

ALLE RADICI "PUBBLICISTICHE" DEGLI *ENERGY PERFORMANCE CONTRACTS* (EPC)

Antonio Mitrotti

*Sintesi: l'energia non si crea e non si distrugge ma si trasforma incessantemente, tanto che la stessa materia di cui l'uomo è fatto può essere considerata come un concentrato di energia in forma stabile. Ben consapevoli della (estrema) complessità scientifica del fenomeno energetico si vuole offrire un'analisi protesa all'insegna della ricostruzione delle radici pubblicistiche degli *Energy Performance Contracts*: con il fine di comprenderne la *ratio* nonché, soprattutto, il collocamento nell'alveo dell'ordinamento repubblicano, anticipando sin d'ora che se è vero che senza energia l'uomo non esisterebbe allora quando si parla dell'*Energy Performance Contract* si discute di un modello contrattuale costituzionalmente funzionale al sopravvivere dell'uomo e, per conseguenza, alla garanzia del "pieno sviluppo della persona umana" (ex art. 3, comma 2, Cost.).*

*Abstract: energy is not created or destroyed but is constantly transformed, so much so that the very matter of which man is made can be considered as a concentrate of energy in a stable form. Well aware of the (extreme) scientific complexity of the energy phenomenon, we want to offer an analysis aimed at reconstructing the publicistic roots of the *Energy Performance Contracts*: with the aim of understanding their rationale and, above all, their placement in the republican system, anticipating from now on that if it is true that without energy man would not exist then we are discussing a constitutionally functional institution for man's survival and, consequently, for guaranteeing the "full development of the human person" (pursuant to art. 3, paragraph 2, of the Constitution).*

SOMMARIO: 1. Premesse sull'energia - **2.** Brevi cenni sull'energia e sulle radici degli *Energy Performance Contracts* nel diritto dell'Unione Europea - **3.** Energia ed *Energy Performance Contracts* nella "Repubblica italiana delle Autonomie" - **4.** Gli *Energy Performance Contracts* a 'beneficio' delle Pubbliche Amministrazioni - **5.** Considerazioni conclusive.

1. Premesse sull'energia.

«La materia non si crea e non si distrugge, dicevano [incessantemente] gli scienziati di tutte le epoche [...] Einstein ci ha insegnato che questo non è vero e che ciò che non si crea e non si distrugge è in realtà l'energia mentre la materia può essere considerata in ultima analisi un concentrato di energia in forma stabile»¹.

Di primo acchito potrebbe, quasi, rivelarsi imbarazzante se ci soffermassimo, minimamente, a riflettere sugli aspetti ontologici sottesi allo storico (imponente ed inesauribile) fenomeno energetico².

Dinanzi all'energia, infatti, l'uomo è di per sé eziologicamente avvolto da una 'originaria' coltre enigmatica.

Tant'è che tra interpretazioni diametralmente opposte sull'esistenza dell'universo ossia tra il *Big Bang* quale colossale 'esplosione di energia', da un lato, e, dall'altro, la descrizione biblica dell'onnipotente 'creazione' divina dell'universo esiste, a ben riflettere, un logico e sottilissimo punto di contatto comune: senza 'energia' non vi sarebbero mai stati né lo spazio né l'uomo e neppure, ovviamente, esisterebbero tuttora³.

Paradossalmente, la storia dell'esistenza umana considerata in relazione all'intimo 'significato' dell'energia parte proprio da un'oggettiva incognita: ancorché nello sforzo di avvicinarsi progressivamente alla verità ed alla conoscenza. Soprattutto - come appare evidente - se provassimo a cercare, a fondo, delle 'esaurienti' risposte strutturali rispetto alle primarie questioni definitorie legate al concetto di "energia"⁴.

1* Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste. Cultore delle materie di Diritto Costituzionale e di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Trieste e Cultore della materia di Diritto Urbanistico, dei Beni Culturali e del Paesaggio presso l'Università del Salento.

F. SELLERI, *Che cos'è l'energia*, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 75.

2 Fra tutti, appare estremamente significativo rinviare alle autorevoli osservazioni sviluppate in F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Rivista di Diritto commerciale*, n. 5 (pt. 1) 1913, pp. 355-394; G. GUARINO, *Unità ed autonomia del diritto dell'energia*, in *Scritti di Diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 229 ss.; F. BASSI, *Appunti per una disciplina pubblicistica dell'energia*, in *Foro Amministrativo*, n. 3/1982, pp. 322-326. Per un taglio, squisitamente, storico si veda, altresì, il recentissimo contributo monografico di G. PAGNOTTA, *Prometeo a Fukushima. Storia dell'energia dall'antichità ad oggi*, Torino, Einaudi, 2020.

3 Sul punto non è peregrino ritenere che sussista, da anni, una certa convergenza tra fisici e teologi, in tal senso appare estremamente interessante rimandare a quanto recentemente descritto in A. LO CAMPO, *Il premio Nobel Roger Penrose, il teorico ateo dell'esistenza di Dio*, in *Avvenire.it*, Agorà, 7 ottobre 2020.

4 *Ex plurimis*, G. GUARINO (a cura di), *La questione energia*, Lavello, Alagrafica Volonnino, 2007; A. CLÒ, *Il rebus energetico. Tra politica, economia e ambiente*, Bologna, il Mulino, 2008; C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, Giuffrè, 2010; G. ZORZOLI, *Terra ed energia*, in *Parolechiave*, n. 44/2010, pp. 177-187; M. MARTIN, *Il concetto di Energia in Freud, Jung e Rigo*, in *Rivista di Psicoterapia immaginativa - ITP*, luglio 2012; F. MERUSI, *Si può vendere anche fumo: nuovi beni e nuovi diritti nel diritto dell'energia*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Vol. II, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2015, pp. 1067-1082; A. CLÒ, *Energia tra fatti e percezione*, in *Energia*, n. 3/2017, pp. 4-9.

Eppure, ad oggi, in non poche parti del mondo l'utilizzo quotidiano di energia risponde ad un automatismo così forte e radicato da condurre ad ignorare cosa accada, effettivamente, a monte di una semplice 'presa di corrente' o, per altro verso, come funzionino, di fatto, i treni, le automobili e gli aerei utili - ad esempio - per i necessari spostamenti⁵. Un imbarazzo (ad essere sinceri) fisiologicamente destinato a crescere in maniera pressoché esponenziale quanto più, parallelamente, il curioso osservatore dei fenomeni energetici maturasse (nel frattempo) l'esatta, ed effettiva, consapevolezza della realistica portata (ambientale, economica, sociale, giuridica) del "settore dell'energia" nell'alveo dell'ordinamento italiano ed europeo (*ex parte principis*), oltre che, naturalmente, nelle vite quotidiane di ciascun cittadino (*ex parte civis*). È anche per questo - forse - che si è recentemente assistito (dopo anni di cronica necessità⁶) alla, stringente, esigenza politica di porre in essere l'istituzione di un 'Ministero per la transizione ecologica', unitamente alla funzionale costituzione di un Comitato interministeriale, *ad hoc*, per la 'transizione energetica', con peculiari attribuzioni di 'coordinamento', per l'appunto, in materia di "energia": proprio in ragione dell'ontologica natura del 'fenomeno' energetico, che è - *ex se* - intrinsecamente caratterizzato dall'espansiva trasversalità materiale, rispetto a numerose materie "oggetto" dell'ordinamento⁷.

5 «Con un grammo di inchiostro si possono scrivere parole composte da un totale di circa mille lettere. Supponiamo di poter raccogliere l'inchiostro che serve per scrivere una sola lettera e di poter trasformare la materia di cui è composto in energia cinetica: ne avremmo abbastanza per far viaggiare un grande treno pesante duemila tonnellate alla velocità di mille chilometri all'ora» F. SELLERI, *Che cos'è l'energia*, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 90.

6 Da tempo, ormai, si riflette sull'importanza di non trascurare i multidisciplinari profili sottesi ad una "transizione energetica" ed ecologica; si vedano *ex plurimis* (e senza pretese di esaustività) P. TESTORE - M. G. CATALDI, *L'intervento dei pubblici poteri nel governo della politica energetica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1985, pp. 185-245; V. BETTINI - R. GALTIERI, *La transizione energetica. Una proposta di modello a scala regionale*, Milano, CittàStudi, 1992; A. CLÒ, *Politiche energetiche, ambiente e mercato*, in *Economia e ambiente*, n. 1-2/1996, pp. 13-17; W. GANAPINI, *Politiche energetiche per la sostenibilità*, in *Quale impresa*, n. 6-7/2003, pp. 27-29; G. COZZI - S. VACCÀ - E. RULLANI, *Dal petrolio all'energia tecnologica: la nuova economia della transizione energetica*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, n. 2-3/2007, pp. 161-190; G. BATTISTI, *Quale transizione energetica? Il ruolo delle fonti alternative*, in *Est-ovest: Rivista interdisciplinare di studi sull'integrazione europea*, n. 3/2009, pp. 1-15; I. SCOTTI, *Sfera pubblica, conflitto ambientale e transizione energetica*, in *Prisma*, n. 3/2014, pp. 31-53; B. VILLALBA, *La democrazia alla prova della transizione energetica*, in *Aggiornamenti sociali*, n. 10/2015, pp. 674-680; E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - A. TRAVI (a cura di), *La transizione energetica e il Winter Package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, Milano, Wolters Kluwer, 2018; L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, Giappichelli, 2018; N. MAGNANI, *Transizione energetica e società: temi e prospettive di analisi sociologica*, Milano, Franco Angeli, 2018; T. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, mercato, innovazione*, Padova, Cedam, 2020; F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico: profili giuridici della transizione energetica*, Torino, Giappichelli, 2020. Per un'aggiornata e recentissima lettura si confronti L. GIURATO, *Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla "rivoluzione verde e transizione ecologica" del recovery plan*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2021.

7 Laddove, in linea di massima, per "materia oggetto" deve intendersi una materia connotata - sotto il

D'altra parte per definire cosa esattamente sia l'energia, per essere conseguentemente capaci di sfruttare le manifestazioni benefiche dell'energia, nonché per difendersi dalle capacità disastrose "dell'energia naturale" (si pensi, solo, agli eventi calamitosi prodotti dai terremoti e maremoti) è sempre necessaria una complessa compenetrazione multidisciplinare di competenze: a partire dalle indispensabili competenze tecniche proprie delle scienze (così dette) 'esatte', passando per gli (strumentali) aspetti giuridici del diritto pubblico, sino ad arrivare a considerare gli inscindibili profili economici e sociali legati all'articolato 'fenomeno energetico' (profili, questi ultimi, più esposti alla 'percezione' immediata da parte del cittadino).

L'intrinseca complessità strutturale della "materia energetica" spinge - perciò - il giurista a delle inevitabili semplificazioni "convenzionali" ogni qual volta si voglia anche solo approfondire singoli aspetti del settore energetico dell'ordinamento. Del resto, la nozione di energia presenta (scientificamente) un, vero e proprio, carattere liminale per il diritto: giacché il 'settore energetico' rimarrebbe, sostanzialmente, 'insuscettibile' di qualsiasi disciplina giuridica se le 'scienze fisiche' non fossero, effettivamente, capaci di 'trasmettere' alla percezione del giurista che "cos'è l'energia"⁸. È così che, già, nel 1942 (dunque in età prerепublicana) si è pervenuti alla, celebre, formulazione enucleata all'articolo 814 del Codice civile (rubricato, proprio, "Energie"), laddove segnatamente si «considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico» (come - per esempio - l'energia cinetica, l'energia termica, l'energia elettrica oppure, ancora, l'energia eolica).

Una definizione legislativa di non poca rilevanza, posto che ne è derivata una piuttosto chiara conseguenza interpretativa: se il legislatore ha voluto 'considerare'

profilo del *drafting* - da una maggiore (e qualitativamente migliore) forza descrittiva dell'ambito ovverosia del settore materiale in cui il soggetto legislativamente competente è abilitato ad intervenire. Per un'analisi approfondita appare utile rimandare *ex multis* a G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1/2001, pp. 3-10 (in particolare p. 5); G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1247-1271; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 71 ss.; F. CINTIOLI, *Il problema delle incerte materie nel Titolo V della Costituzione*, in P. CALDERISI - F. CINTIOLI - G. PITRUZZELLA (a cura di), *La Costituzione promessa. Governo del Premier e federalismo alla prova della riforma*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2004, pp. 47-48; F. LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2007, particolarmente p. 185 ss.; D. MONE, *Qualità normativa tra tecnocrazia ed effettività della democrazia rappresentativa*, Napoli, Jovene, 2010; P. COSTANZO, *La lingua delle aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua della legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2015, pp. 1-9; T. E. FROSINI, *La tecnica legislativa e i suoi confini*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, tomo II, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 1018-1028. Più di recente sia consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 123 ss.

⁸ F. SELLERI, *Che cos'è l'energia*, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 7 ss.

come dei 'beni mobili' le 'energie naturali' suscettibili di un valore economico allora, ed a maggior ragione, anche le energie 'prodotte dall'uomo' (quelle così dette 'artificiali', per intendersi) saranno da considerarsi, parimenti, come dei beni mobili dell'ordinamento. Il che si spiega in ragione del semplicissimo fatto per cui l'energia 'prodotta' dall'uomo non è altro, in verità, che una forma di 'sfruttamento' (artificiale ed economico) dell'energia naturale. Ne è nato un vero e proprio, strategico, mercato dell'energia: cronicamente alimentato da pregnanti esigenze di crescita economica, soprattutto dopo i noti nefasti prodotti dalla seconda guerra mondiale.

Volendone qui semplificare al massimo i tratti descrittivi del suo percorso evolutivo, possiamo pacificamente riconoscere che nella storia del 'mercato energetico' maturato in epoca repubblicana ha, senz'altro, giocato un ruolo fondamentale l'onda d'urto scatenata dal progressivo processo di, così detta, 'integrazione europea': che ha spinto - con decisa continuità - il legislatore di regolazione del peculiare 'mercato dell'energia' verso il sensibile 'contemperamento' (*rectius* 'bilanciamento') tra, da una parte, gli 'interessi generali' tipicamente riconducibili all'esercizio di ciò che non a torto potrebbe inquadrarsi come un 'servizio pubblico universale'⁹ (di per sé chiamato ad assicurare gli approvvigionamenti e la "sicurezza di energia"¹⁰ per tutti i cittadini) e, dall'altra

9 «L'interesse generale e in particolare l'interesse alla 'coesione territoriale e sociale' può comprendere una pluralità di 'missioni' specifiche, che possono andare dall'erogazione agli utenti-consumatori di prestazioni nel regime tradizionale di servizio pubblico in senso stretto (cioè rispondenti, quantomeno, alle regole dell'eguaglianza, della continuità e dell'adeguamento delle prestazioni) o in quello più moderno di 'servizio universale', al perseguimento di altri interessi pubblici, come la lotta contro le esclusioni e lo sviluppo equilibrato del territorio» D. SORACE, *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2004, p. 1023.

Sul "servizio universale" appare, qui, significativo rimandare, *ex multis*, a M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/1998, pp. 181-200; W. BAUMOL, *A ciascuno il tuo: concorrenza e servizio universale*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 1/1999, pp. 65-78; G. TELESE, *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e normativa comunitaria*, in *Jus*, n. 3/1999, pp. 947-966; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 2/2000, pp. 429-455; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2000, pp. 263-289; G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; N. RANGONE, *Continuità, trasparenza e regolazione del servizio universale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 10/2003, pp. 1089-1094; M. ZINZI, *Il complesso equilibrio tra la libera concorrenza, gli oneri per le licenze individuali e le esigenze del servizio universale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1/2007, pp. 436-439; S. DE ANGELIS, *Il servizio universale nell'ordinamento italiano e nel nuovo quadro regolamentare europeo*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n. 2/2010; A. SCHETTINO, *Liberalizzazione e regolamentazione delle comunicazioni elettroniche: gli obblighi di servizio universale*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 1/2012, pp. 229-249; A. CAUDURO - P. LIBERATI, *Brevi note sul servizio universale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2019, pp. 131-161.

10 Il concetto di 'sicurezza energetica' presenta, in verità, un'estensione piuttosto ampia e talvolta ambigua: tale da investire, unitamente, tanto aspetti geopolitici legati ad una "indipendenza energetica" della Repubblica italiana, quanto - non di meno - profili dalla natura squisitamente giuridica, come quelli strettamente connessi ai principi di prevenzione e di precauzione sottesi alle potenzialità dannose derivanti dallo 'sfruttamento' delle fonti energetiche. Sul punto appare significativo rinviare, *ex plurimis*, alle osservazioni sviluppate in G. ERCOLANI, *La*

parte, la basilare garanzia ('effettiva') dei fondamentali principi europei di concorrenza e di libera circolazione di merci, servizi e di capitali¹¹. Si è, così, pervenuti (come sarà, ben, noto) a scelte di politica legislativa strutturalmente ispirate «*da un lato, alla necessità [rigorosa per le Amministrazioni Pubbliche] di seguire per certi contratti quelle procedure che realizzerebbero, secondo una formula corrente, la 'concorrenza per il mercato' e, dall'altro, alla necessaria attribuzione di certe funzioni ad 'autorità indipendenti'*»¹² proposte al 'delicatissimo ruolo' di salvaguardare, nel concreto, la (ardua) convivenza quotidiana tra la concorrenza ed i connessi principi europei, per un verso, e, per altro verso, i molteplici 'interessi pubblici' coinvolti nel settore energetico oggetto di regolazione.

Il tutto si è sviluppato in un'ottica chiaramente protesa nel voler assicurare - tanto per gli operatori economici quanto per gli stessi consumatori finali del 'mercato energetico' - un assetto istituzionale strutturalmente idoneo ad evitare discriminazioni. Ciò in ragione di almeno due - ancorché funzionalmente connesse - essenziali finalità costituzionali, quali: *in primis*, il fine di un miglioramento della qualità, dell'efficacia e dell'efficienza stessa dei servizi pubblici nel 'settore

sicurezza energetica, in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, n. 2/2008, pp. 49-64; A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, n. 16/2013; L. RUGGIERO, *Il ruolo degli idrocarburi negli scenari geopolitici della sicurezza energetica euro-mediterranea dopo la "primavera araba"*, in *Rivista geografica italiana*, n. 1/2015, pp. 51-66.

11 *Ex plurimis*, E. MATTEI, *Il problema dell'energia nel Mercato comune*, Roma, Editore ENI, 1960; L. CORRADINI, *Verso un mercato europeo dell'energia*, in *Economia internazionale delle fonti di energia*, n. 6/1962, pp. 924-944; L. DENZI, *Il mercato dell'energia tra profitto e pubblica utilità*, Padova, Cedam, 1994; F. BRIATICO - F. VENANZI, *Nuove prospettive per il mercato dell'energia*, in *il Mulino*, n. 3/1997, pp. 579-582; A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario: alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari, Cacucci Editore (specie p. 111 ss.); F. PAULI, *La tutela del consumatore nella liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Qualità*, n. 3/2002, pp. 24-29; F. POLETTINI, *Nuove misure per la promozione della concorrenza nel mercato energetico*, in *Il diritto industriale*, n. 6/2007, pp. 565-568; P. CIRIELLI, *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2008, pp. 280-288; E. CIARALLI, *I mercati europei dell'elettricità e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 1/2008, pp. 179-217; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2009, pp. 435-479; A. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del "terzo pacchetto" legislativo*, in *Amministrare*, n. 2/2009, pp. 217-230; F. DI CRISTINA, *L'attuazione del 'terzo pacchetto' e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 9/2011, pp. 925-935; G. MORBIDELLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, n. 1/2011, pp. 1-32; G. NAPOLITANO, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, n. 4/2012; G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia. La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, Bologna, il Mulino, 2015; R. MICCÙ, *Regolazione e governo multilivello del mercato dell'energia*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a Sessant'anni dei trattati di Roma. Atti del Convegno, Catania, 31 marzo-1 aprile 2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 233-261; 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*, n. 1/2020, pp. 501-537.

12 D. SORACE, *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2004, pp. 1011-1012.

energetico' (*ex art.* 41 e 97 Cost.); in secondo luogo (*ex parte civis*) nella prospettiva di garantire - con piena effettività - il diritto all'energia (quale fondamentale diritto dell'uomo di «quarta generazione»¹³, nell'alveo di una forma di Stato costituzional-democratica).

Senonché l'oggetto della presente trattazione si propone di offrire un'analisi pubblicistica dei profili inerenti ad una particolare fetta del "mercato energetico", corrispondente a quel segmento in cui 'domanda pubblica' ed offerta degli operatori economici in concorrenza si incontrano per la stipula degli - oggi, ormai, celebri - *Energy Performance Contracts*: quali accordi funzionalmente diretti a riqualificare e migliorare l'efficienza dei sistemi energetici. La qual cosa, però, muove (si badi) a partire da uno stringente assioma di carattere 'tecnico/scientifico' e dal rimarchevole valore assiologico, secondo cui soltanto «*l'energia elettrica possiede alcune caratteristiche che mancano alle altre: tutte le altre energie possono essere trasformate in energia elettrica; essa è l'unica che può essere trasportata anche a grande distanza dal luogo di produzione; ed è a sua volta riconvertibile nelle altre forme di energia: meccanica e termica* [ad esempio]. *Da tutto ciò si comprende l'importanza [strategica] della energia elettrica per lo sviluppo e la modernizzazione della società umana*»¹⁴; specialmente in chiave di lettura (ed approfondimento) degli *Energy Performance Contracts*.

2. Brevi cenni sull'energia e sulle radici degli *Energy Performance Contracts* nel diritto dell'Unione Europea.

Non si esagererebbe - per niente - se affermassimo che il 'mercato energetico' sia da sempre al centro delle politiche europee.

Sin dalle origini, infatti, accanto all'espressa disciplina contemplata nel Trattato CECA - scaduto nel 2002 - per la realizzazione di un mercato comune del carbone, ferro ed acciaio, l'intervento comunitario in materia di energia si è, con continuità, sviluppato lungo un crescente asse rappresentato "dall'espansiva" via dei così detti "poteri impliciti"¹⁵: in forza di un'interpretazione enucleata, dalla giurisprudenza

13 Sulle "generazioni" dei diritti della persona si rimanda, senza pretese di esaustività, ad A. RINELLA, *Le "generazioni" dei diritti della persona e la tutela internazionale*, in L. PEGORARO - A. REPOSO - A. RINELLA - R. SCARCIGLIA - M. VOLPI, *Diritto Costituzionale e Pubblico*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 194-196.

14 R. FEDERICI, *Sulla differenza tra energia e prodotti energetici. Le peculiarità dell'energia elettrica*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, pp. 9-10.

15 Sul principio dei poteri impliciti si rimanda - *ex multis* - alle pregevoli ricostruzioni sviluppate in A. ANZON, *La delimitazione delle competenze dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2003, pp. 787-808; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, pp. 85-89; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci Editore, 2008, p. 45 ss.; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 104; C. DEODATO, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni*

comunitaria, a partire da quanto, in principio, disposto dall'articolo 308 del Trattato CEE.

Ne è concretamente disceso che la Comunità e le sue Istituzioni avrebbero, senz'altro, potuto ritenersi titolari «*non solo dei poteri espressamente previsti dal Trattato, ma anche di quei poteri ulteriori [...] necessari per esercitare nella maniera più efficace [possibile] i poteri espressi o per realizzare compiutamente i fini della Comunità*»¹⁶.

In tal senso i "poteri impliciti" hanno finito per assurgere, progressivamente, al ruolo di 'strumentale istituto' per la crescita delle politiche europee nel settore dell'energia: rivelando come l'energia manifestasse, in sé, un'evidente 'intrinseca vocazione' di (oggettivo) ampliamento delle maglie concretamente riferibili ai poteri di azione comunitaria per settori, già, oggetto di espressa attribuzione di competenze. Tant'è che l'intrinseca natura trasversale insita nella 'disciplina' energetica ha, pacificamente, reso possibile qualsiasi 'pervasiva' interconnessione competenziale tra gli obiettivi politici europei riconducibili al settore energetico e qualunque altra materia comunitaria esplicitamente disciplinata dai Trattati. Il che in ragione, oggettiva, della strutturale sovrapposibilità ontologica di numerose materie espressamente attribuite alla competenza della CEE rispetto ai teleologici profili energetici spiegati nelle costanti 'politiche comunitarie' di 'sviluppo' (evolutivo) dei propri ambiti materiali¹⁷.

Né può dirsi una pura e banale casualità che con il Trattato di Lisbona l'energia sia stata - definitivamente - elevata al 'rango' di una "materia" di competenza concorrente tra Unione e Stati membri (*ex art. 4 TFUE*), giacché il riconoscimento materiale dell'energia può leggersi come un intervento coerente con l'esigenza di positivizzare una competenza già ben presente nell'ordinamento europeo *sub specie* di 'obiettivo trasversale' (ed implicito) rispetto a numerose, altre, materie attribuite alla titolarità competenziale dell'UE: attraverso il richiamato ricorso, appunto, ai così detti "poteri impliciti". Sicché la positivizzazione dell'energia come 'materia concorrente' può ben inquadrarsi (senza strappi) nella duplice e congiunta prospettiva europea di rispondere, da un lato, al fine di un allineamento, inequivocabile, della 'materia energetica' rispetto al principio di legalità dei Trattati (allontanando ogni spettro di possibile carenza di attribuzione dei poteri nel settore

dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in *Federalismi.it*, n. 24/2018; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 50 ss.

¹⁶ U. VILLANI, *Le norme*, in *Sud in Europa*, giugno 2007, consultabile su www.sudineuropa.net. Per riflessioni a più ampio respiro sul riparto di competenze all'interno dell'Unione Europea si legga, altresì, L. AZZENA, *Il sistema delle competenze dell'Unione europea*, in www.astrid-online.it.

¹⁷ «*Si deve [infatti] aggiungere che la Corte di Giustizia ha affermato anche un metodo storico, o evolutivo, d'interpretazione, dichiarando che le norme comunitarie vanno interpretate tenendo conto dello stadio di evoluzione del diritto comunitario*» U. VILLANI, *Le norme*, in *Sud in Europa*, giugno 2007, consultabile su www.sudineuropa.net.

energetico) insieme, dall'altro lato, all'obiettivo di incrementare gli effetti sottesi all'utilizzo della teoria dei "poteri impliciti" e, non di meno, della complementare "clausola di flessibilità" oggi contemplata dall'articolo 352 TFUE¹⁸.

D'altra parte, le differenze teoriche e la 'complementarietà' sostanziale tra i "poteri impliciti" e la "clausola di flessibilità" si evincono chiaramente in relazione al percorso europeo del "fenomeno energetico": proprio nella misura in cui laddove storicamente la 'politica energetica' dell'Unione non sia riuscita (materialmente) ad espandersi per la via dei "poteri impliciti" lo ha fatto per il tramite della "clausola di flessibilità"¹⁹, la cui *ratio* risponde infatti all'esigenza di permettere un'estensione delle competenze dell'Unione al di là di quelle formalmente attribuite. Sennonché la positivizzazione dell'energia come materia di 'competenza concorrente' (*ex art.* 4 TFUE) unita agli effetti combinati dei "poteri impliciti" e della "clausola di flessibilità" hanno incredibilmente accresciuto - senza precedenti paragonabili - il materiale ruolo dell'energia nell'ordinamento europeo. Si pensi, in generale, alle potenziali interconnessioni (e sovrapposizioni disciplinari) tra il settore energetico e, per esempio, la competenza esclusiva dell'Unione in materia di "conservazione delle risorse biologiche del mare" (*ex art.* 3 TFUE): fino al decennio scorso pochi avrebbero 'immaginato' che le alghe marine potessero 'trasformarsi' in energia utile per alimentare i trasporti o per il riscaldamento degli ambienti in cui viviamo²⁰, eppure oggi difficilmente potrebbe dubitarsi che le alghe quali "risorse biologiche del mare" rappresentino, al contempo, delle preziosissime forme di biocarburante avanzato, di seconda generazione (fonti energetiche, pertanto rientranti - *ratione materiae* - anche nella 'competenza concorrente' dell'energia, *ex art.* 4 e 194 TFUE).

Ma l'espansività della 'politica energetica' racchiusa nel combinato ricorso tra il precipitato della risalente teoria dei "poteri impliciti", l'attuale "clausola di flessibilità" (*ex art.* 352 TFUE) e la 'trasversalità' propria della competenza concorrente sull'energia appare, ben, più evidente allorché ci si riferisca all'estensione di altre materie disciplinate dal Trattato sul funzionamento dell'Unione: si rifletta, ad esempio, sulle interconnessioni con la materia dell'ambiente e sui sovrapponibili aspetti di un'utilizzazione "accorta e razionale

18 Sul 'temperamento' alla portata del principio di attribuzione nonché sulle relazioni tra teoria dei poteri impliciti e clausola di flessibilità appare significativo rimandare a P. BARGIACCHI, *Diritto dell'Unione europea. Istituzioni, norme, politiche*, Ariccia, Aracne, 2015, p. 127 ss.

19 G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 53.

20 Appare interessante rinviare alla lettura di quanto ricostruito in C. SAPORITI, *La casa che prende energia dalle alghe*, in *Corriere della Sera*, 13 febbraio 2013 (reperibile su www.corriere.it); S. BOSCO - F. DRAGONI, *La politica incentivante europea per le bioenergie*, in E. BONARI - G. MARACCHI (a cura di), *Le biomasse lignocellulosiche*, Firenze, Firenze University Press, 2016, pp. 27-29; M. PANETTO, *Dalle alghe non solo il carburante del futuro*, in ilbolive.unipd.it, 15 maggio 2017.

delle risorse naturali”, che tenga conto, per altro, delle fondamentali “biodiversità”²¹ (*ex art. 4 e 191 TFUE*).

Del resto - a ben riflettere - la tutela dell’ambiente, delle sue risorse naturali ed il ricollegabile uso ‘razionale’ delle fonti energetiche (sul piano attivo di uno sfruttamento delle fonti di energia e sotto il profilo passivo dei possibili rischi di inquinamento ambientale) costituiscono materialmente un tutt’uno sotto moltissimi profili: soprattutto nell’ottica del solidaristico ed intergenerazionale principio di “sviluppo sostenibile”²². Per giunta non si possono, altresì, affatto trascurare - e lo si capisce di primo acchito - le interconnessioni disciplinari tra l’energia e le materie di competenza concorrente (*ex art. 4 TFUE*) dei “trasporti” e delle “reti transeuropee”, che (a differenza della materia ambientale) di fatto non esisterebbero neppure, in natura, senza l’energia ed in mancanza, cioè, del settore competenziale sull’energia. Oltre tutto, la competenza in materia di energia (*ex art. 4 e 194 TFUE*) è andata, con il tempo, a sovrapporsi - ancorché indirettamente - con alcuni cruciali aspetti in materia di “sanità pubblica” (*ex art. 4 e 168 TFUE*), se si pensa agli effetti disastrosi per la salute derivanti dall’inquinamento da fonti di energia non rinnovabili, passando per i non secondari profili in materia di “politica sociale” (*ex art. 4 e 151 TFUE*), se si mettesse in relazione l’obiettivo di “promozione dell’occupazione” con le capacità occupazionali del settore energetico, fino a giungere alle interconnessioni con la materia di “coesione economica, sociale e territoriale” all’interno dell’Unione (*ex art. 4 e 174 TFUE*): il cui ambito oggettivo di sviluppo viene in sé attraversato dalla crescita futura di forme ‘nuove e rinnovabili’ di energie, ben presenti in natura in varie e numerose regioni europee economicamente e socialmente ‘svantaggiate’. Non trascurando in quest’ottica i globali benefici per l’intero spazio del territorio unionale derivanti dai ‘risparmi energetici’ conseguibili mediante l’utilizzo degli istituti

²¹ Sul punto si confronti, *ex plurimis*, quanto di recente ricostruito in M. ONIDA, *Il diritto ambientale dell’UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 7/2020.

²² In relazione alle riflessioni sul “principio di sostenibilità” nel panorama della letteratura giuspubblicistica appare significativo rimandare (senza, ovviamente, alcuna pretesa di esaustività nel riferimento) ad A. MAZZITELLI, *La tutela dell’ambiente nella Costituzione. Il principio dello sviluppo sostenibile*, Cosenza, Editore Periferia, 1999; L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L’Euro e la disciplina costituzionale dell’economia*, Torino, Giappichelli, 2002; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; F. CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli, 2010; A. MAESTRONI, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile. Dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012; M. DE CILLIS, *Diritto, economia e bioetica ambientale nel rapporto con le generazioni future*, Trento, Tangram Edizioni Scientifiche, 2016; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017; G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020; M. COCCONI, *La regolazione dell’economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, Franco Angeli, 2020.

europei per l'efficienza energetica²³. Ovviamente - ad onta delle chiare ragioni scientifiche evidenziate in premessa - è innegabile l'interferenza disciplinare (sul piano ontologico, prima ancora che sotto il profilo giuridico) tra la materia dell'energia e gli obiettivi europei riconducibili al settore di "ricerca e sviluppo tecnologico": *ex art.* 179 e ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione. Il che ha, senz'altro, contribuito alla decisa (se non proprio decisiva) spinta di convergenza tra, da una parte, il piano teorico di una valorizzazione delle (essenziali) basi scientifiche e tecnologiche della ricerca e, dall'altra parte, il livello delle contingibili esigenze politiche legate ad una concreta scoperta degli strumenti volti a realizzare - effettivamente - gli scopi e le finalità europee nel 'settore energetico'. Anche perché - detto in estrema sintesi - l'energia ha assunto un ruolo di indiscutibile rilievo primario nel diritto europeo, attraversando (come sin qui sommariamente esposto) gran parte delle materie di competenza dell'Unione.

Un fenomeno reso materialmente possibile dall'intrinseca trasversalità della competenza energetica, secondo una propensione trasversale a propria volta 'esponenzialmente' alimentata sul piano giuridico dal potenziale ricorso (*ex se* "energico") alla "clausola di flessibilità" nonché, in ogni caso, ai "poteri impliciti" sottesi alle stesse (espresse) competenze dell'Unione.

Da qui si possono, agevolmente, comprendere le profonde 'radici' storiche, politiche, economiche, sociali e l'intima *ratio* giuridica degli *Energy Performance Contracts*. È così che dinanzi alle complesse sfide imposte dai cambiamenti climatici, alle notevoli difficoltà di gestione della scarsità di risorse energetiche ed ai sensibilissimi profili economici e sociali implicati dal fenomeno dell'energia l'Unione Europea (elaborando - invero - embrionali riferimenti legislativi anteriori al Trattato di Lisbona²⁴) è 'pervenuta' a disciplinare con la Direttiva del 25 ottobre 2012, n. 27²⁵ (posta in essere nel "*quadro comune di misure per la promozione dell'efficienza energetica nell'Unione*") una nuova, nodale, tipologia contrattuale: quella degli "*Energy Performance Contracts*" ovvero - per dirla in italiano - dei "*Contratti di Rendimento Energetico*".

23 Sul punto appare estremamente utile rimandare a quanto ricostruito in L. CUOCOLO (a cura di), *La riqualificazione energetica degli edifici: sfide e prospettive*, Università L. Bocconi, *RULES Research Unit Law and Economics Studies*, Paper No. 2014-3, pp. 1-54.

24 In effetti già prima del Trattato di Lisbona merita di essere segnalata la Direttiva 2006/32/CE, del 5 aprile 2006, per aver fatto riferimento per la prima volta all'interno della legislazione europea agli *Energy Performance Contracts*: ancorché non si possa, in realtà, fare a meno di evidenziare che si trattasse di un puro riferimento nominalistico, privo, cioè, di una precisa definizione degli elementi essenziali afferenti alla relativa tipologia contrattuale.

25 Per l'esattezza, la Direttiva del 25 ottobre 2012, n. 27 è intervenuta a modificare le precedenti Direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE, con - per altro - l'abrogazione delle Direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

3. Energia ed *Energy Performance Contracts* nella "Repubblica italiana delle Autonomie".

Nell'ordinamento della Repubblica italiana i principi europei in materia di "efficienza energetica" nonché il trasversale valore materiale dei profili (ambientali, economici, tecnologici e sociali) sottesi all'energia sono stati compiutamente recepiti con il D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014 (modificato, per altro, di recente dal D. Lgs. n. 73 del 14 luglio 2020): in attuazione, per l'appunto, della Direttiva 2012/27/UE e delle sue stesse, successive, modifiche intervenute con l'ultima Direttiva 2018/2002/UE.

In verità, all'ordinamento repubblicano italiano non può dirsi che fossero sconosciute la materia dell'energia e - specialmente - le connesse declinazioni materiali: soprattutto in relazione alla "efficienza energetica". Basterebbe solo rileggere alcuni passi di una risalente sentenza della Corte costituzionale per accorgersi che il settore energetico, in quanto espressione di un "preminente interesse nazionale", fosse da considerare come "incidente" su «*diversi settori sociali ed economici, di sviluppo produttivo e di benessere in genere*»²⁶, giacché estrinsecazione di una disciplina *ex se* teleologicamente protesa a perseguire «*l'obiettivo di rilevanza nazionale di un risparmio nell'uso dell'energia, in considerazione della limitatezza delle risorse disponibili e della dipendenza dall'estero negli approvvigionamenti*»²⁷. Fa quasi impressione, con tutta onestà, che già prima dei notevoli cambiamenti intervenuti sul Titolo V della Parte II della Costituzione (ed antecedentemente alle stesse, profonde, evoluzioni inverte in nell'ordinamento repubblicano per effetto delle fasi dell'integrazione europea) il Giudice delle Leggi, nel 1991, ponesse a base delle proprie argomentazioni decisorie aspetti che a distanza di trent'anni corrispondono, esattamente, alle solenni finalità perseguite dal recentissimo legislatore nel quadro di attuazione dei principi europei. Tanto è vero che le disposizioni di legge da ultimo introdotte in materia, non più di un anno fa, prescrivono, con estrema chiarezza, la necessità del conseguimento dell'obiettivo nazionale di risparmio energetico come - strutturalmente - funzionale rispetto «*all'attuazione del principio europeo che pone l'efficienza energetica al primo posto*»²⁸.

Il che se da un lato appare come l'ovvia espressione dell'intima 'natura ontologica' del fenomeno energetico che - lo si è detto in premessa - si pone nel "continuo sforzo" di avvicinarsi incessantemente alla conoscenza della realtà materiale (e

26 C. cost., sent. 27 dicembre 1991, n. 483, par. 4 del Considerato in diritto.

27 C. cost., sent. 27 dicembre 1991, n. 483, par. 6.2 del Considerato in diritto.

28 Così recita il testo dell'articolo 1 (rubricato «finalità») del D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014, ad onta - si tiene a puntualizzarlo - delle recentissime modifiche introdotte dall'articolo 1 del D. Lgs. n. 73 del 14 luglio 2020.

quindi ogni ricerca nel settore si ‘presenterà’ sempre come, inevitabilmente, ‘nuova’) dall’altra parte ‘testimonia’ probabilmente il superamento di un ‘assetto istituzionale’ che negli anni addietro si è, in sé, dimostrato incapace di realizzare con efficacia gli sfidanti obiettivi del risparmio energetico e, soprattutto, di una sana gestione della scarsità di risorse energetiche. Per la verità, rispetto all’originario testo della Carta costituzionale l’unico elemento rimasto - assolutamente - identico in relazione alla disciplina sull’energia è il (laconico) riferimento che l’articolo 43 pone nei riguardi delle ‘fonti energetiche’, quali «oggetto di possibile collettivizzazione»²⁹. A parte questo immutato riferimento formale³⁰ la disciplina costituzionale sull’energia ha subito - nel tempo - profondissime modifiche. Infatti prima della celeberrima revisione del Titolo V, intervenuta nel 2001, l’energia non compariva affatto nell’elencazione delle materie di cui all’articolo 117 della Carta repubblicana. La qual cosa recava, per vero, conseguenze notevoli nell’ottica del riparto competenziale tra Stato e Regioni: perché significava che l’energia sarebbe stata, senz’altro, da ascrivere (sulla base della precedente tecnica di ripartizione competenziale) tra le materie di ‘competenza residuale’ dello Stato, con la gravida conseguenza per cui - fra l’altro - anche la titolarità delle funzioni amministrative sarebbe spettata allo Stato, per effetto del noto principio del così detto “parallelismo delle funzioni”. Ne risultava - in effetti - un fortissimo accentramento statale, giacché, per l’appunto, tanto la competenza legislativa quanto la titolarità delle funzioni amministrative, in concreto, riconducibili al ‘settore energetico’ risultavano riposte in capo allo Stato: il quale, oltre tutto, avrebbe pure potuto adottare (così come infatti è stato inizialmente) delle dirigistiche politiche di statalizzazione delle imprese operanti nei mercati energetici (al ricorrere, ovviamente, dei presupposti di cui all’articolo 43 della Carta repubblicana).

La storia costituzionale dell’energia è però cominciata a mutare, radicalmente, col vento (energico) ‘spirato’ dai Trattati delle Comunità Europee.

29 A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell’energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, p. 68. L’Autore richiama, per altro, quanto autorevolmente ricostruito in M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 141 ss.

30 Giova puntualizzare come autorevolissima parte della dottrina abbia argomentato l’intervenuta abrogazione di numerose disposizioni costituzionali riguardanti l’economia per incompatibilità con il principio europeo della libera concorrenza, in tal senso si confronti (ex multis) F. MERUSI, *Giustizia Amministrativa e autorità indipendenti*, in AA. VV., *Associazione italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Annuario 2002, Milano, Giuffrè, 2003, p. 176. Per una lettura diametralmente opposta (fondata sul pregnante presupposto per cui i principi europei del libero mercato e della concorrenza non possano mai abrogare disposizioni costituzionali dell’economia aventi a base della propria ratio il non rinunciabile perseguimento dell’utilità sociale e dell’interesse generale, quali principi supremi dell’ordinamento) sia consentito il riferimento ad A. MITROTTI, *Il vizioso circolo per le scelte di politica economica: e l’invisibile gabbia dorata delle istituzioni politiche, tra discrezionalità tecnica vs discrezionalità politica*, in *Critica del Diritto*, n. 2/2017, pp. 190-198.

I principi di matrice europea, difatti, hanno avuto l'indiscutibile effetto di produrre una duplice conseguenza sul piano dell'ordinamento costituzionale italiano.

Da un lato appare cosa incontrovertibile che i fondamentali principi di "concorrenza nel mercato" e di "libera circolazione di capitali, merci e servizi" abbiano, sostanzialmente, spezzato ogni potenziale 'prospettiva' di intervento diretto degli Stati membri nei "mercati dell'energia": il che ha generato un'intuibile ripercussione rivolta sul versante interno alle fonti del nostro ordinamento nella materia del 'settore energetico', poiché si è progressivamente assistito ad una sensibile restrizione interpretativa del campo di applicazione costituzionale tracciato dalla disposizione di cui all'articolo 43 della Carta repubblicana, per alcuni - addirittura - oggetto di "un'abrogazione tacita"³¹.

Dall'altro lato, poi, non può affatto sottacersi come il principio della sussidiarietà nei rapporti tra Comunità e Stati membri abbia, di fatto, finito per giocare un ruolo stringente e pressoché 'condizionante' anche sotto il profilo delle relazioni interne all'ordinamento della Repubblica italiana³², incidendo sul concreto modo in cui avrebbe dovuto funzionare effettivamente il riparto delle competenze tra Stato, Regioni ed Autonomie locali. Né sarebbe esagerato sostenere che il principio europeo della sussidiarietà abbia costituito da esempio per le fasi di una progressiva apertura della politica legislativa e costituzionale italiana verso modelli organizzativi (s)oggettivamente 'ispirati' ad una maggiore sensibilità nei confronti dell'esigenze proprie delle Autonomie territoriali; sino al punto da condurre alla nota revisione del

31 F. MERUSI, *Giustizia Amministrativa e autorità indipendenti*, in AA. VV., *Associazione italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Annuario 2002, Milano, Giuffrè, 2003, p. 176 ss.

32 Sul punto, per una preziosa ricostruzione in dottrina, si vedano, *ex plurimis*, P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e sul piano dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/1993, pp. 7-31; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4/1997, pp. 603-627; A. RINELLA - L. COEN - R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1223-1232; E. BONELLI, *Sussidiarietà, necessità e proporzionalità/adequatezza nell'ordinamento comunitario e in alcune esperienze europee*, in *Diritto e cultura*, n. 1-2/2001, pp. 17-40; A. RUGGERI, *La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie, e le nuove frontiere della normazione*, in *Le Regioni*, n. 4/2002, pp. 699-728; F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2003, pp. 843-897; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2004, pp. 578-586; G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2005, pp. 819-853; C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2006, pp. 817-840; F. PIZZETTI, *I nuovi elementi "unificanti" del sistema costituzionale italiano*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2010, pp. 333-367; S. CASSESE, *I principi di sussidiarietà e di leale cooperazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, p. 21 ss.

Titolo V della Parte II della Carta costituzionale, che, per autorevole parte della dottrina, ha segnato l'esordio della così detta "Repubblica delle Autonomie"³³.

Sicché non può definirsi come il frutto di un mero caso (politicamente accidentale) se la Legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 sia andata nella ferma direzione di mutare in 'senso sussidiario' l'originario assetto del riparto competenziale tra Stato, Regioni ed Autonomie locali³⁴: essendo innegabile che nell'ordinamento fosse già da tempo in atto un progressivo processo di maturazione della portata prescrittiva del ("risalente"³⁵) principio di sussidiarietà, che, del resto, per l'indiretta via dell'uniforme applicazione del diritto comunitario è silenziosamente veicolato nelle categorie istituzionali della Repubblica italiana sia sotto il pregnante profilo legislativo (se si ponesse mente alle non certo trascurabili modifiche intervenute a "Costituzione invariata") che, non di meno, sul piano della, stessa, dirimente giurisprudenza³⁶.

In particolare, per quel che strettamente interessa il 'settore energetico', la riforma del Titolo V ha pressoché rivoluzionato l'originario assetto di ripartizione delle competenze in materia di 'energia': giacché il novellato articolo 117 della Costituzione, contrariamente al passato, ha espressamente disciplinato al suo comma 3 - tra le materie di competenza concorrente - anche la materia relativa alla «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*».

Ne è concretamente disceso un totale ribaltamento rispetto all'originario archetipo competenziale nel 'settore energetico'.

Non solo, infatti, le Regioni risultano oggi titolari della competenza a porre in essere la "disciplina legislativa di dettaglio" in materia di produzione, trasporto e distribuzione di energia (secondo il classico funzionamento delle 'competenze

33 Si vedano, per tutti, M. CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1273-1304; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, pp. 827-880; T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003; A. PIOGGIA - L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, il Mulino, 2006; C. DI MARCO - L. G. SCIANNELLA (a cura di), *Dalla Repubblica delle Autonomie ad un nuovo (e indefinito) accentramento dei poteri nello Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; G. DEMURO, *La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018. Più di recente appare significativo rimandare a quanto diffusamente ricostruito in F. BASSANINI - F. CERNIGLIA - F. PIZZOLATO - A. QUADRIO CURZIO - L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, il Mulino, 2019.

34 Sulla 'ispirazione sussidiaria' del vigente riparto di competenze contemplato in Costituzione sia consentito il rinvio alle ricostruzioni in A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 141 ss.

35 Appare significativo rimandare, *ex plurimis*, all'approfondita ricostruzione del principio di sussidiarietà offerta in G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, p. 8 ss.

36 Di estremo interesse sono le recentissime osservazioni in M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5/2020, pp. 651-685.

concorrenti' o 'ripartite' di cui al comma 3 dell'articolo 117 della Carta) ma ne è derivata, per conseguenza, la (non trascurabile) titolarità in capo alle Regioni della potestà regolamentare, ai sensi di quanto prescritto dal comma 6 del revisionato articolo 117.

Con l'introduzione di uno schema competenziale radicalmente 'capovolto' - per l'appunto - rispetto a quello contemplato dall'originaria Carta repubblicana: mentre prima allo Stato sarebbe spettata ogni competenza nel settore energetico, sia sul piano legislativo che sotto il profilo della titolarità di esercizio delle funzioni amministrative, oggi lo Stato può formalmente vantare il solo titolo della disciplina di principio nella materia di «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*». Per altro, l'intervenuto 'ribaltamento' dell'originaria disciplina costituzionale sull'energia non si è arrestato semplicemente ai soli profili della potestà legislativa e regolamentare della 'materia energetica' ma (come diretta conseguenza del superamento, ancorché formale³⁷, del "parallelismo delle funzioni") ha altresì involto il sensibile piano delle funzioni amministrative: se si pone mente agli effetti discendenti dal revisionato testo dell'articolo 118 della Costituzione, in base al quale le "funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurare l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza". In quest'ottica, oltre tutto, difficilmente poteva disconoscersi che l'ispirazione sussidiaria' del nuovo riparto competenziale sull'energia corrispondesse - in sostanza - alle esigenze europee, nel frattempo, consolidatesi: giacché da una parte vi era la ferma convinzione che una gestione sussidiaria dell'energia (gestita dal 'basso' - per intendersi - ossia dagli enti territoriali più vicini agli amministrati) potesse, in sé, rispondere meglio al perseguimento degli sfidanti obiettivi di un utilizzo sempre più efficace ed efficiente delle risorse disponibili; dall'altra parte, poi, non si poteva, certo, revocare in dubbio che il carattere 'policentrico' e 'multilivello' del revisionato assetto repubblicano nel

37 Per la tesi di un sostanziale (e 'rovesciato') ritorno ad una vera e propria forma giurisprudenziale di 'parallelismo invertito' si rimanda, *ex plurimis*, a quanto approfondito in L. TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte costituzionale)*, in www.astrid-online.it; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia, in www.forumcostituzionale.it; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 941-954; A. MORRONE, *Lo Stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2006, pp. 351-356; L. VANDELLI, *Esigenze unitarie e prospettive dinamiche della delimitazione delle competenze: qualche nota a margine delle sentenze nn. 303/2003 e 14/2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pp. 883-896; M. MANCINI, "Il curioso caso della chiamata in sussidiarietà": *trasfigurazione e distorsione del modello originario*, in *Ricerche giuridiche*, volume 3, n. 1/2014, pp. 27-67; A. MITROTTI, *La chiamata in sussidiarietà come meccanismo di recupero dell'interesse nazionale in materia di politica economica*, in *AmbienteDiritto.it*, 16 aprile 2018.

settore dell'energia ben si 'conciliasse' con l'intima natura del «servizio pubblico a rete»³⁸, che - non a caso - il diritto europeo ha elaborato proprio in diretta relazione ai "mercati energetici", laddove il principio della concorrenza nel mercato ha reso, oggettivamente, necessaria una recisa separazione dei segmenti sottesi alla filiera propria dei servizi energetici erogati (a cominciare, naturalmente, dalla basilare distinzione tra reti e servizi).

Senonché l'introdotta quadro - apparentemente di perfetta tenuta - ha iniziato sin dagli esordi a manifestare dei considerevoli segni di, chiara, cedevolezza.

Da un lato - per il vero - l'esordiente disciplina in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» ha cominciato, in maniera pressoché sistematica, a 'subire' i pervasivi effetti delle 'interferenze competenziali' con altre materie trasversali di competenza esclusiva dello Stato, fino al punto cruciale di veri e propri "conflitti di competenza"³⁹.

Si pensi soltanto alle potenziali sovrapposizioni disciplinari tra la materia energetica, per un verso, e, per altri versi, le finalistiche materie - di competenza statale - della tutela della concorrenza (che viene, ovviamente, ad interferire per tutto quanto attiene al "mercato dell'energia"), dell'ordine pubblico e della sicurezza (in relazione agli imprescindibili *standards* di 'incolumità pubblica' che il settore energetico deve assicurare), passando per l'essenziale tutela "dell'ambiente e dell'ecosistema" (in ragione delle fisiologiche interferenze con gli aspetti di una 'sana' gestione inerente allo sfruttamento delle fonti naturali di produzione energetica), sino agli intrecci competenziali tra l'energia e la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (con la chiara sovrapposizione rispetto ai "livelli qualitativi minimi" che i 'servizi energetici' - quali ferma espressione di "servizi pubblici universali" - sono chiamati a dover assicurare agli utenti).

38 Per degli approfondimenti sul, così detto, «servizio pubblico a rete» si leggano E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006; M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, il Mulino, 2007; G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, Jovene, 2010; F. COSTANTINO, *La proprietà delle reti dei servizi pubblici locali - in particolare del servizio idrico (a proposito di Corte Cost. 320/2011)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2015.

39 Si confronti A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, p. 73 ss. Più di recente sul tema delle sovrapposizioni competenziali, dei discendenti conflitti di competenza nonché - soprattutto - sui relativi criteri di risoluzione giurisprudenziale delle numerosissime controversie si consente il rinvio ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 123 ss.

Si tratta di intrecci e sovrapposizioni competenziali che hanno comprensibilmente finito per ingenerare delle fortissime incertezze circa l'effettivo ambito di applicazione della 'nuova' materia di "produzione, trasporto e distribuzione dell'energia".

Né si potrebbero giudicare del tutto soddisfacenti i pur encomiabili sforzi profusi dal Giudice delle Leggi: che ha finito per risolvere, di caso in caso, i numerosissimi 'conflitti competenziali' con l'ambiguo ricorso al celebre criterio di 'prevalenza' della materia dominante nel 'concorso' fra titoli competenziali in 'conflitto', in cui però la confusa commistione tra giudizi quantitativi della materia più estesa nell'intreccio e valutazioni surrettiziamente legate al vecchio principio di supremazia gerarchica del legislatore statale⁴⁰ hanno, di fatto, portato a prevalere pressoché sistematicamente le materie di competenza esclusiva dello Stato.

Con il 'risultante' effetto di affiancare alle incertezze del caso (senz'altro tipiche degli orientamenti 'creativi' di una giurisprudenza, in sé, priva di un positivo istituto risolutivo dei 'conflitti') un effettivo appiattimento degli spazi disciplinari per la potestà legislativa delle Regioni.

Dall'altro lato non può sottacersi come il 'settore energetico' successivo alla revisione del Titolo V abbia subito più di qualche distorsione anche sul piano di esercizio delle funzioni amministrative. Il che si è materialmente verificato a cominciare - per un banalissimo esempio - dall'endemica ambiguità legislativa esistente nella disciplina dei margini di 'confine' tra il potere politico e le prerogative proprie degli organismi tecnici indipendenti (che ha inevitabilmente 'influito'⁴¹ sulle modalità di esercizio concreto delle attribuzioni in materia di regolazione dei 'mercati energetici'), sino a giungere ai diversi casi di un non infrequente ritorno

40 La posta in gioco, tuttavia, sarebbe piuttosto seria e, per molti versi, preoccupante, con l'effetto, cioè, di alimentare sostanzialmente nell'interprete e tra gli stessi addetti ai lavori: «*le suggestioni in termini di supremazia statale evocate dall'espressione [della] prevalenza*» E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, n. 1/2008, p. 83. Sul punto sia, altresì, consentito rimandare alle riflessioni maturate in A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 169 ss.

41 *Ex plurimis* appare significativo rinviare (senza pretese di esaustività) a quanto ricostruito in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2004, pp. 1035-1074; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2009, pp. 435-479; M. CLARICH - F. SCALFANI, *La regolazione dei mercati energetici*, in Aa. Vv., *Rapporto 2011-2012. Il governo dell'energia per lo sviluppo del paese*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 277 ss.; S. CASSESE, *La legge n. 481/1995. Crisi delle autorità indipendenti*, in *Energia*, n. 4/2015. Di recente si confrontino, altresì, le aggiornate riflessioni in G. DALLE CARBONARE, *Riparto di attribuzioni tra ARERA e Ministeri: la decisione del TAR Lombardia in tema di Certificati bianchi*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1/2020, pp. 147-163; F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, pp. 952-986.

ordinamentale ad una sorta di ‘parallelismo’ (rispetto al passato invertito⁴²) tra funzioni amministrative e legislative spiegate nel settore energetico⁴³, sulla base del celebre istituto della, così detta, “chiamata in sussidiarietà legislativa”⁴⁴.

A tutto ciò si è, poi, aggiunto che - al di là della mobilità e (talvolta imprevedibile) flessibilità implicite nelle, non sporadiche, ipotesi di “attrazione in sussidiarietà” - le funzioni amministrative in materia di energia sono state, oggettivamente, vittime di una disomogenea adeguatezza tecnica degli apparati amministrativi, di fatto, riconducibili agli enti territoriali *sub* statali, specialmente per il caso di moltissimi Comuni: da qui è derivato un disarticolato ed incerto esercizio dei poteri pubblici nel ‘settore energetico’.

Non è un caso, insomma, che «*all’indomani della riforma costituzionale del 2001 ci si è chiesti, da più parti, se intraprendere la via del “federalismo” anche nel settore energetico fosse stata una scelta adeguatamente ponderata e si è anzi richiamata la necessità di una rapida marcia indietro, sottolineando l’esigenza, per la sicurezza energetica nazionale, di una gestione [materialmente] centralizzata dell’energia. In particolare, si è avvertito come la distribuzione dei poteri normativi derivante dalla novella del Titolo V sarebbe stata fonte di pesanti asimmetrie regolatorie, con il rischio di bloccare un settore strategico per lo sviluppo dell’intero sistema economico*»⁴⁵. Eppure ad onta degli incerti margini competenziali sottostanti alla riformata cornice costituzionale (fra l’altro connotata da vari tentativi

42 L. TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte costituzionale)*, in www.astrid-online.it.

43 *Ex multis*, A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell’energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, p. 96 ss.

44 La copiosa letteratura sul così detto “meccanismo di attrazione in sussidiarietà legislativa” è davvero troppo ampia per poter essere richiamata con una qualche ambizione di esaustività, ciò posto sia consentito il rinvio - senza nessuna pretesa di completezza - a quanto efficacemente ricostruito in A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in www.forumcostituzionale.it; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale collaborazione e “strict scrutiny”*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2004, pp. 587-602; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 941-954; A. MORRONE, *Lo Stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2006, pp. 351-356; F. BENELLI, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2007, pp. 11-37; A. ANZON DEMMIG, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel “secondo regionalismo”*: le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pp. 779-790; A. RUGGERI, *Il problematico “bilanciamento” tra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003)*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pp. 849-864; L. VANDELLI, *Esigenze unitarie e prospettive dinamiche della delimitazione delle competenze: qualche nota a margine delle sentenze nn. 303/2003 e 14/2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pp. 883-896; C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2011, pp. 455-498; M. MANCINI, *“Il curioso caso della chiamata in sussidiarietà”: trasfigurazione e distorsione del modello originario*, in *Ricerche giuridiche*, volume 3, n. 1/2014, pp. 27-67; A. MITROTTI, *La chiamata in sussidiarietà come meccanismo di recupero dell’interesse nazionale in materia di politica economica*, in *AmbienteDiritto.it*, 16 aprile 2018.

di revisione del già revisionato Titolo V) il quadro dell'articolata disciplina sottesa al 'settore energetico' ha rinvenuto sempre nel diritto europeo la 'fonte' di un'inaspettata omogeneizzazione: il che (si badi) sia in relazione alla ripartizione delle competenze legislative statali e regionali che - non di meno - sotto il sensibile profilo di esercizio delle funzioni amministrative.

In tal senso dottrina e giurisprudenza non hanno potuto, d'altra parte, trascurare che fra le rilevanti modifiche intervenute nel 2001 la revisione del Titolo V sia da segnalare anche per quanto emblematicamente introdotto al primo comma del novellato articolo 117 della Carta repubblicana, la cui pregnante 'portata prescrittiva' impone una chiara, importante, 'limitazione generale' per la potestà legislativa esercitata da Stato e Regioni.

Dal che il legislatore viene ad essere 'impegnato' - secondo un 'obbligo paritetico' rispetto alle competenze ripartite tra Stato e Regioni - non soltanto al rispetto della Costituzione ma 'pure' alla (assai significativa) osservanza (esplicita) dei "*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*": cosicché i vincoli europei, pertanto, obbligano espressamente la potestà legislativa statale e regionale non più solo sotto il profilo 'esterno' del diritto internazionale, bensì anche sul piano strettamente 'interno' del diritto costituzionale.

Per questa via i fondamentali obiettivi europei della "*concorrenza nel mercato*", della "*libera circolazione di merci, capitali e servizi*" e, in particolare, dell'"*efficienza energetica*" (addirittura elevata «al primo posto»⁴⁶) sono venuti ad imporsi nell'ordinamento italiano della Repubblica delle Autonomie come essenziali 'principi precettivi' (e non meramente 'programmatici') per l'esercizio della potestà legislativa (statale e regionale) e - non di meno - nell'esplicazione delle concrete funzioni di 'amministrazione attiva' degli enti competenti nel settore dell'energia. In quest'ottica, al netto delle resilienti invocazioni di un *deficit* di democraticità del diritto dell'UE, i principi europei ed in particolare, per quel che interessa in questa sede, quelli propri del settore dell'energia sono stati costituzionalmente 'incastonati' nel quadro del, così detto, 'circuitto democratico' della Repubblica italiana⁴⁷. Giacché appare pressoché incontrovertibile che i vincoli europei nel settore energetico costituiscano oggi dei fondamentali principi precettivi per la Repubblica italiana: a partire dalle scelte (squisitamente politiche) del legislatore statale e regionale (ai sensi della chiara

45 A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, p. 79.

46 Così recita il testo dell'articolo 1 (rubricato «finalità») del D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014, ad onta - si tiene a puntualizzarlo - delle recentissime modifiche introdotte dall'articolo 1 del D. Lgs. n. 73 del 14 luglio 2020.

47 Sul significato e sulla portata sottesa al "circuitto democratico" appare illuminante il rinvio a quanto osservato da S. CASSESE, *Dal principio di legalità al rispetto del diritto*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 9-12.

disciplina contemplata dal primo comma del novellato articolo 117 Cost.) passando (*in medias res*) per le funzioni di ‘amministrazione attiva’ (laddove i principi europei assurgono in sostanza a basilari ‘finalità’ che la Pubblica Amministrazione è assolutamente obbligata ad attuare ed eseguire), fino al piano conclusivo dell’effettivo godimento dei discendenti benefici per gli operatori economici del ‘mercato energetico’ e, soprattutto, dei relativi utenti.

Oltretutto qualora nel policentrico e multilivello ordinamento della “Repubblica delle Autonomie” dovessero verificarsi non improbabili arresti patologici (disomogenei disallineamenti ovvero disfunzioni) il revisionato testo del Titolo V ha introdotto una significativa garanzia di ‘chiusura’ del, così detto, ‘circuito democratico’, con la stringente previsione costituzionale di uno straordinario potere sostitutivo del Governo⁴⁸ (disciplinato - come sarà ben noto - dall’articolo 120, comma 2, della Carta repubblicana) al ricorrere, fra le altre ipotesi, del mancato rispetto “della normativa comunitaria” da parte degli enti territoriali *sub* statali (ossia Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni).

È per questi sentieri costituzionali che si è venuta - in concretezza - ad aprire “la strada” nell’ordinamento repubblicano dell’*Energy Performance Contract*: che da, mero, istituto contrattuale di matrice europea è passato, nell’arco di breve tempo, ad essere legislativamente elevato al rango di un uniformante presupposto dell’ordinamento italiano (strutturalmente policentrico e multilivello) rispetto all’effettiva realizzazione degli ‘obiettivi europei’ in materia di energia (si confrontino sul punto le numerosissime disposizioni sugli *Energy Performance Contracts* contemplate nel D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014⁴⁹). In tal senso - infatti - il ruolo giocato dagli *Energy Performance Contracts* è molto meno marginale di quanto gli (euro)scettici avrebbero potuto inizialmente immaginare: non solo le esigenze e le difficoltà attuali legate alla descritta materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia verrebbero praticamente stemperate in natura dal risparmio di energia che gli *Energy Performance Contracts* sono capaci di assicurare - fino, quasi, a rendere irrilevanti i ‘materiali’ problemi di produzione e distribuzione energetica del Paese - ma a ben riflettere si tratterebbe di un istituto cruciale sotto altri numerosissimi profili ambientali, economici e sociali, se solo si ponesse mente ai collegamenti tra il principio di efficienza energetica ed i vitali benefici nell’utilizzo razionale delle naturali risorse energetiche disponibili, il che senza, di certo,

48 Per una diffusa, ed aggiornata, disamina sul punto sia consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *L’interesse nazionale nell’ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un’araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 253 ss.

49 Così come recentemente novellato dal D. Lgs. n. 73 del 14 luglio 2020, in attuazione delle modifiche che la Direttiva 2018/2002/UE aveva, nel frattempo, apportato rispetto all’originaria disciplina contemplata nella Direttiva 2012/27/UE.

trascurare i positivi effetti strumentali che i risparmi di energia avrebbero, senz'altro, nelle Pubbliche Amministrazioni rispetto al (fondamentale) perseguimento degli equilibri di bilancio e - non di meno - della, connessa, sostenibilità del debito pubblico, in assoluta coerenza con quanto, d'altra parte, solennemente disposto dagli articoli 81, 97, e 119 della Carta costituzionale.

Tanto più se leggessimo tutto ciò secondo la pregnante chiave di lettura di uno sviluppo, intergenerazionale, economicamente sostenibile: dinanzi al quale - se ci ragionassimo con la dovuta attenzione - tutti i preziosi risparmi energetici, concretamente, realizzabili in prospettiva sottenderebbero, senz'altro, la decisa capacità di spingere il ruolo degli *Energy Performance Contracts* alla posizione di un nevralgico istituto concepibile in funzione di un (sensibile) punto di contatto tra - da una parte - le materie dell'ambiente, della salute, della ricerca, della promozione dell'occupazione (nonché delle stesse, ricollegabili, politiche europee nel settore di una coesione economica, sociale e territoriale) e - dall'altra parte - le esigenze (soltanto in apparenza lontane) poste a base di un'evoluzione (di tipo qualitativo) della materia della concorrenza nel mercato dell'energia.

4. Gli *Energy Performance Contracts* a 'beneficio' delle Pubbliche Amministrazioni.

Nell'ordinamento repubblicano i "Contratti di Rendimento Energetico" (ovvero di "Prestazione Energetica") rinvengono la propria puntuale definizione legislativa nell'articolo 2 (comma 2, lettera n) del D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014, a mente del quale gli "EPC"⁵⁰ (acronimo di "*Energy Performance Contracts*") realizzano 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*»⁵¹. Salta immediatamente all'occhio, con tutt'onestà, come, nel sinallagma oggetto delle prestazioni contrattuali, l'accordo (alla base) di un *Energy Performance Contract* preveda che il fornitore delle 'misure migliorative' dell'efficienza energetica si obblighi verso un corrispettivo 'commisurato' ai perfezionamenti ed ai progressi energetici - di fatto - ottenuti in relazione a quanto stabilito contrattualmente o,

⁵⁰ Acronimo di *Energy Performance Contracts*.

⁵¹ Gazzetta Ufficiale n. 165 del 18-07-2014, Leggi ed altri atti normativi, Decreto Legislativo 4 luglio 2014, n. 102.

comunque, sulla base di “altri criteri di prestazione energetica” concordati: quali, per esempio, i (concreti) “risparmi finanziari”.

Né può lasciare indifferenti, in tal senso, che il corrispettivo del fornitore possa - in realtà - alternativamente commisurarsi tanto in relazione ai “risparmi energetici” ottenuti, quanto ai “risparmi finanziari” assicurati: ciò lascia, infatti, amplissimi margini di riflessione sul ‘tipo’ di interesse corrispondente all’ottenimento delle prestazioni promesse dal fornitore e sembrerebbe lasciar, ragionevolmente, supporre che il soggetto creditore delle prestazioni del miglioramento energetico non vanti un interesse appiattito unicamente su di un carattere di natura patrimoniale⁵².

Tant’è che “risparmio energetico” e “risparmio finanziario” ancorché sovrapponibili in sostanza non possono considerarsi concettualmente come due nozioni assolutamente identiche. La qual cosa, fra l’altro, assume una ‘gravida connotazione’ (di estrema significatività) proprio nell’ipotesi in cui sia la Pubblica Amministrazione il soggetto ‘interessato’ alle prestazioni del ‘miglioramento energetico’⁵³ oggetto di un’obbligazione contrattuale del fornitore di un “Contratto di Rendimento Energetico”. In questo caso infatti sarebbe evidente che l’interesse dell’Amministrazione Pubblica all’ottenimento delle prestazioni di efficienza energetica non sia legato al mero, e puro, risparmio finanziario e, quindi, ad un tipo di interesse, esclusivamente, patrimoniale, in quanto verrebbe a trattarsi - piuttosto - della commistione con altri ‘interessi pubblici’ costituzionalmente tutelati, quali (*in primis*) la fondamentale tutela dell’ambiente (col minor spreco possibile di fonti di produzione energetica e la conseguenziale riduzione dell’inquinamento ambientale), passando per i non affatto secondari interessi ad una valorizzazione del patrimonio immobiliare dell’Amministrazione Pubblica, fino all’imprescindibile perseguimento dei ‘trasversali’ obiettivi europei in materia energetica.

Degli obiettivi quelli del diritto europeo sull’energia che (come già osservato) nell’ordinamento repubblicano assumono, a propria volta, il dirimente ruolo di ‘finalità precettive’ per l’azione amministrativa, involgendo contemporaneamente numerosissimi tipi di interessi pubblici: ad iniziare dall’ormai imprescindibile garanzia di un intergenerazionale sviluppo sostenibile⁵⁴, passando per la

52 Si confronti *ex multis* quanto diffusamente analizzato nella curatela di M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 242 ss.

53 In tal senso non può dirsi un puro caso che il legislatore abbia avvertito la necessità di disciplinare espressamente gli «*Elementi minimi che devono figurare nei contratti di rendimento energetico sottoscritti con il settore pubblico o nel relativo capitolato d’appalto*», ai sensi di quanto prescritto dall’Allegato 8 al D. Lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

54 Del resto è già da tempo che l’attenta, lungimirante, dottrina evidenzia che «*la crescita economica cui tende l’Unione europea (anche mediante la politica degli appalti pubblici) si ispira a un [pregnante] modello di “sviluppo equilibrato e sostenibile”*» M. BROCCA, *Sollecitazioni comunitarie per appalti pubblici più «ecologici» e «sociali»*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 9/2002, p. 998. In questa prospettiva appaiono per altro

realizzazione dei profili di una coesione economica, sociale e territoriale che, praticamente, i risparmi energetici possono permettere di concretizzarsi all'interno dello spazio europeo (grazie allo sviluppo delle potenzialità energetiche delle aree più depresse), senza, certamente, voler, qui, ignorare tutti i positivi effetti 'immediati' che l'efficienza energetica è capace, senza dubbi, di produrre sugli equilibri di bilancio e sulla sostenibilità del debito proprio del complesso delle Pubbliche Amministrazioni. Tutto ciò argomenta chiaramente che sotto il precipuo "angolo visuale" delle Amministrazioni Pubbliche il principio dell'efficienza energetica risponde, oggi, ad un obbligo traente la propria fonte (d'interesse) nella Legge e nella Costituzione prima ancora che (*ex art.* 1173 c.c.) nei "Contratti di Rendimento Energetico", a cui l'Amministrazione è obbligata a ricorrere strumentalmente⁵⁵ proprio al peculiare fine della soddisfazione dei molteplici interessi sottostanti all'energia ed al mercato energetico europeo (a partire dal basilare rispetto del principio della libera concorrenza nel mercato europeo dell'energia). In quest'ottica probabilmente non si esagererebbe se 'guardassimo' ai "Contratti di Rendimento Energetico" come ad una «*tecnica normativa [che] è espressione della [intrinseca] funzione di regolazione che il diritto dei contratti spesso svolge nel diritto privato europeo*»⁵⁶.

D'altra parte non è un caso che gli *Energy Performance Contracts* siano di origine europea: dove non di rado vi è una sostanziale commistione tra categorie privatistiche e pubblicistiche con cui l'ordinamento italiano è tradizionalmente abituato a riflettere. Difficile insomma ritenere che a monte della stipula di un "Contratto di Rendimento Energetico" la Pubblica Amministrazione persegua unicamente interessi di natura patrimoniale. Il che, per altro, genera significativi effetti in relazione al corretto inquadramento della natura dei "Contratti di Rendimento Energetico" e delle connesse procedure di affidamento da parte dell'Amministrazione. La pluralità degli interessi pubblici, patrimoniali e non, sottostanti all'affidamento di un *Energy Performance Contract* e nondimeno la peculiarità dell'elemento legato al corrispettivo del fornitore di misure migliorative

significative le recenti riflessioni sviluppate in A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2018, pp. 157-180.

⁵⁵ Sul punto appare estremamente utile rimandare a quanto osservato in F. D'ANGELO, *Amministrazioni pubbliche e risparmio energetico: le Energy service companies (E.S.Co.) nel settore pubblico*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1/2014, pp. 224-260; C. BENANTI, *Energy Performance Contract: il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n. 2/2017, pp. 403-437.

⁵⁶ C. BENANTI, *Energy Performance Contract: il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n. 2/2017, pp. 412-413. Qui - fra l'altro - l'Autrice richiama a sostegno delle proprie argomentazioni quanto, autorevolmente, ricostruito da A. ZOPPINI, *L'efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in L. CARBONE - G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia. Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 359 ss.

dell'efficienza energetica lascerebbero di primo acchito senz'altro immaginare che si tratti della concessione di un servizio (il 'servizio di prestazione energetica' di una Pubblica Amministrazione).

D'altronde lo 'schema causale' degli *Energy Performance Contracts* addossa, interamente, sul fornitore delle prestazioni energetiche tutti i rischi discendenti dal caso di mancato conseguimento dei "risparmi energetici" e/o dei "risparmi finanziari". Il che secondo un modello funzionale - in qualche modo - 'assonante' rispetto a quello dei rapporti di natura concessoria: in cui l'Amministrazione Pubblica dispone di proprie risorse riservate in ragione del prioritario perseguimento di interessi pubblici⁵⁷ e il concessionario assume completamente su di sé 'tutti i rischi' relativi alla gestione dei beni od attività oggetto di concessione⁵⁸.

Eppure, a ben riflettere, tra la struttura causale di un *Energy Performance Contract*, da una parte, e quella del rapporto di concessione di un servizio, dall'altra, si interpone una sottile, ma fondamentale, linea distintiva: nei "Contratti di Rendimento Energetico", infatti, il 'profitto' che il fornitore dei 'servizi' di 'prestazione energetica' può trarre non possiede - a stretto rigore - il carattere di un vero e proprio 'rischio di gestione' di un 'servizio' affidato in concessione, giacché i 'risparmi energetici' od i connessi 'risparmi finanziari' non sono la stessa cosa degli

57 Tant'è che «la concessione, nelle sue diverse specie, persegue prioritariamente l'interesse pubblico (che assume il ruolo di interesse principale da realizzare), mentre l'interesse privato può trovare soddisfazione solo ove non contrasti con l'interesse pubblico» S. TARULLO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 307.

58 Ci si rende conto dell'estrema semplificazione operata nel testo in relazione agli elementi strutturali sottesi all'istituto della 'concessione di servizi', per cui tuttavia sarebbe opportuna una distinta sede di trattazione *ad hoc*. Ciò posto sia consentito rinviare *ex plurimis* nel panorama della letteratura scientifica (e senza ovviamente pretese di completezza nel riferimento) a quanto criticamente ricostruito in G. DI GASPARE, *Tra Stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa*, in *Politica del Diritto*, n. 3/1998, pp. 503-534; A. GIANNELLI, *La concessione di servizi: verso un'interpretazione estensiva del requisito del rischio di gestione*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10/2007, pp. 1280-1285; C. F. CODUTI, *La centralità del rischio nella concessione di servizio pubblico*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 1/2008, pp. 298-308; S. SGUBIN, *La difficile applicazione del diritto comunitario agli istituti tra appalto e concessione*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 2/2009, pp. 47-72; A. MASSERA, *La concessione di servizi: una questione di regime sempre aperta*, in *Munus*, n. 1/2011, pp. 245-268; B. GILIBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2011, pp. 183-240; S. MONZANI, *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile (nota a Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682)*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, n. 1/2013, pp. 243-253; F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2015, pp. 743-766; G. RONDONI, *Affidamento in concessione e "rischio operativo"*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, n. 2/2016, pp. 33-44; A. DI GIOVANNI, *Diritto soggettivo e interesse legittimo nella concessione di servizi pubblici. Riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Rivista di Diritto Privato*, n. 1/2018, pp. 51-77; M. CERUTI, *L'istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 6/2020, pp. 745-756; M. ZACCHEO, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, pp. 1-22.

utili potenzialmente derivanti dalla gestione di un, determinato, servizio destinato all'utenza.

Nei "Contratti di Rendimento Energetico", ad un'attenta riflessione, è assente quel tipico 'rischio operativo' esposto alle fluttuazioni del mercato che costituisce, in sé, il tratto 'essenziale' di una concessione di servizi. Né si potrebbe mai sostenere - in effetti - che i risparmi energetici ottenuti dal fornitore di un "Contratto di Prestazione Energetica" siano la stessa cosa degli utili derivanti dalla 'gestione' del 'servizio' di fornitura di energia erogato all'Amministrazione. Esiste infatti una materiale distinzione soggettiva tra chi concretamente eroga il servizio della fornitura di energia a beneficio di una Pubblica Amministrazione e chi, piuttosto, si obbliga - in qualità di fornitore di un *Energy Performance Contract* - a migliorare effettivamente i livelli di prestazione energetica (diminuendone i consumi) del servizio di fornitura dell'energia di cui l'Amministrazione Pubblica, in concreto, si avvale.

Una distinzione assai netta e particolarmente evidente anche sotto il 'profilo oggettivo' della remunerazione realizzabile. Il che è ben comprensibile se si pone mente al semplicissimo fatto che il soggetto fornitore di un "Contratto di Prestazione Energetica" realizza degli interessi economici diametralmente opposti rispetto al soggetto che eroga il servizio di fornitura dell'energia ad un'Amministrazione Pubblica. Il miglioramento delle prestazioni energetiche, infatti, si dirige nella materiale direzione - per intendersi - di ridurre i consumi del servizio di energia e, quindi, gli utili potenzialmente derivanti al soggetto che, di fatto, eroga il servizio di fornitura energetica all'Amministrazione. Sicché il fornitore di un "Contratto di Prestazione Energetica" ed il titolare del servizio di fornitura di energia non solo non sono la stessa persona ma, soprattutto, sottendono interessi economicamente 'contrastanti': per cui verrebbe in sé difficile assimilare il corrispettivo del fornitore di un "Contratto di Prestazione Energetica" all'utile prodotto dal 'rischio di gestione' del servizio di energia fornito, direttamente, all'Amministrazione. Tutto ciò a margine, per altro, della non trascurabile interpretazione giurisprudenziale per cui *«l'applicazione del modello concessorio alle c.d. opere fredde (il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi all'amministrazione traendo la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa: per es. nei casi di carceri o ospedali) ha destato, non da oggi, serie perplessità, dato che l'ambito naturale dell'istituto è certamente costituito dalle c.d. opere calde, ovvero da quelle dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza (modello autostrade, gas, parcheggi), ovvero, al più, da quelle c.d. tiepide, categoria intermedia per la quale, non essendo sufficienti i ricavi di utenza a ripianare interamente le risorse impiegate, risulta necessario un contributo pubblico per la fattibilità finanziaria»*⁵⁹.

⁵⁹ Cons. St., Adunanza della Commissione Speciale, 1 aprile 2016, n. 855, Parte III - Contratti di Concessione.

Dal che (si badi) deriva una relevantissima conseguenza sul piano dell'inquadramento nel nostro ordinamento degli *"Energy Performance Contracts"*: che non essendo ascrivibili allo 'schema causale' di una concessione di servizi - per l'oggettiva assenza del 'rischio operativo' connaturato alle concessioni - sarebbero, piuttosto, da ricondurre al diverso modello di un contratto affidato in appalto ('misto', *ex art.* 28 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), laddove, segnatamente, l'obbligazione relativa al conseguimento dei 'progressi delle prestazioni energetiche' si sostanzia nell'esecuzione 'mista' (e combinata) tra prestazioni lavorative, a regola d'arte, e servizi strumentali ad essi.

Ovviamente non si tratta di riflessioni dogmatiche di poco conto e confinabili alla pura speculazione teorica: giacché è dall'esatto inquadramento della natura di un istituto che viene a dipenderne il concreto ed effettivo regime giuridico, specialmente allorché si tratti di un istituto di matrice europea - qual è quello dell'*"Energy Performance Contract"* - trasposto (per non dir 'trapiantato') nell'ordinamento italiano (si consideri, difatti, che il legislatore statale nel 'recepire' le direttive europee non ha, minimamente, aggiunto nulla rispetto alla definizione ed ai sostanziali requisiti di contenuto prescritti nelle fonti europee per i "Contratti di Prestazione Energetica"). Perciò è dall'esatta natura riconducibile al "Contratto di Rendimento Energetico" che viene in sé a dipendere sia l'individuazione della disciplina applicabile all'affidamento da parte dell'Amministrazione, interessata ad ottenere le prestazioni di 'miglioramento energetico', che - oltre tutto - le concrete regole di contabilità cui il contratto dovrà essere sottoposto: attesa l'effettiva possibilità per le Amministrazioni di non contabilizzare le spese degli interventi di riqualificazione energetica unicamente a valle di un contratto affidato in regime di una 'concessione di servizi' e comunque al peculiare ricorrere (detto in estrema sintesi) dei presupposti tipici di un contratto astrattamente qualificabile come *"off balance sheet"*, ossia "fuori bilancio".

Appare sufficientemente chiaro, allora, che una cosa sarebbe ascrivere gli *"Energy Performance Contracts"* al regime dei "Contratti di concessione" di cui all'articolo 164 e ss. del D. Lgs. 50/2016 mentre, ben, altra cosa sarebbe il ricondurne l'ambito applicativo a quello di un appalto, in senso stretto, ancorché nell'alveo di un "Contratto misto di appalto", *ex art.* 28 del D. Lgs. 50/2016⁶⁰.

La questione - sebbene indubbiamente complessa ed influenzata dalle tangibili condizioni contrattuali di ogni singolo *Energy Performance Contract* - non può che essere, oggettivamente, risolta alla luce dell'evidenziato *discrimen* afferente all'elemento della "allocazione dei rischi", quale sicuro 'parametro' di riferimento

60 Per un'attenta disamina si legga F. MARTIRE, *Il contratto di rendimento energetico alla prova del nuovo codice dei contratti pubblici: appalto o concessione di servizi?*, in *Laboratorio per l'innovazione Pubblica*, consultabile su www.lab-ip.net.

circa lo studio della natura giuridica degli EPC: per cui al netto della seria variabilità dei termini e delle condizioni contrattuali è impossibile sostenere che nell’*“Energy Performance Contract”* sussista un “rischio operativo” tale da esporre la sfera patrimoniale del fornitore di ‘prestazioni energetiche’ alle fluttuazioni della domanda e dell’offerta del mercato in cui il contratto si inserisce. Né può dirsi, in tal senso, una casualità che l’ENEA (*“Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l’energia e lo sviluppo economico sostenibile”*) nelle Linee Guida per i Contratti di Prestazione Energetica (EPC) abbia - proprio - tenuto a puntualizzare, *mutatis mutandis*, che nell’EPC quale «contratto a prestazioni multiple e differite, le stesse [prestazioni] pur se separabili sul piano materiale non lo siano sul piano funzionale, in quanto tutte concorrono al raggiungimento dell’obiettivo contrattuale (risparmio minimo garantito). Il riconoscimento della prevalenza del Servizio di Prestazione Energetica per gli Edifici sui lavori che si rendono indispensabili per il miglioramento dell’efficienza energetica degli stessi, ai sensi dell’art. 28, comma 9 del D. Lgs. 50/2016 s.m.i., porta alla logica applicazione della procedura di affidamento propria dell’appalto di servizi»⁶¹. Sennonché esclusa la riconducibilità alla natura propria di una concessione di servizi l’intrinseca malleabilità fisionomica insita nella ‘causa funzionale’ degli *“Energy Performance Contracts”* (connotati da un’oggettiva combinazione di attività, lavori e servizi strumentali al miglioramento dell’efficienza energetica’ delle P.A.) ha - progressivamente - spinto le iniziali ‘titubanze’ degli interpreti dell’istituto dei *“Contratti di Rendimento Energetico”* verso l’adesione ad un inquadramento coerente con un modello del Codice dei Contratti Pubblici altrettanto ‘malleabile’: il *“Partenariato Pubblico Privato”*⁶².

Ovviamente un’analisi compiuta ed esaustiva del *“Partenariato Pubblico Privato”* meriterebbe senz’altro una separata sede *ad hoc* di trattazione - per la molteplicità e notevole complessità dei profili sottesi - tuttavia sia, qui, sufficiente notare come la strutturale veste della disciplina codicistica sul Partenariato (*ex art.* 180 ss. del D. Lgs. del 18 aprile 2016, n. 50) calzi in verità senza grinze rispetto al noto ‘schema causale’ degli *“Energy Performance Contracts”*. Basterebbe solo porre mente a quanto contemplato dal secondo comma dell’articolo 180 del D. Lgs. 50/2016 per associare con un’intuitiva immediatezza il parallelismo tra, da una parte, il ‘corrispettivo’ per il fornitore di un *“Contratto di Rendimento Energetico”* e, dall’altra, il ‘fatto’ che «nei

61 ENEA. Report Ricerca di Sistema Elettronico. G. CENTI - D. IATAURO - M. G. LANDI - M. MARIANI - C. ROMEO - P. SIGNORETTI - L. TERRINONI, *Aggiornamento delle Linee Guida per i contratti di prestazione energetica (EPC) per gli edifici della PA*, Settembre 2017, pp. 6-7.

62 *Ex multis*, F. PEIRONE, *La costituzione di partenariati pubblico-privati per la realizzazione di consumi energetici efficienti nelle Pubbliche Amministrazioni*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2017; 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 *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente*, n. 1/2019, pp. 4-41; F. SCALIA, *L’Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Federalismi.it*, n. 5/2019.

*contratti di partenariato pubblico privato i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica». Davvero difficile argomentare, in tal senso, che il 'canone' corrispondente agli 'effettivi risparmi energetici' ottenuti da un EPC ed i connessi risparmi finanziari concretamente assicurati all'Amministrazione non siano, di per sé, riconducibili alla tipologia di una possibile "contropartita economica" espressamente riferibile allo schema contemplato dal, vasto, *genus* del Partenariato Pubblico Privato. Si tratta di una lettura finanche condivisa negli orientamenti del Supremo Consesso Amministrativo, secondo cui gli *Energy Performance Contracts* manifestano come «tratto differenziale e specializzante quello per cui il corrispettivo dell'EPC è parametrato al risparmio energetico conseguito per effetto dell'intervento. Da ciò il corretto riferimento al PPP come strumento di cooperazione tra pubblico e privato»⁶³. Anche perché configurare dogmaticamente l'*Energy Performance Contract* come oggetto di un Partenariato Pubblico Privato si inserirebbe pressoché comodamente senza strappi nel quadro di soluzione a diversi dubbi interpretativi potenzialmente sollevabili in astratto: dal "rischio" riposto in capo al fornitore di un "Contratto di Rendimento Energetico"⁶⁴, passando per le concrete modalità di affidamento di un EPC, sino, nondimeno, ai non marginali profili di contabilità del contratto (che a determinate condizioni potrebbe, comunque, essere qualificato come "off balance sheet").*

In ogni caso, a scanso di ipotetici equivoci interpretativi, è recentemente intervenuto, finanche, il legislatore (nell'ultimo intervento di dichiarata "semplificazione", con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120) che al menzionato secondo comma di cui all'articolo 180 del D. Lgs. 50/2016 ha significativamente aggiunto una parte - dedicata proprio agli EPC - a mente del quale nel «*caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC) i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere 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 conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, deve essere resa disponibile all'amministrazione concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di*

⁶³ Cons. St., Sez. Quinta, sent. 21 febbraio 2020, n. 1327, par. 1 del Considerato in Diritto.

⁶⁴ «*la disciplina nazionale del partenariato pubblico privato richiede che in capo all'operatore economico gravi il rischio di costruzione e - appunto - il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera (art. 180, comma 3), non anche il rischio operativo che rimane tratto essenziale della sola concessione di lavori o servizi» F. SCALIA, L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico, in *Federalismi.it*, n. 5/2019, p. 20.*

*apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici»⁶⁵. Non sono pochi, in verità, i problematici aspetti lasciati aperti dall'espressa 'sovrapposizione legislativa' tra i 'rischi' di un mancato conseguimento del "risparmio energetico", da un lato, e, dall'altro lato, gli 'strutturali' elementi fondanti l'equilibrio economico finanziario del Partenariato⁶⁶. Tuttavia, fermo restando il permanente *discrimen* rispetto ad una "concessione di servizi"⁶⁷, ciò su cui preme, in questa sede, focalizzare le proprie riflessioni (pressoché a caldo rispetto alle recenti modifiche intervenute) è come il legislatore si sia pregevolmente distinto per aver (definitivamente) associato al nodale istituto degli "EPC" tutte le potenzialità che il flessibile modello del Partenariato Pubblico Privato è, di per sé, capace di poter garantire in materia di energia⁶⁸, di 'efficienza energetica' e più in generale nell'ambito dei trasversali profili materiali inerenti all'energia: dall'ambiente, all'incremento degli aspetti occupazionali nell'alveo del mercato dell'energia, passando, per altro, alle tangibili possibilità di crescita di uno sviluppo più omogeneo e sostenibile della 'coesione economica, sociale e territoriale' all'interno dello spazio europeo, senza escludere - naturalmente - i preziosi stimoli derivabili per la crescita nel settore della ricerca 'energetica'. In tal senso le profonde 'radici' pubblicistiche degli "Energy Performance Contracts" - da un lato - e la *ratio* del "Partenariato Pubblico Privato" - dall'altro - rinvengono, a ben riflettere, il loro intimo punto di contatto comune nella (gravida) esigenza delle Pubbliche Amministrazioni di ricorrere ad una sorta di (vera e propria) "chiamata in sussidiarietà orizzontale", *ex art.* 118, comma 4, Cost.: il che alla luce del celebre dovere degli Enti della Repubblica italiana "delle Autonomie" di 'favorire' quanto più possibile ogni autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. È qui che è venuto ad incrociarsi (prima spontaneamente ed oggi per un espresso riconoscimento legislativo) lo 'schema contrattuale' degli "EPC" con l'aperta e flessibile categoria⁶⁹*

⁶⁵ Periodo introdotto dall'articolo 8, comma 5, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120) al comma 2 dell'articolo 180 di cui al D. Lgs. del 18 aprile 2016, n. 50.

⁶⁶ Per qualche - interessante - spunto di riflessione si legga S. DE MARINIS, *Partenariato pubblico privato nel decreto "semplificazioni"*, in www.mediappalti.it, 10 dicembre 2020.

⁶⁷ Giacché è senz'altro vero che il fornitore di un "Contratto di Rendimento Energetico" addossi su di sé tutti i rischi di 'costruzione dei lavori' utili al miglioramento delle prestazioni energetiche, nonché i 'rischi di progettazione' e del connesso finanziamento ma tutto ciò si realizza con la netta, recisa esclusione (dirimente sul piano giuridico) di un vero e proprio 'rischio operativo' sottoposto alle aleatorie fluttuazioni di mercato (ed alle variazioni relative ai costi e ricavi) oggetto di una tipica 'concessione di servizi'.

⁶⁸ *Ex plurimis*, R. VILLATA, *Il partenariato pubblico privato nel settore dell'energia*, in E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - A. TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia. Gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, p. 37 ss.

del Partenariato Pubblico Privato⁷⁰: ed è proprio qui che verranno, progressivamente, a ‘condensarsi’ tutte le connessioni tra l’utilizzo razionale delle ‘risorse energetiche’ disponibili, la garanzia della libera ed effettiva concorrenza nel mercato europeo dell’energia, la promozione delle potenzialità occupazionali nel settore energetico, il concreto miglioramento degli “equilibri del bilancio” delle Pubbliche Amministrazioni, fino (nondimeno) all’indiretto obiettivo di una “coesione sociale ed economica” nel territorio europeo, reso, senz’altro, possibile da un ‘programmato’ sviluppo nelle aree maggiormente depresse ancorché, ben, ricche di risorse energetiche nuove e rinnovabili. In quest’ottica le operazioni di Partenariato Pubblico Privato riconducibili allo schema dell’“EPC” assurgono ad un fondamentale istituto del Codice dei Contratti Pubblici.

Si tratta, segnatamente, di un istituto cui l’Amministrazione Pubblica è chiamata a ricorrere strumentalmente per il perseguimento di una molteplicità di interessi costituzionalmente tutelati, mentre al contempo viene a corrispondere dal (sensibile) lato degli operatori economici l’incentivante contraltare di una parallela - e non certo marginale - possibilità imprenditoriale di non vedere ridurre esclusivamente il proprio ruolo a quello coincidente con la stretta esecuzione di un progetto già programmato dalle Amministrazioni Pubbliche. Ciò si capisce nella misura in cui gli operatori economici coinvolti nelle complesse procedure di affidamento di un EPC assistono ad un effettivo elevamento del proprio ruolo rispetto alla posizione di candidati ad altre procedure di aggiudicazione: essendo tecnicamente indispensabile - per la garanzia della maggior riduzione possibile dei consumi energetici - che nel Partenariato di un EPC si dispieghino tutte le potenzialità del ruolo dialettico di una controparte (assolutamente) paritaria nei confronti della Stazione Appaltante, specialmente in relazione alla (delicatissima) fase di concreta individuazione dei progetti, dei servizi e di tutte le attività necessarie ad assicurare il maggior miglioramento possibile delle prestazioni energetiche. Del resto è proprio sulle fasi di

⁶⁹ *Ex multis*, appare significativo rinviare a quanto osservato da R. DIPACE, *I contratti alternativi all’appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 4/2008, pp. 70-80; C. CHIARIELLO, *Il Partenariato per l’innovazione*, in *GiustAmm.it*, n. 2/2016; C. E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei Contratti Pubblici. Dalle Direttive 2014 al Codice 2016*, Torino, Giappichelli, 2017; F. NICOTRA, *Collaborare per migliorare: il partenariato pubblico-privato*, in *Il Diritto Amministrativo*, n. 5/2020, pp. 1-43; I. BLASI, *Il partenariato sociale*, in *Diritto.it*, 3 febbraio 2021.

⁷⁰ Appare di estremo interesse rimandare a quanto, diffusamente, ricostruito in P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002; D. D’ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2012; S. PELLIZZARI, *Le forme di partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali*, in *Impresa Sociale*, n. 3/2014, pp. 36-45; M. LOO GUTIERREZ, *I principi di sussidiarietà e solidarietà nel partenariato pubblico-privato contrattuale*, Roma, Aracne Editrice, 2014.

complessa progettazione che la stringente esigenza di competenze tecniche specialistiche, spesso assenti nel personale delle Amministrazioni repubblicane, porta in emersione il rilievo costituzionale di una sussidiaria, solidale e leale collaborazione tra Amministrazioni Pubbliche ed operatori economici interessati (*ex art. 118 Cost.*) ad eseguire prestazioni di maggiore riduzione possibile dei consumi di energia all'interno dell'Amministrazione Pubblica. Tutto ciò, per altro, non sembrerebbe distonico rispetto allo 'spirito di semplificazione' che ha recentemente animato varie modifiche nel quadro del diritto pubblico, fra cui si segnala (oltre a quanto osservato in relazione al Partenariato di un "Energy Performance Contract") l'inserimento del comma 2-bis all'articolo 1 della L. 241/1990, disposizione solennemente 'ricognitiva' della natura animante l'effettivo *modus operandi* dei «*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione [che] sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*». Dal che - paradossalmente - non appare peregrino ritenere che il recentissimo riconoscimento legislativo del "Contratto di Rendimento Energetico" quale tipica operazione di Partenariato Pubblico Privato rappresenterà un serio (ed effettivo) dubbio da scardinare per tutti coloro i quali finora avessero ritenuto, con matematica certezza, che la concorrenza nel mercato ed il principio di solidarietà e sussidiarietà fossero inconciliabili.

Né, per finire, deve trarre in inganno il riferimento al principio di solidarietà, sebbene non sia affatto escluso che taluno possa interpretarne il richiamo come inconferente rispetto alle relazioni intercorrenti tra Pubblica Amministrazione ed operatori economici coinvolti in un Partenariato riconducibile ad un "EPC". Se pure di primo acchito si fosse, infatti, portati ad immaginare che il "movente utilitaristico" di un operatore economico nulla abbia a che vedere con il principio di solidarietà una simile lettura (se vista con 'cautela') manifesterebbe il serio demerito di ignorare gli interessi sottesi ad un "Contratto di Rendimento Energetico": che dal lato dell'Amministrazione corrispondono ad interessi esulanti la stretta dimensione patrimoniale e dal lato dell'operatore economico (il fornitore delle prestazioni energetiche) si sostanzierebbero nell'ottenimento di un corrispettivo, da parte dell'Amministrazione, equivalente al maggior risparmio energetico 'possibile', con una vera e propria sostanziale 'convergenza solidale' (coerentemente alla 'radice' etimologica scaturente dal latino "*solidus*") verso il medesimo 'tipo' di interesse, che - si badi - anche per lo stesso 'fornitore' di un "Contratto di Prestazione Energetica" non è direttamente un puro interesse economico, essendo quest'ultimo, tecnicamente, mediato e filtrato dall'imprescindibile aspirazione al perseguimento del principio di 'efficienza energetica' e, per conseguenza, al raggiungimento di effettivi risparmi energetici. Anche perché - come acutamente osservato in dottrina - i «*principi*

dell'azione ambientale e dello sviluppo sostenibile fungono nel contratto di rendimento energetico da [pregnanti] parametri di meritevolezza, ergo l'atto di autonomia negoziale, pur presentando una causa lecita, potrebbe non esser meritevole di tutela se non idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale»⁷¹. Da qui si capisce intuitivamente il perché per un fornitore dell'“Energy Performance Contract” il perseguimento dell'efficienza energetica venga logicamente prima dello stesso, utilitaristico, interesse economico.

Una simile modalità di lettura, oltretutto, sarebbe per giunta passibile di pervenire addirittura fino all'estrema conseguenza (in verità ben argomentata in dottrina⁷²) per cui la funzione concreta dell'EPC a beneficio delle Amministrazioni repubblicane - realizzando il miglioramento, effettivo, degli *standards* energetici pubblici - corrisponderebbe, *ex se*, ad un vero e proprio 'interesse diffuso' di cui sono portatori tutti «i terzi, che di tale miglioramento energetico potranno godere, perché utenti della struttura su cui le misure intervengono. Lo strumento contrattuale [dell'EPC] viene [infatti] utilizzato in [strutturale] funzione di promozione delle scelte ecosostenibili, sicché deve affermarsi che l'efficientamento energetico e la tutela dell'interesse ambientale non sono semplicemente l'oggetto del contratto, ma la [peculiare] finalità del rapporto negoziale»⁷³ cui l'Amministrazione 'deve' strumentalmente ricorrere per realizzare gli obiettivi indicati nelle fonti europee e repubblicane. In ogni caso - quand'anche non si volesse condividere che la 'causa' di un "EPC" realizzi pure l'interesse dei terzi in relazione alla propria qualificata posizione di prossimità e vicinanza ad un contratto legislativamente 'conformato' alla cura di "beni comuni"⁷⁴ - appare, per lo meno, assai difficile (sinceramente) riuscire a revocare in dubbio che gli "Energy Performance Contracts" assurgano senz'altro ad un inedito e 'cruciale' 'mezzo negoziale' dell'ordinamento repubblicano: attraverso cui (si badi bene) il mercato concorrenziale e la connessa collaborazione 'sussidiaria' con le Pubbliche Amministrazioni (sempre più esigenti di competenze specialistiche dal mercato)

71 M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2018, p. 56.

72 M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2018, pp. 34-66.

73 M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2018, p. 54.

74 Appare illuminante, sul punto, rinviare a quanto attentamente ricostruito in P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2011, pp. 2613-2631; S. LIETO, *'Beni comuni', diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del Diritto*, n. 2/2011, pp. 331-350; A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rassegna di Diritto Civile*, n. 1/2014, pp. 180-203; A. CIOFFI, *Paesaggio, ambiente e 'beni comuni' nella giurisdizione amministrativa*, in *Diritto agroalimentare*, n. 3/2016, pp. 463-471; M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Diritto e Società*, n. 4/2016, pp. 807-846; A. CIERVO, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2017, pp. 97-103; A. GIORDANO, *Beni comuni e paradigmi di tutela processuale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 5/2020, pp. 449-478.

diventano il vero e proprio ‘motore istituzionale’ per l’effettiva tutela - presente e futura - dei fondamentali interessi pubblici attraversati e condizionati dall’inesauribile fenomeno dell’energia (in coerenza, del resto, con i principi contemplati dagli articoli 2, 9, 32, 41, 42, 44, 117 e 118 della Carta costituzionale).

5. Considerazioni conclusive.

Proprio in tempi recenti giova segnalare come l’acuta ed attenta dottrina abbia, brillantemente, messo a fuoco - con persuasive argomentazioni - quale sia la *ratio* sottostante al, prorompente, fenomeno ordinamentale per cui «*l’energia e gli appalti sono [da considerarsi] tra i settori che hanno [maggiormente] conosciuto una significativa trasformazione*»⁷⁵: parallela ancorché connessa. Ciò può spiegarsi nella misura in cui all’interno del diritto europeo e dell’ordinamento repubblicano italiano sia venuto a delinearsi un percorso sempre più cementato ed alimentato da una costante, profonda e dinamica integrazione dialettica tra interessi ambientali, sviluppo sostenibile, promozione della ricerca ed innovazione tecnologica (con l’aspirazione alla più ampia crescita occupazionale possibile), effettivo perseguimento delle esigenze di semplificazione, garanzia dell’efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa e (naturalmente) istanze provenienti da un mercato concorrenziale in perenne evoluzione e sempre più bisognoso (soprattutto a fronte delle ricorrenti crisi economiche) di paradigmi di affidamento dei contratti pubblici - via via - più agili⁷⁶ (e svincolati dai classici schemi cui finora il settore degli appalti aveva abituato).

È proprio qui (lungo questo percorso istituzionale di bilanciata integrazione di interessi) che il Contratto di Rendimento Energetico è materialmente venuto ad inserirsi ed insistere, tanto da assurgere, non a caso, ad un innovativo paradigma nel diritto pubblico: oggettivamente posto sul crinale tra energia ed appalti, ambiente e mercato, economia e sviluppo sostenibile, materia della ricerca e settore di una crescita occupazionale, sino - non di meno - al punto di finire per fungere da materiale elemento di contatto tra l’innovazione tecnologica e l’effettiva coesione economica, sociale e territoriale (una coesione che potrebbe - senza dubbi -

⁷⁵ C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all’economia circolare*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2020, p. 865.

⁷⁶ D’altra parte «*se è vero che un rilevante ostacolo alla gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti pubblici è nel deficit informativo, che non consente alle stazioni appaltanti di orientare opportunamente le proprie preferenze, non può comunque sfuggire che tale deficit fa parte di una più generale e fisiologica asimmetria informativa della pubblica amministrazione nei confronti del contraente privato, che aumenta in proporzione alla complessità dell’appalto e suggerisce l’uso di procedure di aggiudicazione [sempre più] flessibili*» M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rassegna di Diritto Civile*, n. 4/2016, p. 1302.

consolidarsi all'interno dei confini europei in ragione della, dinamica, dialettica tra tutte le opportunità di mercato sottese agli *Energy Performance Contracts* e le potenzialità energetiche sussistenti nelle aree unionali maggiormente depresse).

Tutto ciò, a ben riflettere, si pone in estrema coerenza con la causa degli *Energy Performance Contracts*, che - d'altra parte - essendo funzionalmente improntati al risparmio di energia finiscono per condividere l'intima natura trasversale caratterizzante il fenomeno energetico: che (come già, in breve, osservato in epigrafe) non si crea e né si distrugge⁷⁷ ma si trasforma incessantemente, involgendo espansivamente tutta l'esistenza della natura e dell'uomo nonché, in conseguenza, dell'ordinamento⁷⁸. In quest'ottica l'*Energy Performance Contract* finisce per travalicare la tipica funzione ordinamentale che, di per sé, sarebbe fisiologicamente riconducibile ad un contratto.

Il che per almeno tre (pregnanti) ordini di ragioni.

In primis poiché non può ignorarsi che dal carattere vincolante della disciplina europea che ne è a monte (si rammenti il vincolo per l'esercizio della potestà legislativa - *ex art.* 117, comma 1, Cost. - e, in conseguenza, per l'attività amministrativa che ne è a valle, *ex art.* 118 e 120 Cost.) discende che gli *Energy Performance Contracts* assurgono nell'alveo del policentrico e multilivello ordinamento repubblicano ad un ruolo (per un contratto, senz'altro, inedito) uniformante (e di omogeneizzazione) rispetto all'effettiva realizzazione degli obiettivi in materia di energia (ed in generale di ciò che comunque possa trasversalmente attenersi al settore energetico).

In secondo luogo - volendo riprendere un'autorevole e lungimirante lettura offerta sul tema dell'energia - il Contratto di Rendimento 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) «non si limita al puro sfruttamento dei beni e delle risorse naturali ma si fonda sulla ricerca e sulle tecnologie più

⁷⁷ F. SELLERI, *Che cos'è l'energia*, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 75 ss.

⁷⁸ *Ex multis* si rimanda (senza, ovviamente, pretese di completezza nei riferimenti) a quanto osservato in G. ZORZOLI, *Energia. La storia infinita*, in *il Mulino*, n. 1/1987, pp. 51-67; U. COLOMBO, *L'energia infinita*, in *Equilibri*, n. 3/1997, pp. 339-348; L. CERÉ, *L'energia. Un quadro di riferimento*, Torino, Giappichelli, 2001; D. CALDIROLA, *Energia, clima e generazioni future*, in *Amministrare*, n. 2/2009, pp. 281-298; G. ZORZOLI, *Terra ed energia*, in *Parolechiave*, n. 44/2010, pp. 177-187; M. MARTIN, *Il concetto di Energia in Freud, Jung e Rigo*, in *Rivista di Psicoterapia immaginativa - ITP*, luglio 2012; I. SCOTTI, *Sfera pubblica, conflitto ambientale e transizione energetica*, in *Prisma*, n. 3/2014, pp. 31-53; L. COZZI - V. FRANZA, *Digitalizzazione: una nuova era per l'energia?*, in *Equilibri*, n. 2/2019, pp. 401-418; A. LO CAMPO, *Il premio Nobel Roger Penrose, il teorico ateo dell'esistenza di Dio*, in *Avvenire.it*, Agorà, 7 ottobre 2020; G. PAGNOTTA, *Prometeo a Fukushima. Storia dell'energia dall'antichità ad oggi*, Torino, Einaudi, 2020.

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»⁷⁹; 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 terzo luogo (quale parziale conseguenza delle prime due peculiarità evidenziate) il regime di affidamento proprio di un Contratto di Rendimento Energetico manifesta nell'inquadramento riconducibile al Partenariato Pubblico Privato un equilibrio diretto a realizzare un tipo d'interesse che, strutturalmente, trascende la stretta dimensione patrimoniale: sia per le Amministrazioni Pubbliche che per gli stessi operatori economici (attratti in sussidiarietà orizzontale per l'effettivo perseguimento del principio di efficienza energetica e - quindi - per la realizzazione di attività di, indiscutibile, interesse generale).

È, infatti, l'effettivo perseguimento del fondamentale principio di efficienza energetica a fare da *trait d'union* nella complessa definizione di tutte le fasi ed operazioni di realizzazione di un Partenariato Pubblico Privato avente ad oggetto l'EPC e non (si badi bene) il mero risparmio finanziario.

Tant'è che in dottrina è stato energicamente fatto notare come nel complesso delle procedure di affidamento di un EPC le Pubbliche Amministrazioni e gli operatori economici non dovrebbero - mai - sottovalutare che «*l'atto di autonomia negoziale, pur presentando una causa lecita, potrebbe non esser meritevole di tutela se non idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale*»⁸⁰ della maggior efficienza energetica realizzabile. Ciò significa che la causa dell'EPC quale operazione di Partenariato Pubblico Privato non è (si badi) il mero risparmio finanziario per i consumi energetici dell'Amministrazione ma, andando ben oltre, il perseguimento della maggiore efficienza energetica possibile: ecco perché si rendono, di fatto, necessarie delle elevatissime competenze tecniche specialistiche, giacché non sarebbe - di per sé - sufficiente un fornitore che garantisca dei risparmi energetici, essendo, piuttosto, necessario che l'Amministrazione individui quale tra i possibili fornitori in concorrenza sul mercato sia (con oggettività) quello tecnicamente più capace di poter assicurare la maggior efficienza energetica possibile; anche in relazione alle, intrinseche, peculiarità degli immobili che si intendono riqualificare energeticamente.

⁷⁹ M. A. CABIDDU, *Energia per lo sviluppo: servizio essenziale e diritto fondamentale*, in *Amministrare*, n. 2/2009, p. 175.

⁸⁰ M. G. CAPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2018, p. 56.

Dal che si riesce oltre tutto a spiegare il perché nel caso di un Partenariato avente ad oggetto un EPC si possa parlare di una “sussidiaria collaborazione”: poiché le elevatissime competenze specialistiche necessarie alla realizzazione degli interessi pubblici sottesi all’EPC (in coerenza ai principi contemplati dagli articoli 2, 9, 32, 41, 42, 43, 44, 117 e 118 della Carta costituzionale) richiedono che le Amministrazioni repubblicane (cronicamente carenti, in organico, del personale sufficientemente dotato di adeguate competenze tecniche) favoriscano l’autonoma iniziativa economica di tutti coloro i quali (senza discriminazioni) siano in possesso dei requisiti tecnici e - soprattutto - si dimostrino capaci di soddisfare nel migliore delle modalità possibili i criteri per l’affidamento in Partenariato del Contratto di Prestazione Energetica.

È già tempo che l’autorevolissima dottrina interpreta il Partenariato Pubblico Privato come l’espressione di «*uno dei più chiari esiti della progressiva vanificazione della netta dicotomia tra diritto pubblico e diritto comune*»⁸¹, ciò viene, in effetti, a riflettersi (in termini esponenzialmente amplificati) proprio negli *Energy Performance Contracts*, in cui vi è un’oggettiva commistione, legata ad imprescindibili esigenze tecniche, tra i classici modelli pubblicistici di affidamento contrattuale e la struttura civilistica del contratto⁸² di “EPC”: laddove per altro emerge (con tutta la sua evidenza) l’intima radice storica e giuridica alla base del principio di sussidiarietà, principio che nato (nella dottrina sociale della Chiesa Cattolica⁸³) come pragmatica questione di metodo rispetto ai limiti del legittimo intervento dell’azione pubblica nella sfera privata si ritrova (*mutatis mutandis*) nell’evoluto contesto del mercato concorrenziale dell’energia (in cui l’intervento pubblico si è, già da tempo, ritratto) ad assolvere alla, propria, vocazione di *subsidium* rispetto all’effettiva realizzazione degli ‘interessi pubblici generali’.

Difficile non scorgere la straordinarietà ordinamentale dell’istituto degli *Energy Performance Contracts*, non un semplice contratto ma, in estrema sintesi, un rivoluzionario paradigma giuridico di matrice europea: in cui sono venute a

81 M. P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, Finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 2.

82 «*Si tratterebbe, dunque, indulgendo alla discutibile tendenza a declinare le vicende evolutive del contratto addirittura in funzione di indicazioni numeriche - primo, secondo, terzo contratto -, di un “quarto contratto” o, forse, “quinto contratto”, qualora si ipotizzi, come “quarto contratto”, lo schema di un contratto asimmetrico “al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica”*» M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”*: un altro modo di soddisfare i bisogni, in *Rassegna di Diritto Civile*, n. 4/2016, p. 1302.

83 *Ex multis*, P. MAGAGNOTTI (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa. Testi integrali della Rerum novarum e dei documenti pontifici pubblicati per le ricorrenze dell’enciclica leonina*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1991; M. NAPOLI (a cura di), *Principio di sussidiarietà, Europa, Stato sociale*, Milano, Vita e Pensiero, 2003; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, p. 8 ss.

condensarsi in un tutt'uno le umane esigenze avvertite (in natura ed in diritto) in relazione agli essenziali interessi comuni sottesi allo storico (imponente ed inesauribile) fenomeno energetico.

Senonché l'analisi delle radici pubblicistiche degli *Energy Performance Contracts* ci consente di trarre, per lo meno, due considerazioni conclusive.

Da un lato appare evidente che non si parli di un contratto ancorato alla tradizionale funzione di scambio di beni o di servizi, trattandosi piuttosto di un negozio traente la propria causa nell'effettivo perseguimento (di una concretizzazione) del "bene comune", qual è il maggior risparmio possibile di energia.

Dall'altro lato (e come conseguenza) gli *Energy Performance Contracts* assurgono, pacificamente, al ruolo di un innovativo strumento di matrice europea per la regolazione nel mercato energetico di una diversa pluralità di interessi dinamicamente in concorso tra di loro, sebbene tutti costituzionalmente convergenti ed integrati attorno ai principi di solidarietà, sussidiarietà e sostenibilità nell'utilizzo delle risorse energetiche disponibili.

Tutto ciò - preme conclusivamente puntualizzare - risponde al fine ultimo di una effettiva tutela della stessa sopravvivenza del genere umano: giacché se è vero (come evidenziato in epigrafe) che senza energia non vi sarebbero né spazio né uomo allora in quest'ottica gli *Energy Performance Contracts* finiscono per inserirsi nel solco di una fondamentale garanzia del "pieno sviluppo della persona umana"⁸⁴, di cui ragiona l'articolo 3, comma 2, della Carta repubblicana.

Del resto è evidente che la crescita e la sopravvivenza dell'uomo passino, ineluttabilmente, attraverso il ricorso a strumenti concreti come gli *Energy Performance Contracts*: funzionalmente protesi ad assicurare il pieno sviluppo della persona umana in tutte le sue dimensioni, da quelle più fisiche, naturali e meccanicistiche sino alla cura delle non trascurabili esigenze legate ai più intimi aspetti escatologici dell'umanità.

84 D'altra parte è, proprio, intorno all'effettivo perseguimento dell'obiettivo repubblicano di un «pieno sviluppo della persona umana» che si è manifestata l'espansione ordinamentale dei (richiamati) principi costituzionali a base degli *Energy Performance Contracts*, come, appunto, il principio di solidarietà, il principio di sussidiarietà (si pensi, oltre tutto, a come, per un esempio, la sussidiarietà orizzontale sia esponenzialmente cresciuta nell'alveo dell'ordinamento, specie lungo la via del "Terzo Settore"), fino, non di meno, al principio di un intergenerazionale sviluppo sostenibile: un principio quest'ultimo che (d'altronde) «non sembra affatto muoversi [più] sul solo piano delle raccomandazioni morali ma, al contrario, sembra aver trovato concreto e tangibile riscontro [...] ai vari livelli dell'ordinamento giuridico» D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 179.