

Messaggio

numero

6305

data

2 dicembre 2009

Dipartimento

ISTITUZIONI

Concerne

Rapporto del Consiglio di Stato sull'iniziativa parlamentare 20 aprile 2009 presentata nella forma generica da Filippo Gianoni e cofirmatari per l'introduzione di norme che inaspriscano la responsabilità di chi solleva opposizioni infondate in campo edilizio e più in generale nel campo amministrativo

Signor Presidente,
signore e signori deputati,

con il presente messaggio teniamo a segnalare che l'art. 98 della legge del 17 dicembre 2002 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, ritenuta l'importanza del tema toccato, richiamato e ribadito il contenuto del messaggio n. 6208 del 19 aprile 2009 concernente il rapporto del Consiglio di Stato sull'iniziativa parlamentare 2 dicembre 2008 presentata nella forma generica dalla Commissione della legislazione, nonché tenuto in considerazione il fatto che sono pendenti ulteriori atti parlamentari che concernono la procedura amministrativa, come vi abbiamo già comunicato nella lettera del 15 settembre 2009, si è reputato opportuno presentare questo rapporto. Ci riserviamo comunque la possibilità di presentare un ulteriore complemento del medesimo nel prosieguo della procedura.

I. INTRODUZIONE

La possibilità di esercitare la facoltà di opposizione, assicurata dal nostro diritto edilizio, deriva direttamente dal diritto di essere sentiti garantito dalla Costituzione federale. Essa è dunque una concretizzazione di tale possibilità concessa al cittadino onde poter salvaguardare i propri diritti (HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Berna 2002, pag. 502). Il sempre maggior impatto degli edifici ed impianti sull'ambiente circostante e sull'uomo ha ampiamente giustificato l'evoluzione normativa, sviluppata dal legislativo nel pieno rispetto dei disposti costituzionali, che non può essere considerata, come tale e, di per sé, illegale, ritenuta la sua funzione di preventiva difesa da possibili ingiustificate immissioni sul proprio fondo da parte di terzi (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 10).

La proposta si scontra pure con il principio dell'accessibilità alla giustizia contenuto nella garanzia alla protezione giuridica sancita dall'art. 10 Cost. TI, garantita invece dall'attuale sistema, imponendo un grave pregiudizio ai diritti di cittadini a fronte di una situazione reale peraltro rientrante nei limiti del sistema democratico dell'amministrazione della

giustizia. Occorre, infatti, tenere in considerazione che, secondo i dati del Dipartimento del territorio (Rendiconto del Consiglio di Stato 2008, Allegato statistico, tabella 6.T8), annualmente vengono evase circa 4'400 domande di costruzione in procedura ordinaria, alle quali bisogna aggiungere almeno un migliaio di domande su notifica, per un totale di circa 5'400 licenze annue. A tali cifre sul fronte ricorsuale fanno però da contraltare, in media, "solo" circa 560 gravami all'anno, di cui unicamente circa il 70% (per un totale di circa 400 casi) interessa fattispecie che, concernendo il rilascio o il diniego di una licenza edilizia, possono influenzare le possibilità edificatorie nel Cantone. Da tali dati si può dedurre come unicamente circa il 7,5% del volume totale delle domande di costruzione sono colpite da gravami che possono in qualche modo impedire l'edificazione di nuovi edifici o impianti. Con un inasprimento dei presupposti ricorsuali il cittadino si vedrebbe pertanto limitato nei diritti che la Costituzione gli offre (vedi Rapporto della Commissione della legislazione 4798 R1 del 15 dicembre 1999, pag. 1) a causa di una situazione comunque rientrante nei canoni di un sistema democratico (GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBI 3/1994, pag. 102).

Il conferimento per legge dell'effetto sospensivo ad eventuali ricorsi, decisa comunque nell'ambito del processo legislativo dal Parlamento (vedi art. 47 LPAm; BORGHI/CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1996, n. 1 e seguenti ad art. 47), corrisponde pertanto ad un necessario corollario al precitato diritto costituzionale. Chiaramente consono alla ponderazione degli interessi in gioco risulta in effetti il provvisorio blocco degli effetti connessi con una licenza edilizia, visto come la mancata concessione di tale sospensiva, con la conseguente realizzazione dell'edificio contestato, potrebbe di fatto vanificare di principio ogni e qualsiasi controllo giudiziario delle decisioni impugnate (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 555).

Le decisioni provvisoriale del presidente dell'autorità ricorsuale non mutano in maniera significativa tale situazione. In effetti, sia il loro numero, assolutamente contenuto rispetto ai gravami evasi (circa solamente il 2%), sia il loro tenore, il quale spesso, tenuto conto delle fattispecie, contribuisce a mitigare gli effetti concessi per legge ai gravami grazie al conferimento della facoltà di iniziare o continuare i lavori edili legati ad una licenza oggetto di un progetto in variante, permettono al contrario di evitare eventuali potenziali distorsioni del sistema democratico.

L'eventuale inopportunità di una qualsiasi decisione provvisoriale può del resto essere contestata davanti alle autorità giudiziarie di seconda istanza evitando così, se del caso, ipotetici danni che dovessero scaturire da diversità di apprezzamento (GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBI 3/1994, pag. 117, pto. 2.2.2), ritenuto come l'eventuale errore potrebbe semmai portare ad un risarcimento da parte dello Stato unicamente in caso di un errore particolarmente grave e manifesto, soprattutto in caso di applicazione della latitudine di giudizio che compete a tali istanze (GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBI 3/1994, pag. 118).

Oltre a questo, le parti hanno comunque la possibilità di richiedere, per quanto riguarda le misure provvisoriale, la prestazione di specifiche cauzioni sulla base dell'art. 21 cpv. 3 della legge del 19 aprile 1966 di procedura per le cause amministrative (LPAm), possibilità peraltro rimasta senza applicazione pratica di rilievo (BORGHI / CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1996, n. 2b ad art. 21).

D'altra parte, le procedure che si svolgono nell'ambito del diritto pubblico davanti alle autorità amministrative e giudiziarie, oltre ad essere costituzionalmente opportune, non denotano ritardi che possano essere considerati eccessivi, visto come i tempi procedurali sia in prima che in seconda istanza risultano contenuti in pochi mesi (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 187; Rendiconto del Consiglio di Stato 2008, Allegato statistico, tabelle 1.T12, 1.T13, 8.T10, 8.T11).

La situazione attuale nell'ambito dell'evasione dei gravami è in effetti contraddistinta dall'evasione in modo definitivo da parte del Consiglio di Stato dell'80% dei casi in tempi medi di circa 2 mesi dallo scambio allegati. A tale realtà occorre aggiungere il fatto che il Consiglio di Stato evade 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 Tribunale cantonale amministrativo di solo circa il 20% con un grado di conferma di circa l'85%. Oltre a ciò, il 2008, grazie alla qualità del lavoro del Servizio dei ricorsi del Consiglio di Stato, ha registrato una diminuzione dei gravami in entrata di circa il 9%, contribuendo in modo concreto alla diminuzione del carico di lavoro del tribunale (MÜLLER, Geschäftslastbewirtschaftung am Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, in: "Justice-Justiz-Giustizia" 2009/3). Medesimo discorso vale mutatis mutandi per il Tribunale cantonale amministrativo che si dimostra da sempre molto sollecito e competente nell'evasione dei ricorsi a lui affidati in seconda istanza (Rendiconto del Consiglio di Stato 2008, Allegato statistico, Tabelle 8.T10, 8.T11).

Tali dati confermano come questo sistema giurisdicente risulti già ora, di principio, conforme ai principi di efficacia ed efficienza implementati oramai anche nel sistema giudiziario (GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBI 3/1994, pag. 122; WIPFLI, Justizmanagement am Beispiel eines Steuergerichts, Berna 2006, pag. 56 e seguente; HÄNNI, Verhindertes Bauen – Vom Gebrauch und Missbrauch des öffentlichen Baurechts, BRT 1993, pag. 55).

L'esito dei gravami non è d'altro canto contraddistinto in maniera significativa da atti ricorsuali che possono essere considerati defatigatori o privi di fondamento, ritenuto inoltre come il numero di ricorsi considerati irricevibili o manifestamente privi di fondamento risulta molto contenuto. Dai dati registrati annualmente emerge che solo circa il 10% dei gravami evasi negli ultimi 5 anni (7'922) sono stati definiti irricevibili.

La dottrina riconosce inoltre da tempo il principio secondo il quale il cittadino che cerca giustizia non possa essere trattenuto dal ricorrervi in buona fede a causa della minaccia di risarcimento in caso di reiezione del suo gravame (GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBI 3/1994, pag. 107).

La situazione effettiva non risulta dunque così negativa come illustrato nell'atto parlamentare.

II. I POSSIBILI RIMEDI

L'iniziativa ipotizza alcune soluzioni che potrebbero, a mente degli iniziativisti, porre rimedio alla situazione attuale, definita come insoddisfacente. Il Consiglio di Stato ritiene opportuno, prima di entrare nel merito della richiesta formulata nell'atto parlamentare, analizzare brevemente le ipotesi formulate.

1. Snellimento delle procedure contenziose

L'art. 6 della legge edilizia cantonale del 13 marzo 1991 (LE) e l'art. 17 del regolamento d'applicazione del 9 dicembre 1992 (RLE) prevedono che le domande di costruzione

vengano pubblicate all'albo comunale e, nel caso di istanze per interventi fuori dalla zona edificabile, sul Foglio ufficiale per un periodo, di principio, di 15 giorni. Durante tale periodo esiste la possibilità di consultare gli atti della domanda di costruzione presso i municipi ed i loro uffici tecnici, nonché di interporre opposizione ai progetti presentati, a condizione che i presupposti formali e materiali siano dati (art. 6 LE). Contrariamente a quanto previsto dall'art. 13 LPAm, ritenuto come la procedura di opposizione sia preventiva all'emanazione di una decisione formale, per il periodo di pubblicazione non si applicano le norme sulle ferie giudiziarie e esso non è dunque sospeso durante le festività natalizie e pasquali, nonché durante il periodo estivo.

Tale circostanza impone un regime singolare alla procedura edilizia che, non dovendo rispettare periodi feriali particolari, non prevede interruzioni durante l'anno. Ciò permette già ora di risparmiare due mesi di attesa obbligatoria rispetto a praticamente tutte le altre procedure amministrative che potrebbero sfociare in un contenzioso.

D'altro canto un'iniziativa parlamentare generica del deputato Moreno Colombo, presentata nel 1996 con lo scopo di abrogare tale regola, onde permettere ai cittadini di potersi assentare durante i periodi canonici di vacanza senza dover temere che proprio in tali periodi venissero pubblicate domande di costruzione pregiudizievoli per i loro interessi, era stata ritirata il 2 gennaio 1997, confermando implicitamente come la soluzione attuale rappresenti un buon compromesso tra gli interessi di chi costruisce e di chi vuole difendere i propri interessi legittimi (iniziativa parlamentare del 24 giugno 1996 presentata nella forma generica dal deputato Moreno Colombo per la sospensione dei termini nell'ambito delle possibilità di opposizione alla concessione della licenza edilizia).

La possibilità di presentare un'opposizione e di far parte della procedura è del resto una concretizzazione del diritto di essere sentiti, costituendo inoltre un elemento che permette un migliore accertamento della fattispecie dal punto di vista di chi è toccato dalle conseguenze della decisione, derivante direttamente dall'avvio della procedura e che non prevede eccezioni (DTF 129 I 232 consid. 3.3; EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 21 e seguente ad art. 29; HÄNNI, Verhindertes Bauen – Vom Gebrauch und Missbrauch des öffentlichen Baurechts, BRT 1993, pag. 50). In tal senso la dottrina ritiene addirittura insufficiente la sola pubblicazione delle domande di costruzione all'albo comunale (EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 24 ad art. 29) ed il Tribunale federale impone inoltre un alto grado di pubblicità nell'ambito delle pubblicazioni inerenti i piani regolatori (DTF 1P.827/2006 del 25 settembre 2007 consid. 3), affinché sia possibile esercitare il proprio diritto di espressione sui vincoli proposti (DTF 114 Ia 233), ciò soprattutto quando si tratti di applicare norme di diritto amministrativo (DTF 132 II 485 consid. 3.4; EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 25 ad art. 29). Secondo la giurisprudenza della Corte federale e della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, la facoltà di opposizione/ricorso comprende pure il diritto ad un secondo scambio di allegati (DTF 132 I 42, 133 I 98).

L'accorciamento dei tempi di pubblicazione da 15 a 10 giorni o addirittura a 7 o 5 giorni, così come quella di abbreviare i susseguenti termini di ricorso diverrebbe dunque un'insostenibile riduzione dei diritti di difesa dei cittadini garantiti dalla Costituzione cantonale (art. 10 Cost. TI), rispettivamente dalla Costituzione federale (art. 29 Cost.; DTF 131 II 169 consid. 2.2.3, 123 III 101; EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 9 ad art. 29; LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 9 nota 5 e n. 109 e seguente). Tale diminuzione potrebbe addirittura sconfinare in

un'eccessiva limitazione che contrasterebbe chiaramente con i principi salvaguardati dall'art. 29 Cost. (EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 14 ad art. 29; LUSTENBERGER, Missbräuchliche Einsprachen – Möglichkeiten und Grenzen der Sanktionierung, BR/DC 1/2006, pag. 37 pto. 2) e rischierebbe di vanificare l'esigenza di motivazione dell'opposizione proprio a seguito dei ristretti tempi a disposizione (EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 16 ad art. 29; DTF 121 I 1 consid. 3 e 4). Tutto ciò assume ancora più importanza nel caso dell'opposizione edilizia ritenuto come la sua mancata interposizione durante il periodo di pubblicazione preclude la possibilità di partecipare ulteriormente alla procedura e di far valere in tal modo i propri diritti (art. 21 cpv. 2 LE; EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 32 e seguente ad art. 29) D'altra parte la dottrina medesima conferma come la limitazione dei diritti di partecipazione non risolverebbe comunque gli eventuali problemi riscontrati (HÄNNI, Verhindertes Bauen – Vom Gebrauch und Missbrauch des öffentlichen Baurechts, BRT 1993, pag. 56).

Tale richiesta risulta pure essere in contrasto con quanto riscontrato nella maggioranza degli altri Cantoni ove il termine standard per l'inoltro di opposizioni risulta essere superiore o uguale ai 14 giorni (14 giorni: SO, SG, FR, GL; 15 giorni: TI; 20 giorni: AG, UR, NW, TG, AR, ZG, SZ, GR, LU, SH, ZH; 30 giorni: BE, BS, VD, GE, JU, NE). Solo quattro Cantoni (pari al 15,4%) adottano un termine di 10 giorni (VS, BL, AI, OW). Nell'ambito federale l'art. 50 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa prevede d'altronde un termine di 30 giorni.

A tal proposito si deve inoltre notare come i tribunali medesimi siano estremamente garanti della possibilità di far valere in giudizio i propri diritti avendo adottato sinora sul tema una prassi molto restrittiva relativamente al riconoscimento di responsabilità in caso di inoltro di gravami che hanno portato a ritardi nella costruzione (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 111; KÖLZ / HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zurigo 1998, n. 431) e ciò anche in caso di due ulteriori gravami, l'uno perso e l'altro ritirato, visto che le censure sollevate avrebbero anche potuto essere fondate (DTF 117 II 394, 112 II 35).

L'introduzione di un ulteriore diverso termine nella procedura amministrativa contrasterebbe pure con la richiesta dell'Ordine degli avvocati fatta nell'ambito della procedura di consultazione inerente la Legge sulla revisione della giurisdizione amministrativa. In tale frangente l'Ordine si era espresso a favore di un'unificazione dei termini ricorsuali, concetto al quale l'opposizione, mutatis mutandi, chiaramente si apparenta (messaggio n. 5994 del 13 novembre 2007 concernente la legge sulla revisione delle giurisdizione amministrativa, capitolo VII).

Il controllo democratico attuato tramite la pubblicazione delle domande di costruzione è inoltre considerato dalla dottrina più recente come uno strumento utile di verifica dell'attività dei Comuni, sempre più confrontati con l'applicazione di normative complesse e, talvolta, di difficile comprensione nonché spesso coinvolti in situazioni ove i rapporti giuridici non possano fare a meno di una valutazione legata a vincoli interpersonali oggettivamente intrecciati non infrequenti in particolare in comunità relativamente di piccole dimensioni (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 60 e seguenti; VON BALLMOOS, Künftige Organisation Baubehörde und Baugesuchprüfung, Coira 2006, pag. 6 pto. 1.5; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Zurigo 2005, pag. 9).

Secondo la recente dottrina in uno stato di diritto anche chi vuole costruire deve prendere in considerazione che un'opposizione inoltrata in buona fede potrà fargli perdere del tempo prezioso, senza poter essere considerata illecita per il solo fatto di avergli provocato eventuali danni finanziari (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 10 e 248).

L'analisi della situazione porta il Consiglio di Stato a ritenere la situazione attuale come conforme ai principi di uno Stato di diritto, senza che le sue prerogative possano essere considerate quali malignamente utilizzate a fini diversi da quelli per cui sono stati pensati. In tale ambito non si rende pertanto necessaria modifica alcuna.

2. Accorpamento delle procedure civili ed amministrative

L'ipotesi formulata nell'atto parlamentare, pur seducente, si scontra tuttavia con l'ordinamento giuridico vigente e con quanto stabilito dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominanti.

La questione è chiaramente connessa con gli art. 49 e 122 Cost., rispettivamente con l'applicazione dei disposti di cui agli art. 5 e 6 del codice civile svizzero (CC).

La dottrina relativa alla Costituzione federale non limita le competenze cantonali nell'ambito del diritto pubblico, ritenuto inoltre come i cantoni possano completare anche la regolamentazione civile a condizione che il legislatore federale non abbia definito in maniera esaustiva la materia, che le normative cantonali perseguano un interesse pubblico degno di protezione e che non si scontrino con il senso e lo spirito della legislazione civile federale (EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 18 ad art. 49; Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basilea 2002, n. 10 e seguenti ad art. 6).

In tale ambito si sottolinea come i gravami di stampo giusprivatistico debbano essere rinviati al giudice civile senza dover né poter essere trattati dal giudice amministrativo (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 9 in fine). Di conseguenza censure che di per sé vengono determinate dall'edificazione ma che non rientrano nell'ambito giuridico protetto dall'impugnativa non possono essere giudicate da un'autorità incompetente "ratione materiae". La procedura amministrativa non può pertanto essere utilizzata per far valere pretese derivanti dal diritto edilizio privato (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 311 e nota n. 376). Il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico, pur proibendo le contraddizioni tra diritto pubblico e privato, non viene comunque in tal modo leso. In effetti la giurisprudenza del Tribunale federale sancisce un certo qual obbligo di armonizzare le regolamentazioni dei due ambiti giuridici, ma riconosce come solamente le disposizioni di diritto pubblico (NAPR e regolamenti edilizi) adempiano gli obblighi di regolamentazione imposti federalmente dalla legislazione in materia di pianificazione del territorio per ciò che concerne la gestione territoriale (AUER, Neuere Entwicklungen im privatrechtlichen Immissionsschutz, Zurigo 1997, pag. 15 e nota n. 73 a pag. 17). I due ambiti normativi, pur dovendo essere coordinati, vivono comunque di vita propria, pur potendosi completare nel caso di interpretazioni di concetti particolari soprattutto nell'ambito del diritto privato di vicinato (DTF 119 Ib 356, 119 II 416; WERRO / ZUFFEREY, Les immissions de la construction, JDC 1997, pag. 66; AUER, Neuere Entwicklungen im privatrechtlichen Immissionsschutz, Zurigo 1997, pag. 10 e seguenti) o della valutazione dell'entità dell'incomodo provocato dai lavori di costruzione (WERRO / ZUFFEREY, Les immissions de la construction, JDC 1997, pag. 73; AUER, Neuere Entwicklungen im privatrechtlichen Immissionsschutz, Zurigo 1997, pag. 50). Il giudice civile potrà dunque prendere a prestito concetti di diritto pubblico per interpretare analogicamente concetti derivanti dall'art. 684 CC, ma non potrà prevaricare per questo le competenze del giudice amministrativo e

viceversa (DTF 129 III 161 consid. 2.6, 126 III 223 consid. 3c; LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 332; HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Berna 2002, pag. 493; WERRO / ZUFFEREY, Les immissions de la construction, JDC 1997, pag. 92; HÄNNI / SCHMID, Bauimmissionen – ein Problem des öffentlichen und privaten Rechts, BRT 1997, pag. 66; AUER, Neuere Entwicklungen im privatrechtlichen Immissionsschutz, Zurigo 1997, pag. 28 e seguenti e pag. 32). Esempio concreto di tale aspetto è la possibilità che esiste solo in ambito civile inerente la possibilità di indennizzo delle immissioni immateriali o ideali che toccano degli aspetti prettamente individuali, non contemplati dal diritto pubblico che si rivolge invece alla protezione della collettività (DTF 119 II 411, 112 la 415; WERRO / ZUFFEREY, Les immissions de la construction, JDC 1997, pag. 94; AUER, Neuere Entwicklungen im privatrechtlichen Immissionsschutz, Zurigo 1997, pag. 100 e 112).

A onor del vero occorre tuttavia osservare come in quattro Cantoni (SG, TG, AR, AI, pari al 15% dei Cantoni) la legislazione edilizia preveda che con l'interposizione dell'opposizione si possano sollevare anche aspetti di diritto civile connessi tuttavia solo con l'applicazione dell'art. 684 CC. Tali aspetti nei Cantoni di AI e AR vanno tuttavia evasi dal giudice civile se non si giunge ad un accordo davanti all'autorità comunale.

Solo a TG e SG tali questioni di diritto privato vanno evase dall'Autorità amministrativa nell'ambito di una procedura di diritto pubblico, creando pertanto apparentemente un'eccezione alla separazione di competenze in vigore nel resto della Confederazione. In effetti i Cantoni non possono legiferare nei campi in cui la Confederazione ha competenza esclusiva, ritenuto come in tal caso il diritto cantonale che non dovesse tener conto di tale regola sarebbe da considerare non valido anche se nel merito non dovesse contrastare con il diritto federale (HÄFELIN / HALLER, Schweizerisches Bundesstaatrecht, 6a edizione, 2005, n. 1185). Il legislatore federale ha del resto la competenza unica per quanto riguarda il diritto civile al quale appartiene evidentemente il CC. I Cantoni possono tuttavia emanare norme di diritto civile se il diritto federale medesimo glielo permette in maniera esplicita (art. 122 Cost.; art. 5 CC; HÄFELIN / HALLER, Schweizerisches Bundesstaatrecht, 6a edizione, 2005, n. 1189). Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, i Cantoni, basandosi sull'art. 6 CC, potrebbero dunque emanare norme di diritto pubblico cantonale in un ambito di competenza afferente al diritto civile federale solamente se il legislatore federale non ha creato un ordinamento esclusivo, se le norme cantonali perseguono un interesse pubblico degno di protezione e se non contrastano con il senso e lo spirito del diritto civile federale (DTF 110 la 113; HÄFELIN / HALLER, Schweizerisches Bundesstaatrecht, 6a edizione, 2005, n. 1190).

Quanto avviene però nei Cantoni di TG e SG nulla altro è se non la concretizzazione della giurisprudenza sviluppata dal Tribunale federale relativamente all'art. 684 CC (DTF 129 III 161). Tale soluzione è tuttavia alquanto opinabile. La dottrina in effetti ammette espressamente che si possano in parallelo far valere le medesime censure sia sulla base dell'art. 684 CC che sulla base delle norme di diritto amministrativo, ma davanti a due istanze giudicanti diverse (Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basilea 2003, n. 42 e seguente ad art. 684). Come se ciò non bastasse le competenze delle istanze amministrative non sono le medesime in tale materia ritenuto come il giudice civile possa giudicare eccessiva pure una immissione ideale o negativa, fattispecie notoriamente non contemplate dalla legislazione amministrativa (Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basilea 2003, n. 28 e seguenti ad art. 684).

D'altra parte l'art. 686 CC concede la facoltà ai Cantoni di regolare, grazie ad un'esplicita competenza, il diritto di vicinato tramite l'emanazione di diritto civile. Tale evenienza è tuttavia considerata dalla dottrina come anacronistica, vista in particolare la competenza

esplicita data dalla Costituzione alla Confederazione di regolare gli ambiti ambientali che oggi hanno di fatto soppiantato, almeno in gran parte, lo scopo delle norme di cui agli art. 684 e seguenti CC (art. 75 Cost.; Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basilea 2003, n. 3 e n. 17 ad art. 685/686), lasciando ai Cantoni solo una competenza su aspetti non regolamentati dalla Confederazione in campi vicini ma non identici (EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 19 ad art. 49).

Tale situazione si registra anche in Ticino ove l'art. 168 della legge del 18 aprile 1911 d'applicazione e complemento del codice civile svizzero (LAC) definisce esplicitamente la predominanza delle disposizioni di diritto pubblico (polizia edilizia) sulle regole afferenti al diritto privato, la cui applicazione, in particolare per quanto riguarda l'art. 102 e seguenti LAC, rimane di competenza del giudice civile.

Questa soluzione appare a tutt'oggi concretamente adeguata alla fattispecie, rispetto alla sua ipotizzata delega all'Autorità amministrativa cantonale o comunale, che sarebbe chiamata impropriamente ad utilizzare metodi procedurali ed analisi attinenti all'attività di magistrato, senza tuttavia averne necessariamente la formazione. Visto inoltre quanto illustrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la soluzione ipotizzata, genererebbe complesse sovrapposizioni di competenze, foriere di divergenze di prassi tra giurisdizione civile ed amministrativa (WERRO / ZUFFEREY, Les immissions de la construction, JDC 1997, pag. 97 e seguenti), soprattutto per quanto riguarda la protezione del singolo cittadino privato che il giudice civile può, grazie alle facoltà di giudizio che gli competono, meglio salvaguardare (WERRO / ZUFFEREY, Les immissions de la construction, JDC 1997, pag. 100 e seguenti).

Una tale modifica non adempirebbe pertanto alla condizione giurisprudenziale di rispondenza ad un interesse pubblico degno di protezione, generando invece un effetto esattamente a ciò contrario (HÄFELIN / HALLER, Schweizerisches Bundesstaatrecht, 6a edizione, 2005, n. 1190).

A onor del vero l'avamprogetto di nuova legge federale sullo sviluppo territoriale, che dopo una procedura di consultazione svoltasi nei primi mesi del 2009 -durante il quale ha incontrato molte resistenze- è stato ritirato quale progetto di revisione dell'attuale Legge federale sulla pianificazione del territorio (DATEC, "Pianificazione del territorio: revisione parziale invece di nuova legge", Comunicato stampa del 15 maggio 2009), prevedeva una soluzione che richiama quanto proposto nell'iniziativa. L'art. 62 cpv. 5 dell'avamprogetto prevedeva infatti una procedura di conciliazione se durante il periodo di pubblicazione della domanda di costruzione fossero fatte valere pretese di diritto civile. Tale soluzione che avrebbe costretto i Comuni a vestire i panni anche del giudice civile è stata comunque criticata dalla dottrina, ritenuto come i comuni di media grandezza, che compongono a maggioranza degli enti locali svizzeri, non avrebbero mai potuto gestire tale compito esulante dalle loro competenze amministrative (GRIFFEL, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Entwicklungen 2008, Berna 2009, pag. 37).

Essa sarebbe inoltre di chiaro intralcio per il comune cittadino chiamato a difendere i propri diritti senza necessariamente dover far capo ad un giusperito, facendo perdere la caratteristica di immediatezza che contraddistingue il campo amministrativo e costringendo altresì anche l'Ente locale a rivolgersi a consulenti legali per poter districare la complessa matassa giuridica che verrebbe a crearsi (HÄNNI, Verhindertes Bauen – Vom Gebrauch und Missbrauch des öffentlichen Baurechts, BRT 1993, pag. 53). Per tali motivi detta soluzione appare poco prospettabile e soprattutto sicura fonte di ulteriori malintesi ed errori giuridici chiaramente causa di ulteriori ritardi procedurali, nonché costi per le parti.

La situazione del diritto positivo, rispettivamente i principi che regolano a livello costituzionale le competenze legislative della Confederazione, rispettivamente dei Cantoni, portano pertanto il Consiglio di Stato a considerare poco prospettabile una soluzione come quella ipotizzata nell'iniziativa qui in discussione.

3. Azione in giustizia sistematica contro opposenti/ricorrenti

L'attuale LE prevede già al suo art. 22 la possibilità di far valere pretese per danni derivanti da opposizioni o ricorsi manifestamente inammissibili o defatigatori davanti al giudice ordinario secondo le regole del diritto civile.

Tale soluzione, che è del resto confermata anche dalla giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 123 III 101, 117 II 394) e dalla dottrina recente (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 109 e seguenti), deriva dal principio, secondo il quale ognuno ha diritto di far capo ai rimedi di diritto in ogni ambito giuridico e procedura, sulla base dell'art. 29 Cost. (EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 5 ad art. 29). Ciò non configura di principio un abuso di diritto bensì unicamente l'esercizio di una facoltà tramite la quale ogni cittadino può far valere i propri legittimi diritti (EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 8 ad art. 29; CASANOVA, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Friburgo 1982, pag. 108 e seguenti; GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlich-rechtlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBl 95, pag. 102), ritenuto come la dottrina ritenga che la necessità dell'indicazione dei termini di ricorso possa essere derivata direttamente dalla Costituzione federale nel caso in cui la legislazione cantonale non sia sufficientemente chiara (EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2a edizione 2008, n. 20 ad art. 29).

Tale soluzione è del resto l'unica ammessa dal diritto positivo, considerato come essa rappresenti l'unica via per pretendere un risarcimento sulla base di un comportamento legato ad una procedura giudiziaria (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 260 e seguenti).

La dottrina recente si è pure occupata della particolare situazione che viene a crearsi nel caso di accordi tra opponente ed istante che vertono sul ritiro del rimedio giuridico dietro pagamento di un indennizzo. Questa procedura, che a prima vista solleva dei dubbi sulla sua legalità, è considerata tuttavia, a ben precise condizioni, legale e non va repressa né sulla base di una particolare giurisprudenza né tantomeno attraverso una legislazione specifica, ritenuto come gli strumenti attualmente a disposizione siano già sufficientemente efficaci (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, pag. XLIV n. 4).

Tali accordi si configurano come un contratto di diritto privato (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 20 e seguenti) che, nella sua veste di contratto innominato, sottostà alle norme che regolano la contrattistica secondo le regole della parte generale del Codice delle obbligazioni (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 44).

La loro legalità è stata esplicitamente ammessa in un primo tempo dal Tribunale federale se si tratta dell'accordo su di un gravame che ha possibilità di essere accolto e portare ad una modifica del contestato progetto in maniera da essere meno invasivo per il vicino. L'ammissione di tale incomodo può essere indennizzata tramite il versamento di una somma di denaro se il gravame non è sprovvisto di possibilità di successo (DTF 115 II 232; LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo

2008, n. 77 e seguenti) La massima istanza federale ha poi specificato come invece contrario al diritto sia il pagamento di un indennizzo per il ritiro di un gravame che ha solo la facoltà di ritardare la costruzione senza però provocarne la modifica (DTF 123 III 101; TERCIER / ZUFFEREY, La rémunération liée au retrait d'un recours, BR/DC 4/1997, pag. 115). Tale posizione ha sviluppato nella dottrina un grosso dibattito che ha comunque cristallizzato le seguenti regole: 1) il pagamento di un indennizzo per il ritiro di un gravame senza speranza di accoglimento è contrario ai buoni costumi; 2) ammissibile è invece tale ritiro se il pagamento è un indennizzo per una perdita di valore del fondo vicino; 3) negli altri casi il pagamento è contrario ai buoni costumi se il gravame ha l'unico scopo di prolungare la procedura con l'intenzione di provocare dei danni finanziari all'istante (LUSTENBERGER, Die Verzichtsvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 84 e seguenti; TERCIER / ZUFFEREY, La rémunération liée au retrait d'un recours, BR/DC 4/1997, pag. 116 e seguenti).

I possibili problemi derivanti dalla sua conclusione vanno dunque risolti secondo le regole dell'eventuale contrasto con i buoni costumi (art. 20 del codice delle obbligazioni (CO); DTF 115 II 232), dell'eventuale lesione (art. 21 CO), dell'errore (art. 24 e seguenti CO), del dolo (art. 28 CO), del timore (art. 29 CO; LUSTENBERGER, Die Verzichtsvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 409 e seguenti). Le eventuali divergenze derivanti dall'adempimento del medesimo vanno invece risolte sulla base delle regole dell'indebito arricchimento (art. 62 e seguenti, in particolare art. 66 CO; LUSTENBERGER, Die Verzichtsvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 567 e seguenti). La dottrina sottolinea come tali accordi non possano comunque essere verificati dalle autorità amministrative né dal giudice amministrativo per quanto riguarda la loro rispondenza con il diritto privato, essendo in effetti tale controllo al di fuori delle loro competenze (LUSTENBERGER, Die Verzichtsvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 58; FAVRE-BULLE, Le rôle du principe de la bonne fois et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives, Friburgo 1992, pag. 148 e seguenti, pag. 171 e seguenti; EIHOLZER, Die Streitbeilegungsabrede, Friburgo 1998, n. 660 e seguenti).

Per gli eventuali aspetti di diritto penale la giurisprudenza e la dottrina hanno del resto già sviluppato la regola secondo la quale la pretesa di un indennizzo, esorbitante e senza nessun riferimento con gli incomodi che la nuova costruzione potrebbe e dovrebbe avere, configura una estorsione penalmente punibile ai sensi dell'art. 156 del codice penale svizzero (CP) (DTF 6S.8/2006 e 6P.5/2006 del 12 giugno 2006; LUSTENBERGER, Die Verzichtsvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 85 e seguenti). D'altra parte non ci sarebbe contrasto con i buoni costumi se un terzo si facesse indennizzare per il ritiro di un gravame non sprovvisto di possibilità di successo ed a patto che l'indennità possa essere ancora considerata ragionevole (DTF 6S.8/2006 e 6P.5/2006 del 12 giugno 2006 consid. 7.2 e seguente; LUSTENBERGER, Baueinsprache als Erpressung – Zivilrechtliche Aspekte eines Strafurteils, BR/DC 4/2006, pag. 160), ritenuto comunque che né giurisprudenza né dottrina hanno sinora fornito criteri affidabili per concretizzare il concetto di „esorbitante“ utilizzato dal Tribunale federale nella sua decisione 6S.8/2006 e 6P.5/2006 del 12 giugno 2006, citata nel testo dell'iniziativa (LUSTENBERGER, Baueinsprache als Erpressung-Zivilrechtliche Aspekte eines Strafurteils, BR/DC 4/2006, pag. 161, nota 13).

Sulla base di tali condizioni la recente dottrina considera inopportuno un divieto di principio di tale procedura ritenuto come tali accordi siano il mezzo più adatto a limitare i ritardi nella costruzione e pertanto perdite finanziarie legate a tali inconvenienti. Essi svolgono in effetti la funzione di accordi amichevoli tra futuri vicini che non devono essere necessariamente considerati come frutto di una procedura deplorabile, quanto quali concretizzazione di un reciproco compromesso, dal quale ambedue le parti traggono un beneficio che rientra nel

quadro legale positivo (LUSTENBERGER, Baueinsprache als Erpressung – Zivilrechtliche Aspekte eines Strafurteils, BR/DC 4/2006, pag. 161 pto. 3c). Esso va a indennizzare delle diminuzioni di valore per il terreno vicino che possono essere talvolta anche durevoli e relativamente pesanti. La commercializzazione dei mezzi di ricorso diventa punibile unicamente se il vicino sfrutta la sua posizione per ottenere degli scopi estranei alla procedura (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, n. 120 e seguenti; LUSTENBERGER, Missbräuchliche Einsprachen – Möglichkeiten und Grenzen der Sanktionierung, BR/DC 1/2006, pag. 39).

Medesimo discorso vale per i tentativi fatti da alcuni Cantoni di regolare tali aspetti attraverso la loro legislazione edilizia (LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Zurigo 2008, nota n. 129 pag. 50). In effetti nei Cantoni di BE, FR e VS la legislazione ammette addirittura in maniera specifica che i vicini che riscontrano una lesione dei propri diritti di carattere civile possano far valere una richiesta di indennizzo nei confronti di chi vuole costruire.

A tal proposito la legislazione bernese ammette addirittura dal 1958 (art. 30 e 31 BauG) che chi usufruisce di una maggiore possibilità di utilizzo del fondo (riduzione delle distanze da confine, dimensioni maggiorate dell'edificio, superamento dell'indice di sfruttamento o destinazione non conforme, ...) sia obbligato ad indennizzare il vicino che subisce un considerevole incomodo (immissioni d'ombra, eliminazione di vista, disturbi psicologici, lesione della sfera intima, ...), rispetto a quanto poteva attendersi da un utilizzo conforme delle possibilità edificatorie concesse dai piani di utilizzazione. Questo indennizzo viene stabilito secondo le regole dell'esproprio (ZAUGG / LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern, Kommentar, Band I, Berna 2007, n. 1 e seguenti ad art. 30/31).

L'apparato giuridico positivo, che è riscontrabile nel diritto della contrattistica e nel diritto penale, ambedue di competenza federale risultano pertanto più che sufficienti alla bisogna ed escludono di per sé ogni altro tentativo di regolamentazione di tipo cantonale, ritenuto come pure la dottrina propenda da tempo per tale soluzione (CASANOVA, La réparation du préjudice causé par l'opposition injustifiée à un projet de construction, BR/DC 1986/4, pag. 80).

La situazione giuridica alquanto complessa e dalle mille sfaccettature così come i recenti studi in materia portano il Consiglio di Stato a ritenere la situazione attuale come conforme al quadro giuridico positivo, senza presentare necessità particolare di modifiche specifiche in tale ambito normativo.

4. Introduzione dell'anticipo della tassa di giustizia

La questione aveva già interessato sia il Governo sia il Legislativo alla fine degli anni '90. Con il messaggio n. 4798 del 7 ottobre 1998 il Consiglio di Stato proponeva di introdurre nella LPAm una base legale che permettesse all'autorità ricorsuale in prima e seconda istanza di richiedere al ricorrente un congruo anticipo per la copertura della tassa di giustizia e delle spese di procedura, pena la non ricevibilità del ricorso qualora l'interessato non le avesse versate nel termine fissatogli (messaggio n. 4798 del 7 ottobre 1998, pag. 2, pto. II). Uno dei motivi addotti per tale innovazione legislativa, proposta in un periodo in cui si registrava una crescita del settore contenzioso regolare e costante (si registravano in media 2'200/2'400 gravami in entrata all'anno presso il Consiglio di Stato), era proprio l'intenzione di creare un effetto deterrente che potesse arginare il cosiddetto "ricorso facile" (messaggio n. 4798 del 7 ottobre 1998, pag. 3 in alto), prendendo spunto da quanto era stato introdotto alcuni anni prima nella procedura amministrativa federale (art. 63 cpv. 4 PA; messaggio n. 4798 del 7 ottobre 1998, pag. 3, pto. III).

La proposta di concedere all'autorità di ricorso la facoltà di chiedere al ricorrente un adeguato importo a titolo di garanzia per le tasse di giustizia, assegnandogli un congruo termine, non sospeso dalle ferie, per il pagamento con la comminatoria dell'irricevibilità del ricorso, venne tuttavia parzialmente rigettato dal Legislativo. Tale soluzione che rispecchiava fondamentalmente quella federale permetteva chiaramente delle eccezioni che avrebbero dovuto essere valutate dal presidente dell'autorità adita con facoltà di delega al Servizio dei ricorsi in prima istanza, che avrebbe dovuto essere dotato di un sistema informatico apposito che gli permettesse di verificare in ogni momento se il versamento dell'anticipo fosse avvenuto o meno (messaggio n. 4798 del 7 ottobre 1998, pag. 5).

Il dibattito commissionale spaccò la Commissione della legislazione che si espresse con due rapporti distinti.

La maggioranza sottolineò come la proposta non fosse comunque adeguata ad arginare i contenziosi privi di fondamento o inutili, permettendo bensì, paradossalmente, ai cittadini più abbienti di proporre contenziosi inutili, mentre avrebbe indotto i cittadini meno facoltosi a rinunciare a ricorrere anche nei casi fondati. Ciò avrebbe dunque leso il principio dell'accessibilità della giustizia proprio in un ambito ove, contrariamente a quanto avviene nelle cause civili dove le parti sono sul medesimo piano istituzionale, il cittadino si trova particolarmente demunito di fronte all'apparato statale (rapporto di maggioranza n. 4798 R1 del 15 ottobre 1999 della Commissione della legislazione, pag. 1, pto. 2). La soluzione proposta non faceva altresì differenza tra cittadini puntuali nei pagamenti e cittadini morosi, provocando così una sproporzionata presunzione di morosità nei confronti di tutti i cittadini (messaggio n. 4798 del 7 ottobre 1998, pag. 2). Quale soluzione venne proposto di adottare l'alternativa, poi approvata dal plenum del Legislativo e tuttora in vigore, di concedere tale facoltà all'Autorità ricorsuale solo in caso di ricorrenti senza fisso domicilio, domiciliati all'estero o in mora con il pagamento di pubblici tributi cantonali (messaggio n. 4798 del 7 ottobre 1998, pag. 2, pto. 3).

La minoranza proponeva invece di accettare la proposta governativa che avrebbe permesso di arginare i ricorsi defatigatori senza creare soverchi problemi a chi volesse far valere le proprie ragioni in giustizia (rapporto di minoranza n. 4798 R2 del 15 ottobre 1999 della Commissione della legislazione, pag. 1). Essa riteneva che l'anticipo, contenuto tra i fr. 100.-- e 500.-- non potesse essere considerato un ostacolo concreto all'accesso alla giustizia (rapporto di minoranza n. 4798 R2 del 15 ottobre 1999 della Commissione della legislazione, pag. 2).

Il dibattito plenario portò il Legislativo a approvare la variante proposta dalla maggioranza commissionale, attualmente in vigore.

Nel frattempo la situazione nel resto della Confederazione si è sviluppata in maniera molto varia. La maggioranza dei Cantoni (65%) ha optato per l'imposizione in generale e per ogni causa del versamento di un anticipo (GR, SG, LU, VS, UR, GL, SZ, ZG, TG, BS, AG, AR, SO, SH, GE, VD, NE), una parte (23%) ha invece un sistema simile a quello ticinese per tutte le cause amministrative (BE, NW, FR, ZH, JU) ed un piccolo gruppo di Cantoni (11%) non prevede l'anticipo che in casi particolari (BL, AI, OW).

Pure la situazione ticinese si è radicalmente modificata dalla decisione sul messaggio n. 4798. Il volume di gravami è sceso a circa 1'500/1'600 all'anno davanti al Consiglio di Stato, scontando dunque una diminuzione di circa il 34%. Ciò è avvenuto grazie però unicamente al lavoro del Consiglio di Stato e del suo Servizio dei ricorsi, ritenuto come, per svariati motivi, la richiesta d'anticipo non è sinora stata applicata.

D'altra parte l'imposizione di un anticipo dovrebbe aggirarsi attorno a cifre quantificabili in circa fr. 300.--/400.-- visto come la dottrina confermi che la richiesta di tasse

esageratamente alte, che potrebbero avere l'effetto della prestazione di una cauzione per il caso in cui il rimedio giuridico fosse respinto, debba essere considerato come assolutamente sconsigliabile, divenendo il medesimo una chiara messa in discussione del diritto ad una giustizia accessibile (HÄNNI, Verhindertes Bauen – Vom Gebrauch und Missbrauch des öffentlichen Baurechts, BRT 1993, pag. 57; BORGHI / CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1996, n. 3a ad art. 28). D'altra parte la dottrina medesima mette chiaramente in dubbio che tale aumento possa effettivamente far desistere chi vuole danneggiare il costruttore, creando d'altra parte un grosso ostacolo al cittadino onesto che, a causa di mezzi finanziari limitati, non può adeguatamente difendere la sua posizione giuridica e penalizzando così ancora una volta chi ha effettivamente motivo di appellarsi alla giustizia (GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBI 3/1994, pag. 126 in alto; LUSTENBERGER, Missbräuchliche Einsprachen – Möglichkeiten und Grenzen der Sanktionierung, BR/DC 1/2006, pag. 38 pto. C).

In particolare la prassi, citata da una parte della dottrina (GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBI 3/1994, pag. 127), secondo la quale l'autorità ricorsuale giudiziaria parrebbe pretendere quale anticipo, rispettivamente quale spese processuali, nei ricorsi ove si contesta una licenza nel suo complesso e non solo nelle sue condizioni particolari, il 10% del valore dell'investimento edilizio, risulta a parere dello scrivente Consiglio un manifesto impedimento all'accesso alla giustizia. Senza in effetti prendere spunto da progetti milionari ove tali cifre potrebbero ammontare a svariate centinaia di migliaia di franchi, anche nel caso di una normale casetta unifamiliare del valore di fr. 500'000.--, il versamento anticipato di una somma pari a 50'000.-- in un termine breve, solo per far valere i propri potenziali diritti sarebbe chiaramente un'evidente ed inaccettabile riduzione dell'accesso alla giustizia, che inoltre non porterebbe risultati concreti, come, proprio la medesima dottrina che propone tale soluzione, ammette (GADOLA, Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, ZBI 3/1994, pag. 129) e sarebbe contraria ai valori proposti dalla procedura amministrativa federale e dalla giurisprudenza del Tribunale federale inerenti i principi di copertura dei costi e d'equivalenza (DTF 132 II 47 consid. 4.1; WALDMANN / WEISSENBERGER, VwVG, Praxiskommentar, Zurigo 2009, n. 48 e seguenti ad art. 63), oltre a far dipendere, a torto, l'esercizio di un diritto fondamentale dalle capacità economiche del singolo, soprattutto nel caso in cui in gioco fossero valori edilizi molto alti. Le tasse, dovendo rispettare pure il principio della proporzionalità potranno toccare gli importi più alti solo in cause di straordinaria ampiezza, ma non potranno essere fondate tuttavia sul valore litigioso potendo portare ad emolumenti sproporzionati (DTF 120 la 175 consid. 4; BORGHI / CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1996, n. 2 ad art. 28).

La richiesta di un anticipo sarebbe inoltre foriera proprio dei ritardi che l'iniziativa qui in discussione vorrebbe arginare.

La prassi in sede federale prevede a tal proposito come il termine assegnato per il pagamento degli anticipi sia di 30 giorni. Ammettendo pure una riduzione di tale termine, non si potrebbe comunque scendere sotto i 15/20 giorni, periodo al quale occorrerebbe aggiungere il tempo necessario per effettuare le verifiche di effettivo versamento, stimabili in 5 giorni. Tutto sommato dall'emanazione di una licenza edilizia alla prima intimazione di un eventuale ricorso contro la medesima passerebbero dunque circa 45 giorni (15 + 7 + 15/20 + 5) senza poter considerare una sua crescita in giudicato e senza contare l'automatico prolungo di tale periodo di 15 rispettivamente 30 giorni in caso di ferie giudiziarie, per un totale di 60/75 giorni a fronte degli attuali 22 giorni, con un raddoppio rispettivamente una triplicazione dei tempi di attesa solo per il primo atto procedurale. A

ciò si dovrebbe poi aggiungere la possibilità di pagamento rateale in massime 4 rate (WALDMANN / WEISSENBERGER, VwVG, Praxiskommentar, Zurigo 2009, n. 42 e seguenti ad art. 63).

Come se ciò non bastasse la decisione di imporre l'anticipo, pur essendo una risoluzione incidentale, ma provocando la medesima, se non rispettata, un danno irreparabile (non entrata in materia sul gravame), diventerebbe passibile di ricorso all'autorità superiore. Evidentemente nel periodo, durante il quale questo ricorso risultasse pendente, il gravame originario resterebbe bloccato, subendo un ritardo che non potrebbe più essere recuperato (WALDMANN / WEISSENBERGER, VwVG, Praxiskommentar, Zurigo 2009, n. 47 ad art. 63; BORGHI / CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1996, n. 5 ad art. 28).

L'analisi del problema e, soprattutto, la valutazione dei punti a favore, nonché contrari alla proposta fatta, portano il Consiglio di Stato a ritenere una modifica nel senso auspicato dagli iniziativaisti assai dubbia, se non, addirittura, foriera di un risultato contrario a quanto auspicato dai medesimi. Se si volesse introdurre la procedura dell'anticipo si dovrebbe in effetti applicarla a tutte le procedure ricorsuali e non solo a quelle legate all'edilizia onde non creare, oltre ai problemi sopraccitati, pure una chiara lesione del principio della parità di trattamento. Ciò potrebbe provocare potenzialmente una serie di procedure risarcitorie in tutti i campi del diritto amministrativo che si ripercuoterebbe sul giudice civile, aumentando il numero di gravami da evadere in maniera esponenziale in un ambito ove l'attuale apparato giudiziario offre al cittadino già oggi ampie possibilità di far valere i propri diritti.

III. PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO

Il Consiglio di Stato, pur comprendendo la proposta degli iniziativaisti che, a prima vista potrebbe apparire come una prospettabile soluzione al problema, per quanto sin qui esposto, invita il Parlamento a respingere l'iniziativa parlamentare del 20 aprile 2009 presentata in forma generica da Filippo Gianoni e cofirmatari.

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