Urteilskopf

135 I 279

31. Estratto della sentenza della I Corte di diritto sociale nella causa O. contro Comune X. (ricorso in materia di diritto pubblico) 8C_321/2009 del 9 settembre 2009

Regeste (de):
Art. 29 Abs. 2 BV; Anspruch auf rechtliches Gehör eines Beamten vor einer Nichtwiederwahl.

Die Tatsache, dass die Wahlbehörde von einer vorsorglichen Anhörung des betroffenen Beamten absieht, weil sie sonst aus selbst zu vertretenden Gründen nicht mehr in der Lage wäre, diesem den Entscheid über die Nichtwiederwahl rechtzeitig zu eröffnen, stellt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, welche vor einer Beschwerdeinstanz nicht mehr geheilt werden kann (E. 2.6.1-2.6.5).

Regeste (fr):
Art. 29 al. 2 Cst.; droit d'être entendu d'un fonctionnaire en cas de non-réélection.

Constitue une violation du droit d'être entendu qui ne peut plus être réparée devant l'autorité de recours le fait que l'autorité de nomination ne procède pas à l'audition préalable du fonctionnaire intéressé parce que sinon elle ne serait plus en mesure, pour des motifs qui lui sont imputables, de lui notifier en temps utile la décision de non-réélection (consid. 2.6.1-2.6.5).

Regesto (it):
Art. 29 cpv. 2 Cost.; diritto di essere sentito di un funzionario in caso di mancata rielezione.

Il fatto che l'autorità di nomina non proceda all'audizione preventiva del funzionario interessato perché altrimenti, per ragioni a lei imputabili, non sarebbe più in grado di notificargli in tempo la decisione di mancata rielezione costituisce una violazione del diritto di essere sentito che non può più essere sanata dinanzi all'autorità di ricorso (consid. 2.6.1-2.6.5).

Sachverhalt ab Seite 279

A.

A.a Il 25 luglio 2003 il Municipio Y. ha nominato O. quale vicedirettore delle locali scuole comunali. Il 27 novembre 2007 detto Municipio ha conferito al prof. A., (...) il compito di operare una verifica completa su tutte le componenti delle scuole comunali di X. Il 21 maggio 2008 il perito ha consegnato all'Esecutivo comunale il suo referto nel quale evidenziava una serie di problemi cronici (...) che rischiavano di compromettere in modo serio l'offerta educativa della scuola, e formulava diverse raccomandazioni in vista di una sua riforma. Tra le varie raccomandazioni l'esperto rilevava che una conferma del vicedirettore - come peraltro pure della direttrice, Z. - (...) non era plausibile (...) e che occorreva valutare la possibilità di un suo (loro) riorientamento. A partire dal 5 giugno successivo, su incarico del Municipio, l'esperto ha avuto una serie di colloqui con la

direttrice ed il vicedirettore per approfondire le possibilità di un loro ricollocamento all'interno

BGE 135 I 279 S. 280

delle nuove scuole. Nonostante le richieste degli interessati, il rapporto peritale non è però stato consegnato loro. (...) Le discussioni, turbate anche dalla pubblicazione di due articoli apparsi su D., nei quali si faceva allusione alla pretesa intenzione dell'Esecutivo comunale di non confermare in carica la direttrice e il vicedirettore, sono fallite il 26 giugno 2008. (...)

A.b Con decisione del 30 giugno 2008 il Municipio ha risolto di non confermare O. nella sua funzione di vicedirettore (come pure Z. in quella di direttrice) per il quadriennio 2008-2012 e precisato che il rapporto d'impiego avrebbe preso fine il 20 ottobre 2008 (...). A motivazione del provvedimento l'Esecutivo comunale ha elencato una serie di mancanze rilevate dall'esperto che rendevano, a mente dell'autorità di nomina, ragionevolmente inesigibile la continuazione del rapporto d'impiego. (...) Dopo avere, il 1°luglio 2008, inoltrato una denuncia penale nei con fronti del sindaco B. e del prof. A. per titolo di coazione, abuso di autorità (limitatamente al sindaco) e lesioni corporali gravi, la direttrice e il vicedirettore, per il tramite del loro legale, hanno diramato, il 2 luglio 2008, un comunicato stampa in cui attaccavano l'operato del sindaco, del segretario comunale e del perito. (...)

A.c Il 4 luglio 2008 il Municipio ha deciso l'apertura di un'inchiesta disciplinare nei confronti di O. (come pure di Z.) al quale ha rimproverato gravi violazioni dei doveri di servizio, in particolare per avere rilasciato dichiarazioni gravemente lesive dell'onore e dell'immagine dei membri dell'Esecutivo, del consulente e dell'amministrazione (...). Nel contempo ha decretato nei confronti dell'interessato l'immediata sospensione dalla carica con garanzia però dello stipendio fino a fine contratto. (...)

B. (...) per risoluzione del 2 dicembre 2008 il Consiglio di Stato del Cantone Ticino ha confermato nel merito le decisioni municipali del 30 giugno (mancata conferma) e del 4 luglio 2008 (sospensione immediata).

C. Con giudizio del 23 febbraio 2009 il Tribunale cantonale amministrativo ha respinto il ricorso di O. contro la risoluzione governativa del 2 dicembre 2008. (...)

D. O. è insorto dinanzi al Tribunale federale mediante un atto denominato "ricorso di diritto pubblico e ricorso in materia costituzionale", con cui chiede l'annullamento del giudizio del Tribunale cantonale amministrativo, nonché delle decisioni 2 dicembre 2008 del

BGE 135 I 279 S. 281

Consiglio di Stato e 30 giugno e 4 luglio 2008 del Municipio Y. In sintesi, a motivazione dei ricorsi fa valere una violazione del diritto di essere sentito (art. 29 cpv. 2 Cost.), del divieto dell'arbitrio (art. 9 Cost.), del principio della proporzionalità e del principio della buona fede (art. 9 Cost.). (...) Il ricorso in materia di diritto pubblico è stato accolto.
(estratto)

Erwägungen

Dai considerandi:

2. Con una censura d'ordine formale, che occorre esaminare in via preliminare, il ricorrente rimprovera al Tribunale cantonale di non avere sanzionato, come invece avrebbe dovuto, la violazione del suo diritto di essere sentito ad opera del Municipio Y., il quale, per quanto accertato in maniera incontestata dagli stessi giudici cantonali, ha deciso la sua mancata conferma in carica senza formalmente, preventivamente offrirgli la possibilità di prendere posizione sul provvedimento.

2.1 Pur riconoscendo che il Municipio ha indubitabilmente violato il diritto di essere sentito del dipendente e pur reputando di una certa gravità tale violazione, la Corte cantonale ha ritenuto che la lesione poteva essere sanata grazie al ricorso inoltrato dall'interessato al Consiglio di Stato che dispone di pieno potere cognitivo. Inoltre ha osservato che il Municipio era costretto ad agire in tempi ristretti e che per ossequiare il termine di tre mesi di cui all'art. 132 cpv. 1 della legge organica comunale del 10 marzo 1987 (LOC; RL 2.1.1.2), cui rinvia l'art. 127 cpv. 2 LOC, una decisione di mancata conferma doveva pervenire al ricorrente entro il 20 luglio 2008, vale a dire soli 20 giorni dopo che l'Esecutivo aveva deciso di separarsi da lui. In tali condizioni, i primi giudici hanno concluso che se anche avesse fissato un termine di 10-15 giorni per formulare delle osservazioni, tenuto conto dei tempi di notifica e di ricezione, il Municipio non sarebbe stato in grado di deliberare definitivamente entro quella data.

2.2 Il contenuto del diritto di essere sentito è determinato in primo luogo dalle disposizioni cantonali di procedura, sindacabili da parte del Tribunale federale solamente sotto il ristretto profilo dell'arbitrio; in ogni caso l'autorità cantonale deve tuttavia osservare le garanzie minime dedotte direttamente dall'art. 29 cpv. 2 Cost., il cui rispetto è verificato dal Tribunale federale con pieno potere d'esame (DTF 127 III 193 consid. 3 pag. 194).

Nell'evenienza concreta, il ricorrente non invoca la violazione di una disposizione cantonale relativa al diritto di essere sentito, per cui la censura va esclusivamente esaminata alla luce dell'art. 29 cpv. 2 Cost. Del resto la LOC non prescrive espressamente che il funzionario debba essere sentito prima dell'emanazione di una decisione di mancata conferma nei suoi confronti.

2.3 Per costante giurisprudenza, dal diritto di essere sentito garantito dall'art. 29 cpv. 2 Cost. deve in particolare essere dedotto il diritto per l'interessato di esprimersi prima della resa di una decisione sfavorevole nei suoi confronti, quello di fornire prove circa i fatti suscettibili di influire sul provvedimento, quello di poter prendere visione dell'incarto, quello di partecipare all'assunzione delle prove, di prenderne conoscenza e di determinarsi al riguardo (DTF 132 V 368 consid. 3.1 pag. 370 e sentenze ivi citate). Va poi rammentato che quando il Tribunale federale controlla l'applicazione dell'art. 29 cpv. 2 Cost., esso ne determina il contenuto e la portata in funzione della situazione concreta e tenuto conto degli interessi in gioco (DTF 123 I 63 consid. 2d pag. 68 seg.). Vanno in particolare considerati, da un lato, il pregiudizio alla situazione dell'interessato così come risulta dalla decisione che deve essere adottata e, dall'altro, l'importanza e l'urgenza dell'intervento amministrativo (sentenza 2P.63/2003 del 29 luglio 2003 consid. 3.2). In generale, quanto più la decisione che ci si appresta a prendere è suscettibile di pregiudicare la posizione dell'interessato, tanto più il diritto di essere sentito di quest'ultimo va accordato e riconosciuto ampiamente (cfr. DTF 105 Ia 193 consid. 2b/cc pag. 197; cfr. pure sentenza 2P.46/2006 del 7 giugno 2006 consid. 4.3 con riferimenti). Occorre inoltre ugualmente tenere conto delle garanzie che la procedura offre alla difesa dell'interessato; in particolare, ci si mostrerà meno

esigenti con la stretta osservanza del diritto di essere sentito se è data la possibilità di portare la contestazione davanti a un'autorità di ricorso dotata di pieno potere di esame (DTF 123 I 63 consid. 2d pag. 69 seg.; DTF 111 Ia 273 consid. 2b), a condizione però che la violazione non sia di particolare gravità (DTF 126 I 68 consid. 2 pag. 72).

2.4 Per quanto concerne più specificatamente il tema in esame, dottrina e giurisprudenza hanno già avuto modo di riconoscere di principio - anche in assenza di una specifica disposizione - il diritto di essere previamente sentito al funzionario nei cui confronti sta per essere rilasciata una decisione di mancata conferma (v. ad esempio

sentenza 2P.327/2001 del 27 maggio 2002 consid. 3.2; cfr. inoltre PETER HÄNNI, La fin des rapports de service en droit public, RDAF 1995 pag. 407 segg., 434; GABRIELLE STEFFEN, Le droit d'être entendu du collaborateur de la fonction publique: juste une question de procédure?, RJN 2005 pag. 51 segg., 63; EROS RATTI, Il Comune, vol. II, 1988, pag. 1274). Il Tribunale federale ha parimenti precisato che, benché non conferisca la facoltà di esprimersi sulla valutazione giuridica dei fatti, il diritto di essere sentito può unicamente adempiere correttamente il proprio scopo se la persona interessata sa (o deve sapere) con chiarezza (v. sentenza 2P.214/2000 del 5 gennaio 2001 consid. 4a con riferimenti) che nei suoi confronti sta per essere presa una decisione di determinata natura (sentenza 2P.241/1996 del 27 novembre 1996 consid. 2c).

2.5 Nel caso di specie, come accertato in maniera vincolante dalla Corte cantonale (art. 105 cpv. 1 e 2 LTF), il Municipio ha deciso la mancata conferma in carica di O. senza formalmente, preventivamente offrire all'interessato la possibilità di prendere posizione sul provvedimento. Certo, ci si potrebbe domandare se il ricorrente non potesse o dovesse comunque attendersi la decisione di mancata conferma dopo che la stampa già il 7 giugno 2008 aveva accennato alle presunte intenzioni dell'Esecutivo comunale di non rinnovare il rapporto d'impiego. Allo stesso modo ci si potrebbe chiedere se il diritto di essere sentito non sia stato altrimenti salvaguardato dal fatto che il ricorrente ha comunque avuto modo di discutere a più riprese con il perito A. la prospettiva di un suo ricollocamento. La risposta ad entrambe le domande è tuttavia negativa.

2.5.1 Da un lato, infatti, si ricorda che ancora in data 26 giugno 2008, in occasione dell'ultimo incontro, l'esperto aveva rassicurato l'interessato, precisando che "non ho mai messo in dubbio il fatto che sia a rischio la vostra posizione all'interno della scuola per cui ... a me ha sorpreso tra le varie righe dette il fatto che da una qualche parte si pensasse a una vostra esclusione dalla scuola o ad un impegno parziale o cose di questo genere. Io non sono mai neanche entrato in questo genere di logica perché non c'è scritto da nessuna parte una cosa di questo tipo. Io non ho mai consigliato, raccomandato nulla di questo tipo", prima di soggiungere che "... quindi non posso neanche immaginare che ci possa essere uno scenario di questo genere. Scusate, qui sarà una mia ingenuità ma io non ho mai sentito neanche da

parte del municipio un'intenzione di questo genere. Quindi io parto dal presupposto che, fermo restando che il vostro impegno all'interno della scuola di X. rimane un pacchetto del 100 %, la discussione era [...]di riorientare ..." (trascrizione della registrazione dell'incontro del 26 giugno 2008, pag. 6). Ciò significa che ancora il giorno dopo la seduta del 25 giugno 2008, in cui il Municipio aveva risolto (ma non ancora comunicato) di

non confermare il ricorrente nella sua funzione, quest'ultimo era ancora all'oscuro della reale intenzione del Municipio di non rinnovare il rapporto d'impiego, e comunque non era propriamente stato invitato ad esprimersi su un simile provvedimento (cfr. per analogia DTF 105 Ib 171 consid. 3b pag. 174, nonché sentenza citata 2P.46/2006 consid. 4.5).

2.5.2 D'altro lato non va dimenticato che spetta alla competente autorità decidente (generalmente all'autorità di nomina) sentire - anche solo in maniera relativamente informale (sentenza citata 2P.214/2000 consid. 4a) - gli interessati (STEFFEN, op. cit., pag. 63; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, pag. 207). In assenza di una delega di competenza fondata su una base legale, le discussioni intercorse con il consulente incaricato dal Municipio di verificare lo stato della scuola comunale non potevano pertanto liberare il Municipio dall'obbligo di sentire preventivamente il dipendente; tanto più che, per quanto appena esposto (consid. 2.5.1), quest'ultimo nemmeno doveva in modo chiaro attendersi l'emanazione di una decisione di mancata conferma. Anche in questa misura la presente fattispecie si differenzia da quella esaminata dal Tribunale federale nella sentenza citata 2P.214/2000, in cui una discussione con le competenti autorità scolastiche aveva preceduto la decisione di non continuare il rapporto d'impiego.

2.5.3 E comunque, non avendo, fino al momento della presentazione dell'allegato di replica dinanzi al Consiglio di Stato, potuto prendere visione del rapporto peritale (peraltro contenente vari omissis e in gran parte silente sull'identità delle persone interrogate come pure sul contenuto dei colloqui che avevano permesso di sviluppare la relativa valutazione) su cui si era basato il Municipio per la propria decisione, il ricorrente nemmeno era stato posto nella condizione di preparare le proprie argomentazioni ed esprimersi convenientemente sui punti essenziali del provvedimento (DTF 129 I 85 consid. 4.1 pag. 88; DTF 126 I 7 consid. 2b pag. 10; STEFFEN, op. cit., pag. 58).

2.5.4 O. avrebbe dovuto potersi esprimere sui punti essenziali del provvedimento prima che venisse adottata la decisione di mancata conferma che lo ha toccato nella sua situazione giuridica (in questo senso anche sentenza citata 2P.327/2001 consid. 3.2). Non avendo concesso questo diritto, il Municipio ha contravvenuto all'obbligo sancito dall'art. 29 cpv. 2 Cost.

2.6 Resta a questo punto da esaminare se, come sostiene la Corte cantonale, il vizio poteva essere sanato nell'ambito della procedura di ricorso dinanzi al Consiglio di Stato.

2.6.1 Il diritto di essere sentito è una garanzia costituzionale formale, la cui violazione implica, di principio, l'annullamento della decisione impugnata, a prescindere dalle possibilità di successo nel merito (DTF 132 V 387 consid. 5.1 pag. 390; DTF 127 V 431 consid. 3d/aa pag. 437). Secondo la prassi del Tribunale federale, tuttavia, una violazione del diritto di essere sentito può essere sanata nell'ambito di una procedura di ricorso qualora l'autorità di ricorso disponga dello stesso potere di esame dell'autorità decidente (DTF 129 I 129 consid. 2.2.3 pag. 135; DTF 126 I 68 consid. 2 pag. 72; DTF 124 II 132 consid. 2d pag. 138; ALBERTINI, op. cit., pag. 461). La riparazione del vizio deve tuttavia, segnatamente in presenza di gravi violazioni, rimanere l'eccezione, non fosse altro perché la concessione successiva del diritto di essere sentito costituisce sovente solo un surrogato imperfetto dell'omessa audizione preventiva (DTF 116 V 182 consid. 3c pag. 187; DTF 105 Ia 193 consid. 2b/cc pag. 197). Una riparazione entra inoltre in linea di considerazione solo se la persona interessata non abbia a subire pregiudizio dalla concessione successiva del diritto di essere sentito, rispettivamente dalla sanatoria. In nessun caso, comunque, può essere ammesso che l'autorità pervenga attraverso una violazione del diritto di essere sentito ad un risultato che non avrebbe mai ottenuto procedendo in modo corretto (DTF 129 I 129 consid. 2.2.3 pag. 135).

2.6.2 Il Tribunale cantonale ha giustificato la riparazione della violazione del diritto di essere sentito tra l'altro con il fatto che il Municipio era costretto ad agire rapidamente. Ha così rilevato che se avesse concesso all'interessato un termine di 10-15 giorni per presentare le proprie osservazioni, non sarebbe più stato in grado di deliberare entro il 20 luglio 2008, ultimo termine per potere notificare in tempo - in virtù dei combinati disposti degli art. 127 cpv. 2 e 132 cpv. 1 LOC - la decisione di mancata conferma. Ora, benché

opinabile (sul tema cfr. ad esempio STEFFEN, op. cit., pag. 64, secondo cui - se non cade durante le vacanze o i giorni festivi - un termine di 8-10 giorni per esercitare il diritto di essere sentito è da ritenere ragionevole), l'accertamento della Corte cantonale non è manifestamente inesatto e vincola pertanto il Tribunale federale (art. 105 cpv. 2 LTF).

2.6.3 Nondimeno, da questo accertamento l'istanza precedente ha tratto una conclusione giuridicamente errata. Se urgenza c'è stata - come hanno constatato i primi giudici -, questa era chiaramente ed esclusivamente imputabile all'autorità municipale che, ben conoscendo la cronicità del problema che da anni attanagliava la scuola comunale di X. (v. rapporto finale A., pag. 18 segg.), poteva e doveva organizzarsi in modo tale da preparare tempestivamente i provvedimenti che eventualmente si sarebbero imposti (in questo senso anche sentenza 6A.71/2001 del 13 novembre 2001 consid. 3). Già solo per questo motivo, la possibilità di una riparazione del vizio andava esclusa perché, attraverso una violazione del diritto di essere sentito, l'autorità è pervenuta ad un risultato (mancata conferma del ricorrente per il periodo 2008-2012) che non avrebbe ottenuto procedendo in modo corretto, vale a dire mettendo l'insorgente in condizione di esprimersi convenientemente sul provvedimento che si apprestava a prendere (DTF 129 I 129 consid. 2.2.3 pag. 135; sentenza citata 6A.71/2001 consid. 3). Inutile quindi dire che il ricorrente ha subito un (grave) pregiudizio dalla concessione solo successiva del diritto di essere sentito, rispettivamente dalla sanatoria.

2.6.4 La riparazione del vizio appare inoltre problematica anche per un altro aspetto. Pur fruendo di principio di un pieno potere cognitivo che gli consente di esaminare liberamente non solo le questioni di fatto e di diritto della controversia sottoposta alla sua cognizione, ma anche di rivedere ogni problema di apprezzamento e di opportunità (art. 56 della legge cantonale di procedura per le cause amministrative del 19 aprile 1966 [RL 3.3.1.1]; BORGHI/CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, 1997, pag. 289), il Consiglio di Stato sembra di fatto (giustamente: cfr. DTF 118 Ib 164 consid. 4a pag. 166; sentenza 1C_116/2007 del 24 settembre 2007 consid. 4.2) riconoscere nella materia qui in esame un ampio margine discrezionale all'autorità di nomina. Come risulta chiaramente dalla risoluzione del 2 dicembre 2008, il Consiglio di Stato ticinese sembra così imporsi un certo riserbo nell'esame delle decisioni di mancata conferma delle autorità comunali, lasciando intendere che un

intervento contro tali provvedimenti si giustificherebbe soltanto nella misura in cui questi ultimi integrino gli estremi di una violazione del diritto, in particolare sotto il profilo di un esercizio abusivo del potere di apprezzamento (cfr. decisioni 2 dicembre 2008 del Consiglio di Stato, pag. 5; in questo senso inoltre pure sentenze del Tribunale amministrativo del Cantone Ticino 52.2004.321 dell'11 aprile 2006 consid. 3; 52.2001.4 del 9 feb-

braio 2001 consid. 2.2 e 52.2000.277 del 14 dicembre 2000 consid. 2, consultabili al sito http://www.sentenze.ti.ch; cfr. infine BORGHI/CORTI, op. cit., pag. 289).
In queste circostanze, appare quanto meno dubbio che l'autorità di ricorso esercitasse lo stesso potere di esame spettante all'autorità decidente. Anche per questa ragione una riparazione del vizio andrebbe dunque negata, a meno che il Consiglio di Stato non abbia, nell'evenienza concreta, rinunciato a imporsi, di fatto, questa restrizione del potere d'esame (sentenza 2A.315/2001 del 26 novembre 2001 consid. 2b; ALBERTINI, op. cit., pag. 461). Ciò non sembra però essere inequivocabilmente il caso, se non altro perché il Consiglio di Stato ha concluso la sua valutazione osservando che "non essendo [...]la decisione impugnata arbitraria, lo scrivente Consiglio non può quindi fare altro che confermarla".

2.6.5 In tali condizioni, il provvedimento di mancata conferma poteva essere pronunciato solo previa informazione dell'interessato e solo dopo avergli dato la possibilità di difendersi convenientemente e di esprimersi sui suoi punti essenziali. Unicamente la presenza di circostanze eccezionali, come ad esempio la necessità (non addebitabile all'autorità medesima) di agire rapidamente al fine di salvaguardare un importante interesse pubblico gravemente minacciato (DTF 99 Ia 22 consid. c pag. 24 seg.; ALBERTINI, op. cit., pag. 309), avrebbe permesso di prescindere dall'audizione preventiva. Tali circostanze non ricorrevano tuttavia nel caso di specie. A queste considerazioni si aggiungono infine le ripercussioni che il provvedimento in causa ha prodotto sulla situazione dell'interessato che non solo si è ritrovato senza impiego, ma ha anche rischiato, vista la risonanza mediatica che ha accompagnato la vicenda, di subire un danno serio e difficilmente riparabile alla sua reputazione professionale (cfr. per analogia sentenza citata 2P.63/2003 consid. 3.3 e 3.4).