Messaggio

numero

6208

data

5 maggio 2009

Dipartimento

ISTITUZIONI

Concerne

Rapporto del Consiglio di Stato sull'iniziativa parlamentare 2 dicembre 2008 presentata nella forma generica dalla Commissione della legislazione per

- **l'istituzione di una Commissione dei ricorsi indipendente;**
- **l'introduzione di una norma detta di clausola generale di competenza al Consiglio di Stato e al TRAM, in sostituzione dell'attuale sistema della clausola enumerativa nelle differenti leggi;**
- **l'introduzione nella procedura amministrativa di un reclamo generalizzato in tutti i campi;**
- **l'introduzione nella procedura amministrativa della mediazione;**
- **l'introduzione nella procedura amministrativa di un termine uniforme per tutti i ricorsi**

Signor Presidente,
signore e signori deputati,

Io scrivente Consiglio si permette di segnalare che l'art. 98 della legge sul Gran Consiglio e sui rapporti con il Consiglio di Stato prevede, nel caso di un'iniziativa parlamentare in forma generica, o l'elaborazione del progetto da parte del Consiglio di Stato in seguito ad una decisione commissionale o la presentazione di un messaggio governativo se il progetto è stato elaborato da una Commissione.

Tuttavia, per poter dar seguito alla richiesta della Commissione della legislazione del 20 gennaio 2009 che, prendendo spunto dalle dichiarazioni del Consigliere di Stato Luigi Pedrazzini in occasione della discussione parlamentare sul messaggio n. 5994 del 13 novembre 2007, chiedeva una presa di posizione in merito ad alcuni temi sollevati dall'iniziativa, si è comunque reputato opportuno presentare questo rapporto. Ci riserviamo tuttavia la possibilità di presentare un ulteriore complemento del medesimo nel prosieguo della procedura.

I. INTRODUZIONE

L'organizzazione giudiziaria amministrativa è già stata oggetto di un'ampia analisi da parte del Parlamento nell'ambito della valutazione del citato messaggio del 13 novembre 2007 (concernente la legge sulla revisione della giurisdizione amministrativa), che è stato approvato dal Gran Consiglio nella sua seduta del 2 dicembre 2008, sulla base del rapporto parziale 2 del 19 novembre 2008 Commissione della legislazione. Questa modifica legislativa è entrata in vigore il 27 gennaio 2009, adeguando il sistema giudiziario

amministrativo ticinese ai disposti costituzionali di cui agli art. 29a e 191b Cost. e all'art. 86 cpv. 2 LTF

Visto quanto sopra e considerato il limitato periodo trascorso, lo scrivente Consiglio considera prematuro attuare nuove riforme a così breve termine, senza aver lasciato trascorrere un periodo di tempo perlomeno significativo prima di valutare l'opportunità di una eventuale ed ulteriore modifica: rimangono comunque riservate le ipotesi di introduzione di una clausola generale di competenza e di uniformizzazione dei termini ricorsuali per tutti i gravami. Queste due proposte possono essere considerate come un'ottimizzazione della struttura approvata che, se opportune, non sconvolgerebbero comunque un sistema, conforme ai disposti costituzionali e che ha dato sinora buona prova di sé (sentenza 27 novembre 2008, 2C_271/2008, del Tribunale federale). Non si esclude comunque l'eventualità, da valutare a tempo debito, di sottoporre l'attuale modello e le rispettive unità amministrative, a cui sono affidati compiti istruttori ai sensi del DE che modifica l'aggregazione del Servizio dei ricorsi del Consiglio di Stato del 25 marzo 1992 (RL 2.4.1.10), ad un audit specifico nel campo del management giudiziario, analogamente a quanto avvenuto in altri Cantoni confederati, prima di giungere ad una decisione di massima in tale ambito (WIPFLI, Justizmanagement am Beispiel eines Steuergerichts, Berna 2006, pag. 31 e segg.).

Al fine di valutare approfonditamente tutte le tematiche sollevate è stato costituito un apposito Gruppo di lavoro, composto del Presidente del Tram *Lorenzo Anastasi*, del Consulente giuridico del CdS *Guido Corti*, del capostaff della Divisione della Giustizia *Francesco Catenazzi* e del direttore del Servizio dei ricorsi *Marco Lucchini*. Questo gruppo ha analizzato le singole proposte contenute nell'iniziativa generica giungendo alle seguenti conclusioni, che sono condivise dal Consiglio di Stato.

II. ISTITUZIONE DI UNA COMMISSIONE DI RICORSO INDIPENDENTE

1. Conformità dell'attuale sistema con quanto richiesto dal sistema giuridico positivo

La recentissima e costante giurisprudenza del TF (DTF 2C_271/2008 del 27 novembre 2008 consid. 6.1, DTF 2D_76/2008 del 16 marzo 2009, consid. 1.3 e 6.2, DTF 2D_77/2008 del 16 marzo 2009, consid. 6.2, DTF 1D_2/2009 – 1D_4/2009 - 1D_6/2009 del 16 marzo 2009) conferma la legittimità del CdS quale autorità di ricorso di I istanza, a condizione che le sue decisioni siano poi suscettibili di impugnativa davanti ad un'autorità giudiziaria indipendente.

Ciò corrisponde a quanto prevede la revisione dell' OG approvata dal GC il 2 dicembre 2008 ed elimina pertanto di principio ogni e qualsiasi problema a tal proposito. Quanto era stato sollevato dalla mozione del deputato Fabio Regazzi, valutata anche dalla Commissione della legislazione, risulta di conseguenza oramai superato dalle modifiche intervenute nel frattempo.

Medesimo discorso vale per i rapporti delle Commissioni Corti (29 novembre 2002, pag. 12 e segg.) e Bianchi (8 agosto 2000, pag. 22), che si basavano su di una situazione che non è più attuale: il CdS decideva infatti quale autorità unica e d'ultima istanza ca. 600 ricorsi contro decisioni dipartimentali e l'impossibilità di adire in seguito un'autorità giudiziaria sarebbe oggi in contrasto con la Costituzione federale (art. 29a e 191b) ed eventualmente anche con la CEDU (art. 6). La situazione di allora non esiste più, ritenuto che il Tram è competente oggi per tutte le cause che vengono deferite al CdS il quale, a sua volta, ha una competenza generale come autorità di ricorso contro ogni decisione

dell'amministrazione cantonale e degli enti locali. Come evidenziato, il contesto giuridico è mutato radicalmente mediante l'estensione, a partire dal 27 gennaio 2009, della possibilità di sottoporre ogni controversia giuridica (con poche eccezioni ammesse dalla legge sul Tribunale federale) a un tribunale.

Il Servizio dei ricorsi funziona peraltro in modo efficace e sollecito e non si giustifica pertanto un mutamento radicale dell'attuale assetto. Inoltre, il Servizio dei ricorsi può rimediare alle manchevolezze e alle lacune procedurali insite nelle decisioni delle istanze inferiori, cosicché il Tribunale cantonale amministrativo risulta sgravato da simili incombenze. D'altronde, il ricorso diretto al Tram è già previsto nei casi in cui la natura della controversia esige una soluzione rapida, come ad esempio nel settore, assai rilevante per il mondo economico, delle commesse pubbliche.

D'altra parte, la modifica della struttura attuale porterebbe molto verosimilmente ad un ricambio di personale in carica da parecchio tempo, che ha acquisito negli anni di servizio le conoscenze indispensabili ad affrontare qualsiasi incarto con efficacia. Il rimescolamento nella compagine giudicante provocherebbe una chiara perdita di competenze, che sono considerate dalla dottrina uno degli elementi determinanti per stabilire la qualità e l'efficacia di un'autorità ricorsuale, diminuendo così le prestazioni a favore del cittadino (LIENHARD, Oberaufsicht und Justizmanagement, in "Justice-Justiz-Giustizia" 2009/1, Rz. 39).

Il Consiglio di Stato ribadisce come il Servizio dei ricorsi costituisca inoltre un utile strumento di conoscenza e di controllo dell'attività dell'amministrazione subordinata al Consiglio di Stato, per il tramite del quale il Governo può intervenire sollecitamente a correggere decisioni amministrative errate o inopportune, senza dover attendere una decisione definitiva delle istanze giudiziarie (TANQUEREL, Modalités d'intervention du public dans les choix d'aménagement: le point de vue du droit, in CEAT, La négociation, Losanna 1992, pag. 66 e segg.).

Il sistema che prevede una giurisdizione amministrativa quale prima istanza, combinata con una seconda istanza giudiziaria, è del resto considerato sia dalla dottrina che dal Tribunale federale come appartenente alla tradizione svizzera e comunque conforme ai precetti costituzionali (DTF 130 I 388 segg.; GANDER, Verwaltungsrechtspflege, Rothenburg 2008, pag. 46).

D'altra parte, la gestione dei ricorsi assicurata da una commissione indipendente o da un tribunale non è necessariamente sinonimo di maggior efficienza ed efficacia. In effetti, pure con una considerevole dotazione di personale (64 giudici e 164 cancellieri per un carico annuale di ca. 8'500 incarti: Parere del Consiglio federale del 6 marzo 2009 sull'iniziativa parlamentare relativa all'aumento dei posti di giudice presso il Tribunale amministrativo federale, pag. 2 no.1), il Tribunale amministrativo federale - autorità che ha sostituito tutte le istanze ricorsuali amministrative della Confederazione - è stato richiamato dal TF ad una più sollecita evasione dei gravami e ad una riduzione delle pendenze, a seguito di un'istanza di intervento inoltrata da un giudice del TAF medesimo che denunciava disfunzioni nell'organizzazione e gestione degli incarti (sentenza 12T_4/2008 del 16 febbraio 2009, consid. 3.2)

2. Rallentamento delle procedure

Le istruttorie dovrebbero essere esperite da un magistrato e non da un vicecancelliere, che può solo *partecipare* all'assunzione di prove (art. 64 LPAm, art. 55 e 56 PA, art. 55 LTF, art. 34 e 35 PCF, art. 26 e 39 LTAF): i 3 magistrati della nuova Commissione dovrebbero pertanto esperire in prima persona 1600 istruttorie. Si ricorda a tal proposito

che una recente sentenza del Tribunale federale ha stabilito che il segretario assessore non può fungere da giudice; egli può semmai sostituire il pretore solo in casi specifici ma non in maniera generale. (sentenza 4A.512/2007 del 13 maggio 2008). Questo principio vale, per analogia, anche per la funzione di vicecancelliere. Il tempo investito nelle istruttorie bloccherebbe il lavoro della Commissione conducendola in pochi mesi alla paralisi, con conseguente grave danno per le istituzioni ed anche per l'economia cantonale.

La costituzione di una Commissione indipendente non condurrebbe pertanto ad un'evasione più sollecita dei gravami, che nell'80% dei casi vengono risolti sinora definitivamente dal CdS in tempi medi di ca. 2 mesi dallo scambio degli allegati. A tale realtà occorre aggiungere il fatto che il CdS decide da ben 10 anni un numero di gravami maggiore al volume di quelli entrati, registrando da un decennio un saldo positivo nell'evasione dei ricorsi ed un tasso di impugnativa al Tram limitato al 20%, con un grado di conferma di ca. l'85%. Oltre a ciò il 2008, grazie alla qualità del lavoro del Servizio dei ricorsi del CdS, ha registrato una diminuzione dei gravami in entrata di oltre l'8%. Questi dati confermano come questa autorità giudicante risulti già ora, di principio, conforme ai principi di efficacia ed efficienza implementati oramai anche nel sistema giudiziario (WIPFLI, *Justizmanagement am Beispiel eines Steuergerichts*, Berna 2006, pag. 56 e segg.).

3. Garanzia dei diritti di difesa del cittadino

La proposta rende più difficile l'accesso alla giustizia e scalfisce la garanzia della protezione giuridica sancita dall'art. 10 Cost TI, che viene oggi efficacemente assicurata, come lo dimostra il basso tasso di ricorsi al Tram in seconda istanza. La presentazione di un gravame al Tram (oppure ad una Commissione di ricorso) risulterebbe infatti fondamentalmente e psicologicamente più complessa per il cittadino, che si vedrebbe imporre l'obbligo di adire il Tribunale di appello anche per cause minori, rischiando di perdere la sicurezza che la Costituzione e l'ordinamento attuale gli offrono (Rapporto della Commissione della legislazione, no. 4798 R1, del 15 dicembre 1999, pag. 1).

Il sistema approvato con la nuova organizzazione giudiziaria (decisione di base/ricorso CdS/ricorso al Tram) garantisce d'altra parte la conformità con la CEDU e la Costituzione federale, senza ridurre i diritti di difesa dei cittadini. Esso, inoltre, assicura al cittadino ticinese una prima istanza ricorsuale (CdS), il cui accesso non esige formalità particolari (ricorso senza avvocato o rappresentante legale) e che, in media, provoca dei costi diretti molto contenuti. I dati statistici degli ultimi 10 anni attestano infatti che la tassa di giustizia media applicata dal CdS è di ca. fr. 280.—.: ora, queste cifre dimostrano come l'organizzazione attuale garantisca al cittadino un accesso alla giustizia, senza dover incorrere in spese eccessive, adempiendo pertanto pienamente ai criteri di qualità stabiliti per l'apparato giudiziario (LIENHARD, *Oberaufsicht und Justizmanagement*, in "Justice-Justiz-Giustizia" 2009/1, Rz. 37).

L'accesso ad un'autorità giudiziaria di ricorso, oltre a causare costi maggiori per le casse cantonali, incrementerebbe le spese dirette a causa dell'aumento della presenza di avvocati (come del resto avviene già oggi in Pretura) e delle tasse di giustizia, che dovrebbero coprire in maniera adeguata i costi di questa nuova autorità. Ciò avverrà soprattutto in un momento di crisi economica oramai concreta, limitando le possibilità di difesa dei cittadini che dovrebbero accontentarsi di una difesa a due velocità a dipendenza delle proprie possibilità finanziarie (Rapporto del Consiglio di Stato sulle misure di sostegno all'occupazione e all'economia per il periodo 2009-2011, pag. 17 e segg.).

4. Ipotetico sdoppiamento delle autorità ricorsuali di prima istanza: Commissione di ricorso per le cause edilizie e degli enti locali; Servizio dei ricorsi per le cause contro decisioni dipartimentali

La modifica creerebbe confusione sulle vie ricorsuali, contravvenendo allo scopo medesimo della riforma dell'organizzazione giudiziaria. Questa soluzione contrasterebbe con il principio della facilità di accesso ai tribunali, che costituisce uno dei criteri di qualità per la valutazione dell'organizzazione delle istanze di ricorso (LIENHARD, Oberaufsicht und Justizmanagement, in "Justice-Justiz-Giustizia" 2009/1, Rz. 37).

La limitazione delle competenze ricorsuali del CdS alle sole decisioni emanate dai propri servizi impedirebbe inoltre al Governo cantonale di esercitare il compito di vigilanza sugli enti locali che la Costituzione cantonale (art. 23) e le singole leggi specifiche (art. 194 LOC, art. 130 LOP, art. 38 LCCom, art. 48 LE) gli impongono, soprattutto a seguito delle deleghe di competenza operate a favore dei Comuni.

In particolare, con la recente riforma della LOC intervenuta il 7 maggio 2008 (art. 195 segg.; messaggio no. 5897 del 6 marzo 2007, pag. 65 e segg.; rapporto no. 5897R del 2 aprile 2008, pag. 64 e segg.), il Gran Consiglio ha ribadito questo compito di vigilanza affidato all'Esecutivo cantonale, che si concretizza anche con il coinvolgimento della Sezione enti locali o del Dipartimento del territorio/Ufficio domande di costruzione nell'ambito dell'evasione dei singoli gravami. Ora, con le sole istanze di intervento (ca. 200 all'anno) il Consiglio di Stato non sarebbe verosimilmente in grado di adempiere in modo compiuto ai suoi compiti, e questo non senza rilevare che la vigilanza esercitata nell'ambito di una decisione ricorsuale consente di ottemperare al principio del coordinamento delle procedure e di snellire l'andamento della giustizia (TANQUEREL, Modalités d'intervention du public dans les choix d'aménagement: le point de vue du droit, in CEAT, La négociation, Losanna 1992, pag. 67).

La Commissione, non avendo tale compito istituzionale, non potrebbe logicamente esercitare questo controllo e i cittadini sarebbero costretti ad adire nuovamente il CdS con istanze di intervento che si accavallerebbero ai gravami già pendenti, contribuendo ad *"ingarbugliare la matassa"*.

Il medesimo discorso vale peraltro, e a maggior ragione, proprio nell'ambito edilizio che costituisce la maggior fonte di gravami. Grazie all'evasione di questi ricorsi il Consiglio di Stato attua la sua vigilanza sia nei confronti degli enti locali, che del Dipartimento del territorio, partner di grande importanza nella gestione della tematica edilizia a livello cantonale. Attribuire la competenza ricorsuale in tale campo alla Commissione impedirebbe all'Esecutivo cantonale di esplicare il proprio controllo sui competenti servizi del Dipartimento del territorio, disattendendo in tal modo i presupposti che stanno alla base della costituzione di una Commissione indipendente e contravvenendo ai principi giuridici contenuti nelle singole legislazioni.

I dati del 2008 confermano del resto questa necessità, dal momento che ben il 61% di tutti i gravami proviene da vertenze causate da decisioni degli enti locali e che le cause provocate da decisioni dell'amministrazione cantonale rappresentano soltanto il 33% del volume dei ricorsi; il rimanente 5% ca. è costituito da istanze varie derivanti dai ricorsi iscritti ai ruoli. Queste cifre sono indizio di una difficoltà degli enti locali a gestire contenziosi legati alla propria attività sia per carenze di strutture adatte a tale scopo (carezza causata dalle piccole dimensioni della stragrande maggioranza dei Comuni) sia, probabilmente, per la troppo marcata vicinanza con il cittadino/ricorrente. Questo fatto dimostra inoltre che l'introduzione di un reclamo generalizzato prima della procedura di ricorso risulta poco opportuna.

D'altra parte, la recente dottrina relativa ai criteri di valutazione determinanti per stabilire l'efficienza e l'efficacia di un'istanza ricorsuale considera decisiva la facoltà della medesima di mettere in pratica i propri compiti di vigilanza sugli enti ad essa sottoposti (LIENHARD, Oberaufsicht und Justizmanagement, in "Justice-Justiz-Giustizia" 2009/1, Rz. 35). Ciò è ora possibile grazie anche all'attività giurisdizionale del CdS, ma non potrà mai essere attuato da una Commissione indipendente di ricorso, che non beneficia di tali competenze concesse espressamente dall'ordinamento giuridico al CdS.

Lo sdoppiamento delle vie ricorsuali comporta inoltre il rischio di introdurre due prassi distinte e questa soluzione sarebbe per di più poco razionale perché comporterebbe la suddivisione di un'autorità esistente in due istanze indipendenti, con i relativi costi per il reperimento di nuovi spazi e per le infrastrutture.

La proposta, infine, si pone anche in contrasto con l'auspicio - formulato nell'ambito della procedura di consultazione sull'avamprogetto di legge sulla giurisdizione amministrativa - dell'Ordine degli avvocati di uniformare il più possibile le procedure.

5. Aumento dei costi per un risultato analogo

La creazione di una Commissione indipendente, attraverso la trasformazione dell'attuale Servizio dei ricorsi del CdS, comporterebbe un aumento di costi per il personale per almeno 3 giudici (Rapporto parziale 1 no. 5994 del 5 dicembre 2007 della Commissione della legislazione) e 7 Vicecancellieri, con un aumento annuo rispetto al budget attuale di ca. fr. 400'000.-- (aumento stipendio fr. 100'000 per ogni giudice + 10'000 per ogni vicecancelliere) riferito al costo del personale impiegato attualmente come giurista, al quale andrebbe comunque aggiunto il costo del personale amministrativo e della logistica. Ciò corrisponderebbe comunque alla dotazione minima di personale. A titolo di paragone si può rilevare che la "*Baurekurskommission*" del Canton Zurigo, che decide solo le questioni edilizie, è composta di 22 membri ("giudici"), 21 cancellieri e 12 funzionari di cancelleria ed evade globalmente ca. 1000 casi all'anno, con un carico medio quindi di ca. 25 incarti all'anno per ogni membro: ora, in contrapposizione a queste cifre si ricorda che l'attuale Servizio dei ricorsi del Consiglio di Stato evade ca. 1600 casi all'anno con una dotazione di 10 unità/giurista.

Anche l'ipotesi di uno sdoppiamento delle autorità ricorsuali di prima istanza [Commissione per i ricorsi contro le decisioni di enti pubblici (ca. 800 casi all'anno) e Servizio dei ricorsi - ridotto - per le decisioni dipartimentali (ca. 800 casi all'anno)] provocherebbe un aumento notevole dei costi. La Commissione composta di 3 giudici e 4 vicecancellieri (fr. 241'310.-- per ogni giudice¹ + fr. 141'150.-- per ogni vicecancelliere²) comporterebbe un costo annuo di ca. fr. 1'288'530.--, ai quali andrebbero aggiunti i costi per il personale di cancelleria (3 unità per complessivi fr. 249'750.--³) ed i costi logistici e vari (ca. fr. 190'000.--), ed avrebbe un costo totale di ca. fr. 1'728'280.--. Ora, dal momento che si dovrebbe comunque mantenere un Servizio dei ricorsi che si occupi dei gravami contro le decisioni dipartimentali, per il quale sono necessari almeno 7 giuristi a fr. 131'300.--⁴ (costo complessivo fr. 919'100.--), 3 funzionari amministrativi (per complessivi fr. 249'750.--⁵) e logistica e vari (fr. 170'000.--), si dovrebbe aggiungere ancora un importo di ca. fr. 1'338'850.--. Le due unità giurisdizionali avrebbero pertanto un

¹ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

² Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

³ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

⁴ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

⁵ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

costo annuo complessivo di fr. 3'067'130.--, con un aumento di spesa annuo rispetto alla situazione attuale di ca. fr. 900'000.--.

Questo aumento di spesa andrebbe a carico dell'erario cantonale, gravandolo ulteriormente, e contribuirebbe ad aumentare i costi diretti per il cittadino ricorrente che si vedrebbe costretto al pagamento di tasse di giustizia più alte a compenso dei maggiori costi provocati dal sistema, oltre tutto in un momento di crisi economica (Rapporto del Consiglio di Stato sulle misure di sostegno all'occupazione e all'economia per il periodo 2009-2011, pag. 8 pto 1.1.3).

6. Parere del Consiglio di Stato

Visto quanto espresso ai punti precedenti lo scrivente Consiglio ritiene perlomeno prematura l'istituzione di una Commissione di ricorso indipendente. L'attuale sistema, accettato dal Parlamento nel dicembre del 2008, risulta comunque conforme ai vincoli costituzionali ed è da troppo poco tempo in vigore per necessitare di un'ulteriore modifica che, pur non essendo da escludere a priori, appare al momento prematura. Le sue ripercussioni finanziarie e le complicazioni procedurali ad essa connesse inducono il Consiglio di Stato a ritenere più giudiziosa una verifica accurata degli effetti dell'attuale sistema da operarsi sull'arco di alcuni anni: eventuali approfondimenti potranno se del caso essere esperiti ulteriormente, al fine di determinarsi sulla modifica proposta con piena conoscenza di causa.

III. CLAUSOLA GENERALE

1. La soluzione proposta

La soluzione prospettata dalla Commissione aumenta la "*Benutzerfreundlichkeit*" e garantisce la doppia via ricorsuale anche nei casi in cui si sia per svista omissivo di modificare la singola legge.

Si potrebbe introdurre nelle leggi che mantengono la procedura di ricorso ordinaria una norma analoga a quella prevista da parecchie leggi federali, del seguente tenore: "*la procedura di ricorso è retta dalle disposizioni generali sull'amministrazione della giustizia cantonale*". In tal modo, vi è un'indicazione generica dell'esistenza di rimedi giuridici a vantaggio di chi consulta la legge, pur non essendo giurista; per contro, le indicazioni sull'autorità di ricorso, sulla procedura applicabile e su altri aspetti quali i termini figurano nelle norme generali.

2. Parere del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato concorda con la proposta degli iniziativaisti e si dichiara disposto ad avviare la procedura per una modifica legislativa in tal senso.

IV. RECLAMO GENERALIZZATO

1. Soluzione riservata a campi limitati

Tutti i Cantoni svizzeri prevedono il reclamo nella propria legge di procedura amministrativa o in singoli leggi settoriali, ma l'importanza di questo rimedio quale mezzo di impugnazione varia da Cantone a Cantone. In effetti, oltre il 75% dei Cantoni prevede

facoltà di reclamo solo per casi molto limitati ed in tematiche molto settoriali e disparate, quali ad esempio l'agricoltura, il raggruppamento terreni, la formazione professionale, la protezione dei dati ecc. Meno del 25 % dei Cantoni prevede invece una discreta possibilità di reclamo in svariati campi del diritto amministrativo (VS, BL e LU in maniera abbastanza ampia; GE, VD e SO in maniera meno frequente) . Da notare, d'altra parte, come i Cantoni di Lucerna (in modo molto limitato), Vallese, Basilea Città e Soletta - che prevedono la procedura di reclamo in maniera più diffusa rispetto alla maggioranza dei Cantoni - hanno comunque mantenuto in generale il doppio grado ricorsuale che comprende un'istanza amministrativa superiore, seguita in appello da un'istanza giudiziaria indipendente.

Tale realtà dimostra che l'istituto del reclamo è oggettivamente considerato soltanto da pochi Cantoni come uno strumento utile ed atto a diminuire i contenziosi amministrativi, sia in aggiunta che in alternativa alle normali istanze ricorsuali amministrative e giudiziarie.

La possibilità di reclamo è d'altra parte già prevista dalla legge concernente le competenze organizzative del CdS e dei suoi Dipartimenti (art. 4) e dal regolamento sulle deleghe di competenze decisionali (RL 2.4.1.8), che all'art. 4 lo disciplina prevedendo che le decisioni dei Dipartimenti, della Cancelleria e delle istanze subordinate sono suscettibili di reclamo nei casi stabiliti dal Consiglio di Stato e indicati nell'allegato. Il reclamo (art. 6) dev'essere presentato per iscritto, motivato in fatto e in diritto, indicare le prove e contenere le conclusioni. In difetto di questi requisiti, un termine ragionevole è impartito al reclamante per porvi rimedio, con la comminatoria dell'irricevibilità. Il reclamo ha effetto sospensivo, a meno che la decisione impugnata non disponga altrimenti.

Questi requisiti formali previsti dalla legge impongono dunque un rigore equivalente a quanto richiesto in sede ricorsuale: ma il reclamo non produce manifestamente gli stessi effetti, poiché il cittadino è costretto ad appellarsi alla medesima autorità che gli ha già negato la prestazione richiesta.

L'avvio di molte procedure di reclamo, in luogo dell'attuale ricorso al CdS, creerebbe peraltro un evidente sovraccarico delle amministrazioni impegnate in nuove verifiche, provocandone una manifesta perdita di efficienza ed efficacia. I dati del 2008 confermano del resto questa tesi. Le cifre del rendiconto denotano infatti una certa qual fatica degli enti locali a gestire contenziosi legati alla propria attività sia per la mancanza di strutture adatte (carezza causata dalle piccole dimensioni della stragrande maggioranza dei Comuni) sia per la vicinanza con il cittadino-ricorrente. I medesimi problemi sono stati del resto riscontrati nel Canton Grigioni nell'ambito della gestione dei contenziosi legati all'edilizia. Uno specifico studio ha infatti evidenziato che la gestione da parte delle sole autorità comunali di questioni che si intersecano spesso con interessi strettamente locali, tipici di realtà medio- piccole, non è conforme ad un'amministrazione corretta della giustizia, soprattutto se mancano nella materia del contendere le competenze tecniche specifiche (VON BALLMOOS, Künftige Organisation Baubehörde und Baugesuchprüfung, Coira 2006, pag. 6 pto. 1.4.4. e seg.).

2. Prolungo dei tempi e complicazione della procedura

Dal momento che l'attuale organizzazione giudiziaria prevede la possibilità di ricorso al Consiglio di Stato contro ogni decisione dell'ente pubblico, l'introduzione di un obbligo preventivo di reclamo provocherebbe un manifesto rallentamento delle procedure e una dilazione nel tempo dei contenziosi amministrativi (si veda, ad esempio, quanto previsto da molti regolamenti comunali sulla gestione dei rifiuti o sulle tasse). Inoltre, si costringerebbe il cittadino ad adire la medesima autorità prima di poter effettivamente investire un'istanza che non è direttamente coinvolta nella vertenza, complicando in tal

modo la procedura e rischiando di fargli perdere l'effettiva possibilità di difendere pienamente i propri diritti.

D'altra parte, l'ampliamento delle facoltà di delega decisionale concesse al municipio dalla modifica della LOC entrata in vigore il 1° gennaio 2009 (art. 9 cpv. 4 e 5) provocherebbe addirittura una situazione di doppio reclamo: si avrebbe infatti un primo reclamo al municipio contro la decisione dell'istanza subordinata alla quale è stata delegata la competenza decisionale (art. 9 cpv. 5 LOC) ed un secondo reclamo contro la stessa decisione municipale emanata su reclamo. Ciò provocherebbe un considerevole allungamento dei tempi di evasione ed un chiaro sovraccarico delle cancellerie comunali, senza peraltro garantire al cittadino il giudizio di un'autorità di ricorso indipendente o almeno diversa da quella che ha adottato la decisione impugnata.

3. Sostituzione della possibilità di ricorso con quella di reclamo

Tale ipotesi rende più difficile l'accesso alla giustizia e scalfisce la garanzia della protezione giuridica sancita dall'art. 10 Cost TI, che è invece assicurata oggi, come lo dimostra il basso tasso di ricorsi al Tram in seconda istanza. L'inoltro di un gravame al Tram risulta infatti fondamentalmente e psicologicamente più complesso per il cittadino, che si vedrebbe imporre l'obbligo di adire il Tribunale d'appello anche su questioni di portata limitata, e rischia in tal modo di ledere la garanzia costituzionale che l'ordinamento attuale gli offre (Rapporto della Commissione della legislazione, no. 4798 R1, del 15 dicembre 1999, pag. 1).

L'eliminazione delle competenze ricorsuali del CdS impedirebbe al Governo cantonale di esercitare il compito di vigilanza sugli enti locali che la Costituzione cantonale (art. 23) e le singole leggi specifiche (art. 194 LOC, art. 130 LOP, art. 38 LCom, art. 48 LE) gli impongono, soprattutto a seguito delle deleghe di competenza operate a favore dei Comuni. Limitare al solo istituto del reclamo la competenza "ricorsuale" in tutte le materie che possono essere deferite oggi con ricorso al CdS, impedirebbe oltre tutto all'Esecutivo cantonale di esplicare il proprio controllo sui servizi del Dipartimento del territorio, contravvenendo in tal modo proprio ai presupposti che stanno alla base dell'iniziativa, volta ad una maggiore protezione giuridica del cittadino grazie all'introduzione di autorità di ricorso indipendenti, e disattendendo anche i principi giuridici contenuti nelle singole legislazioni.

4. Aumento dei giudici al Tram con incremento dei costi della giustizia

L'eliminazione di una prima istanza ricorsuale provocherebbe un aumento sostanziale dei ricorsi al Tram, che andrebbe adeguatamente potenziato. Prendendo come riferimento le cifre attualmente disponibili, i casi di appello in seconda istanza al Tram si attestano attorno ai 300/350 (Rendiconto del Consiglio di Stato 2007, pag. 26). Pur ammettendo che una parte importante degli attuali 1600 ricorsi vengano risolti in sede di reclamo (ipotesi 50%) al Tram sarebbero sottoposti ca. 500 ulteriori gravami. Ciò comporterebbe un aumento di almeno 2 giudici ed altrettanti vicecancellieri, ai quali andrebbero aggiunti almeno 1 unità di cancelleria ed i costi logistici e vari per un importo complessivo supplementare di ca. fr. 865'000.-- (fr. 241'310 per ogni giudice⁶ + fr. 141'150 per ogni vicecancelliere⁷ + fr. 83'250 per ogni unità amministrativa⁸ + fr. 95'000 per la logistica). Tale cifra andrebbe inoltre ad assommarsi alle spese che gli enti locali e l'amministrazione

⁶ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

⁷ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

⁸ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

cantonale dovrebbero sobbarcarsi per evadere, grazie a collaboratori qualificati, i reclami in prima istanza.

Questa dotazione di personale è calcolata peraltro in maniera molto prudente: basti pensare che il Tribunale amministrativo federale (TAF) - che giudica i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 PA emanate dalle autorità previste dall'art. 33 LTAF - comprende 64 giudici a tempo pieno e 164 cancellieri, per un totale quindi di 228 giuristi (oltre al personale amministrativo), ed evade ca. 8'500 pratiche all'anno (Parere del Consiglio federale del 6 marzo 2009 sull'iniziativa parlamentare relativa all'aumento dei posti di giudice presso il Tribunale amministrativo federale, pag. 2 pto.1).

5. Inapplicabilità del modello fiscale in sostituzione del ricorso al CdS

Le autorità fiscali dispongono di una struttura che non è paragonabile a quella presente nei Comuni ticinesi. Il reclamo generalizzato - nelle forme previste dalla legislazione attuale, che prevede comunque il rispetto di una procedura formale assai strutturata - imporrebbe a tutti i comuni ticinesi o quasi (la cui stragrande maggioranza dispone di strutture amministrative ridotte) di dotarsi di ulteriori funzionari, con formazione qualificata, in grado di verificare l'attività dei colleghi che hanno proposto la decisione di prima istanza e di formulare una proposta di decisione su reclamo all'attenzione dell'esecutivo. Lo stesso discorso varrebbe del resto ove tale compito fosse assunto dal Municipio medesimo, con lo scopo di risparmiare sul personale: in effetti, l'istruttoria dovrebbe essere svolta da un municipale, che dovrebbe poi sottoporre una proposta ai colleghi, chiamati a decidere il reclamo. Tale analisi, dal momento che il passo successivo sarebbe il ricorso al Tram, richiederebbe comunque un approfondimento accresciuto, onde evitare di caricare oltre misura la massima autorità giudiziaria cantonale con gravami che vengono decisi oggi, senza ulteriori strascichi giudiziari, dal CdS: il Governo garantisce infatti una soluzione definitiva nell'80% dei casi, elemento questo considerato determinante anche dalla Commissione della legislazione e dal plenum del Gran Consiglio.

Il sistema previsto dalla legislazione fiscale si fonda invece su presupposti diversi. Per legge esiste in effetti l'obbligo del pagamento delle imposte indipendentemente dall'erogazione di una prestazione diretta (art. 2 LT), mentre negli altri casi non vi è necessariamente l'obbligo per l'autorità amministrativa di erogare una prestazione se un cittadino adempie determinati presupposti, ma non ne fa richiesta. La tassazione viene effettuata in base ad una dichiarazione fiscale, presentata per obbligo di legge che provoca anche conseguenze penali manifeste in caso di inadempienza, e la decisione viene notificata dall'autorità previo controllo della dichiarazione e svolgimento delle necessarie indagini (art. 204 e 205 LT). Il reclamo è pertanto uno strumento di contestazione del cittadino che non verte su una prestazione dello Stato a suo favore o a favore di un terzo (come avviene in altre fattispecie), bensì sull'accertamento del proprio imponibile fatto dall'amministrazione. Si tratta, in altre parole, di una contestazione sull'accertamento di fatti forniti esclusivamente dal cittadino senza ulteriori presupposti di legge dettati dall'ente pubblico, quali ad esempio le norme di PR o i regolamenti comunali. Il reclamo, secondo la dottrina più autorevole, dev'essere dunque riservato a casi eccezionali quali la tassazione fiscale, ove per ragioni pratiche risulta impossibile garantire di principio il diritto di essere sentito, che deve invece essere generalmente salvaguardato (GUY-ECABERT, *Procédure administrative et médiation*, Ginevra 2002, pag. 65).

Il sistema del reclamo non sarebbe peraltro applicabile all'edilizia, che costituisce la fonte più importante di contenziosi in Ticino (41% di tutti i ricorsi inoltrati al CdS nel 2008). La procedura edilizia non può in effetti essere sottoposta alla procedura di reclamo poiché

presuppone almeno la presenza di tre o più parti (TANQUEREL, *Modalités d'intervention du public dans les choix d'aménagement: le point de vue du droit*, in CEAT, *La négociation*, Losanna 1992, pag. 69 e segg.). La procedura di reclamo vede in effetti coinvolte la parte privata che chiede e la parte pubblica che decide.

Nella procedura amministrativa usuale (che prevede la presenza di sole due parti), l'autorità che in fase di reclamo si dovesse avvedere di aver fatto un errore, avrebbe comunque la possibilità di correggere la propria decisione senza coinvolgere altri attori. Nell'ambito edilizio ciò non è possibile: in effetti, le parti sono di principio almeno tre (istante, Dipartimento e Municipio) o persino di più (opponenti o altri interessati) e la procedura di reclamo dovrebbe pertanto essere estesa a tutte le parti, trasformandosi in una procedura analoga a quella di ricorso, sia nella forma che nella sostanza, ma gestita però da un'autorità che non è neutra ed equidistante e che risulta inoltre gerarchicamente inferiore al Dipartimento. In tal modo, il cittadino perderebbe un'importante facoltà di appellarsi tramite un normale ricorso ad un'autorità quale il CdS che, pur non essendo un'istanza giudiziaria, assolve tuttavia un compito legale di vigilanza sia sull'attività degli enti locali sia sui propri Dipartimenti: questa soluzione garantisce al cittadino un grado di imparzialità manifestamente superiore rispetto a quello che potrebbe essere assicurato con una semplice procedura di reclamo.

L'attuale soluzione - oltre a garantire un maggior grado di imparzialità e a non costringere il cittadino ad investire necessariamente un'autorità giudiziaria, sopportando se del caso le relative spese - assicura peraltro un giudizio di buona fattura, come lo dimostra il basso grado di accoglimento (15-20%) dei gravami interposti al Tram contro le decisioni del CdS (NÜSSLE, *Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen*, Zurigo 2005, pag. 109). Del resto, la soluzione vigente è considerata anche in dottrina come preferibile al reclamo, soprattutto in situazioni ove i rapporti giuridici non possono prescindere da una valutazione legata a vincoli interpersonali non infrequenti, specie nelle comunità di piccole dimensioni (NÜSSLE, *Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen*, Zurigo 2005, pag. 98; VON BALLMOOS, *Künftige Organisation Baubehörde und Baugesuchprüfung*, Coira 2006, pag. 6 pto. 1.5).

6. Parere del Consiglio di Stato

Lo scrivente Consiglio, visto quanto espresso sopra, ritiene che l'introduzione del reclamo generalizzato condurrebbe ad un appesantimento eccessivo della procedura. Questo ulteriore passo, oltre ad essere già previsto in taluni regolamenti comunali (costituendo dunque un doppione), istituirebbe una tappa procedurale che non permetterebbe di migliorare l'indipendenza di giudizio a favore del cittadino. Oltre a ciò, detta introduzione provocherebbe anche un sovraccarico di lavoro per gli enti locali, chiamati ad assumere ulteriore personale per far fronte alle nuove esigenze. L'eventuale possibilità di sostituire la competenza giurisdizionale del Consiglio di Stato con l'introduzione del reclamo generalizzato sul modello di quanto avviene in ambito fiscale non convince. Innanzitutto, le procedure non sono paragonabili per i motivi illustrati in precedenza e, d'altra parte, un simile cambiamento contrasterebbe anche con lo spirito della modifica costituzionale federale: esso toglierebbe infatti al cittadino un'istanza di ricorso, costringendolo dapprima ad appellarsi ad un'autorità non indipendente (l'ente che ha emesso la prima decisione) per poi ricorrere direttamente al Tribunale amministrativo. Ciò richiederebbe quantomeno un sostanziale aumento di personale di questo tribunale, con conseguente ulteriore aggravio dell'erario cantonale; e questi costi si assommerebbero alle spese che gli enti locali dovrebbero sopportare per l'assunzione di personale qualificato in grado di istruire le pratiche e di valutare i reclami. Le oggettive difficoltà connesse con la proposta inducono pertanto il Consiglio di Stato a ritenere più giudiziosa una verifica accurata degli effetti

dell'attuale sistema da operarsi sull'arco di alcuni anni: anche su questo punto, eventuali approfondimenti potranno comunque essere esperiti ulteriormente, al fine di determinarsi sulla modifica proposta con piena conoscenza di causa.

V. MEDIAZIONE

1. Soluzione poco frequente nel resto della Confederazione e peraltro già conosciuta in Ticino

La mediazione è raramente contemplata dalle procedure amministrative dei Cantoni confederati. Fatta eccezione del Canton Lucerna, ove questo istituto è previsto soprattutto nelle tematiche di competenza cantonale, nonché dei Cantoni dei Grigioni, di San Gallo, Friburgo, Vallese, Neuchâtel, Giura, Ginevra e Vaud nei quali la mediazione è limitata a pochi casi (GR: pianificazione; SG: servizio psicologico scolastico; FR: scolarità e personale cantonale; VS, NE, JU, GE e VD: formazione professionale, sussidi, sanità, trasparenza, scuole superiori), la mediazione amministrativa - così come proposta dalla mozione e dall'iniziativa - è sconosciuta in 17 Stati costituenti il 65% dei Cantoni svizzeri. Ciò induce quantomeno a ritenere che l'introduzione di questo istituto non costituisce una valida alternativa al normale sistema giudiziario. In effetti, solo in 3 Cantoni pari all'11% (GE, NE, VD) si prevede il ricorso diretto ad un Tribunale d'appello amministrativo; 17 Cantoni - pari al 66% (VS, AG, BL, BS, SO, FR, ZG, SZ, UR, LU, BE, ZH, NW, OW, GL, SH, TI) - prevedono il doppio grado di giurisdizione, che consta di un'istanza amministrativa superiore, seguita da un'istanza giudiziaria indipendente; gli altri 6 Cantoni - pari al 23% (GR, SG, AI, AR, TG, JU) - prevedono invece soluzioni miste.

Nel nostro Cantone, l'art. 17 LPAm stabilisce già oggi che in ogni stadio del procedimento l'autorità giudicante può far luogo ad un esperimento di conciliazione, peraltro auspicato anche dalla dottrina (BORGHI/CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, pag. 87 e segg.). La procedura, in caso di ricorso, è condotta normalmente dal giurista incaricato dell'istruttoria (e pertanto cognito del dossier), che indice un'udienza durante la quale illustra alle parti, spesso prive di consulenti legali, le tematiche giuridiche che stanno alla base della contestazione ed espone poi, se possibile, eventuali soluzioni transattive: ora, queste soluzioni vengono spesso accettate già in sede d'udienza, con il conseguente ritiro immediato e/o stralcio del gravame. Se la vertenza termina con uno stralcio, per prassi, non vengono percepite spese né assegnate ripetibili, nel solco di una procedura che deve favorire la composizione dei conflitti e non l'acuirsi dei medesimi.

Come la dottrina conferma, in caso di mediazione si deve invece investire formalmente l'autorità di prima istanza che, dopo verifica giuridica, è chiamata ad approvare la proposta transattiva (PFISTERER, Commentario VwVG, no. 3 e 5 ad art. 33b). In questo modo, la soluzione prevista dall'art. 17 LPAm, applicata in particolare davanti all'autorità ricorsuale di prima istanza, risulta più agile ed immediata ed è anche sostanzialmente conforme ai principi della mediazione (NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Zurigo 2005, pag. 173).

2. Prolungo dei tempi e complicazione della procedura

L'iniziativa parlamentare - che riprende su tal punto la mozione del deputato Filippo Gianoni del 4 giugno 2007 - propone una procedura di mediazione, introdotta su richiesta espressa di entrambe le parti e a beneplacito dell'autorità. Questo tipo di mediazione è

previsto dall'art. 33b PA per le procedure negli affari amministrativi trattati e decisi da un'autorità amministrativa della Confederazione (art. 1 PA)

A tal proposito, i commentatori ricordano che una mediazione efficace deve coinvolgere prima della decisione, soprattutto davanti ad una prima istanza comunale, tutte le persone interessate alla vertenza (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 40 in fine). Nell'ambito edilizio - procedura presa ad esempio per l'applicazione della mediazione - la dottrina sottolinea la necessità di coinvolgere sin dall'inizio tutti i vicini potenzialmente oppositori, le associazioni ambientaliste, i comitati di interesse, i potenziali lesi dalla costruzione che si vorrebbe realizzare ecc. e limita il numero di questi possibili o presumibili interessati ad una cinquantina di persone (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 39 nota 63). Questa esigenza costringerebbe l'ente locale a gestire la procedura condotta dal mediatore con conoscenza di causa, grazie a suoi collaboratori più qualificati, per evitare derive e soluzioni illegali o comunque per scongiurare successivi procedimenti giudiziari: tutto questo provocherebbe un inevitabile aumento dei costi a carico dei cittadini interessati e dell'erario pubblico (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 39)

Per la mediazione la dottrina consiglia addirittura una fase preventiva di studio ("*Process-Providing*") destinata a valutarne la proponibilità. Ciò causerebbe ulteriori costi supplementari a tutti senza portare frutto alcuno, soprattutto se la mediazione dovesse risultare alla fin fine improponibile. Questa fase preventiva è peraltro già insita nell'attività stessa delle autorità giudicanti (CdS e Tram) che eseguono tale analisi a costo zero prima di indire, se del caso, un'udienza di conciliazione ai sensi dell'art. 17 LPAm (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 34)

La dottrina sottolinea comunque la necessità di sospendere la procedura, per dare alle parti la possibilità di transigere, attraverso una risoluzione formale che rimane impugnabile nei limiti delle decisioni incidentali. Parimenti impugnabile diventa poi la decisione con la quale l'autorità dovesse approvare un eventuale accordo. In tal modo, le decisioni suscettibili di ricorso si moltiplicano, in dispregio dello spirito della riforma (PFISTERER, Commentario VwVG, no. 7 ad art. 33b)

In caso di mediazione le parti sono di fatto costrette - se così richieste - a scegliere un mediatore privato (tendenzialmente un avvocato o uno specialista della materia oggetto dalla vertenza), che deve tentare di trovare una soluzione transattiva senza, di principio, poterla proporre di persona e che è chiamato soprattutto ad operare tramite il suo semplice potere di convincimento (PFISTERER, Commentario VwVG, no. 38 e 39 ad art. 33b, il quale propugna la possibilità che il mediatore possa proporre in taluni casi anche eventuali soluzioni concrete; SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 35).

Il mediatore viene incaricato sulla base di un contratto che dev'essere stipulato con le parti interessate (mandato di mediazione) e che deve regolare tutti gli elementi costitutivi del mandato, la fine del medesimo, i costi e la chiave di riparto delle spese (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 46 e segg.). Il mediatore potrebbe peraltro essere scelto anche dall'autorità: ma in questo caso, si dovrà comunque far capo alla legge sulle commesse pubbliche, con possibilità di eventuali ricorsi da parte di chi non è stato prescelto della procedura e conseguente prolungamento delle procedure (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 43). Nei casi complessi, ove si deve ricorrere a più specialisti (legali, architetti, ingegneri, naturalisti ecc.), la dottrina consiglia persino la formazione di un team di mediatori, i cui onorari andranno evidentemente a carico delle parti (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger,

Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 45; TERCIER, *in* JDC 2009, pag. 230). Dopo la sua designazione, il mediatore inizia la propria attività, che può logicamente prolungarsi sull'arco di più settimane, a dipendenza degli impegni del mediatore, che dovrà in ogni caso studiare approfonditamente l'incarto, e di quelli delle parti, che dovranno accollarsi le relative spese.

Detto questo, va altresì ricordato che nel nostro Cantone vi sono soltanto 21 avvocati iscritti all'albo che hanno la qualifica di mediatori FSA (solo 21), di cui solo 5 con la qualifica di mediatori nel settore specifico del diritto edilizio e pianificatorio e solo 3 nel campo del diritto amministrativo (www.swisslawyers.com, stato febbraio 2009). Questa qualifica risulta concretamente importante poiché nel caso di un avvocato che esercita la libera professione - e che pertanto ha una filosofia professionale volta a difendere gli interessi di una parte a detrimento delle altre - la dottrina considera la formazione speciale di mediatore quale elemento essenziale per poter svolgere questo ruolo, che è obbligatoriamente caratterizzato da un alto grado di imparzialità. D'altra parte, la funzione di mediatore deve logicamente essere ricoperta da persone, la cui preparazione tecnica sia oggettivamente riconosciuta e la cui indipendenza dalle parti comprovata: sarà dunque impossibile designare quale mediatore l'avvocato che avesse già patrocinato una delle parti coinvolte (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 44 in fine; TERCIER, *in* JDC 2009, pag. 230; PFISTERER, Commentario VwVG, no. 37 ad art. 33b)

Il tempo investito in una procedura di mediazione che non dovesse portare frutti dovrà peraltro essere computato sui tempi processuali, che inevitabilmente si prolungheranno a danno delle parti: in effetti, la verifica dell'eventuale soluzione transattiva o la ripresa della procedura potranno obiettivamente sovrapporsi ad altri procedimenti nel frattempo pervenuti all'autorità chiamata a verificarla o, rispettivamente, ad istruirla. Inoltre e in ogni caso, un'eventuale proposta di soluzione dovrà essere sottoposta all'autorità per accettazione soltanto se rientra nel quadro giuridico applicabile e tale autorità dovrà pronunciarsi in merito tramite decisione formale (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 29; PFISTERER, Commentario VwVG, no. 5 ad art. 33b). Per questo motivo, la dottrina ritiene in sostanza che il ruolo del mediatore è tutto sommato secondario poiché solo l'autorità è garante della legalità e della parità di trattamento (PFISTERER, Commentario VwVG, no. 16 ad art. 33b; SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 54).

L'introduzione di una mediazione amministrativa conduce ad un chiaro rallentamento dei procedimenti ed a complicazioni procedurali, che vengono d'altra parte confermati anche dalla dottrina (PFENNINGER, *Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandels*, Friburgo 1996, pag. 160; VON BALLMOOS, *Künftige Organisation Baubehörde und Baugesuchprüfung*, Coira 2006, pag. 11; PFISTERER, Commentario VwVG, no. 3 ad art. 33b). Ulteriori inghippi potrebbero peraltro sorgere dal rapporto che lega le parti al mediatore. Dal momento che la mediazione si fonda su di uno specifico contratto, potrebbero infatti nascere cause civili tra le parti in relazione ad inadempienze contrattuali o in modo più generale a questioni legate alle modalità di adempimento: ciò potrebbe dar luogo, rispetto alla situazione attuale, ad ulteriori cause giudiziarie con conseguente investimento supplementare di denaro e di tempo (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 5; NÜSSLE, *Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen*, Zurigo 2005, pag. 240 e segg.).

Con l'esperimento di conciliazione previsto dall'art. 17 LPAm, la soluzione risulta invece molto più rapida poiché essa viene prospettata dall'autorità ricorsuale medesima, che formula proposte già conformi al contesto giuridico, senza ulteriori verifiche. D'altra parte, la cerchia degli interessati risulta già di principio limitata a chi è intervenuto nella

procedura contenziosa e non vi è pertanto alcun obbligo di coinvolgere necessariamente tutti i potenziali interessati.

3. Aumento dei costi per il cittadino, per l'economia e per lo Stato

Come la dottrina conferma, la mediazione costa denaro e tempo (PFISTERER, Commentario VwVG, no. 3 ad art. 33b; GUY-ECABERT, Procédure administrative et médiation, Ginevra 2002, pag. 197). I costi della mediazione saranno sopportati dalle parti e solo in casi eccezionali possono essere posti a carico dell'ente pubblico. Ora, secondo la dottrina, le parti che maggiormente beneficiano della mediazione dovrebbero sopportare costi maggiori (Pfisterer, Commentario VwVG, 2008, no. 42 ad art. 33b): questo assunto mette perlomeno in dubbio la parità di trattamento tra le parti, ove si consideri che in detto ambito chi potrà far capo a risorse finanziarie più cospicue avrà di principio maggiori possibilità di successo (VODOZ, Enjeux et limites du recours à la négociation, in CEAT, La négociation, Losanna 1992, pag. 291 pt. 4.6)

Secondo la dottrina, la mediazione sarà verosimilmente appannaggio della categoria degli avvocati, per i quali la sua introduzione viene addirittura vista come un nuovo ed importante campo di attività futura (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 44 in fine; TERCIER, in JDC 2009, pag. 230). Ora, i professionisti chiamati ad operare quale mediatore applicheranno logicamente le tariffe orarie previste dalle associazioni di categoria: prendendo così, ad esempio, un avvocato e considerando - nella migliore delle ipotesi - la media delle tariffe previste dal regolamento sull'assistenza giudiziaria (art. 4) ammontante a 210 fr/h, per 1-2 giorni lavorativi (4/8 ore per lo studio dell'incarto + 6/8 ore per le riunioni di mediazione), le parti si vedrebbero caricate di importi non certo indifferenti (fr. 2'000.-- / 4'000.--) per contenziosi anche "bagattella". Ciò provocherebbe uno snaturamento della procedura contenziosa amministrativa a chiaro discapito dei cittadini.

Attualmente, la presenza di rappresentanti legali nei procedimenti amministrativi è data soltanto nel 50% dei casi circa e viene così mantenuta quella componente di accessibilità laica che contraddistingue il contenzioso amministrativo, in contrapposizione alle procedure civili o penali che sono invece oramai di esclusiva competenza degli avvocati. L'introduzione di una mediazione esperita da giuristi o comunque da esperti del ramo costringerebbe il cittadino a doversi sobbarcare dei costi che potrebbero compromettere le sue possibilità di difesa, specie in periodi di crisi economica e a fronte di contenziosi magari di limitata entità finanziaria ma di considerevole interesse personale e soprattutto giuridico. A tal proposito, la dottrina rileva infatti che la mediazione racchiude il pericolo di forzare le parti - e tendenzialmente le più deboli economicamente - all'imposizione di soluzioni che non garantiscono una piena equidistanza e conformità con il diritto, soprattutto in situazioni ove il potere di apprezzamento risulta ampio e difficilmente sindacabile. Ciò causerebbe un'inopportuna limitazione dei diritti di difesa, che dipenderebbero ancora una volta dalle capacità finanziarie delle parti di protrarre una procedura mediata da un privato totalmente a loro carico (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 36). E questa situazione creerebbe anche il rischio evidente di una giustizia a due velocità a dipendenza delle possibilità finanziarie delle parti, che appare assolutamente inopportuna in un periodo di difficoltà economiche e che è ritenuta logicamente inaccettabile da tutti (Rapporto del Consiglio di Stato sulle misure di sostegno all'occupazione e all'economia per il periodo 2009-2011, pag. 29 e segg.; RICHLI, Possibilités de négociation en droit public suisse, in CEAT, La négociation, Losanna 1992, pag. 143).

Il sistema approvato con la riforma dell'OG garantisce attualmente una soluzione conforme ai principi della Costituzione federale e, al tempo stesso, assai efficace e spedito. L'introduzione di uno strumento come la mediazione già a livello di decisione di prima istanza presa dall'ente locale provocherebbe un chiaro rallentamento delle procedure, che andrebbe a discapito delle parti e dell'economia. D'altro canto, la soluzione transattiva conclusa tra le parti senza la partecipazione di un'autorità che verifica e che approva la soluzione proposta non vincola le medesime nella stessa misura di una decisione presa da un'istanza di ricorso (l'art. 27 LPAm parifica le transazioni giudiziali a sentenza, con i vantaggi che ciò comporta quali, ad esempio, l'ottenimento di un titolo esecutivo: BORGHI/CORTI, *Compendio di procedura amministrativa ticinese*, no. 1 e segg. ad art. 27): tale soluzione transattiva ha infatti un carattere contrattuale e, in caso di inadempienza, può essere oggetto solo di impugnativa davanti al giudice civile, con evidenti dilazioni della procedura (TERCIER, *in JDC 2009*, pag. 226).

La verifica da parte dell'autorità amministrativa di prima istanza (ente locale) presuppone comunque che tale autorità disponga delle conoscenze tecniche necessarie per compiere questa verifica o che se le procuri facendo capo ad un esperto esterno: ciò comporterebbe spese notevoli di consulenza, che dovrebbero essere riversate sulle parti o sopportate dall'ente locale (VON BALLMOOS, *Künftige Organisation Baubehörde und Baugesuchprüfung*, Coira 2006, pag. 7 pti. 2 e 3). E' infatti riconosciuto che la professionalizzazione di una procedura ove l'ente pubblico è chiamato ad una verifica contenziosa comporta per l'ente medesimo un aumento dei costi, che nel caso della mediazione non possono tuttavia essere riversati sul cittadino che già si accolla quelli dei propri consulenti (VON BALLMOOS, *Künftige Organisation Baubehörde und Baugesuchprüfung*, Coira 2006, pag. 10 pto. 3.3.2.). Entrambe le eventualità provocherebbero pertanto dei ritardi considerevoli rispetto ad una procedura condotta davanti ad un'autorità di ricorso, che conosce il dossier e che ha le necessarie competenze e conoscenze per porre fine definitivamente alla vertenza. Infine, questa soluzione contrasterebbe anche - perlomeno indirettamente - con la politica di sostegno all'occupazione e all'economia perseguita dal Consiglio di Stato, che è basata su di un'interazione soprattutto dei servizi cantonali a favore degli enti locali ed un'accelerazione dell'evasione dei contenziosi (Rapporto del Consiglio di Stato sulle misure di sostegno all'occupazione e all'economia per il periodo 2009-2011, pag. 59 misura 2, pag. 65 misura 7).

L'eventuale sostituzione del ricorso in prima istanza con la mediazione, mantenendo la sola giurisdizione del Tram, comporterebbe anch'essa un aumento, palese, dei costi della giustizia. In effetti, come già illustrato, si dovrebbe procedere ad un aumento dei giudici, dei vicecancellieri e del personale amministrativo, che provocherebbe un ulteriore costo quantificabile in ca. fr. 850'000.--. Tale cifra andrebbe inoltre ad aggiungersi alle spese che gli enti locali e l'amministrazione cantonale dovrebbero sobbarcarsi per gestire - grazie a collaboratori qualificati - le procedure di mediazione in prima istanza. Una simile soluzione è stata invero adottata nel Canton Lucerna, ove il ricorso al Consiglio di Stato è stato praticamente limitato a pochissimi casi, per essere sostituito con il ricorso pressoché generalizzato al Tram, preceduto da una mediazione dalle modalità analoghe a quelle proposte dall'iniziativa (§. 41a VRG; GANDER, *Verwaltungsrechtspflege*, Rothenburg 2008, pag. 18 e segg.). La camera di questo tribunale che si occupa di quei casi è però composta di 13 giudici, 9 vicecancellieri e 4 funzionari amministrativi, dotazione che, riportata agli stipendi cantonali, provocherebbe un costo complessivo di ca. fr. 5'350'000.--

(fr. 241'310 per ogni giudice⁹ + fr. 141'150 per ogni vicecancelliere¹⁰ + fr. 83'250 per ogni unità amministrativa¹¹ + fr. 19'000 per la logistica).

4. Limiti del diritto pubblico

La mediazione è una procedura che deriva tipicamente dal potere di disporre delle parti coinvolte nella vertenza, caratteristica questa che contraddistingue il diritto privato (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 10). Il diritto pubblico presenta invece spesso e volentieri aspetti di diritto cogente che non consentono grandi spazi di manovra, come peraltro ammette lo stesso emendatore: la mediazione deve infatti rispettare in ogni caso i limiti legali imposti dal diritto pubblico imperativo, al contrario di quello privato (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 15). La mediazione trova pertanto spazio nel diritto pubblico unicamente in settori limitati, ove la normativa applicabile lo permette (norme con concetti giuridici indefiniti o che lasciano all'autorità un margine di manovra) e, soprattutto, quando esiste una volontà effettiva delle parti di mediare (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 21, 27, 30, 31; PFISTERER, *Commentario VwVG*, no. 23 ad art. 33b; NÜSSLE, *Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen*, Zurigo 2005, pag. 181); inoltre e in ogni caso, la mediazione non è sempre adatta alla fattispecie (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 24; SIEGWART, *Ombudsstellen und Mediation*, ZBI 2002 pag. 571 e segg.).

Assodato tale aspetto, la possibilità di esperire una mediazione dev'essere valutata e proposta, concordi le parti, dall'autorità che conduce il procedimento ed in particolare solo in sede ricorsuale (RICHLI, *Possibilités de négociation en droit publique suisse*, *in* CEAT, *La négociation*, Losanna 1992, pag. 151 e segg.). Questa soluzione è giustificata dalla complessità della procedura, che non deve pertanto appesantire i già gravosi compiti affidati agli enti locali, visto soprattutto come la mediazione sia condotta da un privato che, chiamato ad esperire atti processuali importanti, è tuttavia vincolato all'autorizzazione dell'autorità (PFISTERER, *Commentario VwVG*, no. 40 ad art. 33b).

Se si volesse introdurre la mediazione presso l'ente locale chiamato, ad esempio, a rilasciare una licenza edilizia - evenienza questa assolutamente ammessa in dottrina (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 29) - si costringerebbe codesto ente a dotarsi di ulteriore personale qualificato (soprattutto dal profilo giuridico) oppure a far capo a consulenti esterni, che siano in grado di coordinare la procedura di mediazione, contraddistinta da fasi importanti, quali la verifica giuridica della proposta transattiva o l'allestimento di perizie, comprese le procedure che esse comportano per rispettare il diritto delle parti di essere sentite (PFISTERER, *Commentario VwVG*, no. 14 ad art. 33b; TANQUEREL, *Modalités d'intervention du public dans les choix d'aménagement: le point de vue du droit*, *in* CEAT, *La négociation*, Losanna 1992, pag. 76).

Questo problema permane d'attualità anche se sono in corso i processi aggregativi. Secondo i dati recenti, vi sono oggi in Ticino 181 Comuni, di cui ben 104 hanno una popolazione inferiore ai 1000 abitanti e altri 39 non raggiungono i 2000 abitanti; ben il 79% dei Comuni ticinesi non raggiunge pertanto una massa critica di 2000 abitanti. Solo il rimanente 21% ha quindi una popolazione che può giustificare un'amministrazione

⁹ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

¹⁰ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

¹¹ Importi comprensivi della quota parte degli oneri sociali a carico dello Stato

comunale in grado di gestire eventuali procedure di mediazione (Ufficio federale di statistica, "Notevole riduzione di Comuni nel 2008", Comunicato stampa del 7 gennaio 2009). L'introduzione di queste procedure costringerebbe dunque anche i piccoli Comuni - che sono la stragrande maggioranza - a dover affrontare spese non indifferenti in un momento economico estremamente delicato, ove essi sono già chiamati ad assumere numerosi nuovi compiti delegatigli dall'autorità cantonale (RICHLI, Possibilités de négociation en droit public suisse, in CEAT, La négociation, Losanna 1992, pag. 144 e segg.).

D'altra parte la soluzione della mediazione - particolarmente adatta, secondo il mozionante, nell'ambito edilizio - è già prevista dall'art. 8 LE, che conferisce al Municipio la facoltà di indire un esperimento di conciliazione tra le parti, prima della sua decisione sulla domanda di costruzione e pertanto prima di un'eventuale procedura di ricorso. La presenza di questo strumento rende in pratica già superata l'introduzione di un ulteriore istituto come quello della mediazione, peraltro poco adatto negli altri campi del diritto pubblico (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 33). A tal proposito, occorre inoltre tenere in considerazione che, secondo i dati del Dipartimento del territorio, vengono evase ca. 4'200 domande di costruzione all'anno in procedura ordinaria, alle quali bisogna aggiungere almeno un migliaio di domande su notifica, per un totale di ca. 5'200 licenze. A queste cifre si contrappongono però, sul fronte ricorsuale, soltanto 560 gravami all'anno circa, di cui unicamente il 70% (per un totale di ca. 400 casi) interessa fattispecie che potrebbero essere oggetto di mediazione (rilascio/diniego della licenza edilizia). Ciò dimostra che questa procedura potrebbe entrare in linea di conto soltanto nel 7,5-10% delle domande di costruzione che vengono annualmente evase in Ticino, con un effetto concreto sostanzialmente irrilevante.

D'altra parte, la dottrina ritiene anche che la mediazione è eventualmente opportuna in casi particolarmente complessi, ove l'autorità comunale sarebbe pertanto costretta - ove non possa fare affidamento su strutture interne - a far capo a specialisti esterni, i cui costi andrebbero a gravare ulteriormente sulle casse comunali o sul cittadino che ha presentato la domanda di costruzione (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 1 e 5).

5. La figura del "giudice a pagamento"

L'introduzione di una procedura di mediazione in prima istanza, che non viene gestita dall'autorità di ricorso, provocherebbe la nascita di una serie di "tribunali speciali ad hoc" che soffrirebbero di un grado di dipendenza troppo elevato per garantire l'equità di giudizio che si vorrebbe ottenere.

La mediazione è esperita infatti da un mediatore pagato dalle parti e chiamato a dirimere vertenze tra privati ed ente pubblico, che non è tuttavia indipendente ed equidistante dalle parti: vi è quindi il rischio accresciuto che il mediatore abbia alla fin fine gli stessi "difetti" rimproverati oggi al CdS nella trattazione dei ricorsi gerarchici, dove l'Esecutivo cantonale beneficia comunque dei suoi poteri di vigilanza sull'attività della propria amministrazione (SIEGWART, in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 49). Il sistema della mediazione soffrirebbe inoltre di questa impasse in tutti i casi, poiché il mediatore risentirebbe di tale dipendenza economica in ogni procedura e correrebbe altresì il rischio essere già stato patrocinatore di una delle parti nella sua precedente attività o di diventarlo in futuro (TERCIER, in JDC 2009, pag. 233). Si permetterebbe dunque ad un privato incaricato momentaneamente di poteri specifici di trattare una controversia tra suoi pari, senza essere in possesso di quel mandato pubblico che hanno invece e logicamente il Consiglio di Stato e il Tram.

In questo senso, la dottrina sottolinea ad esempio l'importanza per le parti di decidere e regolare nel contratto di mediazione il destino delle informazioni ottenute nella fase delle trattative. Si tratta infatti di definire se tali informazioni potranno o meno essere utilizzate nell'ambito di un eventuale procedimento ricorsuale in caso di insuccesso della mediazione (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 61). Tutte queste problematiche - che presuppongono comunque delle conoscenze giuridiche non usuali e che richiedono pertanto l'intervento di un giurista a spese del cittadino - non si pongono invece in una procedura di ricorso gestita dall'autorità che è poi chiamata a decidere ed i cui ulteriori accertamenti potranno unicamente facilitare la propria decisione, basata su una corretta constatazione dei fatti e una corretta applicazione del diritto.

Le soluzioni previste nel diritto civile partono dal presupposto che le parti sono poste sullo stesso piano, essendo legate da un contratto base, la cui esecuzione può dare adito a contestazioni. Tale fattispecie non si realizza nei rapporti di diritto pubblico, di natura verticale tra cittadino ed autorità. Ora, questo problema non viene risolto in maniera soddisfacente dalla proposta. La soluzione prospettata dal mediatore dovrà essere valutata dall'autorità pubblica, chiamata ad includere tale soluzione in una sua decisione formale (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 77). Essa dovrà pertanto verificare la soluzione proposta da uno specialista, senza avere concretamente i mezzi e le competenze giuridiche per poter effettivamente verificarne la legalità, compito precipuo che invece le spetterebbe (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 72; PFISTERER, *Commentario VwVG*, no. 16 ad art. 33b; NÜSSLE, *Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen*, Zurigo 2005, pag. 209). I Comuni ticinesi - ove si prescindano da quelli più importanti - non dispongono infatti di strutture ed apparati amministrativi dotati di servizi giuridici in grado di valutare le soluzioni proposte sotto il profilo della legalità, della parità di trattamento, dell'assenza d'arbitrio, della conformità con l'interesse pubblico ecc. Ciò impedisce concretamente l'effettiva verifica (a meno di far capo a mandati esterni che aumentano i costi per gli enti locali), creando il pericolo di proliferare soluzioni giuridicamente opinabili ma con effetti pregiudiziali notevoli, che sfuggirebbero poi ad un qualsiasi controllo giudiziario (VON BALLMOOS, *Künftige Organisation Baubehörde und Baugesuchprüfung*, Coira 2006, pag. 12 pto. 4; VODOZ, *Enjeux et limites du recours à la négociation*, *in* CEAT, *La négociation*, Losanna 1992, pag. 288 pto. 4.2 e pag. 290 pto. 4.5).

L'analisi delle proposte mediate non esclude, d'altra parte, la facoltà di ricorso delle associazioni ambientaliste, soprattutto negli ambiti edilizi e pianificatori. Ciò provoca un'ulteriore difficoltà poiché tali diritti dovranno comunque essere salvaguardati, costringendo l'ente pubblico ad allestire delle pubblicazioni specifiche che rendano edotte tali associazioni e soprattutto non garantendo la conclusione definitiva della vertenza (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 70).

La traduzione dell'accordo di mediazione in una decisione formale dell'autorità presuppone inoltre la rinuncia a priori della possibilità di ricorso, che deve essere oggetto del contratto di mediazione (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, art. 33b no. 74; PFISTERER, *Commentario VwVG*, no. 7 ad art. 33b). Questa circostanza preoccupa poiché pregiudica un diritto fondamentale delle parti, che non hanno sempre la possibilità (finanziaria e concreta) di farsi assistere e consigliare giuridicamente e di comprendere sino in fondo la portata di una simile rinuncia: ciò comporterebbe dunque una inaccettabile diminuzione dei diritti di difesa che il sistema attuale garantisce invece a tutti i cittadini. Per converso, una qualsiasi transazione giudiziale è concretizzata in una decisione formale che, a sua volta, può essere oggetto di

ricorso se, inaspettatamente, una delle parti dovesse rinvenire su quanto transatto: questa soluzione - contrariamente a quella della mediazione - garantisce dunque pienamente e compiutamente i diritti di difesa dei cittadini.

6. L'esperimento di conciliazione davanti all'autorità di ricorso

La soluzione più favorevole al cittadino, sia per i costi che per i tempi, è sicuramente la mediazione eseguita dall'autorità (ricorsuale) medesima o addirittura la richiesta di un esperimento di conciliazione ai sensi dell'art. 17 LPAm, spesso più veloce e comunque meno oneroso. Questa variante - oltre che assai usuale (SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 12) - è prevista anche dalla dottrina, che ammette la mediazione anche davanti alle istanze di ricorso le quali, a loro volta, possono farsi sostituire da loro rappresentanti per l'istruzione della causa (PFISTERER, Commentario VwVG, no. 25 e 26 ad art. 33b; SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 3 e 25). La mediazione non può inoltre essere imposta alle parti e deve essere anticipata da un' "udienza introduttiva" dell'autorità, circostanza questa che fa ritenere più adatta la soluzione dell'autorità ricorsuale quale mediatrice (PFISTERER, Commentario VwVG, no. 27 e 28 ad art. 33b). Questa soluzione ha d'altra parte anche il vantaggio di limitare il numero delle parti interessate, visto che esse corrispondono alle effettive persone che partecipano al procedimento (PFISTERER, Commentario VwVG, no. 29 ad art. 33; SIEGWART, *in* Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, art. 33b no. 3).

L'esperimento di conciliazione sarà comunque possibile solo se la natura della causa lo consente (art. 179 CPC per analogia); né, d'altro canto, potrebbe essere concretamente proponibile prima dell'inoltro del gravame, a causa dei termini legali fissati per la presentazione di un eventuale ricorso (art. 354 e segg. CPC per analogia). Nonostante tale limitazione, la conciliazione davanti all'autorità ricorsuale comporterebbe molti vantaggi: la gratuità della procedura (art. 354 cpv. 3 CPC), la valutazione da parte di un'autorità di ricorso terza e al di sopra delle parti (il CdS sarebbe comunque autorità di vigilanza sugli enti locali e autorità di controllo nei confronti dei propri dipartimenti), la celerità della procedura e la forza esecutiva della transazione (art. 358 CPC e art. 27 LPAm). Inoltre, questa soluzione permetterebbe anche di evitare ulteriori spese a carico degli enti locali e dei cittadini: la gestione di detta procedura sarebbe assunta infatti dal Servizio dei ricorsi del CdS, che assumerebbe pertanto un ulteriore compito a favore della cittadinanza senza spese supplementari per l'erario pubblico.

I costi effettivi del Servizio dei ricorsi sono del resto già molto contenuti. In effetti, il consuntivo netto prevede una spesa di ca. fr. 2 mio annui, che equivalgono ad un costo di ca. fr. 1250.-- per ogni caso evaso (ca. 1600 annui). Queste cifre risultano ulteriormente ridimensionate se si considera che il valore dei gravami trattati ogni anno dal CdS - per i soli settori dell'edilizia e degli enti pubblici (ca. 885) - ammonta a ca. 900 mio: in proporzione, quindi, il costo del CdS come autorità di ricorso equivale in effetti allo 0,22% dei valori di causa trattati annualmente. E questi dati devono essere nuovamente relativizzati poiché il Servizio dei ricorsi evade ulteriori 650 casi riferiti a gravami che vengono interposti contro decisioni dipartimentali.

La procedura di mediazione esperita invece da un ente privato - partendo da un costo orario di fr. 210.-- e da una durata media di 14 ore e tenendo conto delle spese vive - provocherebbe un costo di $210 \times 14 = 3'000 \times 885 =$ ca. fr. 2'655'000.--: ciò comporterebbe un aumento assoluto dei costi di oltre fr. 600'000.--, ai quali andrebbero comunque aggiunti i costi per l'evasione degli ulteriori 650 incarti davanti ad un'autorità di prima

istanza e quelli per l'evasione dei gravami nei quali la mediazione non dovesse andare a buon fine. Il quadro dei costi assoluti può essere così riassunto :

- fr. 2'650'000.-- (mediazione) + fr 812'500.-- (ipotesi evasione SR CdS 1250 x 650) = fr. 3'462'500.--
- fr. 2'650'000.-- (mediazione) + fr 6'250'000.-- (ipotesi evasione Tram 5000¹² x 650) = fr. 8'900'000.--

A queste spese dovranno essere aggiunti i costi riferiti ai casi ove la mediazione non ha successo (ipotizzati a 1/3) ammontanti a:

fr. 1'250.-- x 265 = 331'000.--

rispettivamente a

fr. 5'000.-- x 265 = 1'325'000.--

per un totale di

fr. 3'794'000.-- con un aumento di fr. 1'794'000.--

rispettivamente

fr. 10'225'000.-- con un aumento di fr. 8'225'000.--

Dalle cifre appena esposte, risulta evidente che la soluzione più equa per il cittadino e meno costosa in termini assoluti consiste nella limitazione della procedura di mediazione davanti alla sola autorità di ricorso, mantenendo altresì il sistema attuale di doppia istanza (CdS e Tram).

7. Parere del Consiglio di Stato

Lo scrivente Consiglio, visto quanto espresso sopra, ritiene che l'introduzione di una mediazione generalizzata come proposta dall'iniziativa risulterebbe eccessivamente onerosa sia per il cittadino che per l'ente pubblico. L'istituzione del mediatore causerebbe alla popolazione un notevole aumento degli oneri finanziari connessi sia con le procedure amministrative di prima istanza che con quelle contenziose. Come già s'è detto, chi fosse chiamato a far capo ad un mediatore sarebbe costretto a sobbarcarsi spese considerevoli, soprattutto in un momento di recessione economica, senza avere la certezza che tale investimento porti a risultati favorevoli. La mediazione, in effetti, non garantisce la soluzione alla vertenza, essendo invece talvolta solo il preludio ad una procedura ricorsuale successiva. La complessità della procedura di mediazione costringerebbe anche gli enti pubblici coinvolti a far capo a giuristi, chiamati a verificare le proposte formulate dal mediatore che devono infatti essere valutate dall'ente pubblico, avuto riguardo soprattutto ai limiti imposti dal diritto pubblico. E questo rallentamento colpirebbe anche l'economia, ritenuta la sua frequente dipendenza da decisioni amministrative, talvolta contestate.

La sostituzione del ricorso al Consiglio di Stato con la procedura di mediazione sarebbe d'altra parte contraria allo spirito della modifica costituzionale federale tendente a garantire al cittadino un giudizio indipendente e imparziale. La situazione attuale assicura comunque alle parti un'autorità di ricorso indipendente dall'ente pubblico (ente locale) che ha emanato la decisione in più della metà dei casi, e nell'altra metà (decisione dipartimentale) garantisce in ogni caso un'autorità gerarchicamente superiore e con piena giurisdizione.

¹² Costo indicato dal giudice Anastasi nella conferenza stampa 22 novembre 2007 di presentazione del Messaggio 5994

Con la mediazione si sarebbe confrontati invece con un giudice privato, pagato dalle parti e che talvolta è stato patrocinatore di una di esse o lo potrebbe essere in futuro, escludendo dunque a priori l'indipendenza di giudizio che si vorrebbe raggiungere con la modifica qui proposta. Inoltre, anche in tal caso si dovrebbero aumentare i collaboratori del Tribunale amministrativo, che non potrebbe più usufruire della funzione di filtro operata oggi dal Consiglio di Stato.

D'altra parte, non bisogna nemmeno dimenticare che la legislazione attuale già permette l'esperimento di conciliazione (art. 17 LPAm), a cui si fa luogo da anni anche davanti all'autorità ricorso, con i vantaggi temporali e giuridici che si sono descritti; inoltre, la procedura di mediazione potrebbe essere facilmente esperita dall'autorità ricorsuale medesima, senza spese ulteriori, né a carico dell'erario né a carico del cittadino.

Le oggettive perplessità connesse con la proposta inducono il Consiglio di Stato a ritenere più giudiziosa una verifica accurata dei risultati ottenuti dall'attuale sistema da operarsi sull'arco di alcuni anni: anche su questo punto, eventuali approfondimenti potranno pertanto essere esperiti ulteriormente, al fine di determinarsi sulla modifica proposta con piena conoscenza di causa.

VI. TERMINE UNIFORME

1. Limiti della scelta dei termini

I termini usuali di ricorso nel nostro Cantone sono di 15 (ca. 70% dei casi) o 30 giorni (ca. 25% dei casi). La situazione attuale prevede sia l'uno che l'altro termine a dipendenza della materia: se si tratta di norme d'applicazione del diritto federale sociale o tributario, il termine è tendenzialmente di 30 giorni, mentre negli altri casi è perlopiù di 15 giorni. Vi sono poi altri termini più brevi (ca. 5% dei casi), che sono dettati da esigenze particolari, come in materia di commesse pubbliche o di diritti politici. Fatte salve tali fattispecie, che giustificano un'eccezione, l'introduzione di termini uniformi appare obiettivamente auspicabile.

La situazione negli altri Cantoni è molto variegata: nella maggioranza dei casi, le leggi di procedura amministrativa prevedono un termine di 30 giorni (ca. 60 % dei Cantoni).

2. Allungamento dei termini di crescita in giudicato e rischio di aumento delle procedure cautelari e provvisori

La scelta di un termine ricorsuale unico di 30 giorni come previsto dalla PA federale (art. 50) può essere ammessa, salvo per i casi relativi ai diritti politici e ad altre poche eccezioni. Questi casi dovrebbero comunque essere giustificati da un preponderante interesse pubblico, spesso volte non collimante con quello economico. Da questo profilo, sarebbe infatti difficile giustificare un termine di 10 giorni per le commesse pubbliche, allorché una licenza edilizia per un grosso complesso scolastico o industriale dovrebbe essere impugnata entro 30 giorni.

La proposta raddoppia comunque i tempi di crescita in giudicato e il problema ovviamente si acuisce se il termine cade nei periodi di ferie giudiziarie.

La proposta non pone tuttavia soverchi problemi tecnici di applicazione, se non fosse per un possibile rallentamento dell'evasione dei ricorsi soprattutto in tematiche di forte impatto economico come le commesse pubbliche, l'edilizia e le decisioni degli enti pubblici in tema di investimenti comunali e di gestione territoriale. Situazioni ritenute "eccezionali" dalle

parti rischiano comunque di far aumentare le procedure provvisoriale e cautelari in attesa che si concluda la litispendenza, con un ulteriore carico delle istanze di ricorso, contravvenendo ai principi che stanno alla base della modifica dell'organizzazione della giustizia a livello federale .

La fissazione di un termine ricorsuale uniforme non influisce direttamente sulla durata delle procedure poiché i termini per lo scambio degli allegati vengono assegnati dal giudice (art. 49 LPamm), che può pertanto tener conto delle particolarità del caso e, soprattutto, della sua urgenza e delle sue difficoltà.

3. Parere del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato concorda parzialmente con la proposta degli iniziativaisti. Si tratta comunque di valutare attentamente tutti i termini previsti dalla legislazione cantonale e, fatti salvi alcuni casi particolari che vanno accuratamente individuati, di determinare quello che più risponde alle esigenze di celerità di giudizio, senza peraltro ridurre i diritti dei cittadini. Lo scrivente Consiglio procederà pertanto ad verifica legislativa in tal senso.

VII. CONCLUSIONI

Il Consiglio di Stato è a disposizione per eventuali ulteriori approfondimenti e, qualora il Gran Consiglio condivida le proposte del Governo formulate nel presente rapporto, preparerà un disegno di legge per introdurre una clausola generale di ricorso ed uniformare i termini di ricorso.

Vogliate gradire, signor Presidente, signore e signori deputati, l'espressione della nostra massima stima.

Per il Consiglio di Stato:

Il Presidente, G. Gendotti
Il Cancelliere, G. Gianella