

## **BGer 1A.251/2006 vom 30. April 2007**

Bundesgericht, 2007-04-30, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1A.251\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1A.251_2006)

FR: TF 1A.251/2006 du 30 avril 2007

IT: TF 1A.251/2006 del 30 aprile 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Poiché il giudizio impugnato è stato emanato prima dell'entrata in vigore, il 1° gennaio 2007, della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 (LTF, RS 173.110; cfr. RU 2006 1069), alla presente procedura ricorsuale rimane applicabile, secondo l' art. 132 cpv. 1 LTF , la legge federale del 16 dicembre 1943 sull'organizzazione giudiziaria (OG).

#### **E. 1.2**

Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione l'ammissibilità dei gravami che gli vengono sottoposti, senza essere vincolato dagli argomenti delle parti o dalle loro conclusioni ( DTF 132 I 140 consid. 1.1 e rinvii).

#### **E. 1.3**

Quando, come in concreto, i ricorrenti agiscono simultaneamente attraverso la via del ricorso di diritto pubblico e quella del ricorso di diritto amministrativo occorre, con riferimento alla regola della sussidiarietà del ricorso di diritto pubblico enunciata all' art. 84 cpv. 2 OG , esaminare in primo luogo l'ammissibilità del ricorso di diritto amministrativo ( DTF 129 I 337 consid. 1.1, 128 I 46 consid. 1a, 127 II 161 consid. 1).

Secondo gli art. 97 e 98 lett. g OG, combinati con l' art. 5 PA , la via del ricorso di diritto amministrativo è aperta contro le decisioni delle autorità cantonali d'ultima istanza fondate sul diritto federale o che avrebbero dovuto esserlo, sempre che non sia realizzata nessuna delle eccezioni previste agli art. 99 a 102 OG o nella legislazione speciale ( DTF 129 I 337 consid. 1.1, 129 II 183 consid. 3.1). Il ricorso di diritto amministrativo è pure ammissibile contro le decisioni cantonali fondate nel medesimo tempo sul diritto federale e sul diritto cantonale, in quanto sia in discussione la violazione di norme di diritto federale direttamente applicabili. Per contro, è il rimedio del ricorso di diritto pubblico a essere dato contro decisioni fondate esclusivamente sul diritto cantonale, che non presentano alcuna connessione con l'applicazione del diritto federale ( DTF 128 I 46 consid. 1b/aa, 128 II 56 consid. 1a/aa, 126 II 171 consid. 1a, 125 II 10 consid. 2a).

#### **E. 1.4**

Il giudizio impugnato concerne la competenza dell'autorità chiamata a statuire sul gravame dei ricorrenti ed è fondato esclusivamente sul diritto procedurale cantonale. Disponendo la trasmissione del gravame al Tribunale cantonale amministrativo per la sua trattazione, la decisione contestata non lo dichiara d'altra parte inammissibile e non impedisce quindi un'eventuale applicazione del diritto federale (cfr., per il caso contrario, qui non realizzato, DTF 127 II 264 consid. 1a; cfr. inoltre 125 II 10 consid. 2a). Delle normative federali potrà quindi, se del caso, ancora tenere conto la Corte cantonale quale autorità giudiziaria secondo l' art. 98a OG (cfr., sulla portata di questa norma, DTF 123 II 231 ). Ne segue che

in concreto è di principio ammissibile solo il ricorso di diritto pubblico.

### **E. 1.5**

Il dispositivo della decisione impugnata indica invero erroneamente quale rimedio giuridico esperibile il ricorso di diritto amministrativo. Visto che i ricorrenti hanno comunque rettamete presentato anche un ricorso di diritto pubblico e considerato che si può rinunciare in questa sede a prelevare una tassa di giustizia per quanto concerne la procedura del ricorso di diritto amministrativo, l'errata indicazione del rimedio giuridico non comporta un pregiudizio per i ricorrenti (cfr., su questo tema, DTF 124 I 255 consid. 1a/aa; sentenza 1P.667/2000 del 5 marzo 2001, consid. 2, pubblicata in: RDAT II-2001, n. 53, pag. 205 segg.). La questione, peraltro non esplicitamente sollevata dai ricorrenti, non deve pertanto essere ulteriormente approfondita.

### **E. 2**

Il ricorso di diritto pubblico presuppone l'esaurimento delle istanze cantonali ( art. 86 cpv. 1 OG ). I ricorrenti rilevano che la decisione impugnata non emana dal Tribunale cantonale amministrativo quale ultima istanza cantonale in materia edilizia, bensì dal Consiglio di Stato (cfr. art. 21 cpv. 1 della legge edilizia cantonale, del 13 marzo 1991 in relazione con l'art. 60 cpv. 1 della legge ticinese di procedura per le cause amministrative, del 19 aprile 1966, [LPamm]). Richiamando la sentenza pubblicata in DTF 118 Ia 415 consid. 3 i ricorrenti ritengono nondimeno proponibile il rimedio esperito, siccome l'inoltro di un gravame dinanzi alla Corte cantonale costituirebbe una formalità inutile, essendosi già dichiarata disposta ad assumere la criticata competenza. Questa argomentazione può essere condivisa, ritenuto altresì che il Tribunale cantonale, rinunciando a presentare osservazioni, non ha ritenuto di doverla confutare e nemmeno pretende di essere tenuto a statuire formalmente sulla questione prima di questa Corte (cfr. DTF 121 I 1 consid. 5a/bb). Diretto contro una decisione incidentale sulla competenza ( art. 87 cpv. 1 OG ) e fondato su una pretesa violazione dei diritti costituzionali dei cittadini ( art. 84 cpv. 1 lett. a OG ), il ricorso di diritto pubblico, tempestivo ( art. 89 cpv. 1 OG ), è pertanto di massima ammissibile.

### **E. 3.1**

I ricorrenti lamentano una violazione del loro diritto di essere sentiti, sancito dall' art. 29 cpv. 2 Cost. , sostenendo che la decisione impugnata sarebbe insufficientemente motivata, poiché conterrebbe unicamente considerazioni di opportunità e non si confronterebbe con le argomentazioni da loro addotte nell'ambito del dissenso alla trasmissione diretta del gravame alla Corte cantonale.

### **E. 3.2**

Il Consiglio di Stato ha dato atto che la procedura da seguire per la sostituzione dell'autorità esclusa non era esplicitamente disciplinata dalla procedura cantonale, esponendo nondimeno i motivi per cui si giustificava di adottare la soluzione del ricorso diretto, in analogia a quanto previsto dalla legge federale sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021) e dalla citata giurisprudenza in materia di ricorso di diritto pubblico (cfr. consid. 2), scartando di conseguenza l'ipotesi del tribunale straordinario ad hoc proposto dai ricorrenti. Pur se succinta, la decisione impugnata si pronuncia sui punti rilevanti per il giudizio ed è stata senz'altro compresa dai ricorrenti, che l'hanno contestata in questa sede con cognizione di causa. Essa appare pertanto rispettosa dell'obbligo di motivazione dedotto dall' art. 29 cpv. 2 Cost. (cfr., al riguardo, DTF 129 I 232 consid. 3.2 e rinvii).

#### **E. 4.1**

I ricorrenti lamentano inoltre una violazione del divieto dell'arbitrio, adducendo che la possibilità del ricorso diretto, al quale si sono opposti, non sarebbe prevista dalla procedura amministrativa ticinese e sarebbe anzi stata esclusa dal legislatore. Sostengono che, essendo stata ammessa una loro domanda di ricusa, occorrerebbe di massima garantire il giudizio di un'istanza di pari grado di quella esclusa: la soluzione da loro proposta di istituire un tribunale straordinario ad hoc non comporterebbe d'altra parte difficoltà e dispendi particolari e consentirebbe di rispettare la garanzia delle due istanze ricorsuali prevista dall'art. 21 cpv. 1 LE.

#### **E. 4.2**

Il ricorso diretto ("Sprungrekurs") costituisce un'eccezione alle disposizioni imperative sulla competenza e al principio dell'esaurimento delle istanze. Esso permette di omettere un'istanza decisionale qualora l'uso di un rimedio di diritto, di per sé esistente, costituisca soltanto una vana formalità, segnatamente nel caso in cui l'istanza di ricorso abbia già dato istruzioni all'autorità inferiore circa il contenuto della decisione da prendere ( DTF 114 Ia 263 consid. 2c e rinvio; Marco Borghi/Guido Corti, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, pag. 18 seg.). Il principio è previsto dalla procedura amministrativa federale ( art. 47 cpv. 2 PA ) e da talune procedure cantonali (cfr. Ulrich Keusen/Kathrin Lanz, Der Sprungrekurs im Kanton Bern, in: BVR 2005, pag. 49 segg., in particolare pag. 54 segg.). Come visto (consid. 2), anche la giurisprudenza del Tribunale federale relativa al ricorso di diritto pubblico rinuncia eccezionalmente al requisito dell'esaurimento delle istanze cantonali - di per sé previsto dall' art. 86 cpv. 1 OG - quando l'inoltro del rimedio costituisce un'inutile formalità ( DTF 121 I 1 consid. 5a/bb, 118 Ia 415 consid. 3; Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2a ed., Berna 1994, pag. 328 seg.; Peter Ludwig, Kein Sprungrekurs im Kanton Bern?, in: BVR 2005, pag. 241 segg., in particolare n. 2.3 pag. 243 seg.).

Come rilevato dai ricorrenti e riconosciuto nella decisione impugnata, il ricorso diretto non è esplicitamente disciplinato dal diritto procedurale ticinese. Questa circostanza non basta tuttavia a fare ritenere arbitraria la soluzione adottata dal Consiglio di Stato, ove solo si consideri ch'essa corrisponde sostanzialmente alla citata prassi di questo Tribunale in materia di ammissibilità del ricorso di diritto pubblico sotto il profilo dell' art. 86 cpv. 1 OG . D'altra parte, adducendo semplicemente che dai materiali legislativi nulla risulterebbe sul tema, i ricorrenti non dimostrano che il legislatore ticinese avrebbe chiaramente voluto escludere qualsiasi possibilità di ricorso diretto, sicché l'esistenza di un silenzio qualificato della legge non appare manifesta (cfr. sentenza 1P.51/2005, del 9 agosto 2005, consid. 2, apparsa in: RtiD I-2006, n. 25, pag. 101; Ludwig, loc. cit., pag. 244/245). In tali circostanze, la decisione di permettere, in un caso particolare come quello in esame, un ricorso diretto, applicando per analogia la prassi federale, non appare pertanto manifestamente insostenibile. Il fatto che anche la soluzione prospettata dai ricorrenti di istituire un tribunale straordinario ad hoc sarebbe di per sé ipotizzabile, non è decisivo. In effetti, rilevato che nemmeno tale possibilità è prevista dalla procedura cantonale, l'arbitrio non è ravvisabile nella possibilità che anche un'altra soluzione sembri eventualmente sostenibile o addirittura preferibile, occorrendo piuttosto ch'essa risulti manifestamente insostenibile, in contraddizione palese con la situazione effettiva, gravemente lesiva di una norma o di un chiaro principio giuridico, o in contrasto intollerabile con il sentimento di giustizia e di equità (cfr., sulla nozione di arbitrio, DTF 131 I 217 consid. 2.1, 129 I 173 consid. 3.1 e

rinvii). Ora, visto che l'accoglimento dell'istanza di ricusa ha comportato l'esclusione dell'intero Consiglio di Stato e considerato che la procedura cantonale non regola la modalità di sostituzione dell'autorità collegiale esclusa (cfr. art. 32 LPAm), la decisione di sottoporre nelle concrete circostanze la causa di merito direttamente al giudizio del Tribunale cantonale amministrativo risulta senz'altro sostenibile e non viola il principio della separazione dei poteri (cfr. Ludwig, loc. cit., n. 4.1 e 4.3 pag. 245 segg.).

#### **E. 4.3**

La risoluzione impugnata non viola neppure gli art. 6 n. 1 CEDU e 30 Cost., ritenuto che le esigenze previste da queste disposizioni sono di principio adempiute dalla Corte cantonale chiamata a statuire sul gravame. D'altra parte, nella misura in cui i ricorrenti non sostengono di non potere portare a conoscenza dei giudici cantonali gli elementi a sostegno delle loro tesi, né l'art. 6 CEDU né l'art. 29 Cost. impongono di principio un doppio grado di giurisdizione a livello cantonale (cfr. sentenza 4P.24/2005 del 27 giugno 2005, consid. 3, parzialmente pubblicata in: RtiD I-2006, n. 26c, pag. 656 segg.). Infine, laddove i ricorrenti accennano a una pretesa violazione del principio della buona fede, essi non adducono né rendono verosimile che lo Stato avrebbe in particolare assicurato loro, in sostituzione dell'autorità ricusata, l'istituzione della Corte straordinaria da essi prospettata (cfr., sul principio della buona fede, DTF 130 I 26 consid. 8.1 pag. 60, 129 II 361 consid. 7.1, 129 I 161 consid. 4.1). Nella misura in cui soddisfa i requisiti di motivazione dell'art. 90 cpv. 1 lett. b OG, anche questa censura deve pertanto essere respinta.

#### **E. 5**

Ne segue che il ricorso di diritto amministrativo deve essere dichiarato inammissibile, mentre il ricorso di diritto pubblico deve essere respinto nella misura della sua ammissibilità. Le spese processuali, limitate alla procedura del ricorso di diritto pubblico, seguono la soccombenza e sono quindi poste a carico dei ricorrenti (art. 156 cpv. 1 OG). Non si assegna per contro un'indennità per ripetibili della sede federale alla controparte privata, che ha presentato una risposta succinta rimettendosi al giudizio di questa Corte.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.