

### **Il *factum principis* e l'impossibilità della prestazione**

La pronuncia in commento interviene a confermare un indirizzo consolidato, soprattutto in ambito civilistico (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. III, 25 maggio 2017, n. 13142; 8 giugno 2018, n. 14915) in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art. 1256 c.c.* e di ricorso all'esimente del *factum principis* da parte del soggetto inadempiente. Lo fa, però, con riferimento ad una fattispecie di grande interesse, quale quella della realizzazione di interventi infrastrutturali nella specie di tipo sportivo e, soprattutto, al di fuori della casistica che tanto ha impegnato negli ultimi tempi il giudice ordinario e quello amministrativo nel corso dell'epidemia da Covid-19, in ragione dei provvedimenti che si sono susseguiti per assicurare le misure emergenziali di distanziamento sociale e prevenzione della diffusione del contagio. Provvedimenti che hanno avuto evidentemente importanti ricadute sulla vita sociale e soprattutto sui rapporti negoziali e commerciali.

Come noto, per *factum principis* deve intendersi un atto della pubblica autorità che renda impossibile l'adempimento della prestazione da parte del debitore nei confronti del creditore riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 1256 c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta. Esso può consistere, come altrettanto noto, in un provvedimento amministrativo oppure in una sopravvenienza normativa. Il suo intervento non comporta di per sé la liberazione del debitore dall'onere dell'esatto adempimento, come nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta totale, contemplata dalla citata disposizione. Quest'ultima, infatti, prevede una serie di circostanze che intervengono, successivamente al sorgere del vincolo negoziale, rendendo impossibile la prestazione, in tutto, con conseguente liberazione dal vincolo del debitore, o parzialmente, con il permanere in capo allo stesso di un obbligo di adempimento parziale, sempre nei limiti dell'interesse del creditore. L'impossibilità può scaturire da caso fortuito (evento imprevedibile come un terremoto o un'alluvione) ovvero da forza maggiore (evento al quale non può essere opposta resistenza) ed essere definitiva, liberando, anche in tale ipotesi, il debitore, ovvero temporanea, nel qual caso l'obbligazione non si estingue ma il debitore non potrà essere chiamato a rispondere del danno causato eventualmente per il ritardo nell'adempimento. L'impossibilità del corretto e puntuale adempimento deve essere debitamente provata dal soggetto inadempiente, ai sensi dell'art. 1218 c.c., che impone alle parti una condotta ispirata ai principi di correttezza e buona fede. La presunzione di colpa nei suoi confronti è superabile, in quanto *iuris tantum*, mediante la dimostrazione dell'esistenza dell'elemento oggettivo dell'impossibilità ad adempiere e di quello soggettivo dell'assenza di colpa riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione. Proprio per il rispetto dei cennati principi di correttezza e buona fede ispirati al valore della solidarietà che deve permeare la condotta

negoziale, la presunzione di colpa che connota l'inadempimento può essere superata, in quanto *iuris tantum*, mediante la dimostrazione della ricorrenza di un elemento oggettivo, consistente nell'impossibilità di eseguire correttamente la prestazione, e di un elemento soggettivo, da rinvenire nell'assenza di colpa da parte del debitore riguardo al determinarsi dell'evento che ha reso impossibile la prestazione (per causa non imputabile al debitore).

Come accennato sopra, l'intervento del *factum principis* non comporta l'esonero automatico dalla responsabilità del debitore, in quanto, a tal fine, è necessaria la valutazione dell'effettiva imprevedibilità dell'atto amministrativo o della sopravvenienza normativa al momento in cui è stata assunta l'obbligazione negoziale, nonché della concreta possibilità di contrasto di tale sopravvenienza, al momento dell'adempimento della prestazione contrattuale.

La giurisprudenza civilistica, sul punto, ha escluso in più occasioni la ricorrenza dell'esimente dell'impossibilità sopravvenuta *per factum principis*, fra l'altro in ipotesi di preliminare di compravendita, qualora il procedimento di esproprio da parte dell'amministrazione fosse già in corso al momento della stipula del contratto e nel caso in cui gli effetti del provvedimento potessero essere contestati con mezzi non sproporzionati.

La liberazione del debitore dall'onere dell'obbligazione negoziale per impossibilità della prestazione dovuta può verificarsi, dunque, solo qualora concorra l'elemento oggettivo dell'impossibilità con quello soggettivo dell'assenza di colpa. Il che si traduce, con riferimento specifico al *factum principis*, nella dimostrazione da parte del debitore inadempiente che il provvedimento dell'autorità amministrativa non fosse in alcun modo prevedibile con la normale diligenza richiesta nelle attività negoziali, al momento dell'assunzione dell'obbligazione, e che, al momento dell'esecuzione, non potesse essere contrastato con gli strumenti a disposizione.

Nel caso oggetto della pronuncia commentata non vi è dubbio che la ricorrente avesse piena consapevolezza della presenza di siti archeologici nell'area di realizzazione dell'intervento, consistente nella costruzione di un impianto polisportivo comunale. Infatti, essa stessa ne aveva dato atto nel verbale di consegna dell'area di proprietà di Roma Capitale, affidatale in forza di apposito provvedimento di concessione di costruzione e gestione.

Pertanto, l'intervento dell'autorità preposta alla tutela dei beni e delle aree archeologiche, ovvero la Soprintendenza speciale per il Colosseo, era assolutamente prevedibile ed anzi, per meglio dire, previsto dalla vigente disciplina, che subordina la validazione del progetto esecutivo al rilascio del parere obbligatorio e vincolante della stessa. Altrettanto presumibile da parte di un soggetto dotato di normale diligenza era la necessità di interventi per la salvaguardia dei beni e reperti presenti nella zona interessata. A ciò deve aggiungersi che, a fronte del parere favorevole della So-

printendenza, ma con una serie di *caveat*, ai quali il concessionario avrebbe dovuto dare seguito, non sono state poste in essere condotte adeguate e neppure il concessionario ha fornito riscontro alle richieste formulate dall'amministrazione comunale, la quale ha perciò concluso il procedimento di validazione con esito negativo e conseguente archiviazione del progetto.

Il giudice di prime cure ha riconosciuto la correttezza dell'azione dell'amministrazione comunale, che non avrebbe potuto assumere decisione diversa da quella scaturente dal parere vincolante della Soprintendenza e dall'inattività della ricorrente, la quale non ha neanche ritualmente impugnato l'avviso pubblico. Il Consiglio di Stato ha confermato, sulla base delle stesse argomentazioni, l'avviso del Tar Lazio, affermando la necessità di archiviazione da parte dell'amministrazione comunale della procedura relativa alla realizzazione del centro polisportivo e rigettando il gravame proposto dalla ricorrente.

PAOLA COSA

\* \* \*