. ult. cit.*, pp. 170 - 171, così sintetizza il FTT: *il finanziamento tramite terzi è uno strumento di ingegneria finanziaria volto al conseguimento dell'efficienza energetica che prevede la responsabilità del finanziatore in ordine al rinvenimento delle risorse finanziarie necessarie alla realizzazione dell'intervento di efficientamento, con conseguente assunzione dei rischi. Il finanziamento è remunerato tramite le prestazioni dell'impianto che genera la quota di risparmio energetico, il quale diviene risparmio di spesa che assicura l'ammortamento dell'investimento iniziale, oltre al pagamento dei servizi erogati*”; sul punto si veda anche C. COSCARELLA, *Aspetti economico-finanziari dell'EPC*, in P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, cit., pp. 169 ss.

Sono sicuramente parti essenziali il “fornitore” (normalmente, come detto, una ESCO) e il “beneficiario”, ossia chi riceve l'utilità dell'intervento ovvero del servizio realizzato.

I soggetti definibili come eventuali, invece, sono il finanziatore, che partecipa (*in toto* o *pro quota*) all'intervento, e il gestore, ossia il soggetto deputato a monitorare e a gestire le tecnologie installate e finalizzate a produrre il risparmio energetico⁷⁰.

Detti soggetti non presenzieranno nel rapporto, là dove sia lo stesso fornitore a finanziare l'operazione ovvero ad assumere la gestione e il controllo dell'impianto.

In definitiva, come è possibile ricavare dall'esame delle fattispecie sino ad ora analizzate, si può comprendere come il rapporto di EPC possa essere più o meno complesso, tanto dal lato dell'oggetto, quanto sul piano soggettivo, a seconda dell'operazione economica che le parti intendono realizzare.

La varietà di contenuto che può assumere il contratto di EPC, oltre che alla libertà negoziale delle parti, può essere ascritta proprio alla genericità della nozione che il legislatore ha fornito in merito; ad ogni modo, per tutte le fattispecie sopra descritte, è possibile individuare i seguenti elementi caratterizzanti: 1) un servizio ovvero un'opera volta ad efficientare la prestazione energetica di un bene; 2) il monitoraggio sull'effettivo grado di efficientamento energetico realizzato, per una durata temporale significativamente apprezzabile; 3) il prezzo dell'operazione, parametrato non tanto ai

⁷⁰ Sui soggetti coinvolti nel contratto di rendimento energetico (EPC), si veda G. MITROTTI, *Alle radici pubblicistiche degli Energy Performance Contracts (EPC)*, cit., n. 2/2021, pp. 28 ss., ove si evidenzia come la struttura contrattuale dell'EPC presupponga, quali soggetti essenziali, il beneficiario (pubblico o privato) e la ESCo (Energy Service Company), titolare della progettazione, realizzazione e gestione degli interventi di efficientamento energetico. Tra i soggetti eventuali si annoverano gli istituti di credito (in caso di finanziamento tramite terzi), i fornitori di tecnologie e impianti, nonché soggetti terzi responsabili della verifica e del monitoraggio dei risultati. In chiave sistemica, l'Autore sottolinea la funzione integrata e multilivello di tali attori nel perseguimento del principio “Energy Efficiency First”, quale criterio guida nella pianificazione pubblica e nell'azione contrattuale.

costi per la realizzazione del servizio o dell'opera realizzati, quanto piuttosto al *quantum* di miglioramento energetico (in termini di risparmio) ottenuto dal beneficiario.

L'*Energy Performance Contract* si configura, in definitiva, come un rapporto contrattuale complesso, la cui struttura può variare sensibilmente nella concreta attuazione. Da tale variabilità discendono rilevanti problematiche di qualificazione giuridica e di esatta individuazione della disciplina applicabile. La particolare "malleabilità" dell'EPC può essere ricondotta alle esigenze che ne hanno ispirato la positivizzazione: la necessità, cioè, di disporre di uno strumento contrattuale flessibile, capace di valorizzare la dinamicità del mercato nella produzione di soluzioni innovative per l'efficientamento energetico.

4. Le politiche di indirizzo dell'Unione Europea: il rendimento energetico quale strumento di *green economy*.

Una volta descritto nei suoi elementi essenziali il rapporto di EPC, nonché il suo atteggiarsi nella prassi corrente, appare opportuno individuare il contesto in cui detto contratto si inserisce, il quale è rinvenibile dapprima nella normativa eurounitaria e, poi, nella legislazione domestica.

Il contratto di EPC, infatti, trova le sue "origini" in seno alla politica di tutela dell'ambiente avviata dall'Unione europea nei primi anni del 2000⁷¹.

⁷¹ In verità, in seno alla Comunità Europea, un'attenzione particolare per le questioni economiche si è manifestata per la prima volta a livello politico in occasione del Vertice di Parigi del 1972, cui ha fatto seguito il Primo Programma di Azione per l'ambiente del 1973, adottato con la Dichiarazione del Consiglio delle Comunità europee del 22 novembre 1973. Sul valore della Dichiarazione si v. P. FOIS, *Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in G. CORDONI - P. FOIS - S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2024, pp. 51 ss. Per una più approfondita disamina della storia

L'integrazione delle politiche di promozione dell'efficienza e del risparmio energetico con quelle di promozione delle energie rinnovabili è sancita, come detto, anche all'art. 194, par. 1, lett. c), TFUE, il quale pone fra gli scopi della politica energetica eurounitaria quello di “promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili”⁷²

Infatti, attraverso una serie di atti l'Unione ha inteso valorizzare la sostenibilità ambientale su più livelli, così da frenare gli effetti dell'inquinamento, quali il cambiamento climatico ed il danneggiamento dell'ambiente⁷³.

Per quel che qui interessa, il primo intervento è rappresentato dalla Direttiva n. 2006/32/CE, concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e dei servizi energetici, volta alla riduzione delle emissioni di CO₂ e di gas “effetto serra”, attraverso la promozione della produzione di energia rinnovabile, migliorando anche l'efficienza degli usi finali dell'energia. Ciò anche nell'ottica del rispetto degli impegni di Kyoto⁷⁴, volendosi dare impulso a tecnologie più efficienti sotto il profilo

della politica ambientale dell'Unione Europea rinvio a O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale*, in R. FERRARA- M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'Ambiente I. Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, pp. 153 ss.

⁷² C. VIVIANI, *Ambiente ed energia*, in R. FERRARA- M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'Ambiente, I*, cit. p. 554.

⁷³ C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., 2018, p. 18; S. OGGIANU, *Politica europea dell'energia*, in E. PICOZZA - S.M. SAMBRI (a cura di), *Il diritto dell'energia*, Padova, 2015, pp. 45 ss. Gli altri obiettivi dell'Unione sono: (i) la garanzia del funzionamento del mercato dell'energia; (ii) la garanzia della sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione; (iii) la promozione delle reti energetiche, come sintetizzato da F. CUSANO, *ult. cit.*, p. 155; si veda anche R. MICCÙ, *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in R. MICCÙ (a cura di), *Multilevel regulation and government. Implementation of the «Third Package» and promotion of renewable energy*, Napoli, 2016, pp. 3 ss.

energetico e, quindi, all'innovazione in tale ambito, il tutto nell'ottica della tutela ambientale.

Nell'emanare la citata Direttiva, si perseguiva lo scopo di far sì che il settore pubblico desse il buon esempio per quanto riguarda gli investimenti, la manutenzione e le altre spese riguardanti attrezzature che consumano energia, i servizi energetici nonché le altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica. Il Settore Pubblico avrebbe dovuto, quindi, sforzarsi di applicare criteri di efficienza energetica in ogni procedura di aggiudicazione degli appalti⁷⁵.

La Direttiva prevedeva una serie di misure attraverso le quali la pubblica amministrazione avrebbe potuto espletare il proprio ruolo, con l'obiettivo di conseguire un risparmio nei costi energetici pari al 9%.⁷⁶

Tutto ciò anche attraverso il ricorso al finanziamento tramite terzi, ossia una pratica - per allora - innovativa che meritava di essere promossa, posto che il beneficiario non sostiene i costi dell'investimento e utilizza parte del valore finanziario del risparmio energetico per rimborsare tali investimenti e coprire spese ed interessi.

Già nella Direttiva del 2006 si parlava di partenariato pubblico-privato per il raggiungimento dell'efficientamento energetico: il miglioramento dell'efficienza energetica doveva essere attuato ovvero sostenuto *“mediante accordi volontari tra i soggetti interessati e organi del settore pubblico”*⁷⁷

⁷⁴Il c.d. Protocollo di Kyoto è il primo accordo internazionale che contiene gli impegni dei paesi industrializzati a ridurre le emissioni di alcuni gas ad effetto serra, responsabili del riscaldamento del pianeta. È stato adottato a Kyoto, Giappone, l'11 dicembre 1997 ed è entrato in vigore il 16 febbraio 2005; per un approfondimento sul rapporto di tale Protocollo con la politica dell'Unione europea in tema ambientale, si veda B. POZZO, *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione*, Milano, 2003, pp. 59 ss.

⁷⁵ Direttiva n. 2006/32/CE, Considerando 7.

⁷⁶ Direttiva n. 2006/32/CE, Allegati II e IV.

⁷⁷ Direttiva n. 2006/32/CE, Considerando 25.

Nella definizione delle misure di efficientamento energetico, si raccomandava di tenere conto dei vantaggi in termini di efficienza ottenuti tramite l'impiego diffuso di innovazioni tecnologiche⁷⁸:

Gli obblighi per l'efficientamento energetico venivano indicati all'art. 5 della Direttiva del 2006, ossia tra le misure da attuare per il settore pubblico. Veniva così prescritto che il settore pubblico rispettasse almeno due degli obblighi menzionati nell'art. 5, tra cui si comprendeva anche *“l'obbligo di ricorrere agli strumenti finanziari per i risparmi energetici, compresi i contratti di rendimento energetico, che prevedono un risparmio energetico misurabile e predeterminato (anche qualora le pubbliche amministrazioni abbiano esternalizzato delle competenze)”*⁷⁹.

In definitiva, la Direttiva del 2006 si limitava a nominare il contratto di rendimento energetico quale uno dei possibili strumenti attraverso cui la P.A. può attuare la c.d. efficienza energetica.

La Direttiva CE/32/2006 è stata attuata in Italia con il D.lgs. n. 115/2008, che per la prima volta ha introdotto nel nostro ordinamento la nozione di contratto di rendimento energetico, facendo propria - parola per parola - la nozione già fornita dalla citata

⁷⁸ Direttiva n. 2006/32/CE, Considerando 28.

⁷⁹ Gli indicati nel nominato All. VI), sono i seguenti: a) obbligo di ricorrere agli strumenti finanziari per i risparmi energetici, compresi i contratti di rendimento energetico, che prevedono un risparmio energetico misurabile e predeterminato (anche qualora le pubbliche amministrazioni abbiano esternalizzato delle competenze); b) obbligo di acquistare attrezzature e veicoli sulla base di elenchi di specifiche di efficienza energetica di diverse categorie di attrezzature e di veicoli. Tali elenchi dovranno essere elaborati dalle autorità o agenzie di cui all'articolo 4, paragrafo 4, avvalendosi, all'occorrenza, di un'analisi del costo minimo del ciclo di vita o di metodi comparabili per garantire un buon rapporto costo/efficacia; c) obbligo di acquistare attrezzature con ridotto consumo energetico in tutte le modalità, compresa la modalità stand-by, avvalendosi, all'occorrenza, di un'analisi del costo minimo del ciclo di vita o di metodi comparabili per garantire un buon rapporto costo/efficacia; d) obbligo di sostituire o adeguare le attrezzature e i veicoli esistenti con le attrezzature di cui alle lettere b) e c); e) obbligo di utilizzare diagnosi energetiche e di attuare le risultanti raccomandazioni ai fini di un buon rapporto costo/efficacia; f) obbligo di acquistare o di dare in affitto edifici o parti di edifici a basso consumo energetico o obbligo di sostituire o adeguare edifici o parti di edifici acquistati o presi in affitto, allo scopo di renderli più efficaci sotto il profilo energetico.

Direttiva, all'art. 2. comma 1, lett. l), col definire il contratto di rendimento energetico *“come l'accordo contrattuale tra il beneficiario e il fornitore riguardante una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, in cui i pagamenti a fronte degli investimenti in siffatta misura sono effettuati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente”*⁸⁰.

Così come prescritto dalla normativa comunitaria, il D.lgs. n. 115/2008, all'art. 13, indicava i contratti di rendimento energetico solo come strumento per l'edilizia pubblica, impartendo alla P.A. il compito di attuare una serie di iniziative volte ad efficientare il settore degli edifici, anche esternalizzando le competenze.

Alla P.A., quindi, veniva chiesto di ricercare nel mercato privato modi e strumenti atti a raggiungere il risparmio energetico nel settore dell'edilizia, principalmente riqualificando gli edifici già esistenti.⁸¹

La Direttiva 2006/32/CE è stata abrogata dalla Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica⁸².

⁸⁰ Così, testualmente il citato art. 13, rubricato, appunto, “Edilizia pubblica”: *“In relazione agli usi efficienti dell'energia nel settore degli edifici, gli obblighi della pubblica amministrazione comprendono di norma: a) il ricorso, anche in presenza di esternalizzazione di competenze, agli strumenti finanziari per il risparmio energetico per la realizzazione degli interventi di riqualificazione, compresi i contratti di rendimento energetico, che prevedono una riduzione dei consumi di energia misurabile e predeterminata; b) le diagnosi energetiche degli edifici pubblici o ad uso pubblico, in caso di interventi di ristrutturazione degli impianti termici, compresa la sostituzione dei generatori, o di ristrutturazioni edilizie che riguardino almeno il 15 per cento della superficie esterna dell'involucro edilizio che racchiude il volume lordo riscaldato; c) la certificazione energetica degli edifici pubblici od ad uso pubblico, nel caso in cui la metratura utile totale supera i 1000 metri quadrati, e l'affissione dell'attestato di certificazione in un luogo, dello stesso edificio, facilmente accessibile al pubblico, ai sensi dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192”*.

⁸¹ In questo senso anche C. BENANTI, *Contratti di rendimento e energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 20.

⁸² Che modifica altresì le Direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga inoltre la Direttiva 2004/8/CE.

La Direttiva in commento viene emanata nel contesto in cui le esigenze di approvvigionamento dell'energia e quelle di attuazione di una politica "green", improntata sulla sostenibilità ambientale, diventavano più cogenti, atteso che gli obiettivi posti nel 2006 non erano stati efficientemente realizzati⁸³.

Ciò posto, l'intento e l'interesse del legislatore europeo si appalesa già nei primi Considerando della Direttiva in commento, ove si prende atto dei ritardi nella realizzazione del piano di azione "Energia 2020", adottato dalla Commissione nella data del 10 novembre 2010⁸⁴. L'8 marzo 2011, poi, la medesima Commissione ha adottato una tabella di marcia verso un'economia competitiva a basse emissioni di carbonio nel 2050, volta a ridurre dell'80-95% le emissioni di gas serra entro il 2050, rispetto al 1990⁸⁵.

Con la Direttiva 2012/27/UE, infatti, si evidenzia la necessità di accelerare l'incentivazione del contratto di rendimento energetico, estendendo il campo d'azione dell'istituto anche al mercato privato dei servizi energetici⁸⁶.

⁸³Cfr. C. VIVIANI, *Ambiente ed energia*, in R. FERRARA- M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'Ambiente I.*, cit., p. 556.

⁸⁴ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, e al Comitato delle Regioni. Priorità per le infrastrutture energetiche per il 2020 e oltre Piano per una rete energetica europea integrata*, COM (2010) 677 definitivo, Bruxelles, 17.11.2010

⁸⁵ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'efficienza energetica e che abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE*, COM (2011) 370 definitivo, Bruxelles, 22.6.2011; sul tema F. SCALIA, *L'efficienza energetica nell'ambito del "Clean energy for all europeans package" e della Strategia energetica nazionale*, in *Dir. giur. agr.*, 6, 2017; J. VASCONCELOS, *Il ruolo dell'efficienza energetica nell'ambito della transizione energetica europea*, in P. BIANDRINO - M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Milano, 2016, pp. 19 ss.

⁸⁶Così testualmente il Considerando 47: "È necessario continuare a sviluppare il mercato dei servizi energetici per garantire la disponibilità di domanda e offerta di servizi energetici. La trasparenza, ad esempio mediante elenchi di fornitori di servizi energetici, può contribuire a tale obiettivo. Anche i contratti tipo, lo scambio di migliori pratiche e orientamenti, in particolare per quanto riguarda i contratti di rendimento energetico, possono contribuire a

All'art. 1 della Direttiva si rinviene una “nuova” definizione di contratto di rendimento energetico che sostituisce quella del 2006.

Così, precisamente, al comma 1, n. 27) del citato art. 1, si definiscono contratti di rendimento energetico gli *“accordi contrattuali tra il beneficiario e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del rapporto del contratto, laddove siano erogati investimenti (lavori, forniture e servizi) nell'ambito della misura in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari.”*

Come è possibile ricavare anche dal semplice dato testuale, la nozione del contratto di EPC viene implementata⁸⁷, valorizzando la verifica ed il monitoraggio dell'efficienza energetica, nonché il rapporto tra l'investimento e il livello di efficientamento⁸⁸.

In tale nuova nozione, quindi, non viene tanto in rilievo il mero sinallagma “miglioramento energetico” - “pagamento del prezzo”, bensì l'efficace utilità dell'investimento.

Si potrebbe pertanto ipotizzare che il legislatore europeo sia voluto entrare nell'equilibrio del sinallagma contrattuale, stabilendo lui stesso *ex ante* gli interessi

stimolare la domanda. Come in altre forme di finanziamento tramite terzi, in un contratto di prestazione energetica il beneficiario del servizio energetico evita i costi di investimento utilizzando parte del valore finanziario dei risparmi energetici per ripagare l'investimento effettuato totalmente o in parte da terzi”.

⁸⁷ Giova riportare nuovamente la nozione di PEC data dalla Direttiva del 2006, all'art. 2, comma 1, lett. 1), che definiva il contratto di rendimento energetico *“come l'accordo contrattuale tra il beneficiario e il fornitore riguardante una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, in cui i pagamenti a fronte degli investimenti in siffatta misura sono effettuati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente*

⁸⁸ M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in AA.VV., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015, pp. 282 ss.

delle parti, nonché le modalità di preservazione degli stessi, che entrano nella struttura tipica del contratto.

Con la Direttiva del 2012, poi, il contratto di rendimento energetico diviene strumento di promozione del mercato dei servizi energetici e dell'accesso alle piccole e medie imprese⁸⁹.

Pertanto, se il contratto di rendimento energetico rimane comunque uno strumento *prima facie* indirizzato alla P.A, ora diviene espressamente mezzo di promozione altresì del mercato dei servizi energetici, quale istituto indirizzato anche all'impresa privata.

All'Allegato XIII della direttiva *de qua* sono elencati gli "elementi minimi" che devono figurare nei contratti di rendimento energetico sottoscritti con il settore pubblico o nel relativo capitolato d'appalto⁹⁰.

Come è possibile comprendere, tuttavia, i requisiti in parola attengono più alla trasparenza negoziale, nonché alla certezza dei costi, piuttosto che all'efficientamento energetico e al suo monitoraggio. Gli elementi minimi in esame, infatti, mirano a garantire il rapporto pubblico - privato, più che a un efficace utilizzo dello strumento⁹¹.

⁸⁹ Art. 10, Direttiva 2012/27/UE, rubricato "Servizi energetici": *Gli Stati membri promuovono il mercato dei servizi energetici e l'accesso delle PMI a tale mercato [...] offrendo contratti tipo per i contratti di rendimento energetico che contengono almeno gli elementi elencati all'allegato XIII.*

⁹⁰ Tra gli elementi obbligatori, si annoverano: a) la definizione chiara dei servizi e dei beni forniti nell'ambito del contratto; b) il livello garantito di miglioramento dell'efficienza energetica da conseguire; c) la durata del contratto e modalità di rinnovo; d) la descrizione dettagliata delle misure di monitoraggio, verifica e controllo delle prestazioni; e) l'obbligo di manutenzione e aggiornamento degli impianti; f) la suddivisione dei rischi finanziari tra le parti; g) le clausole relative alla condivisione dei risparmi economici; h) le disposizioni in caso di inadempimento contrattuale; A. CLARICH, *Il partenariato pubblico-privato e i contratti di rendimento energetico*, in *Riv. trim. app.*, 2018, p. 345 ss., sottolinea come l'introduzione di requisiti minimi serva a rendere replicabili ed efficienti le soluzioni contrattuali, soprattutto nell'ambito delle P.A.

⁹¹ Cfr. C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 41, secondo cui "Non c'è dubbio, comunque, che i requisiti minimi siano elevati in modo

Modificata la nozione di EPC a livello europeo, viene quindi innovata anche la definizione di EPC dell'art. 2, lett. 1, del D.lgs. n. 115/2008⁹², che è stata abrogata e sostituita dal D.lgs. n. 102/2014, il quale attua, appunto, la Direttiva 27/2012.

Ecco che quindi il monitoraggio diviene prestazione caratterizzante del contratto, costituendo un elemento fondamentale per individuare la fattispecie.

Da ultimo, è stata emanata la Direttiva UE 2023/1791 sull'efficienza energetica, che integra e modifica la Direttiva 2012/27/UE, la quale impone agli Stati membri di raggiungere un obiettivo complessivo di efficienza energetica del 40% entro il 2030.

Questo obiettivo comprende il miglioramento dell'efficienza energetica in settori come l'edilizia, i trasporti, l'industria e l'agricoltura, anche e soprattutto attraverso lo strumento del contratto di rendimento energetico nel mercato privato delle piccole e medie imprese⁹³.

disordinato e a volte ripetitivo [...] Le indicazioni richieste attengono, principalmente, alla distribuzione tra le parti dei rischi dell'operazione economica, ancien relatione alla sopravviene"; M. MAUGERI, Il contratto di rendimento energetico e i suoi "elementi minimi", in Nuova giur. civ. comm., II, 2014, pp. 422 ss; occorre altresì far presente che, sebbene gli "elementi minimi" siano dettati per il settore pubblico, essi assumono rilevanza anche nei rapporti tra privati, essendone il rispetto requisito indispensabile per l'erogazione degli incentivi del Conto termico (art. 7, comma 6, D.lgs. n. 102/2014).

⁹² Così la definizione contenuta nell'art. 2, lett. n., del D.lgs. n. 102/2014: *"accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari"*

⁹³ Così, testualmente, il Considerando 129 della Direttiva 1791/2023: *"È necessario continuare a sviluppare il mercato dei servizi energetici per garantire la disponibilità di domanda e offerta di servizi energetici. La trasparenza, ad esempio mediante elenchi di fornitori di servizi energetici certificati e di contratti tipo disponibili, lo scambio di buone pratiche e gli orientamenti contribuiscono fortemente alla diffusione dei servizi energetici e dei contratti di rendimento energetico e possono contribuire a stimolare la domanda e ad accrescere la fiducia nei fornitori di servizi energetici. In un contratto di rendimento energetico il beneficiario del servizio energetico evita i costi di investimento utilizzando parte del valore finanziario dei risparmi energetici per ripagare, totalmente o in parte, l'investimento*

La Direttiva in commento rileva espressamente come i contratti di rendimento energetico non abbiano trovato particolare diffusione in taluni Stati membri, perché ostacolati dalle “*ambiguità dei quadri legislativi nazionali*”⁹⁴, compromettendo, pertanto, il raggiungimento degli obiettivi prefissati con le precedenti Direttive.

La definizione del contratto in parola rimane pressoché invariata nella Direttiva del 2023⁹⁵, ma all’art. 7, in tema di appalti pubblici, l’EPC non è più solo uno degli strumenti che le P.A. possono utilizzare tra altre diverse opzioni, ma diventa un essenziale modello di azione che gli Stati membri devono necessariamente promuovere nelle proprie amministrazioni. Il rispetto dei requisiti minimi⁹⁶, invece diviene condizione indispensabile per l’accesso a determinati incentivi ed esenzioni per gli operatori privati.

Ebbene, il contesto in cui il contratto di EPC viene introdotto dal legislatore europeo, prima, e da quello nazionale, poi, conduce già ad alcune considerazioni sul medesimo.

Detto negozio: a) nasce come strumento europeo per realizzare gli obiettivi di riduzione della emissioni di CO₂ e di sostenibilità ambientale; b) in prima battuta, il

effettuato da terzi. Ciò può contribuire ad attirare capitale privato, essenziale per aumentare i tassi di ristrutturazione edilizia nell'Unione, introdurre competenze sul mercato e creare modelli d'impresa innovativi. Dovrebbe pertanto essere obbligatorio valutare la fattibilità del ricorso a contratti di rendimento energetico per le ristrutturazioni di edifici non residenziali con superficie coperta utile superiore a 750 m². Così facendo si accresce la fiducia nei confronti delle imprese di servizi energetici e si apre la strada al moltiplicarsi dei progetti di questo tipo in futuro”.

⁹⁴ Considerando 131, Direttiva UE 2023/1791.

⁹⁵ All’art. 2, comma 1, n. 33), Direttiva UE 2023/1791, ove si legge: : “*accordi contrattuali tra il beneficiario e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, laddove per lavori, forniture o servizi nell'ambito della misura sia versato un corrispettivo in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di un altro criterio di prestazione energetica concordato, come i risparmi finanziari*”.

⁹⁶ I requisiti minimi del contratto di rendimento energetico per il settore pubblico sono indicati all’Allegato XV della Direttiva del 2023, il cui rispetto - anche nel settore privato - consente di accedere a particolari agevolazioni ovvero esenzioni (cfr. art. 11, comma 10).

contratto *de quo* era principalmente indirizzato alle P.A. degli Stati contraenti, essendo loro indicato quale uno dei possibili strumenti di efficientamento energetico utilizzabili dagli Enti pubblici; c) il contratto di EPC diviene anche mezzo di promozione del mercato energetico, incentivando altresì l'ingresso di piccole e medie imprese; d) il contratto di rendimento energetico si caratterizza, oltre che per il miglioramento dell'efficienza energetica di un immobile ovvero di un impianto, anche per il monitoraggio dei risultati in termini di efficientamento raggiunti per tutta la durata del rapporto.

In sintesi, l'EPC si evolve trascorrendo da strumento opzionale a modello contrattuale strategico per l'attuazione delle politiche energetiche europee. Da accordo limitato alla pubblica amministrazione, più in generale, diviene un meccanismo incentivante per l'intero mercato, fondato su principi di *accountability*, misurazione delle performance e sinergia pubblico-privato⁹⁷.

5. Il contratto di rendimento energetico nell'ordinamento italiano: un rapporto negoziale complesso privo di disciplina.

Ripercorse le ragioni storiche e politiche che hanno condotto alla positivizzazione del contratto di EPC, appare necessario soffermarsi sulla posizione attuale che esso riveste nel nostro ordinamento.

Si è già detto che l'EPC trova una definizione nell'art. 2 del D.lgs. n. 102/2014; tuttavia, il Legislatore italiano (come, invero, anche quello europeo), non si è spinto

⁹⁷ Cfr. G. MITROTTI, *Alle radici pubblicistiche degli Energy Performance Contracts (EPC)*, cit. , pp. 28 ss.; A. CLARICH, *Il partenariato pubblico-privato e i contratti di rendimento energetico*, cit., p. 345 ss.

molto oltre: fermi i richiami al suddetto contratto nel settore della contrattazione pubblica, non vi è ad oggi traccia di una disciplina ad esso specificamente dedicata.

La dottrina che si è soffermata ad analizzare questo particolare negozio è concorde nel ritenere che il contratto *de quo* sia un contratto nominato, ma atipico: nominato, in quanto il legislatore appunto lo nomina, dandone una definizione, ma tuttavia atipico poiché esso è sfornito di una disciplina propria⁹⁸.

Taluni autori hanno voluto ricercare, in detta mancanza, non una mera lacuna normativa, bensì un intento consapevole del legislatore, il quale avrebbe affidato volontariamente alla piena libertà delle parti la regolamentazione del rapporto, al fine di renderlo quanto più coerente all'assetto di interessi concretamente perseguito dalle parti stesse⁹⁹.

Volontaria o meno, l'assenza di una espressa disciplina del rapporto comporta le seguenti problematiche di non poco momento da un punto di vista giuridico: 1) non essendovi una disciplina, il rapporto deve essere qualificato secondo gli ordinari criteri di teoria generale del contratto; 2) dalla qualificazione del contratto deriva la disciplina applicabile, che attingerà necessariamente da quelle dei contratti tipici nei quali l'EPC è sussumibile o a cui è assimilabile; 3) senza una disciplina precisa si verifica una situazione di incertezza dei rapporti giuridici, con effetti decisamente negativi sul mercato in cui il negozio dovrebbe operare¹⁰⁰.

⁹⁸ P. PISELLI - A. STIRPE, *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, in P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, cit., p. 36; M. G. CAPPIELLO, *Il contratto a rilevanza ecologica*: nuovi scenari civilistici a tutela dell'ambiente, cit., p. 47; C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 47; M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit., p. 830.

⁹⁹ Cfr. A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 515 ss.

¹⁰⁰ Si ricorda che la stessa Direttiva 1791/2023/UE, al Considerando 131, espressamente rileva come i contratti di rendimento energetico non abbiano trovato particolare diffusione in taluni Stati membri, perché ostacolati dalle “*ambiguità dei quadri legislativi nazionali*”.

Non è un caso che nel settore privato detto contratto stenti ancora ad affermarsi: per lo più l'efficientamento energetico si riviene in ambito industriale, dove vi è un significativo interesse al risparmio energetico per l'elevato consumo degli impianti.

Il contratto *de quo*, infatti, non sembra neppure di facile qualificazione, atteso che presenta delle peculiarità le quali non consentono la sua immediata sussunzione in alcuna delle figure negoziali tradizionali, note per previsione di legge o per diffusione nella pratica.

Il contratto tipico più vicino all'EPC sembrerebbe l'appalto, d'opera o di servizi; tuttavia, un'argomentata opinione ha evidenziato come il primo, invero, non si esaurisca completamente in quest'ultimo¹⁰¹.

Secondo gli autori che hanno esaminato la fattispecie in argomento, infatti, l'EPC si caratterizzerebbe rispetto all'appalto per una serie di fattori: a) l'autonoma gestione dell'impianto da parte del fornitore ovvero della ESCO per un certo arco temporale; b) la remunerazione dell'operazione che avviene attraverso la cessione dei risparmi ottenuti dal beneficiario in favore del fornitore; c) la prestazione, che non attiene ad un'opera ovvero a un servizio, bensì, appunto, al miglioramento dell'efficienza energetica¹⁰².

Ebbene, detta tesi non è esente da critiche, posto che: a) la ESCO si impegna ad una determinata prestazione con l'organizzazione di fattori di impresa, assumendo su di sé il rischio dell'operazione (ciò che è tipico dell'appalto)¹⁰³; b) le modalità di determinazione del prezzo non valgono ad incidere (nel caso di specie) sulla

¹⁰¹ M. PENNASILICO, *Il contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract)*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 246; nonché S. TRINO, *Il contratto di rendimento energetico*, cit., p. 398.

¹⁰² Cfr. M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, cit. pp. 44-45.

¹⁰³ F. MASTRAGOSTINO, *I contratti per l'efficienza energetica e la pubblica amministrazione*, in *Rass. Giur. ENEA*, 2016, pp. 63 ss., sottolinea come la dimensione di rischio trasferita alla ESCO sia elemento caratterizzante dei contratti di tipo imprenditoriale.

qualificazione del contratto, posto che l'appalto conosce la determinazione del corrispettivo sia a corpo sia a misura (ossia in proporzione a quanto effettivamente realizzato); c) se è vero che concettualmente l'efficienza energetica non appare assimilabile ad un'opera ovvero ad un servizio, è altresì certamente vero che questa è diretta conseguenza di un'opera (realizzazione di un impianto) ovvero di un servizio (monitoraggio del miglioramento). Ancora, nel rapporto di appalto non è neppure essenziale che vi sia contestualità tra l'ultimazione dell'opera ovvero del servizio e il pagamento del corrispettivo, posto che la prassi (ovvero la disciplina pubblicistica) conosce altresì il pagamento a SAL (stati di avanzamento dell'opera)¹⁰⁴.

Per questa ragione si ritiene che il contratto di EPC sia un appalto d'opera misto ad appalto di servizi: l'appalto d'opera si configura nella parte in cui il fornitore si obbliga a realizzare l'impianto ovvero i lavori funzionali al miglioramento energetico del sistema industriale o dell'edificio; l'appalto di servizi, invece, verrebbe in considerazione nella seconda fase del rapporto, ossia quella in cui – una volta realizzato il lavoro – il fornitore si obbliga altresì a gestire l'impianto realizzato nonché a monitorare l'efficacia dello stesso in termini di miglioramento dell'efficienza energetica¹⁰⁵.

Ovviamente, poi, al rapporto principale possono altresì connettersi altri contratti, che certamente rendono più complesso il rapporto, ma non incidono sulla natura del negozio principale.

Si pensi al caso in cui gli investimenti ovvero i costi siano sostenuti da un terzo finanziatore: in questa ipotesi potrebbe configurarsi un contratto di mutuo (là dove vi sia una semplice erogazione di danaro dato a prestito) ovvero di *leasing* (qualora il

¹⁰⁴ Cfr. M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall'EPC e dagli accordi di sostenibilità*, cit., p. 270.

¹⁰⁵ Cfr. S. TRINO, *Il contratto di rendimento energetico*, cit., p. 398 e, in termini parzialmente simili, A. ZOPPINI, *L'efficienza energetica*, cit., p. 360.

terzo acquisti l'impianto e lo conceda al beneficiario dietro il pagamento di un canone)¹⁰⁶.

Molti autori hanno altresì posto a confronto il contratto di EPC con quello di *engineering*¹⁰⁷, escludendo tuttavia che il primo possa essere sussunto nel secondo in quanto¹⁰⁸: a) i due contratti sarebbero destinati ad operare in due settori diversi; b) l'EPC è un contratto fondato sul concetto di *performance*, che è anche il parametro di determinazione del corrispettivo; c) l'*engineering* sarebbe naturalmente destinato a grandi iniziative imprenditoriali e, quindi, sarebbe caratterizzato da una complessità sovrabbondante in relazione all'oggetto e allo scopo dell'EPC; d) il contratto di

¹⁰⁶ Cfr. M. PENNASILICO, *Il contratto di rendimento energetico*, cit., p. 247 e M. G. CAPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, cit., p. 22, ove si evidenzia che “*Se in entrambe le figure è previsto il pagamento di un canone periodico per l'intera durata del rapporto contrattuale e l'acquisto della proprietà alla scadenza, tuttavia nel leasing il canone è versato a fronte del godimento del bene e non per la remunerazione di un'attività complessa di fornitura di beni e servizi, eseguita dalla ESCo. Oggetto del leasing è un bene mobile o immobile, sul quale l'utilizzatore eserciterà l'opzione di acquisto alla scadenza contrattuale, pagando il prezzo di riscatto. Nell'EPC, invece, l'oggetto contrattuale è costituito da un'attività complessa finalizzata al miglioramento energetico di un sistema già nella titolarità del beneficiario, con acquisto, alla scadenza, soltanto della proprietà delle nuove installazioni e tecnologie, ma senza il pagamento di importi ulteriori rispetto al canone già corrisposto*”.

¹⁰⁷ Contratto definito come contratto “*di impresa, a titolo oneroso, con il quale l'engineer assume verso il committente l'obbligo progettuale, finanziario organizzativo e anche esecutivo di un opus articolato e complesso e conseguenti rischi verso un corrispettivo in danaro*”; così R. CAVALLO BORGIA *Il contratto di engineering*, Padova, 1992, p. 135; oppure in maniera più articolata “*un contratto con il quale una parte (normalmente un'impresa) si obbliga nei confronti dell'altra ad elaborare un progetto, di natura industriale, architettonica, urbanistica ed eventualmente a realizzarlo, ovvero a dare realizzazione a progetti da altre imprese elaborati, provvedendo anche, se ciò sia convenzionalmente pattuito, a svolgere prestazioni accessorie di assistenza tecnica, ricevendo a titolo di corrispettivo una somma di denaro, integrata (o sostituita) eventualmente da royalties, interessenze o partecipazioni agli utili dell'attività imprenditoriale avviata in seguito alla realizzazione del progetto*”, così in G. ALPA, *I contratti di « engineering »*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 11, Milano, 1984, p. 72.

¹⁰⁸ P. PISELLI - S. MAZZANTINI-A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract)*, in *treccani.it*, 11 marzo 2010.

engineering sarebbe finalizzato alla progettazione e costruzione di un struttura imprenditoriale, per cui non contemplerebbe né la gestione né il monitoraggio di efficienza di una siffatta struttura.

La giurisprudenza, sebbene con qualche distinguo, tende a ricondurre la figura in esame a due forme sufficientemente definite: il *consulting engineering* ed il *commercial engineering*. Nella prima ipotesi la società di ingegneria si obbliga alla progettazione di un'opera senza tuttavia limitarsi alla redazione del progetto, ma impegnandosi ad attività preliminari ed accessorie di carattere consultivo, quali studi di fattibilità, analisi di mercato, valutazione dei costi, ricerca di finanziamenti, verifica della progettazione di altri soggetti, formule di organizzazione aziendale e simili. Nel secondo caso, l'*engineer* s'impegna, in aggiunta a tutte queste attività, a controllare ovvero a curare direttamente l'esecuzione dell'opera progettata, nonché ad effettuare ulteriori attività accessorie sempre legate alla fase esecutiva, quali la scelta dei fornitori, i collaudi e l'assistenza volta a garantire, dopo la realizzazione dell'opera, il corretto funzionamento per un determinato periodo . È stato precisato che, in questa seconda ipotesi, il rapporto può anche assumere una struttura trilaterale nel cui ambito il committente diviene controparte sia dell'*engineer* — il quale, dopo aver elaborato il progetto, sovrintende alla sua realizzazione — sia del soggetto cui è affidata la materiale esecuzione dei lavori¹⁰⁹.

Tale contratto, evidentemente, presenta molteplici punti in comune con l'EPC, quali, ad esempio: a) la cessione di un *Know How*; b) l'attitudine ad avere ad oggetto prestazioni complesse da un punto di vista tecnologico; c) la particolare articolazione in cui può estrinsecarsi la prestazione del professionista, che può prevedere tanto la fase di studio preliminare, quanto l'esecuzione in concreto dell'opera, ma anche la sua

¹⁰⁹ Cfr. Cass. civ., 10 giugno 1994, n. 5648, in *Giust. civ.*, 1995, p. 1337; Cons. Stato, 3 aprile 1990, n. 314, in *Riv. giur. edil.*, 1990, p. 560 s.

manutenzione e il relativo controllo, una volta eseguita; d) la presenza di prestazioni accessorie, le quali possono anche giungere alla intermediazione con altri professionisti¹¹⁰.

Ebbene, anche il contratto *de quo* viene assimilato dalla dottrina maggioritaria all'appalto d'opera ovvero all'appalto di servizi, in particolare le ipotesi di *consulting engineering* all'appalto di servizi¹¹¹, mentre i casi di *commercial engineering* all'appalto d'opera¹¹².

Attenta dottrina, poi, ha ravvisato nelle ipotesi più complesse non già un rapporto atipico in senso stretto, quanto, invece, un contratto misto o complesso "*derivante dalla fusione degli elementi causali dei contratti che concorrono alla formazione del rapporto*"¹¹³.

Sussiste, inoltre, un altro orientamento (autorevole ma) minoritario, il quale mira a valorizzare le peculiarità del negozio, ritenendolo un contratto atipico - ovvero socialmente tipico - non sussumibile in alcuna delle fattispecie contrattuali già positivizzate¹¹⁴.

Per quanto i punti di contatto tra EPC ed *engineering* siano molteplici, rimane fermo il dato per cui il primo sarebbe caratterizzato da un'obbligazione di risultato (categoria, tra l'altro, la cui utilità è assai contestata)¹¹⁵, ove la *performance* del prodotto è

¹¹⁰ P. MONTALENTI, *Società di professionisti, società di ingegneria e contratto di engineering*, in *Giur. comm.*, 2, 1986, pp. 864 s.

¹¹¹ P. MONTALENTI, *Società di progettazione e società di intermediazione progettuale: nuovi profili interpretativi*, in *Giur. comm.*, 1983, p. 502.

¹¹² D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, *Delle obbligazioni*, Art. 1665-1677, Bologna-Roma, 2007, p. 73; P. MONTALENTI, *Società di progettazione*, cit., p. 500.

¹¹³ G. ALPA, *I contratti di «engineering»*, cit., p. 74.

¹¹⁴ R. CAVALLO BORGIA, *Il contratto di engineering*, cit., p.135.

¹¹⁵ Sul dibattito dottrinale relativo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, v. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 207 ss., il quale contesta la rilevanza giuridica della

essenziale al fine dell'utile svolgimento del rapporto. Ancora, l'oggetto dell'EPC è evidentemente ben definito nell'efficientamento energetico, monitorato e verificato, nell'ottica del risparmio in capo al beneficiario. Ciò, in effetti, pone in relazione al contratto di rendimento energetico elementi caratterizzanti che mal si conciliano con altri tipi negoziali conosciuti, non consentendone una puntuale sussunzione in fattispecie normativamente ovvero socialmente tipiche.

In definitiva, con riferimento all'EPC, nell'ordinamento italiano gli unici elementi pressoché certi sono: la definizione del contratto (unica vera indicazione fornita dalla legislazione interna); il risultato che il contratto mira a raggiungere per tutte le parti negoziali; le modalità con cui il risultato deve essere garantito al beneficiario; il rapporto tra prezzo e risultato conseguito; un certa funzionalizzazione del negozio, volto a realizzazione anche l'interesse collettivo della sostenibilità ambientale.

distinzione, ritenendola una costruzione descrittiva priva di autonomia sistematica. In senso analogo, F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni «di risultato» e delle obbligazioni «di mezzi»: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, p. 888 ss., ove si evidenzia come la classificazione non incida concretamente sulla disciplina della responsabilità del debitore. Sulla posizione giurisprudenziale, cfr. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 945, secondo cui la distinzione, pur potendo avere funzione descrittiva, è dogmaticamente superata ai fini dell'onere della prova e della configurazione della responsabilità ex art. 1218 c.c.

CAPITOLO II

L'EPC e l'interesse pubblico alla sostenibilità ambientale

1. Introduzione

Avendo analizzato nel capitolo precedente il contesto normativo e sistematico in cui è stato introdotto il contratto di rendimento energetico (EPC), nonché la sua definizione positiva e l'attuazione pratica, è ora necessario soffermarsi sulla sua funzione (come parrebbe individuata dal legislatore), al fine di coglierne la reale essenza e natura.

Come già anticipato in apertura, l'EPC è stato talvolta qualificato come paradigma del cosiddetto "contratto ecologico"¹¹⁶, ossia di un modello negoziale ontologicamente orientato alla sostenibilità ambientale, la cui causa risulta funzionalizzata al perseguimento di obiettivi ambientali e di efficienza energetica.

L'interrogativo che qui si pone è dunque se tale inquadramento sia effettivamente sostenibile, ossia se siamo davvero di fronte a un nuovo paradigma contrattuale, in grado di mettere in discussione, e forse di superare, la tradizionale teoria generale del contratto¹¹⁷.

È evidente che l'EPC si colloca al confine tra autonomia negoziale e interessi collettivi, divenendo uno strumento giuridico che esprime, in modo peculiare, la tensione tra la logica dell'iniziativa privata e la realizzazione di interessi pubblici costituzionalmente

¹¹⁶ M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall'EPC e dagli accordi di sostenibilità*, cit., p. 267, afferma che *L'EPC consente di verificare la tenuta del <<contratto sostenibile>>, in quanto può apprezzarsi il superamento degli interessi patrimoniali dei contraenti e l'impatto della dimensione ecologica*".

¹¹⁷ M. G. CAPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, cit., p. 34, considera il contratto ecologico *"l'espressione sintomatica di autentico << mutamento di paradigma>> in materia contrattuale, tale da mettere in discussione, solo la spinta del modello globale dello <<sviluppo sostenibile>> l'adeguatezza della nozione stessa di contratto, come formulata dal Codice civile del 1942, e da imporre una conformazione <<ecologica>> dell'autonomia negoziale"*; cfr., inoltre, M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit., pp 4 -5.

rilevanti, come la tutela dell'ambiente (art. 9 Cost.) e lo sviluppo sostenibile (art. 41 Cost.).

In quest'ottica, il contratto orientato alla sostenibilità può contribuire a una rilettura funzionale della categoria della causa, che si apre all'integrazione di valori extra-economici, come l'efficienza energetica e la responsabilità ambientale, pur nel rispetto del canone dell'autonomia privata¹¹⁸. In questo senso, l'EPC non rappresenta soltanto un contratto peculiare, bensì un laboratorio normativo e teorico, nel quale si sperimenta una funzione sociale della negoziazione capace di riflettere i nuovi obiettivi del diritto dell'energia e dell'ambiente.

2. Il contratto di rendimento energetico e il diritto privato regolatorio.

Come si è avuto modo di anticipare, gli autori che hanno approfondito il tema del contratto di rendimento energetico concordano nel qualificarlo quale strumento di diritto privato regolatorio¹¹⁹

La dottrina più avvertita ha giustamente rilevato l'affermazione del c.d. "Stato Regolatore", ossia dello Stato che non interviene direttamente nell'economia (imponendo ovvero vietando determinati comportamenti), ma intende dirigerla promuovendo determinati comportamenti e al contempo fornendo al mercato tutti gli

¹¹⁸ S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. Contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2016, pp. 337 ss., propone una lettura della causa contrattuale come possibile luogo di emersione di interessi ambientali e sociali, in una prospettiva evolutiva del contratto. Tuttavia, precisa che il contratto rimane, nella sua struttura, fonte di rapporti giuridici patrimoniali, e che l'inserzione di finalità ambientali deve avvenire nel rispetto dei canoni dell'autonomia negoziale, tradizionalmente intesa.

¹¹⁹ In tal senso si veda A. ZOPPINI, *L'efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO E ID. (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2016. Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Bologna, 2016, pp. 359 ss; S. TRINO, *Il contratto di rendimento energetico, Il tipo contrattuale nella prospettiva del diritto privato regolatorio*, *ivi*, pp. 393 ss; C. BENANTI, *Contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, *cit.*, p. 22.

strumenti giuridici (tramite la relativa promozione, affinché il mercato stesso si indirizzi verso il medesimo interesse perseguito dallo Stato)¹²⁰. Si è affermato, così, un nuovo tipo di interventismo, ancorché indiretto, il quale ha condotto a “*un autentico proliferare di norme giuridiche destinate alla regolazione dei rapporti e dei processi economici*”¹²¹.

Il diritto privato regolatorio si è venuto a creare in prima analisi per la tutela della concorrenza del mercato¹²², mentre oggi si può affermare che esso sia indirizzato anche alla tutela della sostenibilità ambientale¹²³.

Non è un caso che gli istituti di diritto privato, diretti a regolare un certo mercato, vengano usati da legislatore proprio nei settori in cui si è manifestata l’inadeguatezza dell’attività amministrativa¹²⁴.

¹²⁰ Così anche A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in C. RABITTI BEDONGHI - P. BARUCCI, *20 anni di antitrust : l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 190, attraverso la ricostruzione di tre possibili paradigmi concettuali di riferimento: lo Stato liberale, che lascia i rapporti contrattuali in misura tendenzialmente esclusiva al libero gioco delle forze economiche; lo Stato dirigista, che interviene nei rapporti economici dettando norme imperative a tutela dell'interesse pubblico; lo Stato regolatore, che pone riparo ai fallimenti del mercato e mira a garantire coll'eteronomia il mercato concorrenziale; in tal senso si veda anche C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli, 2022, p. 45.

¹²¹ Così L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, p. 48.

¹²² Per una approfondita disamina sulla evoluzione storica della materia si veda C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, cit., pp. 25 ss.

¹²³ M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizzonti*, 2013, p. 1; P. SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le libertà fondamentali” dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 125; ID., *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in G.A. BENACCHIO – M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Trento, 2016, p. 343; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 365; C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato*, in *Eur. dir. priv.* 2001, p. 727.

¹²⁴ Si veda a tal proposito R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2020, p. 145, il quale ha sostenuto che anche il diritto privato, come più in generale lo Stato, può assumere in taluni casi i panni del salvatore, in particolar modo quando è chiamato a rimediare *ex post* a fallimenti del mercato che le autorità amministrative indipendenti non erano state in grado di risolvere *ex ante*.

L'istituto giuridico centrale nel c.d. «diritto privato regolatorio» non può che essere il contratto, non soltanto per l'importanza decisiva che questo riveste nella materia privatistica, ma soprattutto per lo stretto legame, biunivoco ed indissolubile, che lo avvince all'attività d'impresa e, di rimando, al mercato¹²⁵.

In definitiva, può in un certo senso affermarsi che sia tipica del diritto privato regolatorio la funzionalizzazione del contratto ad un preciso interesse pubblico¹²⁶.

È doveroso precisare che la regolazione del diritto privato conosce normalmente la mediazione di Autorità indipendenti, alle quali viene deputata la regolamentazione tecnica del settore e il controllo delle prescrizioni così impartite¹²⁷. Si tratta di regole che investono trasversalmente il campo del diritto contrattuale, considerato che esse incidono: i) sull'area delle trattative e della formazione del contratto (informazione precontrattuale), ii) sulla determinazione del contenuto (clausole imposte); iii) sulla presentazione del regolamento (modalità di redazione delle clausole, chiarezza e comprensibilità); iv) sull'esecuzione delle prestazioni (informazione sull'esecuzione)¹²⁸.

Appare pressoché evidente che, quando l'intervento nel mercato viene mediato dall'Autorità indipendente, anche la "funzionalizzazione" del contratto si caratterizza

¹²⁵ Così testualmente C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, cit., p. 109, in quale segnala che il rapporto tra il fenomeno economico del mercato e l'istituto giuridico del contratto è stato recentemente definito «indissolubile e biunivoco» da A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2018, p. 96.

¹²⁶ C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, cit., p. 123, sugli interventi regolatori diretti alla tutela della concorrenza e del contraente debole, afferma che «il contratto, viene così ad essere «funzionalizzato» per il perseguimento di una finalità pubblica e di interesse generale, quale la promozione e la tutela della concorrenzialità del mercato, del tutto estranea alla volontà dei singoli contraenti».

¹²⁷ G. ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti e la disciplina dei contratti*, in S. AMOROSINO -G. MORBIDELLI -M. MORISI (a cura di), *Istituzioni Mercato e Democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, p. 12.

¹²⁸ Cfr. R. NATOLI, *il diritto privato regolatorio*, cit., p. 140.

come mediata. L'interesse pubblico, infatti, non è realizzato direttamente dal privato, quanto, piuttosto, dal corretto agire dell'Autorità di controllo.

Nel caso dell'EPC, invece, l'attività regolatoria sembra diretta, nel senso che, senza l'intermediazione di alcuno, il legislatore promuove un contratto già di per sé capace (tenuto conto della causa e dell'oggetto) di incidere sul mercato che si vuole tutelare ovvero incentivare.

Ancora, la regolazione del mercato avviene di norma attraverso la positivizzazione di norme imperative che incidono sulla validità ovvero sull'efficacia del rapporto; con il contratto di EPC, invece, diversamente da quanto è tipicamente riconducibile al diritto privato della regolazione, il mercato e la negoziazione dell'efficienza energetica sono stati promossi attraverso norme di carattere dispositivo¹²⁹, con l'evidente intento di non limitare l'autonomia privata¹³⁰.

Con l'EPC si intende quindi valorizzare l'autonomia privata e la libertà del mercato di riferimento, atteso che, come si è detto, con tale strumento non si intende limitare un mercato, ma, al più, incentivarlo, creando le condizioni per il raggiungimento di determinati obiettivi¹³¹.

¹²⁹ Così anche C. BENANTI, *Contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 22.

¹³⁰ Per essere precisi, come detto in apertura del presente lavoro, il contratto di EPC viene introdotto principalmente perché venisse e venga utilizzato dalle amministrazioni pubbliche, come uno degli strumenti tra cui scegliere per attuare i fini della Direttiva; il contenuto minimo del contratto, di cui all'allegato 8 del Decreto Legislativo 102/2014 ovvero della Delibera ANAC n. 349 del 17 luglio 2024 in attuazione dell'art. 200, del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, indirizzati tuttavia esclusivamente alle P.A.

¹³¹ V. BUONOCORE.: "Etica degli affari, impresa etica e impresa socialmente responsabile", in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2008, pp. 60 ss. Per una riflessione sulla differenza fra "interesse sociale" (e più nello specifico, fra l'oggetto o scopo-mezzo) e "scopo dell'impresa" (scopo-fine), si rinvia alla recente riflessione sviluppata da M.S. SPOLIDORO, "Interesse, funzione e finalità. Per lo scioglimento dell'abbraccio fra interesse sociale e Business Purpose", in *Riv. soc.*, 2, 2022, pp. 325 ss; prospetta invece un nuovo panorama giuridico, caratterizzato da un "istituzionalismo forte", F. DEGL'INNOCENTI, *Nuove sfide regolatrice del diritto privato europeo nel prisma della sostenibilità. La proposta di*

Le parti rimangono quindi libere di contrarre o meno e di regolare i propri interessi economici, salvi i limiti imposti dalla legge. Le parti che concludono un accordo di EPC, perché incentivate dal sistema, pur non volendo realizzare un interesse di rilevanza sociale, lo perseguono indirettamente concludendo un contratto che, per oggetto e causa, ha l'attitudine a farlo.

Nel caso degli EPC, la disciplina contrattuale rimane comunque fortemente condizionata da una cornice normativa multilivello. Direttive europee, decreti legislativi, linee guida tecniche e interventi delle autorità di regolazione (come ARERA e GSE) impongono requisiti minimi di contenuto (art. 2, lett. n, D.lgs. n. 102/2014; Allegato XV Direttiva UE 2023/1791), criteri di performance, obblighi di trasparenza, vincoli funzionali all'attuazione di una politica energetica sostenibile e integrata.

Il contratto di EPC assume, quindi, una funzione pubblicistica, che lo rende parte della strategia di transizione ecologica. Si tratta, come osservato in dottrina, di un contratto nel quale l'autonomia privata è incanalata verso fini di interesse generale, mediante la previsione di obblighi di risultato, sistemi di monitoraggio e di accountability energetica¹³².

In tale contesto, l'EPC incarna pienamente la logica regolatoria, non solo perché inserito in un mercato liberalizzato ma regolato, ma anche perché è lo strumento attuativo di una politica pubblica (la riduzione delle emissioni e il miglioramento dell'efficienza energetica). Secondo autorevole dottrina, ci si trova dinanzi a una

direttiva sulla corporate sustainability due diligence, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, 2023, p. 515.

¹³² S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. Contratto ecologico*, cit. , pp. 225 ss

“contrattualizzazione del diritto pubblico”, in cui le parti agiscono come co-esecutori di un programma legislativo, più che come meri portatori di interessi privati¹³³.

L'eteroregolazione tipica del diritto privato regolatorio si manifesta anche nella standardizzazione delle clausole contrattuali, nella previsione di parametri oggettivi di misurazione della prestazione e nella ridefinizione del sinallagma, fondato non solo sullo scambio economico, ma sul valore ambientale prodotto. La causa del contratto si trasforma, così, in causa funzionalizzata, come *locus* di emersione di interessi superiori, *in primis* la tutela dell'ambiente¹³⁴.

3. L'EPC quale strumento di realizzazione dell'interesse pubblico attraverso l'autonomia privata.

In prima battuta, l'efficientamento energetico è stato imposto alle pubbliche amministrazioni, quali soggetti primariamente interessati all'attuazione di un nuovo modello di economia sostenibile.

Tuttavia, la contrazione dei consumi nocivi a livello globale non può certamente realizzarsi senza confrontarsi con il mercato degli scambi tra privati, atteso che la maggior incidenza ambientale si riscontra per l'appunto nel settore industriale governato dall'iniziativa privata. Inoltre, è nel settore privato che si individuano le tecnologie necessarie per realizzare un uso più efficiente dell'energia.

¹³³ G. COMANDÉ, *Il diritto privato regolatorio: nuovi compiti per un vecchio strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 245 ss.; R. PARDOLESI, *La parabola del diritto privato regolatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 1 ss.

¹³⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Diritto privato e regolazione. Il nuovo ruolo della funzione pubblica nel contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 1183 ss.

Se nella teoria generale del contratto, quindi, l'EPC è una piana manifestazione del diritto privato regolatorio¹³⁵, nel settore pubblico l'EPC è stato collocato (dal legislatore italiano) nell'ambito del partenariato pubblico- privato (PPP)¹³⁶. Il contratto di rendimento energetico, infatti, è altresì menzionato all'art. 200 (Parte V - Altre disposizioni in materia di partenariato pubblico - privato) del D.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici in attuazione)¹³⁷.

¹³⁵ Cfr. G. BELLANTUONO, *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili; efficienza energetica*, in V. ROPPO - A.M. BENEDETTI (a cura di), *Mercati regolati*, in *Tratt. contr. Roppo*, V, Milano, 2014, p. 1397; S. TRINO, *Il contratto di rendimento energetico. Il tipo contrattuale nella prospettiva del diritto privato regolatorio*, in L. CARBONE- G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia. Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Bologna, 2016, p. 404.

¹³⁶ Il partenariato pubblico-privato è definito all'art. 174, comma 1, D.lgs., 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici), come “*un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato*”; sul tema si veda da ultimo A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 23 novembre 2023; per un interessante approfondimento sul tema G. VICICONTE, “*I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)*”, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 155 ss.

¹³⁷ Così il disposto dell'art. 200 citato: “*Nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell'operatore economico sono determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi. La misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata secondo le norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, è resa disponibile all'ente concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici*”.

Come noto, tale strumento rappresenta un modello di cooperazione tra P.A. e privato nella realizzazione degli interessi pubblici, la cui cura è attribuita dalla legge alla prima¹³⁸.

Se, infatti, la P.A. ha - per così dire - una competenza esclusiva sulla cura e gestione dell'interesse pubblico¹³⁹, ciò non toglie che il privato possa a ciò partecipare conferendo la propria esperienza ed il proprio collaudato modo di produzione e di scambio delle attività produttive. Attraverso tale modello, quindi, l'Amministrazione è capace di ricercare nel libero mercato le risorse utili per l'attuazione delle proprie politiche¹⁴⁰.

Se, quindi, è oggetto di PPP, evidentemente l'EPC costituisce uno strumento di realizzazione di un interesse pubblico in senso tecnico, in quanto reso possibile dalla intermediazione della P.A. che si pone quale parte contrattuale qualificata. In questo caso, infatti, il contenuto negoziale è già predeterminato nella fase di evidenza pubblica e il privato non ha potere di negoziazione, per cui ciò che gli rimane è solo la scelta della migliore modalità di carattere tecnico per realizzare il programma negoziale già definito a monte.

L'azione amministrativa, anche quando è svolta ricorrendo a moduli privatistici, non può in alcun modo essere equiparata all'attività giuridica dei soggetti privati, essendo

¹³⁸ Cfr. G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione nella normativa europea e nazionale. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale ed il baratto amministrativo. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2019, p. 133 ss.

¹³⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 marzo 200 e 22 aprile 1999 nn. 1 e 30; Secondo C. E. GALLO, (voce) *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della P.A.*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, 1999, p. 284, l'interesse pubblico: «non è l'interesse di una amministrazione, non è un interesse della collettività personalizzato in una organizzazione, ma è l'interesse del pubblico, e cioè della collettività e delle individualità dei singoli cittadini che si trovano di fronte al potere amministrativo».

¹⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, 2 febbraio 2020, n. 1327.

sempre al servizio degli interessi della collettività e, quindi, in principio non libera né autonoma, ma finalizzata al raggiungimento di obiettivi prestabiliti e comunque controllabili.

Se, secondo una risalente impostazione, l'interesse pubblico era di esclusiva competenza delle P.A., nel moderno ordinamento giuridico, il contratto non è più solo espressione della libertà individuale, ma anche strumento di attuazione di interessi di rilievo collettivo. La Costituzione italiana ha profondamente inciso sull'impianto tradizionale del diritto contrattuale¹⁴¹, subordinando l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) al rispetto dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana. In questo quadro, l'autonomia negoziale è sì riconosciuta, ma non incondizionata: essa incontra limiti là dove l'interesse pubblico impone un diverso bilanciamento dei valori in gioco.

Tale impostazione ha portato ad un ripensamento del ruolo del contratto come strumento non solo privatistico, ma anche funzionale alla realizzazione di finalità pubbliche, soprattutto in settori strategici come quello dell'energia, dei servizi pubblici, dell'ambiente. L'utilità sociale si pone come criterio dinamico in grado di guidare la valutazione della legittimità e dell'efficacia dei contratti, fungendo da vincolo implicito e parametro di interpretazione sistematica¹⁴².

¹⁴¹ La Costituzione italiana, entrata in vigore nel 1948, ha segnato una svolta rispetto all'impostazione classica del diritto privato di matrice liberale, introducendo un impianto valoriale fondato sulla centralità della persona e sull'equilibrio tra libertà individuali e interessi collettivi. In tale contesto, l'autonomia negoziale — che nel codice civile del 1942 trovava ampio spazio, espressione della libertà contrattuale propria dell'individualismo ottocentesco — viene costituzionalmente riconosciuta ma non elevata a valore assoluto.

¹⁴² M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pp. 46-47 e 98 ss., dove si sottolinea che «il principio di utilità sociale [...] non può che svolgersi come criterio evolutivo e sistemico nella valutazione della liceità degli atti di autonomia privata»; G. DE CRISTOFARO, *La funzione sociale del contratto e la sostenibilità ambientale*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, I, pp. 55-78.

In tale prospettiva, il contratto non è più visto come un atto neutro, ma come una sede in cui si compongono interessi privati e pubblici. La dottrina più recente sottolinea l'emergere di un "diritto privato europeo d'interesse generale" in cui la funzione sociale del contratto diventa essenziale, specialmente nei settori regolati¹⁴³. La connessione tra autonomia privata e funzione pubblica del contratto emerge con particolare evidenza nei partenariati pubblico-privati e nei contratti di efficienza energetica, dove le clausole contrattuali sono spesso strutturate per garantire obiettivi collettivi, come la sostenibilità ambientale e il risparmio energetico¹⁴⁴.

In questo senso, si può affermare che l'efficienza energetica sia divenuta un valore giuridico rilevante, tale da modificare l'equilibrio sinallagmatico dei contratti, ponendo la prestazione dell'appaltatore in relazione con i risultati ambientali conseguiti. In particolare, si è osservato che l'EPC esprime una forma contrattuale ibrida, nella quale l'autonomia privata è incanalata verso finalità di interesse pubblico, secondo logiche di responsabilità funzionale e rendicontazione delle performance¹⁴⁵. Quanto alla distinzione tra interessi pubblici e interessi privati, si sottolinea la circostanza per la quale la linea di demarcazione è riconducibile proprio alle motivazioni poste alla base dell'esistenza stessa del diritto pubblico e del diritto privato; mentre, infatti, il diritto pubblico è fondato sulla soddisfazione di bisogni della collettività, gli interessi privati trovano la loro ragion d'essere in un appagamento per

¹⁴³ F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, 4, pp. 52-68; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in BRUTI LIBERATI – DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, pp. 75 ss.

¹⁴⁴ F. MASTRAGOSTINO, *I contratti per l'efficienza energetica e la pubblica amministrazione*, in *Rass. Giur. ENEA*, 2016, pp. 13-20, dove l'autore approfondisce la dimensione pubblicistica dei contratti di performance energetica, evidenziando il ruolo delle ESCO nella realizzazione di finalità di utilità sociale.

¹⁴⁵ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. Contratto ecologico*, cit., pp. 225 ss.

così dire egoistico e tendono ad essere soddisfatti talvolta con pregiudizio di interessi privati di altri soggetti¹⁴⁶.

L'interesse pubblico, in definitiva, è l'interesse che lo Stato o un'altra entità pubblica persegue nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali. Si tratta di un interesse che si presume essere a vantaggio della collettività nel suo insieme e che giustifica l'azione amministrativa. L'interesse pubblico può fondare, ad esempio, l'imposizione di limiti ai diritti individuali, come nel caso dell'espropriazione per pubblica utilità.

Diverso, invece, è l'interesse diffuso, che è un interesse collettivo, ma non rientra nella sfera di competenza esclusiva dello Stato. Si tratta di interessi condivisi da una pluralità di soggetti (ad esempio, l'ambiente, la salute pubblica, il paesaggio) che non possono essere ricondotti all'interesse di un singolo individuo. La tutela degli interessi diffusi è comunque affidata a soggetti aggregati, come associazioni o comitati, che agiscono in rappresentanza di una collettività più ampia, non già a singoli privati nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

Anche volendo affermare, quindi, che il privato non può amministrare l'interesse pubblico, non può certo negarsi che egli possa entrarvi in contatto (attraverso l'intermediazione della P.A.) ovvero concorrere alla realizzazione dello stesso, tramite gli strumenti propri del diritto privato¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cfr. G. MASTRODONATO, *Lineamenti sull'interesse pubblico tra mito e realtà*, in Riv. Giur. AmbienteDiritto.it, 1, 2023, p. 7., evidenza come il concetto tradizionale di interesse pubblico, legato a una visione autoritaria e verticale della pubblica amministrazione, sia oggi superato. In sua vece, si afferma un modello pluralista e democratico, in cui l'interesse pubblico è il risultato di processi partecipativi, bilanciamenti tra valori costituzionali (ambiente, salute, sviluppo) e mediazione di interessi collettivi e individuali.

¹⁴⁷ Sulle differenze tra interessi pubblici e privati, S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in Enc. Dir., XII, Milano, 1964, p. 696.

4. Sostenibilità ambientale e contratto: il “nuovo” modello del contratto ecologico.

Come si è detto in precedenza, tradizionalmente ai privati non è consentito di curare interessi pubblici, poiché a questi non è permesso di sostituirsi alla pubblica amministrazione.

Di recente, però, tale assunto sembrerebbe aver perso il suo valore assoluto, proprio con riferimento alla tematica della sostenibilità ambientale.

Se, infatti, si segnalava già da tempo la sostenibilità quale parametro di meritevolezza dei contratti atipici¹⁴⁸, nonché come elemento integrante la causa di taluni contratti¹⁴⁹, ad oggi il dibattito assume maggiore rilevanza, in ragione della recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Si veda, ad esempio, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, secondo il quale: «Occorre, anzitutto, sfatare un “mito”: il mercato può rilevarsi un potente alleato della regolazione nel perseguimento delle finalità di tutela ambientale, nonostante l’opinione diffusa che considera le esigenze della produzione e dello sviluppo economico pressoché inconciliabili con quelle di protezione delle risorse naturali e dell’ecosistema» (p. 764). Il principio dello sviluppo sostenibile, «con la sua “eccedenza di contenuto assiologico”, la sua carica di doverosità a favore delle generazioni future, costituisce non soltanto un parametro di giustificazione delle leggi, come attestano in modo sempre più intenso le decisioni della nostra Corte Costituzionale a tutela dell’integrità delle risorse idriche e del complessivo patrimonio paesistico ambientale, ma anche un parametro di meritevolezza dei contratti ambientali» (p. 765). La conformazione “ecologica” dell’autonomia negoziale «induce a riconoscere che la meritevolezza dei “contratti verdi” è in re ipsa nella liceità della causa: in effetti, il giudizio di meritevolezza appare pleonastico se riferito a contratti diretti a soddisfare interessi ambientali leciti, che “colorano” la causa concreta e sono in armonia con il “pieno sviluppo della persona umana”. Anche P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, p. 330, afferma che «il contratto, anche se non contiene clausole ambientali, qualora si ponga di fatto in contrasto con valori quali la salute dell’uomo, la sua integrità psicofisica, non è meritevole».

¹⁴⁹ Già A. DI MAJO, *Proposte per un avvio di discorso teorico sull’uso alternativo del diritto privato*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto, I, Scienza giuridica e analisi marxista*, Roma-Bari, 1973, p. 167, evidenziava l’opportunità di cogliere la logica dell’operazione contrattuale consentendo “l’ingresso a valutazioni di interessi ‘esterni’ (rispetto) al contratto”.

¹⁵⁰ Legge cost., 11 febbraio 2022, n. 1, “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente”.

All'art. 9 Cost. è stato così aggiunto il comma terzo, per cui la Repubblica *“tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”*.

Sono stati anche modificati i commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., che oggi così dispongono: l'iniziativa economica privata, che rimane libera (comma 1), *“non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (comma 2). La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali (comma 3)”*.

Brevemente, per come attualmente formulati, l'art. 9 colloca la tutela ambientale tra i *“Principi fondamentali”* della Repubblica, mentre l'art. 41 Cost. considera espressamente l'ambiente e la salute quali limiti all'iniziativa economica privata. La tutela ambientale è oggi espressamente un valore di rango costituzionale, mentre, come principio, essa era enunciata esclusivamente dall'art. 3-*quater* del codice dell'ambiente¹⁵¹.

Ora, taluna dottrina ha accolto tale modifica come un *novum* nel panorama del diritto privato tradizionale, capace (forse) di scardinare i principi basilari della teoria generale del contratto¹⁵², nel senso che: a) la sostenibilità ambientale sarebbe oramai divenuta

¹⁵¹ Così il comma 1, art. 3- quater, D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152: *“Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future”*; il principio *de quo* si ritiene già di portata generale da P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, III, Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 82, secondo cui la portata del disposto *in esame* sarebbe da leggersi *“in conformità ai principi fondamentali, soprattutto costituzionali, europei e internazionali”* -

¹⁵² M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit. pp. 4-5, così afferma *“considero contratto ecologico”* l'espressione sintomatica di un autentico mutamento di paradigma in maniera contrattuale, tale da mettere in discussione, sotto la spinta del modello globale dello sviluppo sostenibile, l'adeguatezza della nozione stessa di

un “nuovo” parametro di meritevolezza dei contratti¹⁵³; b) i terzi eventualmente danneggiati da un contratto dannoso per l’ambiente potrebbero azionare gli strumenti di tutela negoziale, invece della ordinaria tutela aquiliana o, comunque, meramente risarcitoria, nell’ottica del contratto a protezione dei terzi¹⁵⁴; c) taluni contratti sarebbero caratterizzati da una causa di stampo pubblicistico; e) sussisterebbero nuove

contratto, come formulata dal codice del 1942, e da imporre una conformazione ecologica dell’autonomia negoziale”; N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell’ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 225 sostiene che l’interesse ambientale diverrebbe così “*limite interno allo sviluppo economico e quindi all’attività di impresa e all’autonomia negoziale*”.

¹⁵³ M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., pp. 765 ss.; P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 330; si è in sul rapporto tra disciplina ecologica e di protezione dell’ambiente e disciplina negoziale anche S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. Contratto ecologico*, cit., p. 338, secondo cui “*il fatto che il diritto dell’ambiente sia una legislazione in magna pars per principi e che questi vestano poi i panni di vere e proprie norme di condotta non scompagina di per sé il contratto come autoregolamento di privati interessi [...] Sotto questo profilo, nessuna esigenza perciò di una riconcettualizzazione. Non è, infatti, che si profili una qualche nuova categoria, salvo voler ricorrere al sud- detto termine solo ellitticamente, cioè in un’accezione empirica e convenzionale*”; Sul dibattito dottrinale intorno alla configurabilità della clausola dell’art. 2 Cost. come fattispecie chiusa o aperta, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 38 ss.; F. POLACCHINI, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 686. L’indagine più ampia e documentata in materia si deve a M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I-II, Torino, 2014, a commento della quale si veda P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 687; v. anche, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, ove si osserva che, se «*la sussidiarietà, e dunque l’iniziativa negoziale, è prevista per disciplinare interessi generali, il contratto non è più configurabile come esclusivo strumento per regolare interessi individuali ed egoistici delle parti*»

¹⁵⁴ Così M. G. CAPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, cit., pp. 55 ss., spec. 56, secondo cui “*la relazione tra contratto e ambiente implica la necessità di superare uno dei tradizionali dogmi del diritto privato, ossia la relatività del contratto*”; P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, cit., p. 324, sostiene che “*oggi è il principio di sussidiarietà a giustificare l’autonomia negoziale e il superamento del principio di relatività degli effetti del contratto*”; S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, cit., p. 367 ss., assegna all’espressione “contratto ecologico” un valore descrittivo piuttosto che normativo o categoriale.

ipotesi di nullità contrattuali, là dove siano concluse convenzioni ambientalmente insostenibili¹⁵⁵.

Altra dottrina invece, più cautamente, ha ritenuto che detta nuova formulazione (in verità) non abbia alcuna influenza diretta sui rapporti privatistici e - quindi - sul contratto, posto che l'interesse ambientale, per quanto oggi espressamente richiamato, costituiva già un limite all'autonomia privata prima ancora della riforma dell'art. 41 Cost.¹⁵⁶

Il riferimento è quindi alla categoria dottrinale del "contratto ecologico", che si pone all'interno di una tendenza normativa e dogmatica che vede la sostenibilità ambientale divenire parte integrante della causa del contratto. Non si tratta più di clausole isolate, ma di una trasformazione strutturale nella concezione dell'autonomia negoziale, percepita sempre meno come espressione incondizionata dell'iniziativa privata e sempre più come strumento di *governance* ambientale.

¹⁵⁵ M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit. p. 10, ove si avvera che "il principio dello sviluppo sostenibile dovrebbe porsi come norma di ordine pubblico, la conseguenza che la sua violazione del contratto ex art. 1418 c.c., rilevabile d'ufficio dal Giudice e art. 1421 c.c."

¹⁵⁶ M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall'EPC e dagli accordi di sostenibilità*, cit., p. 254, secondo cui: "L'evoluzione disciplinare, complessivamente, non pare aprire le porte a fenomeni di funzionalizzazione dell'autonomia privata, sebbene non difettino ricostruzioni tese ad auspicare un mutamento dei meccanismi di governo delle imprese che favorisca una democratizzazione dell'economia: l'attuale art. 41 Cost. autorizza, ancora, un'ermeneutica dell'iniziativa economica privata sia quale libertà positiva verso lo Stato, sia in termini di libertà negativa e oppositiva dallo Stato. Non si è dinanzi alla dissoluzione della libertà d'impresa e alla polverizzazione dell'autonomia contrattuale: la riformulazione dei limiti esterni potrà incidere sulla modulazione della dinamica negoziale, senza decretare l'asservimento funzionale del contratto"; si v. inoltre, per una approfondita disamina del percorso compiuto dalla tutela ambientale nel contesto costituzionale, C. TRIPODINA, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana: tra interessi delle generazioni future e responsabilità della generazione presente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2023, pp. 333 ss.

In quest'ottica, la funzione del contratto non si esaurisce nello scambio, ma “penetra” nella struttura del sinallagma, richiedendo l’inserimento di obblighi di durata, verifica della performance e tutela intergenerazionale nei rapporti negoziali¹⁵⁷.

Nel contratto ecologico l’interesse ambientale non rimane subordinato, ma assume dignità sistemica come elemento costitutivo della validità e meritevolezza del contratto.

Autorevolmente, però, si è sostenuto che la maggiore presenza della sostenibilità nei contratti non implica una rivoluzione tipologica, bensì un naturale processo di specificazione degli istituti tradizionali (appalto, contratto d’opera e simili), adattati all’esigenze ambientali della contemporaneità. La sostenibilità entra come contenuto aggiuntivo all’interno del modello civile, non annullando la sua natura patrimoniale o l’impianto sistematico del diritto contrattuale¹⁵⁸.

Il risultato è una mediana argomentativa: il contratto ecologico rappresenta un’innovazione di rilievo ma non rivoluzionaria, definita come “modello funzionale” che articola la sostenibilità all’interno di schemi negoziali tradizionali, rimanendo parte di quel processo di doppia integrazione – tra diritto privato e diritto pubblico, tra autonomia privata e responsabilità collettiva – che caratterizza la fase attuale del diritto privato “funzionalizzato”.

¹⁵⁷ M. PENNASILICO, nel suo *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., pp. 1291-1320, descrive l'EPC come un paradigma emergente in cui la causa si apre a finalità pubbliche, trovando piena legittimazione nel contesto costituzionale (artt. 3-bis, 9, 41, Cost.) e sovranazionale.

¹⁵⁸ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2020, p. 149, in merito alla teorizzazione del nuovo modello del contratto ecologico, afferma che “il tentativo in esame non appare persuasivo, giacché non del tutto ossequioso del corretto articolarsi del dialogo tra diritto privato generale e diritto speciale [...] L'involucro normativo della sostenibilità [...] segnala non tanto la nascita di una nuova categoria, quanto piuttosto il normale dispiegamento del processo di specificazione degli istituti contemplati dal diritto privato generale per meglio rispondere alle esigenze della contemporaneità.”

A parere di chi scrive, detto orientamento appare il più coerente con l'attuale sistema civilistico: le recenti novelle costituzionali non sembrerebbero tali da "rivoluzionare" la teoria del negozio giuridico, come tradizionalmente intesa ¹⁵⁹.

Nella teoria generale del diritto privato, difatti, l'autonomia privata può trovare limiti nel buon costume, nell'ordine pubblico, ovvero nelle disposizioni legislative di carattere imperativo, il che non trovava smentite pur nella vigenza della vecchia formulazione dell'art. 41 Cost.

Il nostro ordinamento conosce già da tempo limiti alla libertà privata di carattere ambientale: si veda, ad esempio, la disciplina del divieto di immissioni come sviluppata e applicata dalla giurisprudenza¹⁶⁰; ancora, sempre in materia di diritti reali, si veda la riflessione sugli statuti proprietari, e, quindi, sui limiti ordinamentali al godimento di determinate categorie di beni¹⁶¹; si vedano, infine, le norme di settore che limitano il modo di svolgere determinate attività di carattere industriale¹⁶².

Nonostante, quindi, l'interesse ambientale e la sostenibilità fossero già possibili limiti all'iniziativa privata, comunque questi non hanno mai interferito direttamente sulla

¹⁵⁹ Neppure se visto in combinato disposto con il principio di sussidiarietà ex art. 118, comma 4, Cost., posto che tale dato non è sufficiente a rendere "interno" alla libertà negoziale il limite dell'interesse ambientale (come invece sostiene M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit., p. 7, posto che, come si vedrà, nulla muta in termini di sistematica, rimanendo fermo il principio per cui il privato può realizzare liberamente i propri interessi, salvi i limiti (esterni) posti dalla legge glielo consente.

¹⁶⁰ Cfr. Cass. civ, sez. II, 24/11/2020, n. 26715 e Cass. civile, sez. II, 01/10/2018, n. 23754, sul rapporto tra l'art. 844 c.c. e i parametri fissati dalle norme speciali a tutela dell'ambiente.

¹⁶¹ Per tutti si veda A. FUSARO, *La proprietà e le proprietà*, in AA.VV., *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2002, p. 367, secondo cui "è sufficiente considerare attentamente la nuova disciplina delle cave, dei beni di interesse paesaggistico, la disciplina delle acque, la disciplina della proprietà agraria ed edilizia, la disciplina dei beni culturali, e così via, per intendere che ogni tipo di bene ha un particolare statuto che lo differenzia dagli altri, variamente ritaglia i poteri del proprietario, variamente incide sul godimento del bene per realizzare fini di interessi sociale".

¹⁶² Si vedano, ad esempio, le disposizioni di cui al D. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U. Ambiente).

libertà negoziale dei privati, se non in virtù di una disposizione legislativa intermedia, attuativa del principio generale.

Neppure la causa del contratto ovvero il giudizio di meritevolezza (come tradizionalmente intesi) sembrano influenzati dal nuovo dettato costituzionale.

Il contratto, infatti, rimane strumento per regolare, costituire, estinguere, rapporti giuridici patrimoniali tra privati (art. 1321 c.c.) e, quindi, per realizzare interessi squisitamente privatistici, ovvero, comunque, individuali ¹⁶³. Sembra corretto affermare, allora, che solo incidentalmente, ovvero se funzionalizzato in astratto, il contratto è capace di realizzare anche interessi superindividuali.

Anche il mero contratto di compravendita, a bene vedere, realizza l'interesse alla circolazione della ricchezza; il contratto di spedalità realizza anche l'interesse alla salute; il contratto di trasporto realizza anche l'interesse alla libera circolazione sul territorio nazionale e non; i contratti di lavoro (nelle loro diverse declinazioni) mirano ad incentivare anche una più agevole assunzione e, quindi, un maggior tasso di occupazione nel Paese, etc. ¹⁶⁴.

Evidentemente, quindi, attraverso gli strumenti di diritto privato si attuano anche interessi di rango pubblicistico, ma solo in via riflessa, ossia come risultato del corretto utilizzo dello strumento come funzionalizzato (o, forse meglio, tipizzato, *ex ante*) dal

¹⁶³ E. GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, Milano, 2013, p. 68, ragionando in merito alla causa in concreto rileva come essa “*rappresenta l'indice di come la regola dei privati sia l'espressione oggettiva delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire, così da divenire l'elemento che tecnicamente collega l'operazione economica, cui il negozio dà vita, intesa nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori*”; negli stessi termini già G. B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G. B. FERRI - C. ANGELICI, *Studi nell'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 99 e già ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 231 ss.

¹⁶⁴ Sul tema si veda il tradizionale studio sulla “funzione sociale della proprietà”, *ex art. 42, comma 2, Cost.*, per una approfondita analisi del quale si rinvia a G. ALPA - M. BESSONE - A. FUSARO, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, II, Roma, 2002, pp. 257 ss.

legislatore. Non è un caso che la definizione di causa in astratto del contratto sia quella di “funzione economico-sociale”, posto che i negozi tipici sono anche funzionali a interessi di rilievo sociale¹⁶⁵.

Ancora, il rapporto tra la libertà dell’iniziativa privata e l’utilità sociale è sempre stato incontroverso nello studio dell’art. 41 Cost., soprattutto con riferimento al contratto e alla sua causa¹⁶⁶. L’utilità sociale e i valori richiamati dal secondo comma della norma

¹⁶⁵ Ovviamente il richiamo è alla c.d. teorica bettiana, che ha guidato l’ermeneutica contrattuale per tutta la seconda metà del 900 e che, ancora oggi, mantiene la sua forza come punto di partenza per gli attuali studi sul negozio giuridico; cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, II, Torino 1950, pp. 391 ss, ove la causa è individuata come la funzione economica e sociale del contratto, per cui il contratto socialmente orientato *ex ante* dal legislatore è anche meritevole di tutela; in tema di causa, appare opportuno evidenziare che la moderna concezione del causa in concreto del contratto intende superare la concezione astratta bettiana e la funzione “tipica” del contratto, come autorevolmente rilevato da C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, III, Milano, 2019, a pp. 410 – 411, ove si afferma che “*la normativa della causa non fa riferimento ad una astratta funzione tipica già in quanto prevede la causa come elemento essenziale del contratto in generale, e quindi come elemento che deve essere presente anche nei contratti che non appartengono ad un dato tipo e non perseguono quindi una funzione tipica*”; prima ancora G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 99, a cui si attribuisce il superamento della teorica bettiana.

¹⁶⁶ Secondo una visione costituzionalmente orientata dell’art. 41, co. 2, Cost., la libertà d’iniziativa economica “*è costituzionalmente tutelata purché non si svolga in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana*” (pur se oggi, a séguito della modifica costituzionale, essa non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana); così C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014 p. 253; ID, *Il contratto*, cit., pp. 24 ss., “*L’autonomia privata rappresenta ancora un aspetto ineliminabile della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale. Ma l’idea secondo la quale solo ed esclusivamente l’individuo può essere giudice dei suoi interessi non ha più riscontro nella società del nostro tempo. Il riconoscimento della libertà del singolo inserisce ormai in una concezione dell’ordinamento che s’ispira al prevalente valore della solidarietà sociale, quale valore di fondo della nostra Costituzione [...] lo Stato non può allora limitarsi a riconoscere il diritto di ciascuno di regolare da sé i propri interessi se questo diritto diviene uno strumento di abuso a danno degli altri. L’intangibilità della volontà individuale cede di fronte all’esigenza di giustizia sociale. Con particolare riguardo all’iniziativa privata economica, essa è costituzionalmente garantita, ma tale iniziativa non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale*”; sul punto anche F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 85, per il quale “*l’utilità sociale può incidere solo come limite negativo, nel senso di ampliare i confini del giudizio di liceità, allo scopo di colpire gli atti di autonomia privata socialmente dannosi*”.

costituzionale in commento fungono da limite negativo esterno, senza avere effetto diretto nella regolamentazione dell'operazione economica¹⁶⁷ dedotta nel contratto.

Ciò che, al più, si può rilevare, è una persistente strumentalizzazione del negozio giuridico da parte del legislatore, consapevole che la realizzazione di un interesse privato, su scala diffusa, può tramutarsi nel soddisfacimento di un interesse pubblico di rango costituzionale.

In definitiva, se da un lato non può essere negato che il contratto di rendimento energetico (EPC) rappresenti uno degli strumenti mediante i quali il legislatore persegue finalità di interesse pubblico, in particolare la promozione della sostenibilità ambientale, dall'altro lato non sembra fondato sostenere che esso configuri una nuova categoria contrattuale autonoma o rivoluzionaria. Il contratto, oggi come ieri, permane nel suo nucleo strutturale quale strumento di regolazione di interessi patrimoniali e individuali, all'interno del quale è il legislatore – o la prassi regolatoria – a poter imprimere finalità ulteriori, sovraindividuali, mediante l'inserimento di vincoli, incentivi e obblighi funzionali.

In questa prospettiva, parlare di “contratto ecologico” in termini ontologici potrebbe risultare forzato. Più correttamente, si dovrebbe affermare che alcuni schemi negoziali, tipici o atipici, siano funzionalizzati alla sostenibilità ambientale, in quanto strutturati per contemperare l'interesse economico delle parti con quello – esterno ma

¹⁶⁷ L'“operazione economica” nell'ottica del diritto dei contratti è ben indicata da E. GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, cit., p. 159, che la individua quale “categoria concettuale identificata in una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza dell'atto di autonomia privata”; la definizione, già proposta da ID., *Il Contratto e le sue classificazioni*, In *Riv. dir. civ.*, 1, 1997, p. 719, è condivisa da G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 181, nonché da C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato Roppo*, Milano, 2006, p. 119.

giuridicamente rilevante – al miglioramento dell'efficienza energetica e alla transizione ecologica. Si tratta, quindi, non dell'emersione di una nuova categoria dogmatica, ma del dispiegarsi evolutivo della causa contrattuale quale criterio di coerenza sistematica, capace di accogliere istanze di rilevanza pubblica attraverso l'autonomia privata.

5. Contratto di rendimento energetico: causa e giudizio di meritevolezza.

5.1. La causa.

Con l'EPC, quindi, il legislatore europeo, prima, e quello nazionale, poi, non fanno altro che nominare un negozio (ovvero, forse, funzionalizzare un contratto tipico¹⁶⁸), quale strumento che ha una spiccata attitudine verso la realizzazione collaterale dell'interesse alla sostenibilità ambientale, atteso che lo stesso oggetto è dotato intrinsecamente di detta attitudine (i.e. l'efficientamento energetico, monitorato e verificato, per tutta la durata del rapporto).

¹⁶⁸ Anche sul punto si tornerà *infra*; appare comunque necessario anticipare sin d'ora che l'impostazione tradizionale sul tipo contrattuale e, quindi, sul contratto tipico è altresì ricollegata alla presenza di una disciplina tipica (che il contratto di rendimento energetico non pare avere), come autorevolmente sostenuto da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 35, secondo cui “*perché l'interprete possa fare ricorso alla riduzione del contratto ad un tipo, è evidentemente necessario che l'ordinamento preveda un elenco di discipline tipiche atte ad intervenire accanto alle leges privatae*”; è lo stesso Autore tuttavia ad ammettere che lo strumento della tipizzazione attraverso una legislazione speciale tipica non è l'unico capace di individuare la regola del caso concreto ovvero di qualificazione del contratto, atteso che “*a tale risultato sarebbe in realtà possibile pervenire anche seguendo strade diverse: ad esempio, facendo ricorso a clausole generali, ed in particolare al principio di buona fede*” (p. 6), ovvero attraverso “*categorie contrattuali più ampie del tipo, quali il contratto ad esecuzione continuata o periodica (artt. 1373, 1458, 1467 cod.civ.) o ad esecuzione differita (art. 1467 cod.civ.), il contratto a prestazioni corrispettive (art. 1453 cod.civ.), il contratto aleatorio (artt. 1448, 1469 cod. civ.), il contratto con effetti traslativi o costitutivi (art. 1465 cod.civ.)*” (p.10).

Diretta conseguenza del ragionamento che qui si segue è che la causa del contratto rimane l'assetto economico-patrimoniale che le parti intendono realizzare in concreto¹⁶⁹, fermo restando che, con l'EPC, l'interesse egoistico coincide anche con quello collettivo.

Appare opportuno, prima di tutto, accogliere l'assunto per cui causa e tipo contrattuale sono due concetti sicuramente collegati, ma non sovrapposti, essendo la prima ancorata alla volontà concreta delle parti congiuntamente tradotta nel negozio, mentre il secondo consiste nella predeterminazione a livello legale di una determinata operazione economica¹⁷⁰.

A prescindere dalla qualificazione del contratto di rendimento energetico¹⁷¹, il fatto che questo sia nominato e astrattamente funzionalizzato alla sostenibilità ambientale non può non incidere sulla causa del contratto che, comunque, nel suo concreto atteggiarsi, rimane ancorato alla volontà delle parti e agli interessi individuali di questi ultimi (i quali possono caratterizzarsi in senso essenziale, quale interesse al risparmio e al contestuale guadagno).

In definitiva, il dato per cui il negozio di rendimento energetico è posto dal legislatore come strumento per raggiungere l'efficienza energetica e, quindi, per perseguire effetti

¹⁶⁹ Ossia la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a realizzare, come autorevolmente sostenuto da C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto, III*, p. 409; cfr. E. GABRIELLI, *"Operazione economica" e teoria del contratto*, cit., p. 70, per cui la causa corrisponderebbe agli "interessi che entrano a far parte delle ragioni pratiche dell'affare, indipendentemente dalla loro presenza nel modello legale".

¹⁷⁰ Sul punto, per esempio G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 129, per cui "I tipi legali non sono la creazione a tavolino di una mente più o meno geniale: quando non li eredita dalla tradizione (ed allora il problema si sposta soltanto nel tempo), il legislatore li recepisce dalla pratica degli affari"; così anche G. D'AMICO, *Il contratto o i contratti?*, In *Riv. dir. civ.*, 3, 2023, p. 411, per il quale "La funzione che accomuna molte delle norme di "parte generale" a quelle di "parte speciale" consiste nella circostanza che entrambe le serie di norme forniscono una disciplina che consente di concludere contratti evitando (o riducendo) i "costi transattivi", che altrimenti i contraenti dovrebbero affrontare per disciplinare analiticamente il rapporto che intendono porre in essere".

¹⁷¹ Nodo che comunque appare necessario risolvere, come si proverà a fare *infra*.

positivi anche sull'ambiente, non significa che nel concreto questo sia il fine ultimo programmato dalle parti nell'utilizzazione di tale modello contrattuale.

Ciò si palesa ancor più di fronte al fatto che la tutela ambientale è divenuta un espresso valore di rango costituzionale, posto che l'iniziativa economica privata rimane libera, anche se non può spingersi al punto da violare le leggi dello Stato a tutela dell'ambiente e della salute umana.

Così, però, era dato riscontrare anche prima della normazione europea di stampo ecologico e della riforma costituzionale del 2022, atteso che il contratto con causa contraria a norme imperative, ordine pubblico e buon costume (i.e. con causa illecita ex art. 1343 c.c.) era e rimane strutturalmente nullo ex art. 1418, 2° co., c.c.

Attenendosi al solo dettato normativo che si riferisce precisamente al contratto di rendimento energetico (i.e. art. 2, comma 2, lett. n, D.lgs. n. 102/2014), appare possibile chiedersi se la nozione fornita dal legislatore¹⁷² sia tale da consentire all'interprete di individuare la causa del contratto, la quale, in tale caso, non potrà che essere configurata "in astratto", sì che il ragionamento permarrebbe a livello squisitamente normativo.

¹⁷² Si ricorda: "accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari"; mentre l'art. 200, D.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici), statuisce, senza nulla aggiungere alla nozione di cui sopra: "Nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell'operatore economico sono determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi. La misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata secondo le norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, è resa disponibile all'ente concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici".

L'EPC sicuramente si identifica per le seguenti caratteristiche: a) la presenza di due parti, ossia di un "fornitore" e di un "beneficiario"; b) l'obbligo del primo di conferire una "*misura di miglioramento dell'efficienza energetica*" in favore del secondo; c) l'obbligo di verificare e monitorare l'effettivo efficientamento in capo allo stesso fornitore ovvero ad un terzo; d) l'obbligo in capo al beneficiario di remunerare gli investimenti sostenuti dal fornitore in proporzione al miglioramento energetico pattuito ovvero all'entità degli effettivi risparmi di cui si è beneficiato.

In questo senso, quindi, la causa "in astratto" del contratto sarebbe il conferimento effettivo di efficientamento energetico, monitorato e verificato, a fronte del pagamento di un prezzo. Lo schema contrattuale, pertanto, è quello del sinallagma *facio ut des*, con allocazione del rischio dell'operazione in capo al fornitore¹⁷³. Detto sinallagma appare socialmente utile, attesa l'ontologica attitudine della prestazione caratterizzante (i.e. l'efficientamento energetico) a realizzare la sostenibilità ambientale. In tale contratto, il beneficiario non solo non ha in capo a sé oneri finanziari (atteso che il prezzo pagato sarà inferiore al risparmio energetico conseguito, per una utile riuscita dell'operazione), ma non ha neppure rischi economici¹⁷⁴.

¹⁷³ Così anche C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., pp. 41 e 42, la quale afferma che, nel contratto di rendimento energetico, "il fornitore si remunera col risparmio sulla spesa energetica, generato dalle misure di efficienza durante il contratto ed assume, quindi, il rischio del corrispettivo, il rischio cioè che per una causa non imputabile ad alcuna delle parti sia conseguito un risparmio insufficiente non soltanto a prefigurargli un profitto, ma anche, anche a coprire i costi che ha sostenuto". In tale prospettiva l'Autrice ritiene che il fornitore nell'EPC si assuma un rischio maggiore rispetto all'appaltatore nell'appalto ex art. 1655 c.c. Il fornitore, infatti, non rischia soltanto di non avere stimato adeguatamente i costi, ma anche che si ottenga un risparmio inferiore a quello previsto in fase di studio di fattibilità.

¹⁷⁴ Così F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit., p. 167, secondo cui i vantaggi di questo contratto sono (i) l'assenza di oneri finanziari per il cliente; (ii) il trasferimento dei rischi finanziari e tecnici alla ESCO; (iii) la facoltà dell'utente di godere dell'expertise della ESCO; negli stessi termini anche P. PISELLI - A. STIRPE, *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, in P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, cit., p. 27.

Volendo considerare l'operazione economica scevra da ogni profilo di utilità sociale, si può ritenere evidente che l'interesse individuale delle parti sia prettamente economico, ossia l'arricchimento sotto forma di guadagno per il "fornitore" e di risparmio per il beneficiario, e ciò anche indipendentemente da qualsiasi impatto positivo per l'ambiente ovvero per la collettività in generale.

In questa prospettiva, si può affermare che il contratto di rendimento energetico sia geneticamente preordinato alla sostenibilità ambientale, in quanto la sua causa astratta è strutturalmente orientata alla realizzazione di un obiettivo di interesse pubblico: il miglioramento dell'efficienza energetica. Si tratta, dunque, di una funzione tipizzata dal legislatore, la quale condiziona l'assetto negoziale a prescindere dalla mera volontà delle parti. In altri termini, i contraenti, nel momento in cui decidono di stipulare un EPC, non possono che aderire – implicitamente o esplicitamente – a una finalità di sostenibilità, secondo quanto prescritto dalla disciplina positiva.

Ne deriva che un EPC il quale, nella sua concreta attuazione, non realizzi un miglioramento misurabile dell'efficienza energetica, e dunque non produca alcun impatto positivo in termini di sostenibilità ambientale, deve considerarsi un negozio funzionalmente viziato¹⁷⁵. Ciò in quanto la causa concreta – intesa come sintesi degli

¹⁷⁵ La dottrina moderna è, infatti, solita distinguere la patologia del contratto in patologia genetica e funzionale, operando però tale classificazione in ragione dei caratteri dell'anomalia che infirma il contratto: il carattere da cui si muove è il termine di incidenza del vizio, distinguendo così i vizi (o difetti) dell'atto da quelli del rapporto, i primi costituiscono anomalie del momento genetico del contratto, i secondi deviazioni del momento funzionale del contratto. Cfr., di recente, L. BUONANNO, *Linguaggio della norma ed interpretazione delle categorie nella patologia degli atti negoziali*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 446 il quale, pur muovendo correttamente da un concetto relazionale di patologia, tale da fargli ritenere indisgiungibile la versione negativa dell'atto (invalidità) dal suo paradigma positivo così come – del pari – la qualifica negativa del rapporto (inefficacia) dal suo correlato positivo, riferisce ancora la distinzione tra patologia genetica e funzionale alla dialettica tra atto e rapporto; la distinzione tra il profilo programmatico ed il profilo esecutivo del negozio è stata ampiamente indagata e precisata da A. DI MANO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, pp.

interessi perseguiti e dei risultati programmati – risulterebbe elusa o travisata, rendendo il contratto inidoneo a produrre gli effetti economico-giuridici per i quali è normativamente prefigurato. Tale vizio può incidere non solo sul piano dell'adempimento, ma anche sulla validità e meritevolezza complessiva dell'operazione negoziale, secondo il parametro costituzionale dell'utilità sociale (art. 41 Cost.) e in conformità agli orientamenti della più recente dottrina.

5.2. Il giudizio di meritevolezza nell'ottica del c.d. contratto ecologico.

Così come immutato rimane il concetto di causa, anche il giudizio di meritevolezza non appare inciso dal nuovo art. 41 Cost.

Com'è noto, tradizionalmente, il giudizio di meritevolezza si poneva come controllo esterno alla libertà negoziale¹⁷⁶ dei privati, atteso che lo stesso può essere applicato solo in ipotesi di contratti atipici come previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c.

132 ss. e 252 ss., ove viene posto chiaramente in luce come l'area coperta dall'esecuzione non coincida con l'area della previsione delle parti (profilo programmatico): quest'ultima è strutturalmente completa quando indica o enuncia *il risultato da raggiungere e i termini (soggettivi ed oggettivi) tra i quali e sui quali il risultato si pone*"; nella fase esecutiva potranno, invece, *diventare doverosi tutti quei comportamenti che conducono al risultato dalle parti indicato, pur non previsti a suo tempo in contratto*".

¹⁷⁶ C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto, III*, cit., p. 413, il quale, disconoscendo la funzione sociale del contratto, nel valorizzare la libertà delle parti afferma che *"il requisito della meritevolezza dell'interesse contrattuale non può tuttavia essere disconosciuto in quanto si tratta di un requisito richiesto da una norma vigente del nostro codice, che va ora letta alla luce del principio costituzionale che sancisce la libertà di iniziativa economica, purché essa non si svolga in contrasto con l'utilità sociale"*.

Ad oggi, la dottrina più autorevole¹⁷⁷ – posizione confermata anche in giurisprudenza¹⁷⁸ – è ormai concorde nel ritenere che il giudizio di meritevolezza non si applichi esclusivamente ai contratti atipici, ma anche a quelli tipici. Ciò in quanto, avuto riguardo alla causa in concreto del contratto, l'assetto di interessi effettivamente perseguito dalle parti non può ritenersi automaticamente meritevole di tutela per il solo fatto di essere veicolato attraverso una figura negoziale tipica. Anche i contratti tipici, dunque, devono essere valutati alla luce del contesto sociale, economico e valoriale entro cui si inseriscono, affinché possa dirsi effettivamente giustificata la tutela dell'ordinamento.

Come rilevato anche dalla giurisprudenza più recente¹⁷⁹, quindi, la teoria della causa in concreto non esclude invero la rilevanza della causa in astratto, propria del tipo

¹⁷⁷ Cfr. R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Tratt. Rescigno*, X ed., 2018, p. 567 ss., il quale afferma che “è difficile comprendere per-ché un contratto tipico, a differenza di quello atipico, venga convalidato dalla legge anche quando persegua un interesse non meritevole di tutela. È del tutto assurdo pensare che, quando il contratto è tipico, la legge protegga gli interessi che essa definisce come non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento. Ergo gli interessi da proteggere saranno i medesimi entro e fuori lo steccato dei contratti tipici”.

¹⁷⁸ Sul rapporto tra giudizio di meritevolezza e patto tipico, occorre richiamare la nota Cass. civ., sez. un., 24/09/2018, n. 22437, che conclude affermato che il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole *on claims made basis*, quale deroga convenzionale all'art. 1917, comma 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge; sul vaglio di meritevolezza delle clausole negoziali, condotto sulla base della causa in concreto del contratto e a prescindere dal tipo negoziale prescelto, si veda anche Cass., Sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080, in *De Jure*; sul punto, in senso critico, S. TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 4, pp. 1311 ss., il quale osserva come la Corte avrebbe potuto fondare la nullità del patto direttamente sulle norme imperative a tutela della concorrenza, senza ricorrere al giudizio di meritevolezza.

¹⁷⁹ Si veda difatti, oltre alla già richiamata Cass. civ., sez. un., 24/09/2018, n. 22437, Cass. civ., sez. II, 20/03/2024, n.7447, ove si afferma che il giudizio di meritevolezza di una clausola atipica non può avere ad oggetto l'equilibrio complessivo tra i contrapposti interessi privati qualora le prestazioni reciproche conservino un contenuto lecito e risulti con chiarezza la ragione che induce le parti allo scambio delle prestazioni. Nella specie, la S.C. ha cassato la

negoziale¹⁸⁰, atteso che la prima postula un rapporto concreto che l'interprete deve valutare, così da qualificarlo e sussumerlo nella corretta disciplina, mentre la seconda consiste in un'operazione economica ritenuta già socialmente utile dal legislatore e, quindi, meritevole di tutela.

Ciò posto, se la dottrina del “contratto ecologico” vuole ipotizzare la necessità di un giudizio volto a rinvenire la sostenibilità ambientale nei contratti atipici (ma, invero, in ogni operazione negoziale concreta)¹⁸¹, ciò potrebbe non conciliarsi con lo stesso giudizio di meritevolezza delineato nel nostro Codice civile, oltre che configurare uno strumento di controllo giudiziario sull'autonomia privata, tanto vasto e indeterminato da incidere eccessivamente sulla libertà negoziale dei contraenti (che così diverrebbe necessariamente funzionalizzata) .

sentenza impugnata che aveva dichiarato nulla, in quanto priva di causa per il forte squilibrio dell'assetto negoziale, la clausola, apposta ad un contratto di compravendita immobiliare, che obbligava i venditori al pagamento di una penale giornaliera nel caso di ritardo nella consegna delle opere relative al giardino pertinenziale a prescindere dalla circostanza che il ritardo fosse stato determinato da motivi indipendenti dalla loro volontà.

¹⁸⁰ In questo senso si può leggere anche G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 247-250, secondo il quale l'accostamento tra causa e tipo (che era proprio della dottrina antecedente al codice civile del 1942) può giustificarsi nella logica dell'affermazione secondo cui “ogni tipo ha una funzione sociale, in quanto nella sua struttura riassume una determinata operazione economica” e, quindi, intesa la causa come la funzione economica che si vuole realizzare con determinato assetto di interessi, una volta che questa si presenti tipizzata è possibile individuare uno scopo astrattamente tipico.

¹⁸¹ M. PENNASILICO, *La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 3, 2020, pp. 29 - 30, per il quale “In questa tendenza, che può definirsi come «conformazione ecologica» dell'autonomia negoziale, la “sostenibilità ambientale” assurge a parametro del controllo di meritevolezza degli atti e dei rapporti negoziali, in quanto idonei a realizzare una funzione “ecologico-sociale”, che implica un giudizio di valore sull'attività economica, considerata meritevole soltanto se rispetti l'ambiente, gli ecosistemi e le esigenze anche delle generazioni future; con la conseguenza che un contratto a impatto ambientale, «pur presentando una causa lecita, potrebbe essere non meritevole di tutela là dove non sia idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale». In tal senso, la sostenibilità, tra i criteri valutativi del giudice, rileva come «strumento di selezione degli interessi che richiedono prioritaria attenzione» e «mezzo capace di affermare la continuità tra libertà individuali e diritti sociali»”.

Prima di tutto, come già da più parti segnalato, appare difficile che si configuri in concreto un contratto di per sé ambientalmente insostenibile; ad ogni modo, il giudizio di meritevolezza è sempre stato letto nel rapporto tra interesse programmato dai contraenti nel negozio e principi dell'ordinamento giuridico di riferimento (i.e. l'ordine pubblico, come tradizionalmente inteso in dottrina e giurisprudenza)¹⁸².

Più nel dettaglio, il giudizio di meritevolezza rimane oggi (come ieri) il giudizio di conformità dell'operazione negoziale al dettato dell'art. 41, comma 2, Cost., essendo lo strumento attraverso cui si controlla (tramite il giudice) l'eventuale travalicamento da parte della autonomia negoziale dei propri limiti negativi costituzionalmente imposti¹⁸³. La migliore dottrina, infatti, sovrappone il concetto di contratto non meritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.* con quello di contratto socialmente dannoso¹⁸⁴, in

¹⁸² In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. III, 08.02.2013, n. 3080, che così espressamente, riporta in motivazione: “*I controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali – oggi come interpretati e reciprocamente influenzati dai principi dell'ordinamento dell'Unione Europea e da quelli desumi dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti (Cass. 19 giugno 2009, n. 14343); in tal senso si deve ormai intendere la nozione di “ordinamento giuridico”, cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati, attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori, e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale, comunque, applicabili quali principi informatori o fondanti dell'ordinamento stesso (Cass. 1° aprile 2011, n. 7557; Cass., 10 gennaio 2012, n. 65)”*.

¹⁸³ D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 4, in merito all'utilizzo della formula sulla causa in concreto rileva che “*vengono attribuiti dalla giurisprudenza più recente, sulla scorta della dottrina che ha coniato la nozione, molteplici ruoli inediti, oltre ovviamente a quelli espressamente indicati dal legislatore. In tal senso, si è attribuito alla causa il ruolo di strumento di qualificazione del contratto, quello di controllo di meritevolezza degli interessi divisati dalle parti e quello [...] di interpretazione del contratto*”.

¹⁸⁴ Sul contratto socialmente dannoso cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 413, ove l'Autore offre un'analitica esemplificazione di quest'ultimo, rappresentando che la contrarietà all'utilità sociale si ravvisa nei contratti socialmente dannosi, *rectius* immeritevoli di tutela, quali “*i contratti aventi ad oggetto la trasmissione di programmi diseducativi, la pubblicità di prodotti dannosi per la salute, attività pregiudizievoli per l'ambiente, comportamenti contrari alla solidarietà sociale...*”.

conformità alla funzione che il legislatore ha voluto assegnare a detta norma al momento della sua emanazione¹⁸⁵.

Appare opportuno segnalare che la sovrapposizione tra il giudizio di meritevolezza e la corrispondenza del contratto (*rectius*, della operazione negoziale concreta) con i parametri di ordine pubblico, buon costume e norme imperative, è stata da più parti criticata in dottrina, posto che, in questo senso, il giudizio di meritevolezza si sostanzierebbe in una mera duplicazione del giudizio di liceità della causa¹⁸⁶.

Bisogna però concludere, forse, che per quanto entrambe le tesi partano da presupposti differenti (valorizzazione della funzione sociale ovvero di quella individuale del contratto), ad ogni modo accolgono le medesime conclusioni (per i fini che qui ci interessano): il contratto, tipico o atipico che sia, può (o forse addirittura deve, secondo la teorica bettiana¹⁸⁷) perseguire anche una certa utilità di carattere sociale; pertanto,

¹⁸⁵ Cfr. Relazione al codice civile del 1942, n. 603, ove è dato leggere che “*il nuovo codice non costringe l'autonomia privata a utilizzare soltanto i tipi contrattuali regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale e dal buon costume*”.

¹⁸⁶ Fra le dottrine che individuano nella meritevolezza un criterio di giudizio autonomo rispetto al criterio di liceità si segnala quella di P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, pp. 58 ss., secondo il quale il primo rappresenterebbe uno strumento di controllo dell'autonomia privata in ottica di una valutazione positiva rispetto al sistema dei valori fondanti l'ordinamento. Sulla dottrina del Perlingieri offre una puntuale analisi V. G. GUIDA, *Piano finanziario 4you, contratto (im)meritevole di tutela e nullità da disvalore*, in *Foro nap.*, 2015 p. 770, la quale riferisce che l'impostazione del Perlingieri “*è il coerente sviluppo dell'idea che l'atto negoziale è valido, non tanto perché voluto, ma se, e soltanto se, destinato a realizzare, secondo un ordinamento fondato sul personalismo e sul solidarismo, un interesse meritevole di tutela. In questa prospettiva i principi costituzionali rappresentano le coordinate che indirizzano l'autonomia negoziale. Si tratta di limiti 'positivi', che impongono all'agire umano di orientarsi in maniera assiologicamente virtuosa. Il controllo di meritevolezza, secondo questa impostazione, è strumento idoneo a sanzionare, non solo le manifestazioni dell'autonomia negoziale che perseguono interessi costituzionalmente riprovevoli, ma anche quelle che non sono in grado di far progredire l'ordinamento verso un pieno avveramento del dettato costituzionale*”.

¹⁸⁷ Cfr. A. GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 254, ove si osserva che *Per Betti, l'illiceità del negozio e cioè la contrarietà*

l'introduzione di una nuova (espressa) utilità di rango costituzionale non vale a modificare, a oggi, alcun elemento dello schema contrattuale, tradizionalmente inteso. Al fine di meglio comprendere il ragionamento che qui si vuole seguire, occorre - senza pretesa di esaustività - ripercorrere brevemente l'evoluzione dottrinale che vi è stata intorno ai concetti di "causa" e di "tipo" contrattuale, i quali, com'è noto, governano ad oggi tutta la teoria generale del contratto¹⁸⁸.

La nozione di causa quale funzione economico - sociale del contratto risale notoriamente all'introduzione del codice civile del 1942¹⁸⁹ e, in particolare modo, alla teorica di E. Betti¹⁹⁰.

a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume, non è più, come vuole la dottrina tradizionale, l'unica ipotesi di esclusione della sanzionabilità del contratto: affinché una promessa contrattuale sia coercibile, occorre che sia assistita da una causa non solo lecita, ma anche idonea a realizzare funzioni socialmente utili e perciò giustificative dell'intervento sanzionatorio dell'ordinamento. In tal modo accanto ai tradizionali limiti negativi dell'autonomia privata il cui superamento determina l'illiceità del negozio, viene posta la nuova clausola di utilità sociale, intesa come "limite positivo dell'autonomia privata, che richiede cioè la positiva rispondenza del contratto agli interessi generali della società".

¹⁸⁸ Sull' "abuso" della tipizzazione ad opera della giurisprudenza si sono espressi gli Autori più autorevoli, tra i quali già R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 790, ma anche M. GIORGIANNI, *Riflessioni sulla "tipizzazione" dei contratti agrari*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1969, p. 153, per arrivare a G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., pp 3 ss, ove afferma che *"la giurisprudenza, posta di fronte ad un concreto contratto, ove appena diventi rilevante statuire sulla natura del contratto stesso, fa di tutto per ricondurre la fattispecie ad un tipo"*. Si è infatti affermato che ad oggi un vero e proprio contratto atipico non si è mai visto in un'aula di Tribunale, posto che ogni fattispecie negoziale, ancorché con diverse tecniche di qualificazione (ad esempio, quella del contratto misto rientra tra le suddette tecniche) ogni negozio è stato sempre ricondotto ad un tipo contrattuale conosciuto; da ultimo in questo senso anche C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, in G. VETTORI, *Vincenzo Roppo. Trattato del Contratto, II. Regolamento*, Milano, 2022, p 199.

¹⁸⁹ Per approfondimenti delle posizioni dottrinali sulla nozione di causa anteriormente al 1942, si vedano, M. GIORGIANNI, *Causa (Dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano 1960, p. 568, ovvero, più di recente, E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, pp. 981 ss; nonché T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, pp. 51 ss.

¹⁹⁰ In tal senso G. B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI - C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, cit., pp. 97 ss.

È proprio la posizione del Betti, infatti, che, rileggendo la causa nel sistema offerto dal nuovo codice civile, affermava che ad essa veniva così attribuito un ruolo di controllo, il quale consenta di constatare, nel caso concreto, se i fini privati perseguiti dai contraenti siano o meno coerenti con quelli generali fissati dall'ordinamento. Pertanto, in tale contesto, emerge *“la causa...nel sistema del codice civile del 1942, non come valore che esprima ...il punto di vista del contraente (come era nella tradizione dell'istituto), ma quello dell'ordinamento giuridico”*¹⁹¹.

La visione della causa come strumento di controllo della coerenza degli interessi privati con quelli perseguiti dall'ordinamento, ovvero comunque della loro rilevanza sociale in chiave solidaristica, trovava (e trova) la sua conferma nella Relazione al Codice civile (n. 613), ove il ruolo affidato dall'ordinamento giuridico alla causa non era più, ormai, quello di rappresentare lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dai contraenti nel caso concreto, bensì quello di configurare la funzione economico sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata; funzione che, a sua volta, *“deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dell'art. 1322, co. 2, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica”*¹⁹².

In tale prospettiva, quindi, si è raggiunta anche in tema di contratto la funzionalizzazione dell'istituto all'utilità sociale, come già avvenuto per la proprietà e per l'impresa¹⁹³.

¹⁹¹ Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 170 ss.

¹⁹² C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, in G. VETTORI, *Vincenzo Roppo. Trattato del Contratto, II. Regolamento*, Milano, 2022, pp. 85 ss., ove si cita testualmente la Relazione al Codice civile, nella ricostruzione della Teoria Bettiana sulla causa del contratto.

¹⁹³ G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, cit., p. 99.

La lettura funzionalmente orientata della causa ebbe tuttavia un declino, da taluni ascritto ad una mancanza di rilevanza pratica della interpretazione bettiana, per cui il concentrarsi sulla funzione del contratto avrebbe giustificato letture sempre più meramente descrittive dell'istituto¹⁹⁴; per altri autori, il declino della teoria bettiana dovrebbe ascriversi al venire meno della matrice ideologica sottesa a tale tesi: dalla visione che vedeva il contratto quale strumento per realizzare finalità di rilevanza sociale (per cui il contratto meritevole di tutela è solo quello che realizza interessi socialmente utili, con esclusione dei contratti che realizzino interessi futili ovvero estranei al bene comune), si è passati alla opposta concezione, tesa a riconoscere la libertà delle parti di perseguire qualsiasi interesse, salvo il limite della liceità¹⁹⁵.

Precisamente, da funzione economico - sociale, la causa viene letta quale funzione economico- individuale del contratto¹⁹⁶, volendo astrarre la nozione di causa da quella di tipo contrattuale.

In buona sostanza, la causa diviene l'assetto economico patrimoniale che le parti intendono realizzare attraverso quel determinato negozio, aprendo le porte al "dominio" della c.d. causa in concreto del contratto¹⁹⁷.

¹⁹⁴ In tal senso C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, cit., p. 87, ma anche G.B. FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 901; sul punto R. SACCO, *La causa*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, IV, Torino, 2016, pp. 781 ss, ove l'autore afferma che "la concezione della funzione porta con sé quanto occorre per autodistruggersi, essendosi diffusa senza recare danni, ma senza rendere servizi", evidenziando quindi un sostanziale inutilità pratica della causa quale "funzione" del contratto.

¹⁹⁵ In tali termini si esprime, *ex multis*, C. M. BIANCA, *Diritto Civile, III. Il contratto*, III, Milano, 2019, p. 413.

¹⁹⁶ G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, cit., pp. 99 ss.

¹⁹⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, cit., p. 91, ove, affermata la inutilità della causa come funzione economico - sociale, dà atto che "la causa come funzione economico individuale è ormai stata acquisita dalla dottrina dominante e da quasi la totalità della giurisprudenza, atteso che ne costituisce conferma l'assenza di pronunce che abbiano fondato la soluzione del caso concreto sulla teoria della causa come funzione economico - sociale, se non assunta semplicemente come mero orpello di una decisione che rinviene altrimenti il proprio fondamento".

Anche in tale “nuova” prospettiva, tuttavia, l’utilità sociale permane rilevante nella teoria generale del contratto, posto che la medesima dottrina liberale non poteva (e non può tutt’ora) prescindere dal dettato dell’art. 41 Cost. L’utilità sociale passa da funzione del contratto a limite dell’autonomia privata: non è meritevole di tutela non solo il contratto illecito, bensì anche il contratto socialmente dannoso, ossia quello che conduce al *vulnus* dell’interesse comune¹⁹⁸.

Tanto nella dottrina, quanto nella giurisprudenza, si sono individuate diverse fattispecie di contratto socialmente dannoso (i.e. lesive di interessi generali della comunità), quali, ad esempio, accordi contrari alla solidarietà sociale¹⁹⁹, ovvero convenzioni di abuso tributario, in quanto dirette a realizzare un’operazione elusiva delle norme tributarie²⁰⁰.

Prima ancora della riforma dell’art. 41 Cost., le attività pregiudizievoli per l’ambiente già venivano inquadrare tra quelle socialmente dannose²⁰¹.

Appare però doveroso precisare che, anche di recente, si è segnalata una particolare recessione della figura della causa nel teoria generale del contratto, venendosi a creare un “nuovo diritto dei contratti”²⁰², caratterizzato dalla fissazione di regole destinate a

¹⁹⁸ C.M. BIANCA, *Diritto Civile, III. Il contratto*, cit., p. 413, ove l’autore afferma espressamente che “il requisito della meritevolezza dell’interesse contrattuale non può tuttavia essere disconosciuto in quanto si tratta di un requisito richiesto da una norma vigente del nostro codice, che va ora letta alla luce del principio costituzionale che sancisce la libertà d’iniziativa economica, perché essa non si svolga in contrasto con l’utilità sociale (art. 42). La previsione costituzionale che l’iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale segna un limite generale dell’autonomia privata che si affianca al limite della liceità”.

¹⁹⁹ Cass. civ., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, p. 58, con nota di Izzo ovvero Cass. civ., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *GI*, 2017, p. 55, con nota di Mussuto.

²⁰⁰ G. PERLINGERI, *Profili civilistici dell’abuso tributario. L’inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2018, pp. 38 ss.

²⁰¹ C.M. BIANCA, *Diritto Civile, III. Il contratto*, cit., p. 413, ove in nota espressamente si afferma che “la rilevanza costituzionale del valore della conservazione dell’ambiente, attesta, viceversa, la meritevolezza della causa dei contratti finalizzati alla salvaguardia della natura nei suoi molteplici aspetti”.

²⁰² G. VETTORI, *Introduzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, XVII ss.

disciplinare “*situazioni e rapporti del consumatore come destinatario di messaggi pubblicitari, di proposte di acquisto o di finanziamento*”²⁰³, ovvero, comunque, interventi che non si estrinsecano “*attraverso quelle tecniche di controllo della liceità, o addirittura della rilevanza sociale, dell’atto di autonomia privata... bensì piuttosto nei termini della individuazione di regole di comportamento degli operatori sul mercato*”²⁰⁴.

Taluni, tuttavia, volendo riportare a sistema il “nuovo diritto dei contratti”, rilevano come, anche introducendo nuove forme di tutela dedicate a particolari categorie di soggetti a fronte di contraenti qualificati, comunque il rapporto (o, meglio, il contratto) in cui dette forme di tutela si inseriscono dovrà, *in primis*, passare un vaglio di qualificazione e, *in secundis*, un vaglio di validità, anche alla luce della causa, quale elemento essenziale prescritto dal nostro codice civile²⁰⁵.

In tale contesto, quindi, fermo restando che i limiti di cui all’art. 41 Cost. rimangono esterni all’autonomia privata²⁰⁶, in rapporto di regola (libertà della iniziativa

²⁰³ *ibidem*.

²⁰⁴ Così testualmente C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, cit., 92 ss; l’autore a pagina 94, così si esprime nello specifico sui contratti del consumatore: “... *la possibile rilevanza del problema della causa già nella novella del 1996 sui contratti del consumatore, ed in termini non dissimili, in seguito nel Codice del consumo, sembra affidata esclusivamente al tentativo dottrinale di costruire un concetto di contratto con causa di consumo, dove tuttavia la nozione di causa non costituisce altro che il criterio di individuazione dell’area assoggettata alla disciplina di legge*”.

²⁰⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, cit., p.105, ove si afferma che “.. *non pare essere dubbio che un contratto del consumatore nel quale il servizio prestato dal “professionista” consista nell’impegno ad assicurare al consumatore stesso un protezione astrale, prima ancora di essere sottoposto a scrutinio, ad esempio, sotto il profilo della presenza di clausole vessatorie, alla stregua della disciplina contenuta negli artt. 33 ss. del c. cons., sarà destinato ad incappare nella stazione di nullità per manifesta assurdità o irrazionalità della causa*”.

²⁰⁶ *Contra* N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell’ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2024, p. 225, secondo cui oggi l’interesse ambientale diventa un limite interno allo sviluppo economico e, quindi, all’attività di impresa e all’autonomia negoziale; M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell’autonomia negoziale*, cit., pp. 6 ss, già prima della riforma costituzionale in commento, intendeva cogliere nell’art. 3- quater, c.a., un principio di ordine

economica e privata) ed eccezione (il contrasto con l'utilità sociale), non appare coerente non solo con il contesto costituzionale, ma anche con i profili sistematici della teoria generale del contratto, che il giudizio di meritevolezza divenga un controllo diffuso di sostenibilità ambientale da parte del giudice sugli atti di autonomia privata²⁰⁷.

Ed infatti, ragionare in base al rapporto regola – eccezione, come sopra detto, implica altresì che “l’indirizzo” dell’iniziativa economica deve essere posto attraverso l’intermediazione di una disposizione di legge (come in effetti prescrive il comma 2 dell’art. 41 Cost.), posto che l’ordinamento oggi non sembra ammettere un intervento dello Stato nell’autonomia negoziale tale da imporre fini o scopi che le parti non si sono determinate a raggiungere nella regolamentazione di quel dato assetto di

generale per cui ogni attività privata dovrebbe conformarsi al principio dello “sviluppo sostenibile, in modo da individuare un rapporto di equilibrio tra risorse da risparmiare e da trasmettere, affinché nelle dinamiche della produzione e del consumo e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell’ambiente in capo anche ai soggetti privati”; in questo senso anche P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 321 ss., spec. p. 325, per cui “il contratto non è più configurabile come esclusivo strumento per regolare interessi patrimoniali individuali ed egoistici delle parti”.

²⁰⁷ Avendo riguardo all’opera di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1992, p. 128, l’autore riferisce che, se da una parte il legislatore nella relazione al codice civile ha tentato di introdurre, con il criterio della meritevolezza, un giudizio nuovo e diverso rispetto a quello della liceità, “non possiamo dire che essi (scilicet, gli intenti del legislatore) si siano realizzati. Innanzitutto perché nello stabilire quali dovessero essere i criteri alla luce dei quali valutare la meritevolezza dell’interesse contrattuale, la Relazione al codice civile n. 603 [...] già aveva espressamente fatto riferimento sia all’ordine pubblico sia al buon costume e l’autonomo (rispetto ai predetti principi) richiamo alla coscienza civile e politica e agli indirizzi dell’economia nazionale lascia intendere come, con esso si volesse alludere all’unica formula ulteriore in cui la coscienza civile e politica e l’economia nazionale potevano emergere quali criteri vincolanti di valutazione e cioè a norme e regole, necessariamente imperative”.

interessi²⁰⁸. Il rapporto negoziale, quindi, rimane strumento di interessi individuali²⁰⁹, fermo restando il divieto per gli individui di realizzare attività a danno di beni costituzionalmente protetti ovvero di violare norme imperative dello Stato.

È l'intermediazione della legge, tra l'altro, che limita così anche l'arbitrarietà del giudizio di meritevolezza affidato al Giudice, il quale è vincolato a motivare la propria decisione sulla base di chiari disposti normativi, non già tenendo conto di concetti di per sé indeterminati, pertanto capaci di dettare solo principi e non regole di dettaglio (qual è la “sostenibilità ambientale”, o, ancora di più, “l'ecologia”).

Il modello del contratto ecologico non sembra quindi incidere in modo innovativo sul giudizio di meritevolezza, almeno per come esso si è andato consolidando nella più recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Questo si evince anche dal confronto con la struttura e la funzione del contratto di rendimento energetico, così come delineata nei paragrafi precedenti.

Fermo restando che, in astratto, l'EPC risulta ontologicamente funzionalizzato all'utilità sociale della sostenibilità ambientale – in quanto preordinato a ottenere un miglioramento dell'efficienza energetica – l'eventuale mancato conseguimento di tale risultato non può essere ricondotto, in prima battuta, a un vizio di meritevolezza del rapporto. Tale evenienza deve essere invece interpretata secondo le ordinarie categorie

²⁰⁸ In questi termini sembra si attesti anche la posizione di M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale*, cit., pp. 240 - 241, che, sugli interventi posti in essere dalla L. n. 1/2022, così afferma “*La revisione costituzionale non pare alterare i rapporti di forza tra iniziative commerciali e limiti esterni, né d'imperio funzionalizza l'autonomia privata individuale e collettiva. Piuttosto, si avverte un allineamento dell'assetto costituzionale all'ordinamento giuridico europeo, che alimenta l'eco della tutela dell'ambiente in senso negoziale.*”

²⁰⁹ Così anche la tesi di E. GABRIELLI, “*Operazione economica*” e teoria del contratto, cit., p. 68, per cui la funzione economico individuale del contratto diviene l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi di cui si compone la costruzione del negozio e dell'attività.

della patologia funzionale del contratto, come l'inadempimento ovvero le sopravvenienze contrattuali²¹⁰.

Soltanto là dove, in concreto, il contratto non risulti preordinato alla realizzazione di un'efficienza energetica verificabile e monitorabile – requisito essenziale secondo la normativa vigente – potrà affermarsi che il negozio stesso non possa qualificarsi come EPC. In tale ipotesi, il contratto dovrà essere preliminarmente riqualificato sulla base dell'effettivo assetto di interessi perseguito dalle parti. Solo a valle di tale riqualificazione potrà operare un giudizio di meritevolezza in senso proprio, il quale tuttavia – come chiarito dalla dottrina più accreditata – non dipende dalla necessaria realizzazione di una utilità sociale attraverso il negozio, ma dalla non lesività di interessi costituzionalmente protetti.

6. Considerazioni di sintesi.

Volendo riepilogare i tratti essenziali di quanto sino ad ora argomentato, se da un lato vi è chi rinviene nella normazione europea e nella riforma costituzionale elementi tali da far ripensare la funzione e la struttura del negozio giuridico, dall'altro potrebbe

²¹⁰ Cfr. G. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2020, pp. 215 ss., il quale distingue le patologie contrattuali genetiche, che attengono alla formazione del contratto (nullità, annullabilità, simulazione), da quelle funzionali, che emergono nella fase esecutiva, quali l'inadempimento, l'impossibilità sopravvenuta, l'eccessiva onerosità e la risoluzione. Sulle patologie funzionali v. anche S. MAZZAMUTO, *Diritto privato e valori costituzionali*, Torino, 2018, pp. 261 ss., secondo cui esse si verificano quando il contratto, pur validamente formato, non realizza o realizza in modo distorto la causa in concreto. Nello stesso senso G. D'AMICO, *La causa in concreto tra funzione e struttura del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, pp. 237 ss., che collega le patologie funzionali a una deviazione rispetto all'assetto di interessi programmato. Per una sintesi efficace dei rimedi applicabili in caso di patologie funzionali, v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2022, pp. 643 ss., dove si evidenzia come tali rimedi includano l'adempimento forzato, la risoluzione e, in presenza di eccessiva onerosità o sopravvenienze, l'adeguamento o la rinegoziazione del contratto.

obbiettarsi che tale conclusione sovrappone il piano giuspubblicistico con quello privatistico: fermo restando che la cura dell'interesse pubblico rimane affidata al legislatore e alla pubblica amministrazione, i rapporti negoziali privati permangono caratterizzati da interessi di natura individuale e tendenzialmente egoistica che, come tali, devono essere valutati e considerati.

Non sembra, quindi, che il contesto sia ancora tale da giustificare un “contratto ecologico” o, addirittura, un “diritto privato sostenibile”, inteso come ontologicamente funzionalizzato *ex lege* alla realizzazione del benessere ambientale.

Come detto in apertura, il contratto di rendimento energetico dovrebbe essere l'emblema di questo mutamento di paradigma; tuttavia, così non appare se tale negozio viene letto nell'ottica della teoria generale del contratto.

Anche tale contratto, infatti, è volto a realizzare interessi squisitamente economico - individuali, posto che già in astratto la sua causa pare consistere in un rapporto “*facio ut des*”, dove il guadagno di chi fa si giustifica nel risparmio di chi dà.

Detta operazione è sicuramente capace anche di avere ricadute positive in termini di sostenibilità ambientale, ma non perché essa è imposta alle (ovvero voluta dalle) parti, bensì perché l'obbligazione dedotta in capo a chi fa (i.e. efficientamento energetico) produce di per sé anche effetti ambientali positivi, di cui però le parti possono anche disinteressarsi, purché siano realizzati gli effetti economici.

Anzi, l'EPC è forse capace di generare equivoci in un'ottica di teoria generale del contratto, proprio perché effetti (interessi) economici ed effetti (interessi) ambientali coincidono, atteso che l'operazione economica potrà dirsi positivamente realizzata là dove sia effettivamente realizzato il risparmio del beneficiario, che si sostanzia in un minor consumo dell'energia e, quindi, in un più efficiente utilizzo di essa.

In tale prospettiva, allora, il “nuovo” contesto normativo non sembra neppure incidere sul giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c., il quale rimane riservato ai

contratti atipici così da valutare che essi non producano danno a beni costituzionalmente tutelati, ovvero non violino norme imperative dello Stato.

Tutto ciò considerato, resta fermo che, ai sensi dell'art. 41 Cost., l'iniziativa privata rimane libera, come sono liberi gli interessi patrimoniali negoziabili dai privati.

Ad ogni modo, individuare la causa del contratto di rendimento energetico, e riconoscerla come ontologicamente funzionalizzata alla realizzazione di interessi superindividuali, rappresenta un passaggio fondamentale, propedeutico alla sua qualificazione giuridica e alla corretta individuazione della disciplina ad esso applicabile²¹¹.

Nel sistema del diritto contrattuale italiano, la causa rappresenta non solo l'elemento funzionale del contratto, ma anche un criterio di coerenza interna dell'assetto negoziale. In tale prospettiva, la validità delle clausole contrattuali deve essere valutata anche alla luce della loro compatibilità con la causa del contratto, sia nella sua accezione astratta sia, soprattutto, in quella concreta.

²¹¹ Come afferma P. GALLO, *Autonomia privata e limiti esterni al contratto*, Torino, 2005, p. 151 ss., la causa in concreto *funge da baricentro interpretativo e di controllo della struttura del contratto, alla cui luce devono essere lette le singole pattuizioni*"; S. PAGLIANTINI, *Il contratto nel prisma dell'efficienza energetica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2016, p. 225 ss., ha osservato che nei contratti funzionalizzati all'efficienza energetica, le clausole devono armonizzarsi con la *ratio* pubblicistica della disciplina, pena la perdita del carattere incentivato del negozio³. In altri termini, è la stessa causa *regolata* del contratto che impone un controllo *ex ante* e *in itinere* sulla compatibilità delle singole pattuizioni.

CAPITOLO III

La qualificazione del contratto e la sua disciplina

1. Introduzione

Nel capitolo precedente si è analizzata la funzione e la causa “astratta” del contratto di rendimento energetico, alla luce delle scarse indicazioni normative contenute nella disciplina di riferimento.

In particolare, si è riconosciuto l'EPC come strumento della *green economy* adottato dal legislatore europeo e nazionale per incentivare un mercato orientato alla sostenibilità ambientale. Pur nella chiara funzionalizzazione del contratto alla realizzazione di tale interesse pubblico, si è tuttavia sottolineato come l'EPC, in quanto negozio di diritto privato, rimanga finalizzato a regolare, costituire ed estinguere rapporti giuridici patrimoniali, cioè a tutelare gli interessi individuali delle parti contrattuali.

Attraverso il sinallagma contrattuale – tipicamente patrimoniale – il contratto realizza un equilibrio di prestazioni: da un lato, il fornitore (generalmente una ESCO) trae un profitto dall'attività di efficientamento; dall'altro lato, il beneficiario ottiene un risparmio energetico misurabile e garantito. Proprio l'esecuzione conforme al programma negoziale pattuito consente di raggiungere, in via mediata ma effettiva, risultati di efficienza energetica, generando effetti positivi anche per l'ambiente e, quindi, per la collettività.

In questa prospettiva, è ora possibile procedere alla qualificazione giuridica del contratto, con l'obiettivo di individuarne la disciplina applicabile, tenendo conto della

sua struttura, della sua causa concreta e della sua collocazione sistematica nell'ambito del diritto dei contratti e dei settori regolati²¹².

2. Il contratto di rendimento energetico: contratto tipico, atipico ovvero transtipico.

Si è detto in apertura che la dottrina in tema di EPC è pressoché unanime nel ritenere il medesimo un contratto “nominato ma atipico”²¹³, nel senso che il legislatore si limita a fornire la nozione del negozio, senza tuttavia tratteggiarne una disciplina (come normalmente avviene con i contratti tipici tradizionalmente intesi).

Si è detto altresì che non vi è ad oggi una risposta unanime sulla effettiva atipicità di questo contratto: da un lato, infatti, c'è chi tenta di ricondurlo alla fattispecie tipiche conosciute (anche nella forma del contratto misto)²¹⁴, ma vi è anche chi “rinuncia” alla sussunzione nelle fattispecie negoziali già disciplinate, etichettandolo come contratto “transtipico”.²¹⁵

²¹² Sul punto si vede C. M. BIANCA, *Diritto civile III, Il contratto*, cit., pp. 429, ss, C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, cit., pp.193 ss; G. ALPA, *la causa e il tipo*, cit., pp. 523 ss; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 408.

²¹³ Per M. RENNA, *Dinamica negoziali e sostenibilità ambientale*, cit., p. 270, le peculiarità dell'EPC (quali il monitoraggio e la verifica dell'effettivo efficientamento) non determinano un allontanamento dal tipo dell'appalto.

²¹⁴ Insiste sulla atipicità del contratto M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit., p. 830, per cui il contratto *de quo* non sarebbe riconducibile ad alcun tipo conosciuto, in ragione delle peculiarità del rapporto in ordine a) ai soggetti, in particolare la ESCO quale fornitore; b) alla misura della prestazione, che sarebbe proporzionata all'effettivo efficientamento energetico, c) alla determinazione del corrispettivo, proporzionato all'effettivo miglioramento conseguito, d) alla funzionalizzazione della causa negoziale alla sostenibilità ambientale.

²¹⁵ Così C. BENANTI, *Il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 35, secondo il cui il contratto in parola sarebbe una “fattispecie di secondo grado”, riconducibile a tipi già esistenti a seconda di come in concreto si atteggi il rapporto, potendo essere ora assimilato all'appalto, ora al contratto di leasing, ora al mandato ovvero essere un contratto misto.

Prima di entrare nel merito della questione appena sottoposta, occorre precisare che qui si accede alla conclusione per la quale il contratto misto non è altro che un modo di essere del contratto atipico²¹⁶, aggiungendo che il contratto “transtipico” di per sé non è una soluzione qualificatoria, atteso che appare più una presa d’atto della complessità con cui in concreto una data operazione negoziale può essere strutturata dall’autonomia privata.

Infatti, quando in tema di EPC si è parlato di contratto o schema negoziale transtipico, lo si è fatto nel senso che detto rapporto sarebbe riconducibile ora ad un tipo già noto (principalmente l’appalto, ovvero il contratto di somministrazione, o il contratto d’opera intellettuale²¹⁷), ora ad un contratto misto, ora infine ad un contratto atipico in senso stretto²¹⁸. In disparte il discorso dottrinale sulle regole transtipiche²¹⁹, cosa diversa è di certo parlare di contratto transtipico; categoria questa che non trova alcun conforto normativo (infatti il Codice civile non sembra lasciare spazio a terze vie,

²¹⁶ Così C. M. BIANCA, *Diritto civile III, Il contratto*, cit., p. 436, ove si evidenzia che, se le “cause tipiche” si fondano in un’unica causa, il contratto è allora senz’altro un contratto innominato poiché tale unica causa non trova riscontro in alcun tipo legale. Anche in termini applicativi, l’A. evidenzia come rispetto all’ “assorbimento” e alla “combinazione” (i.e. gli strumenti interpretativi adoperati dalla giurisprudenza per individuare la disciplina del contratto misto) sia più appropriata l’analogia, valevole in generale per i contratti innominati; Ricomprende i contratti misti tra gli schemi contrattuali atipici anche M. C. DIENER, *Il contratto in generale, III*, Milano, 2021, pp. 20 ss.

²¹⁷ C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 35 che qualifica il contratto in argomento come figura transtipica, ossia riconducibile talvolta ad un tipo negoziale già esistente (solitamente l’appalto), ovvero ad un contratto misto (ossia derivante dalla combinazione di già contratti tipici), a seconda del concreto atteggiarsi del rapporto, come regolamento dalle parti; P. PISELLI - A. STIRPE, *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, in P. PISELLI (a cura di) *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance Contract*, Torino, 2011, pp. 35 ss, qualificano l’EPC come contratto atipico in senso stretto.

²¹⁸ Così testualmente M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela del terzo*, cit., pp. 47-48.

²¹⁹ Sui termini applicativi delle norme transtipiche (i.e. norme che, pur essendo di disciplina speciale di un determinato istituto, possono estendersi ad altri istituti similari, perché espressione di un principio generale), si veda M. IRREA, *L’art. 2467 c.c.: limiti di applicazione di una norma transtipica ad una “s.r.l. transtipica”*, in *Riv. dir. comm.*, 3, 2020, pp. 401ss.

rispetto alla dicotomia tipicità e atipicità²²⁰), ma ciò non vuol dire che detta categoria dottrinale non offra alcun apporto in termini applicativi. Definire un contratto “transtipico” significa che la relativa disciplina è costituita da regole in grado di essere applicate oltre il dato socio-economico di riferimento visualizzato dal legislatore come antecedente fattuale delle regole che lo stesso ha disegnato. In altre parole, anche volendo evidenziarne la natura meramente descrittiva, si può dire che questa definizione riassume in sé un problema e, al contempo, evidenzia per l’interprete il criterio che dovrà guidarlo nella selezione delle norme applicabili.

Definire un contratto “trastipico” significa, inoltre, valorizzare la causa concreta del rapporto, ponendo l’attenzione sull’assetto di interessi effettivamente perseguito dalle parti attraverso il programma negoziale concretamente convenuto. In questa prospettiva, la qualificazione giuridica del contratto non può esaurirsi nella ricognizione formale del tipo, ma richiede l’analisi della funzione economico-sociale che le parti attribuiscono al negozio, anche quando questa trascenda gli schemi tipici codificati.²²¹

²²⁰ Il Codice civile italiano si fonda tradizionalmente su una dicotomia tra contratti tipici (o nominati) e atipici (o innominati), senza riconoscere espressamente categorie intermedie. I contratti tipici sono quelli previsti e disciplinati dalla legge, come l’appalto, la compravendita, la locazione, ecc. (cfr. artt. 1470 ss., 1571 ss., 1655 ss. c.c.); i contratti atipici, invece, sono ammessi dall’art. 1322, comma 2, c.c., purché “siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”. Questa impostazione non contempla formalmente una terza categoria, ad esempio dei “contratti misti” o “transtipici”. Tuttavia, la prassi contrattuale e la riflessione dottrinale hanno mostrato come il rigido binomio tipico/atipico possa risultare riduttivo di fronte alla complessità delle moderne operazioni economiche, che spesso integrano più figure contrattuali (es. contratto misto di appalto e fornitura) o che si innestano su tipologie esistenti pur presentando connotati nuovi (es. contratti funzionalizzati a interessi pubblici o ambientali); sul tema si vedano G. DE NOVA, *Tipicità e atipicità nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, pp. 1 ss; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2020, pp. 303 ss; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2020, p. 149; S. PAGLIANTINI, *Il contratto nel prisma dell’efficienza energetica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2016, pp. 225 ss.

²²¹ A titolo di esempio, il contratto di rete tra imprese è stato definito contratto “transtipico”, nella misura in cui è suscettibile di assumere articolazioni causali variegata da F. CAFAGGI,

In definitiva, al fine di valutare l'effettiva natura transtipica della fattispecie oggetto di indagine, è necessario interrogarsi sulla possibilità per le parti di realizzare un contratto di rendimento energetico mediante il ricorso a tipi negoziali esistenti, senza tuttavia snaturarli al punto da determinare un allontanamento radicale dal paradigma tipico prescelto. La questione si traduce, dunque, nell'individuazione del limite entro cui è consentita la combinazione di elementi eterogenei, affinché il contratto mantenga coerenza strutturale e funzionale con il modello di riferimento, pur integrando esigenze ulteriori, come quella dell'efficientamento energetico²²²

Appare però possibile escludere dal principio la possibilità di qualificare il rapporto di EPC come “nuovo” tipo negoziale *tout court*, in accordo con la pressoché l'unanime dottrina che ha studiato l'argomento.

Appare infatti chiaro che l'assenza di una disciplina dedicata non consente al negozio di rendimento energetico di elevarsi a tipo contrattuale autonomo, atteso che, secondo la teoria tradizionale, non è sufficiente che un contratto presenti una combinazione ricorrente di elementi (es. obblighi, prestazioni, finalità) per definirlo “tipico” se manca una cornice normativa che ne disciplini organicamente effetti e struttura. Il tipo, quindi, è un concetto normativo, non meramente sociologico o empirico²²³.

Introduzione, in (a cura di) F. CAFAGGI, *Il contratto di rete. Commentario*, Bologna, 2009, p. 24; negli stesi termini, ma sul contratto di avvilimento, anche G. DI MARTINO, *L'avvilimento. Contratti transtipici tra autonomia privata e responsabilità aggravata*, Napoli, 2020, pp. 42 ss

²²² C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa e del tipo*, cit., p. 196, nel senso che “*pare non seriamente revocabile in discussione che il primo momento di ricostruzione e, soprattutto, di valutazione del significato debba essere tuttora affidato alla disciplina del generale del contratto, così da legittimare, sia pure alla stregua di un diverso percorso argomentativo, la conclusione secondo la quale parte speciale e parte generale continuerebbero a costituire i poli di una dialettica della disciplina del contratto del tutto inalienabile*”; negli stessi termini G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 674

²²³ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 35, che così può essere sintetizzato: “*Perché l'interprete possa fare ricorso alla riduzione del contratto ad un tipo, è evidentemente necessario che l'ordinamento preveda un elenco di discipline tipiche atte ad intervenire accanto alle leges privatae*”.

Oltre alla necessità di diminuire i “costi transattivi” in capo ai contraenti (i.e. calare dall’alto le norme che per prassi caratterizzano quel tipo contrattuale, evitando, quindi, alle parti di doverle negoziare tra di loro), si è rilevato infatti che la disciplina tipica assolve altresì il primario obbiettivo di individuare la funzione socioeconomica di quel determinato rapporto, rendendolo così “riconoscibile”.²²⁴

Volendo sintetizzare il ragionamento sino ad ora seguito, il tipo contrattuale rappresenta uno schema di operazione economica ricorrente nella vita di relazione (c.d. tipo sociale), che si traduce in modello normativo (c.d. tipo legale)²²⁵.

Se, quindi, il contratto tipico (sociale o legale che sia) è quello individuato nella sua funzione sociale e nell’assetto patrimoniale che intende realizzare, si potrebbe allora affermare che si ha un contratto tipico ogni qualvolta vi sia un assetto di interessi patrimoniali tipico (o forse, meglio, causa tipica)²²⁶.

E infatti, parlare di contratto tipico senza essere in grado di individuarne una corrispondente disciplina normativa – ovvero quell’insieme di disposizioni che ne

²²⁴ In questo senso V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 937.

²²⁵ Per le nozioni di tipo sociale e tipo legale si veda C. M. BIANCA, *Diritto Civile, III. Il contratto*, cit. pp. 429 ss., ove si fa propria la distinzione già avanzata da E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 196.

²²⁶ Appare opportuno segnalare che in dottrina non è pacifica la sovrapposizione tra causa e tipo contrattuale, soprattutto in termini di qualificazione. Si sostiene infatti (V. SACCO e G. DE NOVA) che la sussunzione di un contratto in un dato tipo non avviene solo in ragione della causa, posto che la medesima finalità può essere perseguita anche attraverso modelli contrattuali diversi, ovvero, comunque, che i criteri normativi di tipizzazione non attengono esclusivamente alla causa, bensì anche ad altri elementi, quali, ad esempio, l’oggetto o il soggetto del rapporto; per una puntuale replica a tali obiezioni si veda C.M: BIANCA, *Diritto Civile, III. Il contratto*, cit., p. 431, ove si può leggere che “l’interesse concretamente perseguito risulta normalmente diverso se sono diverse le operazioni giuridiche conferite (un trasferimento fiduciario con l’obbligo di alienare, ad es., non persegue la medesima finalità di un mandato ad alienare). Se, poi, la causa è stessa può allora dubitarsi che gli schemi negoziali adoperati siano sostanzialmente diversi. [...] altri elementi possono acquistare rilevanza ai fini della qualificazione del contratto in quanto concorrono a determinarne la funzione pratica ossia la causa”.

identificano la struttura, ne governano lo svolgimento e ne orientano l'interpretazione – equivale a svuotare di significato e utilità il concetto stesso di qualificazione contrattuale. In assenza di una disciplina tipica, il riferimento al “tipo” non ha rilevanza giuridica, giacché viene meno il criterio normativo che consente di applicare automaticamente un *corpus* di regole al contratto concreto. La tipicità, in questo senso, non è una mera etichetta formale, ma implica un ancoraggio oggettivo a norme di legge che delineano diritti, obblighi e rimedi propri di quella specifica figura negoziale.

3. La nozione di contratto di rendimento energetico: “un contratto di scopo”.

Calando le conclusioni qui raggiunte nella fattispecie dell'EPC, si può provare a dare una risposta al quesito posto in precedenza: è corretto parlare di contratto atipico in senso stretto o, forse, siamo dinnanzi ad un esempio normativo di contratto transtipico?

A parere di scrive, deve concludersi per la seconda alternativa, nel senso che la nozione contenuta nell'art. 2, lett. n., D.lgs. n. 104/2014 può essere sufficiente a definire il contratto quantomeno nel suo scopo, ovvero il risultato specifico e misurabile che intende realizzare consistente nel miglioramento dell'efficienza energetica²²⁷. Questo elemento finalistico, che necessariamente ne permea la “causa concreta”²²⁸, giustifica la qualificazione dell'EPC come *contratto di scopo*, vale a dire come figura negoziale in cui la validità e l'esecuzione del contratto sono strettamente legate al raggiungimento di un risultato predeterminato.

²²⁷ Cfr. A. ZOPPINI, *L'efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in L. CARBONE - G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, 2016, p. 360, il quale rileva come la tecnica definitoria usata dal legislatore sia inusuale, in quanto tramite essa non si ha “la definizione di una fattispecie, la descrizione di fatti al verificarsi dei quali si produce una modificazione per l'ordinamento giuridico, bensì l'individuazione di una funzione che rileva per l'ordinamento in quanto misurabile”.

²²⁸ Sulla causa del contratto si veda *supra*, Capitolo II, par. 5.1.

Infatti, con riguardo all'EPC: a) esso si pone come risultato una *“misura di miglioramento dell'efficienza energetica”*; b) ciò avviene a fronte del pagamento di un determinato prezzo, che – come è di norma nelle prestazioni di carattere oneroso – deve essere proporzionato all'utilità ricevuta, ma è comunque liberamente determinabile (*“in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari”*); c) esso è caratterizzato²²⁹ dal fatto che tale efficienza deve essere *“verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto”*; d) tutto ciò avviene conseguendo gli interessi patrimoniali delle parti di arricchimento e risparmio, unitamente al superiore interesse ultraindividuale dell'efficientamento energetico e, quindi, della riduzione dell'impatto nocivo dell'opera dell'uomo sull'ambiente.

Venendo, dunque, alla nozione di EPC fornita dal legislatore, appare pressoché evidente che la prestazione caratterizzante il rapporto è il conseguimento di *“efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto”*. Di fatto, quindi, il bene giuridico promesso in contratto è un certo efficientamento energetico, che deve perdurare per tutta la durata del contratto.

Nel caso di specie, quindi, l'“efficientamento” è allo stesso tempo prestazione e risultato, nonché assetto giuridico che le parti intendono realizzare attraverso il

²²⁹ Che la natura della prestazione sia, in via preminente, *“fra i tratti distintivi che possono essere ricondotti al contenuto del contratto”* è affermato anche da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 84.

negozio²³⁰, in un meccanismo contrattuale incentrato sostanzialmente sulla *performance*²³¹.

In definitiva, il legislatore si limita a individuare lo scopo dell'operazione economica, senza tuttavia qualificarla e, quindi, lasciando alle parti la determinazione dell'assetto negoziale concretamente più idoneo a raggiungere lo scopo in funzione delle peculiarità che presenta la fattispecie concreta.

Nel quadro della teoria moderna del contratto, si è consolidata la consapevolezza che il legislatore spesso si limita a individuare lo “scopo” dell'operazione economica ritenuta meritevole di tutela, senza per questo vincolare rigidamente le parti alla scelta di uno specifico tipo contrattuale. Tale approccio riflette una profonda evoluzione del diritto contrattuale contemporaneo, in cui l'autonomia negoziale è valorizzata come strumento per l'autoregolazione degli interessi privati in coerenza con obiettivi di utilità sociale e funzionalità economica²³².

In tale prospettiva, l'intervento del legislatore si configura come una promozione normativa di uno scopo (es. la sostenibilità ambientale o l'efficienza energetica),

²³⁰F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2, 2022, p. 167, afferma “L'oggetto del contratto è l'individuazione, la progettazione e la realizzazione da parte della ESCo di una misura di efficientamento tale da produrre un risparmio di spesa sulla bolletta energetica del cliente”; negli stessi termini, L. PAROLA - T. ARNONI - S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *I contratti*, 5, 2015, pp. 517 ss.

²³¹ Così L. PAROLA - T. ARNONI - S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *I contratti*, 2015, n. 5, pp. 517 ss.; cfr. anche F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit., p. 163, che individua nella performance il fine ultimo nel negozio di EPC.

²³² Come osserva E. GABRIELLI, *Profili della causa concreta e rilevanza dell'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pp. 257 ss., la moderna riflessione sul contratto si concentra sempre più sul rapporto tra tipo contrattuale, causa concreta e operazione economica, quest'ultima intesa come la finalità pratica che le parti intendono realizzare con l'accordo. Secondo l'A., infatti, “la rilevanza della causa concreta [...] deve essere riferita all'intero assetto di interessi che con il contratto le parti intendono realizzare” e che si concretizza nell'operazione economica sottostante. Questa, e non la mera adesione a uno schema legale, diviene il parametro fondante per la qualificazione del contratto e per il giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.”

lasciando tuttavia al mercato — e dunque all'autonomia privata — la scelta degli strumenti negoziali più idonei a raggiungere quel risultato. È quanto accade, appunto, con il contratto di rendimento energetico, dove l'obiettivo dell'efficientamento è normativamente promosso, ma la conformazione del rapporto negoziale è lasciata alla libera iniziativa delle parti²³³.

In sintesi, il legislatore, quando persegue fini di interesse pubblico attraverso il contratto (come avviene nel diritto dell'ambiente, dell'energia o dei servizi pubblici), non crea nuovi tipi negoziali, ma piuttosto orienta l'autonomia privata, suggerendo un assetto di interessi che le parti sono libere di realizzare attraverso schemi tipici, atipici o misti, purché funzionali all'operazione economica prefigurata.

3.1. *Segue.* Gli elementi minimi del contratto di rendimento energetico.

Quanto si va sostenendo, ossia che il legislatore abbia inteso unicamente individuare la funzione del rapporto, non già il tipo di rapporto attraverso cui perseguire lo scopo indicato, può trovare conferma anche nei c.d. elementi minimi dell'EPC, attualmente contenuti nell'Allegato 8 del D.lgs. n. 102/2014, e da ultimo specificati dall'Allegato XV della Direttiva UE 2023/1791²³⁴.

²³³ A. CASSETTA, *La causa nel diritto dei contratti*, Torino, 2009, p. 78, riconosce che “*quando la legge fa riferimento a un contratto senza darne compiuta regolazione, è segno che non intende imporre una tipizzazione rigida, ma affidare alle parti l'individuazione del contenuto e della disciplina secondo criteri di efficienza economica*”

²³⁴ La Direttiva (UE) 2023/1791, recante rifusione e modifica della Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, è entrata in vigore il 10 ottobre 2023. Essa prevede, all'art. 39, che gli Stati membri debbano recepirla entro l'11 ottobre 2025. Fino a tale data, e in assenza di un formale provvedimento di recepimento da parte dell'ordinamento italiano, continuano a trovare applicazione le disposizioni del D.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, che attualmente disciplina il contratto di rendimento energetico all'art. 2, lett. n), e ne specifica i contenuti minimi all'Allegato 8. Quest'ultimo Allegato riproduce pressoché fedelmente il contenuto dell'Allegato XIII della Direttiva 2012/27/UE, fissando i requisiti minimi dei contratti EPC stipulati con la Pubblica Amministrazione. Si tratta di una disciplina che, seppur formalmente in vigore, risulta parzialmente superata sul piano sostanziale dalle più recenti previsioni

Il rispetto dei contenuti minimi previsti dalla normativa di riferimento è obbligatorio, in primo luogo, per le pubbliche amministrazioni, le quali, nell'ambito delle procedure di affidamento e nella redazione del capitolato, sono tenute a conformarsi a tali requisiti²³⁵. Tuttavia, anche i soggetti privati devono attenersi a tali parametri: la stipulazione di un contratto di rendimento energetico che non rispetti i contenuti minimi può comportare la perdita del riconoscimento degli incentivi fiscali, finanziari o tariffari da parte delle autorità competenti (quali, ad esempio, il GSE o altri enti erogatori), in quanto il contratto non sarebbe giuridicamente qualificabile come EPC ai sensi della regolamentazione di settore²³⁶. Quello che infatti il legislatore intende fare, con tale elenco, è salvaguardare lo scopo del contratto, ossia garantire che le causali negoziali siano tutte orientate alla realizzazione di un effettivo e proficuo (in termini anche economici) efficientamento energetico, predeterminato e misurabile per tutta la durata del rapporto.

Il citato allegato 8 impone che il contratto di EPC contenga: a) un elenco chiaro e trasparente delle misure di efficienza da applicare o dei risultati da conseguire in termini di efficienza; b) i risparmi garantiti da conseguire applicando le misure previste dal contratto; c) la durata e gli aspetti fondamentali del contratto, le modalità e i termini

dell'Allegato XV della Direttiva 2023/1791, che amplia il perimetro soggettivo e rafforza gli obblighi di trasparenza, monitoraggio e performance energetica.

²³⁵ Nelle procedure ad evidenza pubblica, l'inosservanza dei contenuti minimi può esporre il dirigente responsabile a responsabilità amministrativa o contabile per danno erariale, oltre a possibili contestazioni da parte della Corte dei Conti; ciò la dove la mancata predeterminazione conduca ad un danno economico per la stazione appaltante,

²³⁶ Tra i requisiti per accedere agli incentivi del Conto Termico di cui al DM 16/02/2016 vi è la stipula di un contratto conforme alla definizione normativa di EPC (e quindi anche ai relativi contenuti minimi); in caso contrario, l'istanza può essere rigettata dal GSE; Cfr. GSE, *Regole Applicative D.M. 16 febbraio 2016*, febbraio 2025, par. 2.1.2 e 2.3.2.; in argomento si veda anche M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico*, cit., p. 422 e C. BENANTI, *Contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 39, ove si afferma espressamente che "gli elementi minimi non delineano, come già detto, un tipo contrattuale ma costituiscono una disciplina transtipica, il cui rispetto è necessario al fine di accedere agli incentivi pubblici".

previsti; d) un elenco chiaro e trasparente degli obblighi che incombono su ciascuna parte contrattuale; e) data o date di riferimento per la determinazione dei risparmi realizzati; f) un elenco chiaro e trasparente delle fasi di attuazione di una misura o di un pacchetto di misure e, ove pertinente, dei relativi costi; g) l'obbligo di dare piena attuazione alle misure previste dal contratto e la documentazione di tutti i cambiamenti effettuati nel corso del progetto; h) disposizioni che disciplinino l'inclusione di requisiti equivalenti in eventuali concessioni in appalto a terze parti; i) un'indicazione chiara e trasparente delle implicazioni finanziarie del progetto e la quota di partecipazione delle due parti ai risparmi pecuniari realizzati (ad esempio, remunerazione dei prestatori di servizi); j) disposizioni chiare e trasparenti per la quantificazione e la verifica dei risparmi garantiti conseguiti, controlli della qualità e garanzie; k) disposizioni che chiariscono la procedura per gestire modifiche delle condizioni quadro che incidono sul contenuto e i risultati del contratto (a titolo esemplificativo: modifica dei prezzi dell'energia, intensità d'uso di un impianto) l) informazioni dettagliate sugli obblighi di ciascuna delle parti contraenti e sulle sanzioni in caso di inadempienza²³⁷.

²³⁷ L'Allegato XV della Direttiva 2023/1791 non modifica sostanzialmente l'elenco di cui all'Allegato 8 citato, ponendo l'attenzione più sugli aspetti prettamente economici e sul riparto del rischio in seno al rapporto; così testualmente il contenuto del citato Allegato XV: *“- I risultati e le raccomandazioni che figurano nelle analisi e negli audit energetici effettuati prima della conclusione del contratto con riferimento all'uso di energia dell'edificio al fine di attuare misure di miglioramento dell'efficienza energetica; — un elenco chiaro e trasparente delle misure di efficienza da applicare o dei risultati da ottenere in termini di efficienza; — i risparmi garantiti da conseguire applicando le misure previste dal contratto; — la durata e gli aspetti fondamentali del contratto, le modalità e i termini previsti; — un elenco chiaro e trasparente degli obblighi che incombono a ciascuna parte contrattuale; — la data o le date di riferimento per la determinazione dei risparmi realizzati; — un elenco chiaro e trasparente delle fasi di attuazione di una misura o di un pacchetto di misure e, ove pertinente, dei relativi costi; — un obbligo di dare piena attuazione alle misure previste dal contratto e la documentazione di tutti i cambiamenti effettuati nel corso del progetto; — disposizioni che disciplinino l'inclusione di requisiti equivalenti in eventuali concessioni in appalto a terze parti; — un'indicazione chiara e trasparente delle implicazioni finanziarie del progetto e la*

Appare evidente che le prescrizioni normative aventi ad oggetto i contenuti minimi del contratto di rendimento energetico acquistano pieno significato solo se considerate all'interno della peculiare logica funzionale propria del contratto di EPC e non se valutate meramente alla luce della teoria generale del contratto. Molte delle indicazioni fornite dalla norma europea – come la chiarezza, la trasparenza, la determinazione degli obblighi, la ripartizione delle responsabilità, la documentazione delle modifiche, nonché l'obbligo di piena attuazione delle misure – appaiono in parte ridondanti se rapportate ai principi generali del diritto civile.

Infatti, è la stessa disciplina codicistica ad imporre la necessaria determinatezza dell'oggetto e delle prestazioni contrattuali (art. 1346 c.c.), pena la nullità del contratto; così come la trasparenza, intesa in senso sostanziale, è garantita dagli obblighi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), obblighi che si impongono tanto nella fase delle trattative quanto in quella esecutiva²³⁸. L'obbligo poi di “dare

quota di partecipazione delle due parti ai risparmi pecuniari realizzati, segnatamente la remunerazione dei prestatori di servizi; — disposizioni chiare e trasparenti per la quantificazione e la verifica dei risparmi garantiti conseguiti, controlli della qualità e garanzie; — disposizioni che chiariscano la procedura per gestire modifiche delle condizioni quadro che incidono sul contenuto e i risultati del contratto, segnatamente la modifica dei prezzi dell'energia e l'intensità d'uso di un impianto; — informazioni dettagliate sugli obblighi di ciascuna delle parti contraenti e sulle sanzioni in caso di inadempienza.”

²³⁸ Gli obblighi di trasparenza e di informazione precontrattuale nel settore dell'energia trovano fondamento in una pluralità di fonti normative, sia europee che interne, volte a tutelare il consumatore finale e ad assicurare la correttezza dei rapporti contrattuali. In particolare: a) La Direttiva (UE) 2019/944, parte del “*Clean Energy for All Europeans Package*”, stabilisce che i consumatori devono poter accedere a informazioni chiare e comprensibili in merito alle condizioni contrattuali, alla fatturazione e alle opzioni disponibili nel mercato dell'energia, favorendo l'autoconsumo e la partecipazione attiva al mercato (artt. 10-12); b) Il Regolamento (UE) 2019/943, relativo al mercato interno dell'energia elettrica, impone agli operatori l'obbligo di pubblicare dati essenziali sullo stato e sulla capacità delle infrastrutture, al fine di garantire condizioni eque e trasparenti negli scambi e negli investimenti (artt. 40-41); c) Il Regolamento (UE) n. 1227/2011 (REMIT) disciplina l'integrità e la trasparenza del mercato energetico all'ingrosso, imponendo l'obbligo di pubblicazione di informazioni privilegiate (ad es. indisponibilità impianti, capacità di trasporto) e di segnalazione delle operazioni contrattuali, per prevenire abusi di mercato (artt. 3-4); d) Il Codice del Consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), applicabile ai rapporti tra professionisti e consumatori, richiede che

piena attuazione” al contratto – pure esplicitato nei contenuti minimi – risulta insito nella stessa efficacia vincolante dell’accordo, in quanto fonte di obbligazioni per le parti (art. 1372 c.c.).

Pertanto, le clausole imposte dal legislatore europeo non introducono nuovi principi strutturali del contratto, ma piuttosto rafforzano e cristallizzano, in chiave funzionale e settoriale, obblighi già presenti nel diritto comune. Esse operano come strumenti di standardizzazione contrattuale, specialmente nel settore pubblico e in relazione a meccanismi di finanziamento, di incentivazione e di accesso a fondi europei e nazionali. In tal senso, la *ratio* di tali clausole si comprende solo alla luce della funzione pubblicistica che l’EPC è chiamato a svolgere, quale strumento tecnico-normativo per attuare obiettivi di politica energetica e ambientale.

Anche in questa prospettiva, si può dunque ritenere che il legislatore, nel disciplinare il contratto di rendimento energetico, non vincoli rigidamente le parti ad un tipo negoziale prescelto, quanto piuttosto al risultato economico e funzionale dell’operazione. Ciò che assume rilievo, infatti, è che l’assetto negoziale concretamente pattuito sia idoneo a realizzare un effettivo efficientamento energetico, monitorabile e verificabile lungo l’intera durata del rapporto contrattuale.

In questa logica, il contratto dovrà essere strutturato in modo tale da garantire al fornitore (ESCO) un’adeguata remunerazione, determinando chiaramente i meccanismi di calcolo del compenso, spesso commisurato al livello di risparmio energetico effettivamente conseguito; al contempo, esso dovrà assicurare al beneficiario trasparenza in merito alle prestazioni attese, ai costi complessivi e alla durata del progetto. Il baricentro della disciplina si sposta quindi sulla causa concreta

le informazioni precontrattuali siano fornite in modo chiaro, comprensibile e adeguato al mezzo di comunicazione impiegato (artt. 33-36 e art. 49 per i contratti a distanza), pena la possibile nullità delle clausole vessatorie o la responsabilità precontrattuale dell’operatore.

del contratto, che assume valenza fondamentale per la sua qualificazione e validità, al di là della tipologia formale adottata²³⁹.

Tale impostazione riflette un orientamento di lungo corso nella dottrina civilistica italiana, secondo cui il legislatore può incentivare o modulare l'autonomia privata attraverso strumenti contrattuali preesistenti, senza necessariamente introdurre nuovi tipi negoziali²⁴⁰. In tal senso, il contratto di rendimento energetico si presenta come un esempio paradigmatico di contratto "funzionalizzato", in cui il perseguimento di interessi collettivi (la sostenibilità ambientale) si integra con l'autonomia privata, attraverso un equilibrio sinallagmatico tra risparmio per il committente e remunerazione per il prestatore²⁴¹.

4. Qualificazione dell'EPC come contratto di appalto misto tra opera e servizi.

La qualificazione del contratto di rendimento energetico (EPC) impone di confrontarsi con la disciplina generale dell'appalto, così come delineata dal codice civile (artt. 1655 ss. c.c.) e dalla normativa di settore, in particolare con il d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). L'EPC infatti, nella prassi, è stato configurato come un contratto a struttura mista, in cui coesistono elementi sia dell'appalto d'opera sia dell'appalto di servizi²⁴².

²³⁹ A. GENTILI, *Contratti e causa in concreto: il modello del contratto di scopo*, in *Contratto e impresa*, 2015, pp. 345 ss.; C. CATTANEO, *La causa del contratto e l'interesse del legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 456 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pp. 46-47.

²⁴⁰ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2020, p. 149: l'A. rileva come "l'involucro normativo della sostenibilità segnali non tanto la nascita di nuove categorie, quanto il fisiologico processo di specificazione degli istituti del diritto privato generale".

²⁴¹ S. PAGLIANTINI, *Il contratto nel prisma dell'efficienza energetica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 225 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *I contratti per l'efficienza energetica e la pubblica amministrazione*, in *Rass. Giur. ENEA*, 2016, spec. p. 9 ss.

²⁴² Cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. V, 27/02/2023, (ud. 13/12/2022, dep. 27/02/2023), n.2017 nonché Consiglio di Stato sez. V, 03/08/2023, (ud. 26/01/2023, dep. 03/08/2023), n.7499.

L'appalto d'opera è tradizionalmente definito come il contratto con cui una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, l'obbligazione di compiere un'opera verso un corrispettivo in denaro (art. 1655 c.c.). Nell'ambito dell'EPC, tale componente si esplicita nelle attività di realizzazione o riqualificazione fisica degli impianti energetici (es. sostituzione caldaie, isolamento termico, installazione di sistemi fotovoltaici), che rappresentano un'attività tangibile e "materiale".

Accanto a tale componente, tuttavia, assume rilievo almeno pari se non superiore l'aspetto immateriale del contratto, riconducibile all'appalto di servizi: progettazione degli interventi, diagnosi energetica, misurazione e verifica del risparmio energetico, gestione e manutenzione degli impianti. Proprio questa parte determina il carattere prestazionale ad esito tipico dell'EPC, dove l'esecutore (ESCO) è remunerato in funzione del risultato ottenuto in termini di risparmio energetico misurato, assumendo su di sé il rischio operativo.

La giurisprudenza²⁴³ ha riconosciuto la natura "ibrida" di questi contratti e, in particolare, ha chiarito che nei contratti misti è fondamentale la prevalenza funzionale dell'oggetto, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile. Tuttavia, in molte ipotesi (tra le quali proprio i contratti EPC), risulta difficile individuare una netta prevalenza tra opera e servizio, tanto da giustificare l'applicazione dei principi dell'appalto misto, come

²⁴³ si veda sul punto Consiglio di Stato sez. V, 21/02/2020, (ud. 21/11/2019, dep. 21/02/2020), n.1327, che così testuale riporta in motivazione: *"La complessità contenutistica dell'EPC (Energy Performance Contract), finalisticamente vincolata al perseguimento dell'obiettivo del risparmio energetico come oggetto della prestazione caratteristica della ESCO (Energy Service Company), e dunque sinallagmaticamente costruito sul paradigma del do ut facias, è incompatibile con la categoria della prestazione (qualitativamente) prevalente, alla base dell'operatività della disciplina del contratto misto. L'EPC, pur presentando requisiti propri della concessione di lavori e della concessione di servizi, evidenzia come tratto differenziale e specializzante quello per cui il corrispettivo dell'EPC è parametrato al risparmio energetico conseguito per effetto dell'intervento."*

disciplinato all'art. 180 del D.lgs. n. 30/2023, che impone la valutazione congiunta delle componenti²⁴⁴.

Dottrina autorevole ha sostenuto questa impostazione, affermando che l'EPC *“è un paradigma contrattuale in cui l'esecuzione materiale è indissolubilmente connessa alla fornitura di una prestazione immateriale e complessa, centrata su conoscenze tecniche, tecnologie di misurazione e responsabilità di risultato”*²⁴⁵; analizzando le componenti contrattuali dell'EPC, si è altresì sostenuto che *“l'oggetto del contratto si articola in un pacchetto integrato di lavori, forniture e servizi”*, configurandolo pertanto come un *“appalto misto strutturalmente funzionale”*²⁴⁶.

In questa prospettiva, l'EPC si qualifica correttamente come appalto misto di opere e servizi, in cui la componente di servizio – legata all'efficientamento e al raggiungimento di *performance* ambientali – assume rilievo pari a quella dell'opera. La funzione di interesse pubblico, consistente nella promozione dell'efficienza energetica e della sostenibilità ambientale, funge da elemento unificante e giustificativo del contratto, costituendone la “causa concreta”.

²⁴⁴ La norma recepisce l'art. 20 della Direttiva 2014/23/UE e rappresenta una codifica aggiornata dei principi di prevalenza funzionale ed economica, che determinano quale regime applicare a contratti complessi. L'art. 180 fornisce un criterio oggettivo (prestazione prevalente o valore economico) per qualificare correttamente contratti ibridi, evitando interpretazioni arbitrarie. In tema di EPC, il riferimento a “elementi di concessione” può emergere quando l'accordo contempla diritti su beni o impianti pubblici. La regola operativa prevede che i contratti misti siano disciplinati dal regime della parte principale, a garanzia di certezza giuridica e coerenza normativa anche in contesti innovativi.

²⁴⁵ L. TORCHIA, *Contratti pubblici e obiettivi di sostenibilità*, in *Riv. Trim. App. Contratti*, 2017, p. 501.

²⁴⁶ A. CROSETTI, *Energia e contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 213-215.

Il rischio economico²⁴⁷ legato al mancato conseguimento degli obiettivi di risparmio resta in capo alla ESCO, che pertanto non si limita a eseguire lavori o prestare servizi, ma garantisce il risultato finale. Si tratta, dunque, di un contratto privatistico “regolato” e funzionalizzato, nel quale l’interesse patrimoniale delle parti si coniuga con finalità pubbliche ambientali, rientrando appieno, come detto, nel paradigma del “diritto privato regolatorio”²⁴⁸.

Occorre, a questo punto, verificare in che misura lo scopo dell’efficientamento energetico, così come delineato nella disciplina pubblicistica, sia effettivamente compatibile con lo schema tipico dell’appalto, come delineato dal codice civile.

Come detto, l’appalto, ai sensi dell’art. 1655 c.c., è il contratto con cui una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio, verso un corrispettivo in denaro. La causa del contratto di appalto si identifica nello scambio tra il risultato utile dell’attività dell’appaltatore (intesa come realizzazione dell’opera o erogazione del servizio) e il pagamento del prezzo da parte del committente. È una causa tipica di scambio, fondata sulla produzione o esecuzione di un bene o di una prestazione economicamente rilevante, in autonomia e a rischio dell’appaltatore.

²⁴⁷ Sull’accezione polisemica G. ALPA, *Rischio contrattuale*, in Enciclopedia del diritto, XL, 1989, p. 1144 s; Per *rischio contrattuale* si intende la possibilità che, nel corso dell’esecuzione del contratto, si verifichino eventi idonei a incidere sull’equilibrio economico-patrimoniale tra le parti, alterando l’assetto originariamente pattuito. In diritto civile, tale rischio è normalmente allocato in base alla natura del contratto e al principio di autonomia privata. Nel contratto di appalto, ad esempio, il rischio d’impresa — tecnico ed economico — grava sull’appaltatore, il quale si obbliga a eseguire l’opera o il servizio a proprio rischio, secondo quanto espressamente stabilito all’art. 1655 c.c. Ne consegue che l’appaltatore ha diritto al corrispettivo solo se la prestazione è eseguita conformemente a quanto pattuito, salvo cause di forza maggiore (artt. 1467 e 1468 c.c.).

²⁴⁸ F. MASTRAGOSTINO, *I contratti per l’efficienza energetica e la pubblica amministrazione*, in *Rass. Giur. ENEA*, 2016, pp. 216 ss.

Anche nel diritto comune, conformemente alla prassi contrattuale moderna, specie negli appalti complessi e tecnologici, la distinzione tra opera e servizio tende ad attenuarsi, dando luogo a contratti misti, nei quali coesistono componenti materiali e immateriali, prestazioni di fornitura, progettazione, gestione e monitoraggio. In tali casi, l'individuazione della causa concreta consente di qualificare correttamente il rapporto, analizzando l'equilibrio sinallagmatico effettivamente voluto dalle parti e il risultato economico perseguito²⁴⁹.

Come evidenziato da autorevole dottrina, la causa dell'appalto si collega strutturalmente al principio di efficienza, in quanto la prestazione dell'appaltatore deve risultare utile per il committente, ma anche sostenibile e realizzabile secondo criteri di economicità e responsabilità²⁵⁰. La prestazione a rischio, tipica dell'appalto, implica infatti che l'appaltatore non sia un semplice esecutore, ma un soggetto imprenditoriale dotato di autonomia e di capacità organizzativa²⁵¹.

Questa impostazione è confermata anche dalla giurisprudenza, secondo cui la funzione tipica del contratto di appalto risiede nell'assunzione del rischio tecnico ed economico da

²⁴⁹ L. V. MOSCARINI, *Linee evolutive del contratto di appalto*, in *Il contratto internazionale d'appalto*, contributi raccolti da Draetta-Vaccà, Milano, 1992, p. 7, osserva che l'appalto «è una parola polisensa, che nella significazione dominante designa un "tipo negoziale" ben definito, ma nel contempo è usata anche per indicare uno schema strutturale adibito per la definizione di altri tipi, come nella nozione di "appalto di somministrazione" e "appalto di forniture"»; Sull'appalto di forniture v. A. GRAPPELLI, *Le peculiarità dei contratti di appalto di forniture e rispetto ai contratti di compravendita: il pagamento dell'indennità ex art. 1671 cod. civ.*, in *Riv. trim. appalti*, 2021, p. 408.

²⁵⁰ Il principio dell'efficienza dell'appalto e, quindi, il principio del risultato è oramai stato cristallizzato in tema di appalti pubblici dell'art. 1 del D.lgs. n. 36/2023, che richiede alle stazioni appaltanti di perseguire l'interesse pubblico primario "con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo",

²⁵¹ In tal senso R. PANETTA, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016, pag. 13 dove afferma "è proprio in relazione a questo aspetto che l'appalto si definisce un contratto di impresa: il risultato contrattuale non si raggiunge direttamente attraverso il lavoro dell'appaltatore, come attraverso il lavoro prevalentemente proprio del prestatore si consegue nel contratto d'opera, ma attraverso l'organizzazione dei mezzi necessari".

parte dell'appaltatore, il quale si obbliga a un risultato utile per il committente, sia esso un'opera materiale o una prestazione continuativa di servizi²⁵².

L'appaltatore deve impiegare capitali ed organizzare i fattori della produzione (si pensi alla costruzione di un edificio o di una strada) e quindi assume un rischio maggiore: se i costi non sono stati correttamente stimati dall'appaltatore, o se lievitano durante l'esecuzione, l'appaltatore potrà vedere ridotto il profitto atteso o, addirittura, subire una perdita.

4.1. *Segue.* La disciplina dell'appalto e lo schema negoziale dell'EPC .

Dalla struttura tipica del contratto di appalto, quale delineata dagli articoli 1655 e ss. del codice civile, si evince come tale tipo negoziale risulti particolarmente idoneo a regolare il rapporto giuridico che si instaura nell'ambito di un contratto di rendimento energetico. L'appalto, infatti, è il contratto mediante il quale un imprenditore assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, l'obbligo di compiere un'opera o di prestare un servizio verso un corrispettivo. Tale schema si adatta perfettamente all'EPC, nel quale la ESCO assume una prestazione complessa, spesso mista, comprendente attività progettuali, esecutive e gestionali, finalizzate a generare risparmi energetici garantiti nel tempo.

In questo contesto, il contratto di appalto si presta a disciplinare con coerenza i profili essenziali dell'EPC, quali: la responsabilità dell'appaltatore (la ESCO) per il risultato in termini di efficienza energetica, l'organizzazione autonoma dei fattori produttivi, la

²⁵²Da ultimo, con Cassazione civile , sez. II , 17/04/2025 , n. 10154, la Suprema Corte di Cassazione ribadito linea demarcativa tra contratto d'opera e contratto di appalto basandosi sul criterio della struttura e della dimensione dell'impresa. Entrambe le tipologie contrattuali prevedono che il prestatore d'opera svolga la commissione a fronte di un corrispettivo e senza alcun vincolo di subordinazione, assumendosi il rischio dell'operazione. Tuttavia, mentre il contratto d'opera coinvolge comunemente i professionisti individuali o la piccola impresa, il contratto d'appalto implica un'organizzazione imprenditoriale di media o grande dimensione, dotata di un'appropriata strutturazione.

sopportazione del rischio tecnico ed economico nonché la natura sinallagmatica del rapporto. Ciò risulta conforme alla previsione secondo cui l'appaltatore deve essere un imprenditore²⁵³, tenuto ad assumere il rischio d'impresa anche in relazione alle fluttuazioni dei costi e all'effettivo raggiungimento delle performance attese.

Per quanto riguarda la determinazione del prezzo, l'art. 1657 c.c., infatti, non impone alle parti vincoli stringenti: il corrispettivo dell'appalto può essere liberamente determinato nel contratto e, in difetto, sarà stabilito in base ai tariffari, agli usi o, in ultima istanza, dal giudice. Tuttavia, nel caso specifico del contratto di rendimento energetico, tale corrispettivo non potrà che essere parametrato, anche implicitamente, al grado di efficientamento energetico garantito: ciò in quanto la prestazione della ESCo si sostanzia proprio nell'ottenimento di risparmi energetici, i quali costituiscono l'essenza della controprestazione pattuita.

Con riferimento invece alla possibilità di variazioni in corso d'opera, il Codice civile offre una disciplina dettagliata e pienamente funzionale al modello EPC: a) l'art. 1659 c.c. ammette modifiche concordate tra le parti, che possono incidere su tempi di esecuzione e compensi, b) l'art. 1660 c.c. consente variazioni ordinate unilateralmente dal committente, nei limiti di un sesto del prezzo originario; c) l'art. 1661 c.c. riconosce la legittimità delle modifiche necessarie per l'esecuzione conforme dell'opera.

Tali disposizioni trovano perfetta rispondenza nei contenuti minimi richiesti per gli EPC dalla normativa eurounitaria, in particolare nell'Allegato XV della Direttiva (UE) 2023/1791, il quale prevede la necessità di includere clausole che “*chiariscano la*

²⁵³La nozione di *imprenditore* è definita dall'art. 2082 c.c., secondo cui: «È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». Da tale disposizione si evincono i requisiti essenziali della figura: a) lo *svolgimento di un'attività economica* (cioè produttiva di utilità e rivolta al mercato), b) in forma *organizzata* (cioè mediante l'impiego coordinato di capitale, lavoro e mezzi), c) in modo *professionale* (quale attività abituale e non episodica), d) e finalizzata alla produzione o scambio di beni o servizi.

procedura per gestire modifiche delle condizioni quadro che incidono sul contenuto e i risultati del contratto”.

Infine, là dove il contratto abbia ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi – come nel caso delle attività di *monitoraggio, gestione e verifica dei risultati energetici per tutta la durata contrattuale* – risulta appropriato il rinvio alla disciplina della somministrazione (artt. 1559 ss. c.c.). Questa si applica, infatti, ai rapporti sinallagmatici a prestazioni periodiche, ove l’equilibrio contrattuale va valutato nel tempo, così come accade negli EPC, in cui l’efficienza si misura in progressione e il corrispettivo è subordinato ai risultati.

5. Sulla tutela dei terzi.

La teoria del contratto sostenibile ovvero del contratto ecologico (di cui l’EPC sarebbe il paradigma), che vede il superamento degli interessi patrimoniali dei contraenti²⁵⁴, vorrebbe altresì concludere per il superamento dei confini della relatività del contratto²⁵⁵.

Il ragionamento seguito da questa argomentata dottrina in realtà appare piuttosto lineare: premessa la portata verticale degli artt. 9 e 41 della Costituzione, anche in virtù del principio di sussidiarietà di cui all’art. 117 Cost., l’interesse ambientale sarebbe un limite interno dell’autonomia privata e, addirittura, costituirebbe fonte diretta di obblighi comportamentali e di protezione in capo ai privati.

²⁵⁴ Da ultimo anche M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale*, in *Contr. Imp. Eur.*, 2, 2024, P. 267 e S. Landini, *Clausole di sostenibilità nei rapporti tra privati. Problemi e riflessioni*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, cit., pp. 343 ss;

²⁵⁵ in tal senso M. PENNASILICO, *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell’officina dell’interprete*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 27; M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, cit., pp. 54 ss; N. LIPARI, *Introduzione*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., pp. 17 ss e P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO, *Contratto e ambiente*, cit., p. 324.

Tanto premesso, con riferimento all'EPC in particolare, in quanto questo sarebbe ontologicamente funzionale a realizzare un interesse pubblico, anche i terzi (i.e. la collettività) avrebbero un interesse diretto alla corretta esecuzione del contratto e, pertanto, dovrebbero essere dotati di strumenti di tutela negoziale atti a soddisfare detto interesse²⁵⁶.

La vocazione pubblicistica della causa del contratto *de quo* giustificerebbe, quindi, il superamento della relatività del contratto.

Vi è da dire che la maggior parte della dottrina, la quale ravvisa nella fattispecie in esame il superamento della relatività del contratto, tende a porre l'affermazione più come auspicio, che come vera e propria presa d'atto di un nuovo sistema. Ciò nonostante, si deve segnalare che i presupposti in argomento hanno anche condotto a conclusioni più radicali, arrivando a definire l'EPC un vero proprio contratto ad effetti protettivi verso terzi, che sarebbero qualificati dalla loro posizione di "prossimità"²⁵⁷.

Si è detto nel Capitolo che precede che la nuova formulazione costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost., anche se di importante valore etico, non sembra tale da sovvertire il sistema contrattuale tradizionale²⁵⁸.

Si è anche detto che l'incidenza sociale del negozio è ciò che tende a caratterizzare i contratti tipici e che, in ogni caso, il contratto realizza sicuramente anche un interesse

²⁵⁶ Affronta il tema, con riferimento agli "appalti verdi", A. DI GIOVANNI, *Appalti verdi e responsabilità sociale*, in M. PENNASILICO, *Contratto e ambiente*, cit., p. 68.

²⁵⁷ Così M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, cit., pp. 57 ss.

²⁵⁸ Sembra raggiungere le medesime conclusioni anche M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale*, cit., p. 254, che così conclude: "L'evoluzione disciplinare, complessivamente, non pare aprire le porte a fenomeni di funzionalizzazione dell'autonomia privata, sebbene non difettino ricostruzioni tese ad auspicare un mutamento dei meccanismi di governo delle imprese che favorisca una democratizzazione dell'economia: l'attuale art. 41 Cost. autorizza, ancora, un'ermeneutica dell'iniziativa economica privata sia quale libertà positiva verso lo Stato, sia in termini di libertà negativa e oppositiva dallo Stato. Non si è dinanzi alla dissoluzione della libertà d'impresa e alla polverizzazione dell'autonomia contrattuale: la riformulazione dei limiti esterni potrà incidere sulla modulazione della dinamica negoziale, senza decretare l'asservimento funzionale del contratto".

di portata generale, ma perseguendo principalmente gli interessi patrimoniali delle parti negoziali, fermo restando che la gestione dell'interesse pubblico rimane prerogativa della P.A.²⁵⁹

Ciò sarebbe – a parere di chi scrive – già di per sé bastevole a dimostrare l'attualità del principio di relatività del contratto, ma la teoria del contratto ecologico con effetti protettivi dei terzi pare perdere solidità anche soffermandosi proprio sull'istituto del contratto ad effetti protettivi²⁶⁰.

Il contratto con effetti protettivi verso terzi è stato elaborato dalla giurisprudenza²⁶¹ in quelle particolari fattispecie in cui vi sia, da parte di terzi, una particolare connessione

²⁵⁹ in tal senso si veda, ad esempio, R. C. PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude all'annullamento per violazione di legge*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2022, p. 119; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2008; p. 52, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 103 ss.

²⁶⁰ La stessa giurisprudenza, di recente, sembra nel senso di sterilizzare questo istituto di matrice giurisprudenziale; si veda da ultimo Cass. civ. sez. III, 22/01/2024, n.2232, in *Giustizia Civile Massimario 2024*: Il contratto di appalto avente ad oggetto l'allestimento di un bene, con affidamento in custodia all'appaltatore, non dispiega effetti protettivi a favore del terzo proprietario diverso dal committente, atteso che, fatta eccezione per il circoscritto campo delle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione, trova applicazione il principio generale di efficacia limitata alle parti degli effetti negoziali di cui all'*art. 1372, comma 2, c.c.*; ne discende che le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento contrattuale nei confronti dei terzi hanno natura riflessa e comportano una responsabilità che è di tipo extracontrattuale, soggetta al termine di prescrizione quinquennale. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di rigetto, per intervenuta prescrizione quinquennale, della domanda svolta dalla proprietaria di un natante, posto sotto sequestro e successivamente affidato dalla Guardia di finanza in custodia a una società appaltatrice, di risarcimento del danno patito in conseguenza della distruzione del bene a seguito di un incendio); Sull'evoluzione del principio di relatività L. V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, pp. 5 ss.

²⁶¹ In tal senso, risultano significative le parole di L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e di "mezzi"*. (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, I, 1954, pp. 203 ss., il quale, molto prima dell'avvio dell'elaborazione giurisprudenziale in materia di contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, sottolinea come, nel contratto di cura medica, emerga «una prestazione (terapia) che è finalizzata a tutelare uno di quei beni (salute) alla cui tutela sono strettamente finalizzati gli obblighi di protezione» ed aggiunge che «l'attività medica è il campo in cui l'obbligo di prestazione e gli obblighi di protezione sono totalmente connessi che risulta difficile distinguerli»; Il *leading case* tuttavia in Italia nasce solamente nell'ultimo decennio del secolo appena trascorso ed è rappresentato da Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in materia di responsabilità medica; sul tema C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in

lavorativa ovvero familiare con il creditore e che, in virtù di tale connessione, rende costoro egualmente esposti alle ingerenze dannose della prestazione a lui dovuta²⁶². A tali soggetti, quindi, viene riconosciuto un diritto risarcitorio di fonte contrattuale, il quale, altrimenti, sarebbe da qualificarsi come risarcimento da fatto illecito ex art. 2043 c.c.

Nella giurisprudenza italiana, la figura del rapporto obbligatorio con effetti protettivi viene fatta risalire a Cass., sent. n. 11503 del 22 novembre 1993, alla cui base vi era la vicenda del contratto di ospedalità concluso fra struttura sanitaria e paziente, a séguito del quale la prima « *si obbliga non soltanto a prestare alla [paziente gestante] le cure e le attenzioni necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita evitandogli — nei limiti consentiti dalla scienza — qualsiasi possibile danno* ». La tutela contrattuale protettiva del nascituro non può trovare fondamento nella figura del contratto a favore di terzi, in quanto al nascituro stesso manca la qualifica di creditore delle prestazioni assunte dalla struttura. Secondo i giudici di legittimità, è « *l'oggetto dello specifico preteso contratto a favore del terzo che ne costituisce un insormontabile ostacolo. [...] Il problema sorge, piuttosto, per le specifiche prestazioni a favore del nascituro, in ordine alle quali questi non potrebbe giammai assumere la posizione di creditore, difettando ancora in lui la personalità giuridica* »²⁶³.

Jus, 3-4, 1976, pp. 140 ss, cita una decisione più remota che pare ammettere un'ipotesi di contratto con effetti protettivi per terzi, pur se caratterizzata da « *conclusioni [...] tratte in condizioni di vuoto dommatico, senza condizionamenti cioè di schemi ricostruttivi precostituiti* ».

²⁶²Così C.M. BIANCA, *Diritto Civile, III. Il contratto*, cit., p. 526.

²⁶³Tutte le citazioni derivano da Cass. civ., 22.11.1993, n. 11503 in *DeJure on line*.

In definitiva, i rapporti *de quibus* sono stati individuati nella quasi totalità dei casi nelle prestazioni mediche, ove da un lato si riscontrava un vuoto di tutela e, dall'altro lato, si riveniva l'identico interesse patrimoniale tra paziente e terzo²⁶⁴.

Gli effetti protettivi del contratto si giustificano, quindi, sulla base di due presupposti:

a) una relazione qualificata tra creditore e terzo (tale per cui vi sarebbe una diretta interessenza tra la posizione patrimoniale di entrambi); b) il fatto che *“il terzo abbia un interesse identico a quello dello stipulante, un interesse che viene coinvolto dalla esecuzione del contratto nello stesso modo in cui è coinvolto l'interesse della parte contrattuale, del creditore della prestazione”*²⁶⁵.

Ciò accade nelle ipotesi di rapporti contrattuali fra puerpera e struttura sanitaria (e/o professionista) aventi ad oggetto il parto, in cui il tessuto dei diritti e dei doveri posti dall'ordinamento a tutela della procreazione giustifica l'estensione della tutela da contratto al bambino, al padre e agli stessi fratelli che subiscono il pregiudizio di una minor disponibilità dei genitori nei loro confronti nonché un rapporto parentale meno sereno e disteso. La decisione, quindi, conclude che *«al di fuori di questo ambito, peculiare, la figura del contratto con efficacia protettiva verso il terzo, nel campo della responsabilità da malpractice sanitaria, non ha ragion d'essere, dovendo, dunque, le pretese risarcitorie azionate “iure proprio” dai congiunti del paziente, unica parte della relazione contrattuale, essere fatte valere ai sensi dell'art. 2043 c.c.»*²⁶⁶.

²⁶⁴Per una approfondita disamina sulla giurisprudenza in tema di fattispecie ad effetti protettivi verso terzi, si veda R. FAVALE, *Violazione delle obbligazioni e protezione dei terzi*, in *Eur. e Dir. Pr.*, 3, 2022, p. 607.

²⁶⁵ Così Cass. Civ., 15.9.2020, n. 19188, in *DeJure on line*, della motivazione.

²⁶⁶Cass. civ., 8.7.2020, n. 14258, cit., della motivazione. Tesi ribadita da Cass. civ., 7.4.2022, n. 11320, in *Foro it.*, 2022, p. 2061, con nota critica di C. CASTRONOVO, *Effetti di protezione per i terzi al contrario?* (ivi, p. 2067).

Appare dunque chiaro come la portata dello stesso sia particolarmente circoscritta e difficilmente estendibile a rapporti negoziali complessi²⁶⁷.

Sicuramente non appare sussumibile in dette ipotesi il contratto di rendimento energetico, ove, anche volendo soprassedere rispetto alla qualificazione del rapporto tra terzo e creditore²⁶⁸, comunque non vi è coincidenza tra interesse del terzo e del creditore. Se il terzo, infatti, è portatore di un non meglio precisato interesse ambientale²⁶⁹, il creditore traduce nel contratto un concreto interesse di natura squisitamente economica, ossia il risparmio dato dall'efficientamento energetico.

Sul tema, ritengo di concludere per l'esclusione dell'EPC dalle fattispecie negoziali con effetti protettivi verso terzi. In ogni caso, appare opportuno ricordare che i "terzi protetti dal rapporto" rimangono comunque terzi rispetto al contratto, sì che deve escludersi la possibilità per questi di esercitare i rimedi contrattuali"²⁷⁰ (salva, ovviamente, l'ipotesi di contratto a favore di terzi *ex art. 1411 c.c.*, che però è fattispecie diversa rispetto a quella in argomento).

²⁶⁷ In questo termini anche Cassazione civile sez. III, 22/01/2024, n.2232, in *DeJure on line*, ove si afferma che il contratto di appalto avente ad oggetto l'allestimento di un bene, con affidamento in custodia all'appaltatore, non dispiega effetti protettivi a favore del terzo proprietario diverso dal committente, atteso che, fatta eccezione per il circoscritto campo delle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione, trova applicazione il principio generale di efficacia limitata alle parti degli effetti negoziali di cui all'art. 1372, comma 2, c.c.; ne discende che le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento contrattuale nei confronti dei terzi hanno natura riflessa e comportano una responsabilità che è di tipo extracontrattuale, soggetta al termine di prescrizione quinquennale. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di rigetto, per intervenuta prescrizione quinquennale, della domanda svolta dalla proprietaria di un natante, posto sotto sequestro e successivamente affidato dalla Guardia di finanza in custodia a una società appaltatrice, di risarcimento del danno patito in conseguenza della distruzione del bene a seguito di un incendio.

²⁶⁸ Non appare irragionevole ritenere qualificata la posizione del dipendente rispetto alla P.A. che intenda efficientare energeticamente il proprio edificio, come suggerito da M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, cit., p. 59.

²⁶⁹ Nell'esempio del dipendente rispetto alla P.A. che intenda efficientare energeticamente il proprio edificio, di cui in precedenza, l'interesse del soggetto qualificato; tuttavia, non appare attenere alla sostenibilità ambientale, quanto, al più, alla salute individuale.

²⁷⁰ Così testualmente M. C. BIANCA, *Diritto Civile, III. Il contratto*, cit., p. 527.

6. Sulle Clausole di ritiro nell'EPC.

Avendo avuto modo di precisare meglio in cosa consista il contratto di rendimento energetico e volendolo qualificare come un contratto transtipico avente ad oggetto l'efficientamento energetico a fronte del pagamento di un determinato prezzo, principalmente compatibile con lo schema tipico dell'appalto, occorre soffermarsi su un dato che rimane comunque importante: l'EPC è secondo la regolamentazione UE un contratto fondamentale per realizzare un mercato sostenibile e circolare (si tratta, in altre parole, dell'ontologica funzionalizzazione di detto negozio, alla quale si è fatto cenno in apertura del presente lavoro)²⁷¹.

Le conclusioni qui raggiunte possono essere saggiate ponendo il contratto di rendimento energetico a confronto con talune clausole proprie del modello circolare dell'economia, così da verificare se l'EPC rimanga un contratto utile a produrre effetti ecologici senza tuttavia dover necessariamente accedere alla categoria del contratto ecologico.

Con riferimento all'economia circolare, questa presenta un modello di produzione e consumo che implica condivisione, prestito, riutilizzo, riparazione, ricondizionamento e riciclo dei materiali e prodotti esistenti il più a lungo possibile²⁷².

In questo modo si estende il ciclo di vita dei prodotti, contribuendo a ridurre i rifiuti al minimo. Una volta che il prodotto ha terminato la sua funzione, i materiali di cui è composto vengono infatti reintrodotti, là dove possibile, con il riciclo. Così essi si

²⁷¹ Cfr. M. PENNASILICO, *L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico*, cit., pp. 54 ss.

²⁷² D. IACOVELLI, *Rifiuti e mercato nell'economia circolare*, Torino, 2021, pp. 22 s.

possono continuamente riutilizzare all'interno del ciclo produttivo generando ulteriore valore.

Ad oggi, le c.d. "clausole di ritiro", idonee ad attuare le esigenze dell'economia circolare, sono ammesse e incentivate dal nuovo art. 178-*bis* del c.d. T.U. ambiente (d.lgs. n. 152/2006, come modificato e novellato dal d.lgs. n. 213/2022), in materia di smaltimento, gestione e riciclaggio di rifiuti.

Nel contesto pubblicistico, una tipizzazione di tali clausole si rinviene agli artt. 190 e 191 del codice degli appalti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023: il primo consente alla P.A. di recedere dal rapporto per sopravvenute esigenze di pubblico interesse; il secondo ammette che la P.A./stazione appaltante – una volta esercitato il recesso – affidi ad un nuovo soggetto la gestione degli impianti e delle opere realizzate dal primo committente (impianti e opere di cui la P.A. è divenuta titolare).

Mentre nell'ambito degli appalti pubblici, allora, il compito di soddisfare le esigenze inerenti all'economia circolare viene affidato all'Amministrazione, quale titolare dell'interesse pubblico la cui cura le è attribuita dalla legge stessa²⁷³, nei rapporti privatistici, come già accennato, l'interesse della collettività si realizza congiuntamente al, e per il tramite del, fine individuale perseguito dalle parti negoziali.

Ora, se si guarda alla disciplina dell'appalto, quella contenuta nel Codice civile, da un lato, consente il libero recesso del committente ex art. 1671 c.c., precludendo invece, tale facoltà all'appaltatore, mentre, dall'altro lato, in base alle relative regole il committente, una volta che accetta l'opera, diviene titolare del bene realizzato in virtù del contratto.

²⁷³ In tale senso F. PIZZOLATO – S. RUSSO, *L'economia circolare e il contributo degli appalti: la transizione e i riflessi sulla sanità*, in *Corti Supreme e salute*, 2, 2023, pp. 3 ss.

Ciò posto, evidentemente, lo schema tipico dell'appalto privato non sembra tollerare una clausola di ritiro a favore dell'appaltatore, come intesa per gli appalti pubblici.

Tuttavia, poiché, di regola, l'appaltatore è tenuto a fornire, in termini di modalità esecutive del rapporto, quanto necessario al raggiungimento dello scopo dell'efficientamento energetico, egli sarebbe il soggetto deputato alla predisposizione del prodotto e, là dove ve ne fosse l'esigenza, alla sua reimmissione nel mercato, nell'ottica dell'economia circolare.

Un congegno normativo tipico che consenta di realizzare un simile interesse non può rinvenirsi neanche nella disciplina del contratto di somministrazione, pure richiamato in materia di appalti di servizi, in quanto essa contempla solo l'eventuale rapporto di esclusiva tra somministrante e somministrato, mentre, per quanto attiene al recesso, questo è ammesso *ex art. 1569 c.c.*, qualora il contratto fosse a tempo indeterminato, così ricadendosi nell'ordinario schema del recesso concernente i rapporti di durata *ex art. 1373 c.c.*

In un siffatto contesto, pertanto, appare evidente che la clausola di ritiro, fondata sulle esigenze di un'economia a carattere circolare, si porrebbe come un patto di difficile compatibilità rispetto alla struttura tipica dell'appalto.

Ciò impone di sciogliere l'interrogativo se l'introduzione di un simile patto sia tale da caratterizzare in modo affatto peculiare la causa del contratto cui accede e, quindi, da qualificare in senso atipico il suddetto negozio, così da determinare in che termini esso debba sottoporsi al vaglio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*

Una simile clausola è tale da incidere sulla struttura tipica dell'appalto, atteso che, pur se da un lato, non viene meno il requisito dell'organizzazione di mezzi per l'appaltatore, permanendo allora intatto il rischio dell'operazione economica il quale

si radica sempre in capo a quest'ultimo, dall'altro lato, qualora il contratto preveda la realizzazione di impianti ovvero di sistemi *software* o *hardware*, questi – nella logica dell'appalto - dovrebbero attribuirsi in proprietà esclusiva al committente, a séguito della consegna e accettazione ex art. 1665 c.c.

La clausola in esame, di contro, mira a consentire che il bene prodotto venga reso disponibile a soggetti diversi dall'originaria controparte contrattuale, presso i quali sia idoneo a dispiegare in maggiore misura i suoi effetti positivi o che da essi, addirittura, possa ricevere una più significativa collocazione nel mercato.

A questo punto, la sussunzione del contratto di rendimento energetico nell'ambito nella categoria del contratto transtipico, con causa funzionalizzata, esige una lettura sistematica con cui si valorizzi l'interesse al miglioramento del rapporto costi/qualità energetici e alla contrazione delle esternalità negative sull'ambiente.

In questa prospettiva, il vaglio di meritevolezza del contratto, dato che la relativa causa è stata già identificata dal legislatore con la menzione degli interessi ai quali è strumentale il contratto di rendimento energetico, riceverebbe un ulteriore apporto in termini positivi dalla succitata clausola di ritiro; infatti, proprio l'ottica dell'utilità sociale, inerente agli interessi di economia circolare che sottendono questo contratto, ne giustificherebbe le deviazioni disciplinari rispetto al tipo contrattuale dell'appalto, deviazioni che, oltre ad essere pienamente ammissibili, sono strumento indispensabile di attuazione delle finalità che il legislatore ha consegnato al nuovo strumento di politica energetica illustrato in questa sede.

Attribuire rilevanza nell'atto di scambio o nella libera contrattazione fra partner commerciali a interessi di natura generale, estranei alle utilità conseguibili dai contraenti, equivale ad ammettere la necessità di un raccordo fra la causa in concreto del contratto e una ragione giustificativa esterna, che attiene ad un'esigenza di utilità

sociale dell'atto di autonomia. Nella disciplina in esame, con particolare riguardo alla clausola di ritiro, attraverso l'intermediazione della norma la "causa esterna" penetra nel rapporto contrattuale ostacolandone la prosecuzione, in modo da correggere le dinamiche di mercato e da incentivare gli operatori privati a tenere comportamenti virtuosi, al fine della tutela di beni e di "portatori di interessi" particolarmente qualificati per l'ordinamento. Tuttavia, il presupposto di funzionalizzazione non sembra un elemento che deve qualificare in positivo l'atto di autonomia privata, ma semmai ne costituisce un limite negativo. In questa proposta gli strumenti rimediali, i quali interrompono gli effetti del contratto o precludono la costituzione di nuovi rapporti contrattuali, agiscono come reazione dell'ordinamento giuridico rispetto ad atti di autonomia privata e a relazioni negoziali reputati in contrasto con gli obiettivi di sostenibilità, che caratterizzano il nuovo ordine economico-sociale e che sembrano in grado di arrecare pregiudizi, anche solo potenziali, per l'ambiente o per i diritti umani tutelati dalla norma. In altre parole, la sospensione o la caducazione del rapporto interviene là dove il contratto superi i limiti previsti dai dettati normativi. In quest'ottica, uno strumento duttile come il contratto di rendimento energetico consente di valorizzare patti propri dell'economia circolare – ad oggi relegati nell'ambito della produzione di beni di consumo e dello smaltimento dei rifiuti – anche nelle attività industriali complesse o, comunque, nel contesto dell'efficienza energetica.

Conclusioni generali

Volendo sintetizzare le conclusioni proposte con la presente ricerca, si può affermare che il contratto di rendimento energetico è dichiaratamente uno strumento negoziale centrale nella realizzazione di un mercato sostenibile, capace di produrre effetti positivi per l'ambiente e, al contempo, di soddisfare gli interessi individuali dei contraenti.

Se, in un primo momento, il contratto *de quo* veniva indicato come uno dei modelli da seguire per le pubbliche amministrazioni con riguardo all'efficientamento energetico del parco edilizio pubblico, oggi esso diviene un negozio atto ad incentivare il mercato dell'efficienza energetica anche nel settore industriale e della piccola e media impresa.

Per quanto attraverso l'EPC si realizzino anche interessi di carattere generale, ciò non sembra consentire di superare l'assunto per cui il contratto – nella sua concezione privatistica – non trascende gli interessi individuali delle parti. Esse, con il negozio in commento, intendono infatti realizzare un programma negoziale caratterizzato da un sinallagma *facio ut des*, volto a conseguire un guadagno per il fornitore (attraverso l'incameramento del prezzo) e l'ottenimento di un risparmio (tramite un minor costo dell'energia) per il beneficiario.

Ciò posto, se in astratto l'EPC ha una sua funzione economico-sociale ben individuata anche dall'attitudine ad apportare benessere alla collettività, esso in concreto mira a realizzare gli interessi patrimoniali delle parti. Tuttavia, ciò che rende peculiare l'EPC è che tale soddisfacimento privatistico si salda, strutturalmente, con un interesse pubblico: quello alla sostenibilità ambientale e all'ottimizzazione dei consumi.

In altri termini, l'interesse individuale del beneficiario al risparmio economico e quello dell'operatore (ESCO) alla remunerazione della propria attività coincidono,

nell'economia del contratto, con l'interesse pubblico alla transizione energetica, secondo uno schema di convergenza virtuosa fra autonomia privata e obiettivi collettivi. La rilevanza sociale del rapporto, infatti, si coglie non tanto nell'assetto di interessi patrimoniali convenuti in esso, quanto piuttosto nel risultato di detto assetto di interessi, consistente appunto nell'efficientamento energetico. È proprio l'efficientamento, ossia la prestazione che caratterizza il rapporto, ad essere ontologicamente capace di produrre benessere anche per la collettività; di detto benessere, tuttavia, le parti si disinteressano nella conclusione e nella esecuzione del contratto. È dunque evidente che l'interesse pubblico alla sostenibilità ambientale funge da elemento funzionalizzante della causa nel contratto di rendimento energetico. L'intera struttura negoziale risulta infatti orientata al conseguimento di un effettivo efficientamento energetico, inteso non come effetto eventuale, ma come scopo centrale e qualificante del rapporto.

In questa prospettiva, la causa del contratto — pur rimanendo ancorata alla logica dello scambio patrimoniale tipica del diritto privato — si apre alla dimensione dell'interesse collettivo, secondo un modello di convergenza tra finalità economiche e obiettivi ambientali coerente con i principi del diritto privato regolatorio e con l'assetto giuridico della transizione ecologica europea.

Dalla analisi svolta emerge con chiarezza la complessità e, al contempo, la ricchezza del contratto di rendimento energetico (EPC), il quale, pur essendo ispirato a finalità di interesse pubblico e ambientale, si inserisce pienamente nel paradigma civilistico del contratto sinallagmatico, regolatore di interessi patrimoniali delle parti.

L'EPC si configura come contratto di scopo, nel quale il raggiungimento del risultato — ossia l'efficientamento energetico misurabile e garantito — costituisce elemento essenziale della causa concreta. Tale struttura finalistica, orientata alla sostenibilità, ne

consente la qualificazione come contratto funzionalizzato, idoneo a integrare le esigenze dell'autonomia privata con gli obiettivi di interesse collettivo promossi dal legislatore europeo e nazionale.

A livello sistematico, l'EPC non si configura come un nuovo tipo contrattuale autonomo, non essendovi una disciplina compiuta che lo elevi a categoria a sé stante, ma piuttosto come contratto transtipico, ossia come operazione negoziale complessa che richiama istituti tipici — in primis l'appalto — integrati da elementi propri della somministrazione e della prestazione d'opera intellettuale. L'assenza di una disciplina organica e la varietà delle prestazioni coinvolte impongono all'interprete un approccio funzionale, fondato sull'individuazione della causa in concreto e sull'esame della disciplina applicabile in base alla prevalenza delle prestazioni e alla logica del risultato perseguito.

La centralità della causa concreta giustifica l'applicazione di una disciplina mista: da un lato, le regole dell'appalto, con le sue garanzie di risultato e assunzione del rischio da parte dell'esecutore (la ESCO); dall'altro, i contenuti minimi imposti dalla normativa settoriale (in particolare dall'Allegato 8 del D.lgs. 102/2014 e dalla Direttiva UE 2023/1791), che, pur non derogando ai principi generali del diritto civile, ne rafforzano l'efficacia in chiave funzionale.

È altresì emersa la compatibilità strutturale tra l'EPC e lo schema dell'appalto, soprattutto nella forma dell'appalto misto di opere e servizi, ove il criterio della prevalenza funzionale permette di selezionare la disciplina applicabile, secondo quanto stabilito anche dall'art. 180 d.lgs. 36/2023. Il contratto si qualifica, in tal senso, come espressione di un diritto privato regolato, nel quale finalità pubblicistiche, incentivi economici e assetti privatistici convivono in un equilibrio dinamico.

Sotto il profilo teorico, si è esclusa la possibilità di attribuire al contratto EPC effetti protettivi verso terzi, non potendo estendersi le regole sul contratto con efficacia protettiva al di fuori degli ambiti rigorosamente delineati dalla giurisprudenza, in particolare in assenza di una coincidenza funzionale tra l'interesse patrimoniale del creditore e quello del terzo.

Infine, l'analisi delle clausole di ritiro, introdotte nel contesto dell'economia circolare, ha mostrato come l'EPC si presti a incorporare strumenti contrattuali innovativi, capaci di perseguire obiettivi di sostenibilità, senza snaturare la struttura privatistica del rapporto. In tale prospettiva, la meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c. del contratto di EPC — anche in presenza di clausole atipiche — deve essere valutata alla luce della sua idoneità a perseguire obiettivi di efficienza energetica, trasparenza e utilità sociale.

In definitiva, il contratto di rendimento energetico rappresenta un modello negoziale paradigmatico del diritto contrattuale contemporaneo: autonomo ma non anarchico, funzionalizzato ma flessibile, privato ma orientato al bene collettivo. In esso si manifesta pienamente il dialogo tra autonomia negoziale e prospettive regolatorie, tra tecnica giuridica e finalità ecologiche, rendendolo strumento essenziale per la transizione energetica e per la costruzione di un mercato giuridico sostenibile.

Bibliografia

- ACHILLE D.**, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2017.
- G. ALPA**, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti e la disciplina dei contratti*, in S. AMOROSINO -G. MORBIDELLI -M. MORISI (a cura di), *Istituzioni Mercato e Democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002,
- ALPA G.**, *Il Contratto in generale. Fonti, Teorie, metodi*, Milano, 2014.
- ALPA G.**, *Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. e impr.*, 2022, 361 ss.
- ATTANASIO C.**, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli, 2022.
- BENANTI C.**, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, Napoli, 2018.
- BENANTI C.**, *Energy performance contract: il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in *Osserv. dir. civ. comm.*, 2017, 402 ss.
- BELLANTUONO G.**, *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili; efficienza energetica*, in V. ROPPO (a cura di), *Mercati regolati*, Milano, V, 2014, 1363 ss.
- BIANDRINO P.**, *La generazione distribuita. Regolazione, contratto e infrastrutture di rete*, in BRUTI LIBERATI E., DE FOCATIIS M. E TRAVI A. (a cura di), *La transizione energetica e il Winter Package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, Milano, 2017, 113 ss.
- BIANDRINO P. - DE FOCATIIS M.**, *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Assago, 2017.
- BIANCA C.M.**, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014.

- BIANCA C.M.**, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2019.
- BIFULCO R.**, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2022, 7 ss.
- BRUTI LIBERATI E.**, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. BRUTI LIBERATI - F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.
- BUONANNO L.**, *Linguaggio della norma ed interpretazione delle categorie nella patologia degli atti negoziali*, in *Contr. impr.*, 2018
- BUONOCORE V.**, *Etica degli affari, impresa etica e impresa socialmente responsabile*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2008, 60 ss
- CABIDDU M. A.**, *Energia per lo sviluppo: servizio essenziale e diritto fondamentale*, in *Amministrare*, 2, 2009.
- CAFAGGI F.**, *Il nuovo contratto di rete: Learning by doing*, In *Contratti*, 2010, 1143 ss.
- CAPPIELLO M.G.**, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Riv. Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2, 2018, 34 ss.
- CAPPIELLO M. G.**, *Il contratto "a rilevanza ecologica": nuovi scenari civilistici a tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, pp. 121 ss.
- CAPPELLI V.**, *Contratto e principio dello sviluppo sostenibile. Il caso degli Energy Performance Contracts*, in *Riv. Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 3, 2019, 18 ss.
- CAPPELLI V.**, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 e d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2022, 1185 ss.

- CASSETTA A.**, *La causa nel diritto dei contratti*, Torino, 2009, p. 78
- CASTELLI A.**, *GPP e economia circolare: le dinamiche ambientali all'interno del Codice dei contratti pubblici*, in *Ambiente e Sviluppo*, 1, 2019.
- CAVALLO BORGIA R.**, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992
- COLAVECCHIO A.**, *Energia elettrica*, in *Dig. Disc. Pubbl. - Agg. II*, Torino, 2005, 233 ss.
- COLECELLI V.**, *Profili civilistici del mercato dei certificati verdi*, Perugia, 2012.
- CONTE G.**, *Il dialogo tra diritto, etica ed economia nell'epoca della globalizzazione*, in ID., *L'impresa responsabile*, Milano, 2018, 7 ss.
- CORAZZA C.**, *Ecoeuropa. Le nuove politiche per l'energia e il clima*, Milano, 2009.
- COSTANZO R.**, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi*, in *Ambiente Diritto. it*, 1, 2023.
- CROSETTI A.**, *Energia e contratti pubblici*, Torino, 2019.
- CUSANO F.**, *L'efficienza energetica nel quadro della transazione ecologica*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2, 2022.
- D'AMICO G.**, *Il contratto o i contratti?*, In *Riv. dir. civ.*, 3, 2023.
- DIENER M. C.**, *Il contratto in generale, III*, Milano, 2021.
- DE LEONARDIS F.**, *Codice dell'ambiente, regolazione dei rifiuti e concorrenza nella nuova stagione dell'economia circolare*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2022.
- DE NOVA G.**, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.
- DE NOVA G.**, *L'oggetto del contratto. Considerazioni di metodo*, in ALPA G. E ZENO E ZENCOVIC V. (a cura di), *I contratti di informatica*, Milano, 1987, 21 ss.
- DE VITA A.**, *Efficienza energetica e obiettivi vincolanti nel diritto europeo*, in *Riv. giur. ambiente*, 2023, 45 ss.;
- DEGL'INNOCENTI F.**, *Nuove sfide regolatorie del diritto privato europeo nel prisma della sostenibilità*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 18, 2023, 912 ss.

DI MAJO A., *Proposte per un avvio di discorso teorico sull'uso alternativo del diritto privato*, in BARCELLONA P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, Roma-Bari, 1973.

DI MAURO E. W., *Sviluppo sostenibile e il contratto «ecologicamente orientato»*, in CAPALDO G. (a cura di), *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, Roma, 2023, 77 ss.

DI STEFANO V. - BREDA E. - OLINI V., *L'evoluzione della disciplina energetica europea: dal primo pacchetto al REPowerUE*, in *Amministrazione in cammino*, 26 settembre 2022.

FIDONE G., *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in MATTARELLA B.G. (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Torino, 2023, 264 ss.

FIDONE G. - MATALUNI F., *Gli appalti verdi nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 3, 2016.

FELIZIANI C., *I nuovi appalti verdi, un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Dir. econ.*, 2017.

FOIS P., *Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in G. CORDONI - P. FOIS - S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2024.

FRACCHIA F. - VERNILE S., *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, 4 ss.

FRACCHIA F. - PANTALONE P., *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali*, Napoli, 2022.

FRAGALE E., *Un nuovo corollario dello sviluppo sostenibile: il principio dell'efficienza energetica prima di tutto*, in *Riv. Regolazione dei mercati*, 2, 2023.

- GABRIELLI E.**, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, Milano, 2013.
- GABRIELLI E.**, *L’oggetto del contratto*, in SCHLESINGER P. (fondato da) e BUSNELLI F.D. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2015.
- GALLO P.**, *Autonomia privata e limiti esterni al contratto*, Torino, 2005
- GAZZONI F.**, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978.
- GENTILE G.G.**, *L’apertura del mercato dell’energia elettrica*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1999, 3 ss.
- GIORGIANI M.**, *Il contratto «sostenibile». Riflessioni attorno a una categoria controversa*, in *Comp. e dir. civ.*, 2, 2021, 755 ss.
- GRECO M.**, *La dimensione costituzionale dell’ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2021.
- GUARNERI A.**, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 254 ss.
- IACOVELLI D.**, *Rifiuti e mercato nell’economia circolare*, Torino, 2021.
- IRTIN.**, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma- Bari, 2003.
- IUDICA G.**, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *I Contratti*, 1998.
- LANDINI S.**, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2015, 611 ss.
- LA ROSA G.**, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull’affidabilità del sistema di incentivazione di cui al decreto Red II*, in *Ambientediritto.it*, 1, 2022.
- LIPARI N.**, *Premesse per un diritto civile dell’ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 225 ss.
- LOMBARDI R.**, *Energie rinnovabili e diritto privato. Strumenti negoziali e tutela dell’ambiente verso la nuova transizione energetica*, Napoli, 2023.

MALINCONICO C., *Le politiche dell'Unione Europea in materia di efficienza energetica e in particolare la direttiva 2012/27/UE*, in CARBONE L., NAPOLITANO G. E ZOPPINI A. (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, Milano, 2016, 35 ss.

MASTRAGOSTINO F., *I contratti per l'efficienza energetica e la pubblica amministrazione*, in *Rass. Giur. ENEA*, 2016, 63 ss

MAUGERI M., *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014.

MAUGERI M., *La funzione delle norme generali e gli smart Contract*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, Livorno, 2021.

MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 365 ss..

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2020.

MELI M., *Oltre il principio “chi inquina paga”: verso un'economia circolare*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2017.

MELI M., *In tema di ricadute privatistiche della riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022.

MELI M., *La centralità della questione ambientale e le ricadute sul diritto privato*, in *Dir. cost.*, V, 3, 2023.

MIRRONE M., *La selezione delle offerte*, in FANTINI S. E SIMONETTI H. (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, Roma, 2023.

MITROTTI A., *Alle radici “pubblicistiche” degli Energy Performance Contract (EPC)*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 2021.

MORRONE M., *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022.

NAPOLITANO G., *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, III, I servizi pubblici. Finanza pubblica e privata*, Milano 2003, 2189 ss.

NATOLI R., *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2020.

NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

OGGIANU S., *Politica europea dell'energia*, in PICOZZA E. E SAMBI S.M. (a cura di), *Il diritto dell'energia*, Padova, 2015.

PAGLIANTINI S., *Sul c.d. contratto ecologico e sull'approccio energetico*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 11 ss.

PALLANTI L., *Il contratto di rendimento energetico tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Riv. dir. priv.*, 2021.

PALLANTI L., *Le «buone pratiche» di sostenibilità nelle politiche industriali tra contratti e responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2022.

PENNASILICO M., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2017, pp 4 -5.

PENNASILICO M., *Economia circolare e diritto: ripensare la “sostenibilità”*, in *Pers. e merc.*, 2021, p. 711 ss

PENNASILICO M., *La transizione verso il diritto dello sviluppo umano ed ecologico*, in A. BUONFRATE - A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2023, pp. 41 ss.;

PEPE V., *Le “comunità energetiche” come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in *AmbienteDiritto*, 3, 2022, pp. 1 ss.;

PISELLI P. - STIRPE A., *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, P. PISELLI (a cura di) *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance Contract*, Torino, 2011, pp. 35 ss.

- PISTELLI F.**, *Efficacia e opponibilità dei patti di sostenibilità*, in *Nuovo dir. civ.*, 2024, 98 ss.
- PORCHIA O.**, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale*, in R. FERRARA-M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'Ambiente I. Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014.
- POZZO B.**, *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione*, Milano, 2003.
- PIZZOLATO F. –RUSSO S.**, *L'economia circolare e il contributo degli appalti: la transizione e i riflessi sulla sanità*, in *Corti Supreme e salute*, 2, 2023.
- PUGLIATTI S.**, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964.
- RENNA M.**, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall'EPC e dagli accordi di sostenibilità*, in *Contr. impr. Eur.*, 2, 2024.
- RITTI P.**, *Gli strumenti di promozione delle energie rinnovabili tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Contr. e impr.*, 2018.
- ROBERTO G.**, *Il contratto di energia rinnovabile. Normativa e risvolti giuridici*, Torino, 2020.
- ROBLES M.**, *Meritevolezza «ambientale» del contratto e transigibilità degli interessi*, Napoli, 2019.
- RUFFO D.**, *L'ambiente come diritto e come dovere: dalla riforma costituzionale alla sua implementazione*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2022.
- SACCO R.**, *La qualificazione*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Tratt. Rescigno*, X ed., 2018.
- SACCO R.**, *La causa*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, IV, Torino, 2016.
- SAMBRI S.M –MUOLLO A.**, *Il GSE (Gestore del Sistema Elettrico) e il GME (Gestore dei Mercati Energetici). Natura giuridica, funzioni, organizzazioni, tutela*

giurisdizionale, in E. PICOZZA – S.M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, Padova, 2015.

SANDULLI M., *Contratti ambientali e contratti verdi: un approccio sistematico*, in *Riv. dir. priv.*, 2022.

SANDULLI M., *Diritto privato e sviluppo sostenibile*, in *Riv. Dir. priv.*, 2023.

SCARCHILLO G., *Gli Energy Savings Performance Contracts nelle relazioni di partenariato tra Pubblica Amministrazione ed ESCo: una comparazione tra l'esperienza italiana e statunitense*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2019, 23 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il problema della causa e del tipo*, in G. VETTORI (a cura di), *Vincenzo Roppo. Trattato del Contratto, II. Regolamento*, Milano, 2022.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1970, 39 ss.

SINISI M., *La liberalizzazione del settore dell'energia elettrica: logica di impresa e competenza giurisdizionale*, in *Servizi pubblici e Appalti*, 2, 2005.

SIRENA P., *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le "libertà fondamentali" dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016.

VAGLIERI A., *La riforma costituzionale e il diritto privato in ambito energetico*, in *Dir. Pubblico, Economia e Sostenibilità*, 2023.

VETRÒ F., *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, 101/1, 2020.

VIVANI C., *Ambiente ed energia*, in R. FERRARA - C. E. GALLO (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente* (Dir. R. FERRARA - M. A. SANDULLI), I, Milano, 2014.

ZOPPINI A., *L'efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO E ID. (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2016. Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Bologna, 2016.

ZOPPINI A. , *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in C. RABITTI BEDONGHI - P. BARUCCI, *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.

ZOPPINI A., *Contratti verdi e diritto privato nell'ambito della sostenibilità*, Milano, 2023.

ZORO A., *La sostenibilità nei contratti tra privati*, Napoli, 2022.

ZUCCARINO S., *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione del contratto*, in *Ann. SISDiC*, 2022, pp. 65 ss.