

L'URBANISTICA E GLI INCERTI CONFINI TRA DIRITTO AMMINISTRATIVO E DIRITTO PENALE*

Nel salutare gli amici, i colleghi, i magistrati e tutti i presenti, debbo un ringraziamento davvero molto sentito a Marta Rolli, che presiede la Società fra gli Avvocati Amministrativisti dell'Emilia-Romagna e che ha il merito di aver organizzato questo momento di confronto tra amministrativisti e penalisti. Su un tema di stretta attualità e di assoluto interesse qual è il confine tra diritto amministrativo e diritto penale.

Un saluto cordiale vada anche al Presidente Paolo Carpentieri, che ha introdotto da par suo il seminario.

Il caso Milano, anzi, i casi Milano, hanno portato alla ribalta delle cronache il rapporto tra diritto amministrativo e diritto penale, il rapporto tra giudice amministrativo e giudice penale in relazione all'esercizio del potere amministrativo ed alla posizione soggettiva dei destinatari degli atti amministrativi. Milano ha amplificato fenomeni, che avvengono costantemente in ogni parte d'Italia, seppure con una ridondanza diversa.

Mi compete l'analisi dei profili urbanistici. Anticipo sin d'ora come - nell'attuale congiuntura di evidente incertezza e di sovrapposizione delle giurisdizioni - il piano urbanistico generale e, forse ancor più, quello attuativo, recuperino prepotentemente centralità. Essi costituiscono, come tenterò di dimostrare, il baluardo di tutela dell'affidamento, della certezza della posizione del privato investitore. Si prendono la rivincita rispetto alla più malferma edilizia. Delimitano gli spazi di cognizione tra giudice amministrativo e giudice penale. Rendono, in definitiva, meno incerto il confine tra diritto amministrativo e diritto penale.

Già, il piano urbanistico. C'è un prima e c'è un dopo. Lo spartiacque è l'art. 11 della L. n. 241/1990, norma che consente di stipulare accordi sostitutivi del provvedimento; tra essi sono senz'altro comprese le convenzioni urbanistiche, accedenti sia agli accordi di pianificazione a livello di strumento urbanistico generale, sia ai piani attuativi (Cons. St., sez. IV, 28.4.2026, n. 3307; Cons. St., sez. IV, 23.5.2025, n. 4511; Cass., SSUU, 11.5.2021, n. 12428; TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 30.3.2026, n. 5896; TAR Piemonte, sez. II, 24.2.2026, n. 381; TAR Veneto, sez. II, 12.1.2026, n. 54).

L'art. 11 della L. n. 241/1990 costituisce il *genus* degli accordi urbanistici (declinabili in varie *species*, soprattutto grazie alla fantasia del legislatore regionale); rappresenta il punto di equilibrio tra l'esercizio del potere pubblico di pianificazione urbanistica e l'intrapresa privata, la sintesi tra interesse pubblico e privato in tema di governo del territorio.

L'istituto dell'accordo urbanistico, come accordo sostitutivo del provvedimento, rappresenta sovente il grimaldello, per derogare allo strumento urbanistico, ma pur sempre all'interno del procedimento urbanistico. Presuppone la favorevole valutazione discrezionale dell'amministrazione (in specie, comunale), precisamente del suo organo politico. L'accordo di pianificazione costituisce una sorta di rivoluzione copernicana rispetto alla storica impermeabilità dell'esercizio del potere pubblico, ma sempre nell'alveo del necessario esercizio del potere.

Negli anni, però, si sono aggiunte molteplici deroghe al piano urbanistico, per così dire, automatiche, *ope legis*, con un sindacato assai debole - se non addirittura assente - da parte dell'organo politico detentore del relativo potere. Ciò è avvenuto soprattutto nell'ambito ambientale: si vedano l'art. 208 del D.Lgs. n. 152/2006 (autorizzazione unica per gli impianti di smaltimento e di recupero di rifiuti), l'art. 27-bis della medesima fonte

(provvedimento autorizzatorio unico regionale), l'art. 9 del D.Lgs. n. 190/2024 (autorizzazione unica per gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili). Il *cliché* procedimentale è dato dal modello della conferenza di servizi, dove l'ente comunale è convocato ed esprime il proprio parere, superabile se negativo. Lo stesso è a dirsi per le opere pubbliche: l'art. 38 del D.Lgs. n. 36/2023 consente l'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica in automatica variante urbanistica, che vale anche come localizzazione dell'opera pubblica, apposizione del vincolo ablativo e dichiarazione di pubblica utilità ed indifferibilità dell'opera.

Si sono aggiunte le deroghe, sempre *ex lege*, introdotte dai vari Piani casa regionali, che non prevedono neppure il vaglio debole comunale in conferenza di servizi, anzi visto. Deroghe del Piano urbanistico al di fuori di procedimenti di variante, al di fuori del modello partecipativo della conferenza di servizi. Deroghe spesso non marginali, cui si è affiancata la modificazione dell'art. 3, comma 1, lett. d), D.P.R. n. 380/2001, che ha ridisegnato – in senso nettamente ampliativo – la nozione di ristrutturazione edilizia, siccome comprensiva anche della demo ricostruzione con ampliamento. Il tutto anche in deroga alle distanze (art. 2-bis, comma 1-ter), del D.P.R. n. 380/2001). Insomma, la ristrutturazione edilizia comprende, a certe condizioni, anche la nuova costruzione.

Il giudice amministrativo ha offerto una lettura restrittiva della nozione di ristrutturazione edilizia (Cons. St., sez. II, 4.11.2025, n. 8542, arresto seguito anche da Corte Cost., 21.5.2026, n. 86); mi sembra che ciò abbia fatto, però, andando contro al chiaro dettato letterale, che pure la stessa giurisprudenza aveva autorevolmente invocato come criterio interpretativo principe (Cons. St., Ad. Plen., 27.3.2025, n. 4; Cons. St., Ad. Plen., 23.1.2025, n. 1). Un ritorno al passato, un'interpretazione *"vintage"*, forse sull'onda delle note inchieste milanesi. Il vento ambrosiano, peraltro, spira senza che sul caso Milano si sia ancora giunti a giudizio penale, neppure di primo grado. Comunque sia, a Milano, per una strana coincidenza di eventi, si è costruito senza piano attuativo e senza titolo edilizio, perché la SCIA non è un titolo edilizio, trattandosi di attività privata liberalizzata (Cons. St., sez. VII, 5.3.2026, n. 1746).

In estrema sintesi, la SCIA si consolida in realtà solo in apparenza, comunque scricchiola e, non costituendo un provvedimento amministrativo, su di essa il livello di affidamento è piuttosto debole. Considerazioni non dissimili valgono anche per il permesso di costruire: esso ben può essere assentito con silenzio-assenso e, comunque, il titolo edilizio non rappresenta senz'altro un approdo affidabile.

Il giudice penale non "vede" neppure i titoli edilizi. In dottrina è stato efficacemente sostenuto che: *"Il giudice penale, in realtà, i provvedimenti e i titoli edilizi di solito non li "vede" neppure (quando invece in ambito amministrativo sono ciò attorno a cui tutto ruota). Per lui conta l'illiceità dell'attività edilizia, e non rileva se ci sia un atto che autorizza quell'attività; ma – nel diritto amministrativo – un atto produce i suoi effetti finché non è annullato dal giudice (amministrativo) o rimosso in autotutela"* (S. Bigolaro, *Cosa ci insegna il "caso Milano": tra giudice penale e amministrazione non può esserci una "doppia" urbanistica*, in www.italiaiur.it, 23 febbraio 2024).

Il giudice penale, quindi non "vede" il permesso di costruire, ancor meno "vede" il silenzio-assenso maturato sull'istanza di permesso di costruire, non "vede" per nulla la SCIA, che provvedimento neppure è. Ipotizzare un reale affidamento sui titoli edilizi è difficile, lo è ancor meno sul silenzio-assenso, per non parlare della SCIA.

Il giudice penale non solo non "vede" il titolo edilizio, ma ha comunque il potere di disapplicarlo, se illegittimo, potere che deriva (in capo alle *"Autorità giudiziarie"*) dall'art. 5 dell'Allegato E della L. n. 2248/1865, di abolizione del contenzioso amministrativo.

Questo mi pare il punto. Il potere immanente di disapplicare il provvedimento amministrativo ed i regolamenti generali e locali illegittimi (meglio, "non conformi a legge").

I confini della disapplicazione sono stati progressivamente dilatati dalla giurisprudenza penale, giunta financo ad affermare (in tema di lottizzazione abusiva) che il giudice penale "nei casi in cui nella fattispecie penale di reato sia previsto un atto amministrativo, ovvero l'autorizzazione del comportamento del privato da parte di un organo pubblico, non deve limitarsi a verificare l'esistenza ontologica dell'atto o provvedimento amministrativo, ma deve verificare l'integrazione o meno della fattispecie penale Quando il giudice, dunque, ravvisa l'esistenza (ovvero il "fumus", come nel caso in esame) di un'ipotesi di lottizzazione abusiva - pur in presenza di un'autorizzazione rilasciata ... - non opera alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo, ma si limita ad accertare la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta descrittiva del reato" (Cass. Pen., SSUU, 28.11.2001, n. 5115). Più di recente, è stato sostenuto che la disapplicazione opera anche qualora l'atto non derivi da un accordo criminoso e ricordato che: "La giurisprudenza di legittimità ha poi ampliato - pur non generalizzandolo - il potere di disapplicazione in esame, osservando che dalla congiunta lettura degli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. e), abolitiva del contenzioso amministrativo, si evince che il potere dovere del giudice penale di disapplicare gli atti amministrativi non conformi a legge si esercita con riguardo non solo a quelli, fra tali atti, che diano luogo all'estinzione o alla modifica di diritti soggettivi, ma anche a quelli, come le concessioni o le autorizzazioni, che costituiscono diritti soggettivi o rimuovono ostacoli al loro esercizio; e ciò anche quando tali atti non siano frutto di collisione criminosa fra l'organo amministrativo ed il destinatario" (Cass. Pen., sez. III, 18.12.2024, n. 8072).

Autorevole dottrina, però, giunge condivisibilmente a conclusioni affatto diverse, negando la possibilità in capo al giudice penale di disapplicare l'atto amministrativo, muovendo da un'interpretazione costituzionalmente orientata della L. n. 2248/1865, con particolare riferimento ai principi di legalità e di colpevolezza. Sotto il primo profilo, la disapplicazione avrebbe effetti del tutto analoghi all'analogia *in malam partem*: si applicherebbe la medesima pena prevista per l'attività non autorizzata alle ipotesi di autorizzazioni rilasciate dall'amministrazione, anche se illegittimamente. Sotto il secondo profilo, non si può ritenere sussistente la colpa (i reati edilizi sono colposi), posto che non si vede cosa si debba rimproverare al privato cittadino, la cui condotta sia stata previamente autorizzata dall'amministrazione (E. Mezzetti, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, pagg. 31 e seguenti; L. Gabriele, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice penale*, in *Temi di diritto penale dell'economica e dell'ambiente*, a cura di M. Catenacci e G. Marconi, Torino, 2009, pagg. 337 e seguenti).

In sostanza, tutto ruota attorno alla disapplicazione, anche quando il giudice penale tenta di nasconderla; quando non tiene in alcun conto il provvedimento, lo disapplica, se non formalmente, senz'altro sostanzialmente. Ignorare il provvedimento amministrativo, significa disapplicarlo.

Ma il potere di disapplicazione del giudice ordinario, anche a volerlo ammettere, non è sconfinato; patisce dei limiti, delineati in modo chiaro dalla giurisprudenza. Il sindacato del giudice ordinario in sede di disapplicazione del provvedimento si deve limitare all'apprezzamento dell'illegittimità dell'atto, essendo viceversa preclusa al giudice ordinario ogni valutazione di merito attinente all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione (Cass. Civ., SSUU, 25.5.2018, n. 13193; Cass. Civ., sez. I, 14.3.2025, n. 6834; Cass. Civ., sez. I, ord. 5.8.2025, n. 22663). Tale approccio ermeneutico, del resto, è del tutto coerente con il principio di separazione dei poteri.

Ma se il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario (ed il giudice penale tale è) non si può estendere alle valutazioni di merito, proprie della discrezionalità amministrativa, sarà ben difficile che il giudice ordinario possa disapplicare i

provvedimenti amministrativi discrezionali, senza violare il principio di separazione dei poteri. Del resto, incidere sulle valutazioni discrezionali non è consentito neppure al giudice amministrativo nell'esercizio della propria giurisdizione.

Se, quindi, non dovesse prevalere la tesi della dottrina penalistica, cui ho sopra accennato - critica circa la disapplicazione del provvedimento amministrativo di carattere autorizzatorio, sotto il profilo della necessaria applicazione dei principi di legalità e di colpevolezza, a tutela anche dell'affidamento ingenerato nel destinatario del provvedimento ampliativo - la disapplicazione ben difficilmente potrebbe involgere gli atti di pianificazione, che condensano valutazioni tipicamente discrezionali (Cons. St., sez. IV, 13.5.2026, n. 3780; Cons. St., sez. IV, 12.3.2026, n. 2043).

Per il vero, le fattispecie - su cui si concentra l'attenzione in relazione alle fattispecie contravvenzionali, di cui all'art. 44 del DPR n. 380/2001 - attengono alla disapplicazione degli atti autorizzativi emessi dall'autorità amministrativa, ma ritenuti illegittimi; in particolare, perché manca il piano attuativo, nelle ipotesi ricorrenti della lottizzazione abusiva o della violazione dell'art. 41-quinquies della L. n. 1150/1942.

Ma, forse, se - specie per gli interventi di maggiore impatto - ritornassimo a dare centralità allo strumento urbanistico ed alla convenzione urbanistica, che accede tanto al piano generale, quanto al piano attuativo, raggiungeremmo lo scopo di tutelare l'affidamento del privato investitore. Sul piano amministrativistico, posto che lo *ius variandi* da parte dell'amministrazione sarebbe limitato dall'intervenuta sottoscrizione della convenzione (Cons. St., sez. IV, 9.8.2023, n. 7723; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 27.4.2026, n. 1958; TAR Campania, Napoli, sez. II, 5.6.2025, n. 4283). Sul piano penalistico, dal momento che ben difficilmente sarebbero disapplicabili gli strumenti urbanistici e che le condotte criminose sarebbero difficilmente ipotizzabili a fronte di decisioni assunte da organi collegiali, così come difficilmente ipotizzabili sarebbero vizi di legittimità dei titoli edilizi conseguenti, i quali diverrebbero veri e propri atti dovuti nella cornice della pianificazione di dettaglio a monte.

Insomma, una vera e propria rivincita della pianificazione urbanistica sull'edilizia. La massima tutela dell'affidamento attraverso la pianificazione urbanistica.

Bologna, 28 maggio 2026

Alessandro Veronese

*Il presente scritto riprende l'intervento svolto a Bologna il 28 maggio 2026, nell'ambito del convegno organizzato dalla Società Avvocati Amministrativisti dell'Emilia-Romagna, dal titolo: *"Edilizia, urbanistica e gli incerti confini tra diritto amministrativo e diritto penale"*.