



N. 1234/08 Reg. Sent.

N. 5431/1995 Reg. Ric.

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA  
LOMBARDIA**

(Sezione II)

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso R.G. n. 5431/1995, proposto dalla Russothotels s.p.a. con sede in Messina largo V. La Rosa n. 81, rappresentata e difesa dall'avv.to Maurizio Saladino e con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, viale Regina Margherita, 43

**contro**

il Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocatura comunale, nella persona degli avvocati Maria Rita Surano, Armando Tempesta, Antonello Mandarano, Anna Maria Moramarco, Alessandra Montagnani Amendolea e Daniela Dell'Oro e con domicilio eletto presso i medesimi, in Milano, via della Guastalla, 8

**per l'annullamento**

- con tutti gli atti ad esso preordinati, consequenziali o, comunque, connessi (fra cui specificamente il parere della Civica Avvocatura), del provvedimento, a firma del Direttore del Settore Edilizia Privata del Comune di Milano, prot. N. 203611/24638/95 del 03.09.1995, notificato in data 5.10.1995, nella parte in cui comunica il diniego della richiesta di restituzione della somma di L. 533.020.616, versata dalla Russothotels s.p.a. a titolo di contributo concessorio relativo alla concessione edilizia in sanatoria n. 671/91,

**nonché per l'accertamento**

del diritto della Russothotels s.p.a. alla ripetizione della somma versata a titolo di contributo concessorio relativamente alla concessione edilizia n. 671/91 rilasciata dal Comune di Milano, oltre interessi legali,

**e per la conseguente condanna**

del Comune di Milano al pagamento alla Russothotels s.p.a. della somma di L. 533.020.616, oltre ad interessi legali

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio e la memoria di difesa del Comune di Milano;

VISTE le memorie ed i documenti prodotti dalle parti a sostegno delle rispettive tesi e difese;

VISTI gli atti tutti della causa;

UDITI nella pubblica udienza del 12.03.2008, relatore il dott. Alberto Di Mario, gli avvocati Maurizio Saladino per il ricorrente e l'avv. Antonello Mandarano per il Comune di Milano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

### **FATTO**

La società ricorrente è proprietaria dell'immobile sito in Milano alla via Cecchi n. 18, avente destinazione industriale e, in parte limitata, ad uffici. Con la concessione edilizia in sanatoria n. 671 del 17.06.1991, la società ottiene il mutamento di destinazione d'uso dell'intero immobile da industriale ad uffici. A seguito degli accertamenti della magistratura risulta, però, che, per il rilascio della concessione edilizia in sanatoria il proprietario ed amministratore unico della società ha pagato una tangente ad alcuni funzionari comunali, ottenendo così il titolo in mancanza dei presupposti previsti dalla legge per il suo rilascio.

La Corte d'Appello di Milano, sez. IV penale, con la sentenza 09.02.1994 – 19.5.1994 n. 657, pronunciata anche nei confronti del Comune di Milano costituitosi parte civile, esprimendosi sulla ricorrenza nella fattispecie di un danno patrimoniale dell'ente pubblico, ha affermato che “ le somme corrisposte dagli imputati in relazione alle concessioni in sanatoria illegittime di cui è processo non possono essere ripetute né formare oggetto di compensazione stante il divieto di cui all'art. 2035 c.c.. Infatti “la nozione di negozio immorale o contrario al buon costume comprende non soltanto i negozi contrari alle regole del pudore sessuale o della decenza ma, più in generale, quei negozi contrari a quei principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva, che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il proprio comportamento la generalità delle persone corrette, di buona fede e di sani principi, in un determinato momento ed in un determinato ambiente (Cass. 15.02.1960 n. 234). Per le stesse considerazioni non potrà nella fattispecie essere esercitata l'azione generale di arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c. (cfr. Cass. 21.07.1989 n. 4398)”.

La pronuncia della Corte d'Appello è stata poi confermata sul punto dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 2016 del 15.11.1994 – 11.05.1995. Secondo il supremo consesso “infondati, infine, sono i motivi d'impugnazione che riflettono, sotto profili in parte diversificati, le statuizioni civili della sentenza impugnata e che denunciano .... 3) la mancata valutazione del vantaggio derivato al Comune di Milano dal pagamento di somme non dovute per maggiori oneri e diritti relativi alle illegittime concessioni e delle quali la corte territoriale ha escluso la ripetibilità a favore del privato in virtù del divieto ex art. 2035 c.c.”.

A seguito della pronuncia della Corte d'Appello di Milano, sez. IV penale, 09.02.1994 – 19.5.1994 n. 657 il Comune di Milano ha provveduto al riesame del procedimento amministrativo e, accertato che la concessione edilizia in sanatoria n. 67 del 17.06.1991 è illegittima per contrasto con le disposizioni della L. 47/85 e con le disposizione del p.r.g., ne ha disposto l'annullamento.

La società proprietaria ha quindi reagito chiedendo in data 20.07.1995 al Comune la restituzione degli oneri concessori versati per il rilascio della concessione in sanatoria, comprensivi degli interessi legali e della rivalutazione monetaria, in quanto la concessione non è mai stata utilizzata e non è più utilizzabile a seguito dell'annullamento.

L'istanza della Russothotels è stata quindi respinta dal Comune di Milano in data 12.09.1995 in quanto la corresponsione della somma di lire 533.020.616 a titolo di oneri di urbanizzazione "deve ritenersi quale prestazione per uno scopo che costituisce offesa al buon costume, es art. 2035 c.c. (negoziio immorale), e, come tale non ripetibile", secondo quanto espressamente indicato dalla Corte d'Appello di Milano, sez. IV penale, 09.02.1994 – 19.5.1994 n. 657, poi confermata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 2016 del 15.11.1994 – 11.05.1995.

Contro il suddetto diniego insorge la ricorrente articolando i seguenti motivi di ricorso. 1) Violazione dell'art. 2033 c.c., falsa applicazione dell'art. 2035 c.c., eccesso di potere sotto i profili della motivazione insufficiente, incongrua e pretestuosa. Secondo la ricorrente il pagamento degli oneri di urbanizzazione non può costituire un negozio immorale in quanto è un atto dovuto, secondo la legge 10/1977, al fine del rilascio del titolo edilizio. In secondo luogo il pagamento degli oneri non può costituire prestazione contraria al buon costume in quanto tale nozione "non può essere estesa ad un atto dovuto, assolutamente conforme a legge". In terzo luogo manca la bilateralità dello scopo immorale, richiesto dall'art. 2035 c.c. per escludere la ripetibilità del pagato, non potendo immaginare che il Comune di Milano abbia agito per scopi immorali. In quarto luogo non era attribuito al giudice penale alcun potere di accertamento, né tanto meno di esclusione, del diritto alla restituzione degli oneri giustamente versati, perché dovuti, e, comunque, la Corte d'Appello, nel richiamare l'art. 2035 c.c., fa evidente riferimento alla tangente e non al pagamento degli oneri concessori e la sua sentenza è stata annullata dalla Cassazione.

In quinto luogo, visto che la giurisprudenza ha ammesso il corruttore a chiedere la restituzione di quanto versato per un negozio illecito, a maggior ragione la società Russothotels, che non è parte degli atti illeciti posti in essere del suo amministratore unico, potrà chiedere ed ottenere la restituzione di somme versate lecitamente ma indebitamente.

2) Violazione dell'art. 2033 c.c. e 2041 c.c., poiché la giurisprudenza amministrativa è del tutto univoca nell'affermare che, nel caso in cui il titolare della concessione non possa più realizzare le opere assentite, ha diritto alla restituzione degli oneri di urbanizzazione pagati, stante il rapporto sinallagmatico che intercorre tra la realizzazione delle opere ed pagamento degli oneri. Ne consegue che la società ricorrente ha diritto alla restituzione della somma di L. 533.020.616 a titolo di indebito oggettivo (art. 2033 c.c.) o di ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.), oltre agli interessi legali.

La difesa del Comune ha contro dedotto affermando che il diniego del Comune sull'istanza restitutoria è atto dovuto con il quale il Comune si limita ad eseguire la

sentenza definitiva della Corte d'Appello di Milano. Tale pronuncia è stata, infatti confermata *in parte qua* dalla Corte di Cassazione.

Nessuno dubbio può poi nutrirsi in ordine alla natura immorale delle somme versate a titolo di oneri concessori, in quanto la giurisprudenza ha da tempo chiarito che l'immoralità, che comporta l'irripetibilità del pagato, attiene anche ai comportamenti corruttivi, che costituiscono violazione della morale sociale. In ultimo è da respingere anche la tesi, affermata dal ricorrente, secondo la quale non potrebbe farsi ricadere alcuna responsabilità in capo alla società per i reati posti in essere dal suo rappresentante legale, in virtù del rapporto di immedesimazione che li lega e della responsabilità d'impresa, oggi prevista dall'art. 5 D. Lgs. 231/01.

All'udienza pubblica del 12 marzo 2008, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

## **DIRITTO**

Il ricorso non merita accoglimento.

Con il primo gruppo di motivi di ricorso la ricorrente contesta la violazione dell'art. 2033 c.c., la falsa applicazione dell'art. 2035 c.c., l'eccesso di potere sotto i profili della motivazione insufficiente, incongrua e pretestuosa.

In primo luogo la ricorrente afferma che il pagamento degli oneri di urbanizzazione non può costituire un negozio immorale in quanto è un atto dovuto, secondo la legge 10/1977, al fine del rilascio del titolo edilizio.

Il motivo non è fondato.

Dalla ricostruzione dei fatti effettuata dal giudice penale e che produce effetti di giudicato anche nel giudizio amministrativo, ai sensi dell'art. 654 c.p.p., risulta chiaramente che la concessione edilizia in sanatoria è stata rilasciata a seguito del pagamento di una "tangente" a favore di funzionari corrotti. Il giudice penale ha chiarito che il fatto di reato è consistito nel compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio, consistente, in particolare, nell'illecito ampliamento del condono, cioè nell'alterazione degli atti del procedimento amministrativo in modo tale che le superfici ad uso uffici aumentassero dagli originari mq. 576,00 a mq. 9.575,66 e quelle ad uso industriale si riducessero da mq. 2.565,84 a mq. 1.764,79. Il procedimento, così alterato, per potersi concludere con l'utilità finale richiesta dal corruttore, cioè il provvedimento di concessione edilizia in sanatoria, richiedeva il previo pagamento degli oneri di urbanizzazione in conformità agli atti alterati, ai sensi dell'art. 37 della legge 28-02-1985, n. 47. E così infatti, a seguito del pagamento degli oneri di urbanizzazione alterati, la pratica di condono fu evasa con l'emanazione del titolo concessorio in sanatoria.

E' chiaro, quindi, che il pagamento degli oneri è fatto costitutivo della fattispecie criminosa realizzata e parte integrante del fatto di reato. Deve, di conseguenza, escludersi qualsiasi "doverosità" di tale pagamento dolosamente infedele e volto a creare l'apparenza di una situazione lecita. E' quindi parte integrante del *pactum sceleris* e partecipa della stessa natura.

In secondo luogo il ricorrente afferma che il pagamento degli oneri non può costituire prestazione contraria al buon costume, in quanto tale nozione "non può essere estesa ad un atto dovuto, assolutamente conforme a legge".

Il motivo non è fondato.

La giurisprudenza ha chiarito, infatti, che la nozione di negozio contrario al buon costume comprende (oltre ai negozi che infrangono le regole del pudore sessuale e della decenza) anche i negozi che urtano contro i principi e le esigenze etiche della coscienza collettiva, elevata a livello di morale sociale, in determinato momento ed ambiente. In tale ambito rientra anche il pagamento effettuato coscientemente di somme non dovute con lo scopo unico e determinante di facilitare la commissione di un reato.

In terzo luogo il ricorrente afferma che manca la bilateralità dello scopo immorale, richiesto dall'art. 2035 c.c. per escludere la ripetibilità del pagato, in quanto non si potrebbe ritenere contraria al buon costume la percezione degli oneri in questione da parte del Comune.

Il motivo non è fondato.

La giurisprudenza, infatti, ha chiarito che, ai fini della responsabilità della pubblica amministrazione per il fatto illecito del dipendente, il rapporto organico non può ritenersi a propri interrotto.

Secondo la Cassazione (C 2.2.1999, Savi ed altri, CED 212501) in tema di responsabilità della Pubblica amministrazione per fatto illecito del dipendente, va innanzitutto accertata la contestualità tra lo svolgimento delle mansioni e il comportamento criminoso nel senso che le prime devono - nel loro espletamento in concreto - corrispondere a quelle affidate, e non devono mai prescindere dai fini istituzionali dello Stato o dell'Ente pubblico, perché resti integro il rapporto organico fonte della diretta responsabilità della Pubblica amministrazione. Peraltro, nella valutazione del comportamento concreto lesivo del diritto altrui posto in essere dal pubblico dipendente (e senza distinzioni tra attività propriamente rappresentativa nel rapporto organico di tipo amministrativo e attività materiale), il giudice dovrà altresì valutare se tale comportamento - ancorché deviato per violazione di norme regolamentari o per eccesso di potere - risulti comunque finalizzato al raggiungimento dei fini istituzionali: ed in tal caso il rapporto organico rimane integro con la conseguente assunzione di responsabilità diretta della Pubblica amministrazione.

Tali requisiti sussistono pienamente: sia la contestualità con l'esercizio delle funzioni, sia il perseguimento dei fini istituzionali dell'ente, in quanto il comportamento illecito è consistito "nell'illecito ampliamento del condono", come affermato dalla Corte d'Appello di Milano. Non essendoci stata, quindi, una totale sostituzione delle finalità personali del funzionario infedele a quelle della Pubblica amministrazione permane intatto il rapporto organico e, di conseguenza, sussiste anche il requisito della bilateralità dell'immoralità.

In quarto luogo il ricorrente deduce che non era attribuito al giudice penale alcun potere di accertamento, né tanto meno di esclusione, del diritto alla restituzione

degli oneri giustamente versati e che, comunque, la Corte d'Appello, nel richiamare l'art. 2035 c.c., fa evidente riferimento alla tangente e non al pagamento degli oneri concessori e la sua sentenza è stata annullata dalla Cassazione.

Il motivo non è fondato.

Ai sensi dell'art. 185 c.p. ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. E' chiaro, quindi, che il reato costituisce autonoma fonte dell'obbligo restitutorio ex art. 2033 c.c. e che tale azione può essere esercitata all'interno del processo penale, con la costituzione di parte civile. Ciò radica, quindi, la giurisdizione del giudice ordinario. Neppure si può aderire alla prospettazione secondo la quale il giudice penale intendeva riferirsi solo alla tangente in quanto la sentenza della Cassazione è chiara nel fare riferimento agli oneri concessori. La chiara espressione della Cassazione esclude quindi qualsiasi rilevanza dell'effetto da essa prodotto sulla sentenza di secondo grado.

In quinto luogo il ricorrente afferma che, visto che la giurisprudenza (Cass. Pen., sez. VI, 15.3.93) ha ammesso il corruttore a chiedere la restituzione di quanto versato per un negozio illecito, a maggior ragione la società Russotthotels, che non è parte degli atti illeciti posti in essere del suo amministratore unico, potrà chiedere ed ottenere la restituzione di somme versate lecitamente ma indebitamente.

Il motivo non è fondato.

Non si può, infatti, negare il rapporto di immedesimazione organica dell'amministratore unico con la società, alla luce del fatto che i reati sono stati realizzati nell'interesse della medesima, con il denaro della società e sui suoi beni. D'altronde il superamento dell'irresponsabilità dell'ente per i fatti illeciti posti in essere dai suoi amministratori è ormai stata positivizzata con il D. Lgs. 231/01. L'irripetibilità, inoltre, discende dall'effetto paralizzante che l'eccezione di immoralità produce sulla *condictio indebiti*.

Con il secondo gruppo di motivi il ricorrente afferma la violazione dell'art. 2033 c.c. e 2041 c.c., poiché la giurisprudenza amministrativa è del tutto univoca nell'affermare che, nel caso in cui il titolare della concessione non possa più realizzare le opere assentite, ha diritto alla restituzione degli oneri di urbanizzazione pagati, stante il rapporto sinallagmatico che intercorre tra la realizzazione delle opere ed pagamento degli oneri. Ne consegue che la società ricorrente ha diritto alla restituzione della somma di L. 533.020.616 a titolo di indebito oggettivo (art. 2033 c.c.) o di ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.), oltre agli interessi legali.

Dalle considerazioni effettuate in merito al primo gruppo di motivi consegue che anche il secondo gruppo di motivi non può essere accolto.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, ritiene dovuta la restituzione degli oneri di urbanizzazione nel caso in cui il relativo pagamento si appalesa come privo di causa cosicché l'eventuale importo versato deve essere restituito (TAR Lombardia, Sez. II 18.12.1987 n. 482 e, per più recente affermazione del

