

La Corte EDU sul *whistleblowing*: la libertà di espressione, i canali pubblici di segnalazione e una prospettiva non (ancora) italiana

di Federico Ponte

Title: The ECHR on whistleblowing: freedom of expression, public reporting channels and a perspective that is not (yet) Italian

Keywords: Whistleblowing; Freedom of expression; Public interest.

1. – Con la decisione in commento, *Gawlik v. Liechtenstein* del 16 febbraio 2021, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha contribuito ad affermare una definizione della fisionomia sovranazionale del *whistleblowing* orientata a inquadralo come derivato della libertà di espressione di cui all’art. 10 CEDU.

I fatti traggono origine dalla denuncia sporta al *Public Prosecutor’s Office* e al Presidente della commissione parlamentare di controllo dal dott. Gawlik, vicedirettore del dipartimento di medicina interna presso il Liechtenstein National Hospital, nei confronti del dott. H, direttore del suddetto dipartimento. L’accusa, che si fondava sull’esame delle cartelle cliniche elettroniche (il dettaglio, si vedrà, non è irrilevante) era di aver praticato eutanasia attiva, mediante somministrazione di morfina, nei confronti di almeno dieci pazienti.

A seguito delle opportune indagini interne, successivamente confermate anche da un medico esterno, tuttavia, l’ospedale ha ritenuto che il dott. H avesse agito correttamente, e di ciò avrebbe parimenti potuto convincersi anche il dott. Gawlik, laddove avesse consultato le cartelle cliniche cartacee, più esaustive di quelle in formato digitale. Ciò non ha tuttavia impedito che grande risalto mediatico, a livello nazionale, fosse dato alla vicenda di potenziale malasanità (la struttura in cui sarebbe avvenuto l’illecito era l’unico ospedale pubblico del Liechtenstein), nonostante sia il *Public Prosecutor’s Office* che il Presidente della commissione parlamentare di controllo fossero tenuti al dovere di riservatezza.

In conseguenza del danno patito (specie in termini reputazionali) l’ospedale ha dapprima sospeso il dott. Gawlik e, a neanche un mese di distanza, lo ha licenziato senza preavviso, essendo venuto meno il rapporto

di fiducia, derivante dall'omesso utilizzo dei mezzi di doglianza interni. A tal proposito l'ospedale possedeva una struttura deputata a ricevere le segnalazioni delle irregolarità in modo anonimo e tramite un modulo online: il destinatario in un primo tempo era il dott. H, ma successivamente (almeno alcuni mesi prima della denuncia) l'incarico era stato affidato ad una terna di soggetti (tra cui non figurava il dott. H.).

Dal licenziamento, asseritamente illegittimo, origina una vicenda giudiziaria che si snoda con esiti alterni lungo tre gradi di giudizio e si conclude davanti alla Corte suprema con la conferma della sua legittimità. Avverso tale pronuncia il dott. Gawlik propone reclamo dinnanzi alla Corte costituzionale, sostenendo che il suo licenziamento violasse la libertà di espressione ai sensi della Costituzione del Liechtenstein e dell'art. 10 della CEDU.

La Corte costituzionale riconosce (con un richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, su cui si tornerà) la natura di informatore del dott. Gawlik, la presenza di un notevole interesse pubblico a sapere che le cure erano conformi allo stato dell'arte e, conseguentemente, la sussistenza di un diritto alla libertà di espressione. Parimenti, riconosce che l'operato dell'ospedale non viola il diritto in questione, posto che alla luce della gravità delle accuse e delle conseguenze per gli interessati nel caso in cui le accuse fossero diventate pubbliche, il ricorrente avrebbe dovuto procedere a verifiche più approfondite (segnatamente procedendo all'analisi delle cartelle cartacee).

2. – Nel quadro così delineato si situa la pronuncia della Corte EDU la quale, su ricorso del dott. Gawlik, si interroga se il licenziamento senza preavviso del medesimo costituisca o meno violazione dell'art. 10 della CEDU.

Preliminarmente la Corte rileva come le parti siano concordi nel riconoscere che il licenziamento costituisca un'interferenza nella libertà di espressione del dott. Gawlik. Conseguentemente si è reso necessario interrogarsi in ordine alla giustificazione dell'interferenza conformemente all'art. 10, co. 2, della CEDU. Se è incontestato tra le parti che l'interferenza fosse prescritta per legge (l'art. 1173a dell'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* prevede il licenziamento senza preavviso per motivi importanti) e che lo scopo del licenziamento fosse legittimo (tutela della reputazione e dell'interesse a un rapporto professionale fondato sulla fiducia del *National Hospital*, nonché della reputazione del dott. H, in analogia a *Heinisch c. Germania*, del 21 luglio 2011, par. 44), le principali riflessioni attengono alla necessità dell'interferenza in una società democratica (par. 52 e ss. della decisione).

Prima di esaminare il ragionamento della Corte, è utile sinteticamente richiamare le posizioni del ricorrente e del governo. Secondo il dott. Gawlik il licenziamento era sproporzionato, stante l'interesse pubblico a sapere dei sospetti contenuti nella sua denuncia, da ritenersi prevalente rispetto agli interessi commerciali dell'ospedale. Inoltre, non era sufficientemente dimostrato che dalle cartelle cartacee fosse risultata l'infondatezza dei

sospetti (tanto che nei precedenti giudizi si era reso necessario nominare un esperto esterno). Infine, a suo avviso, non c'erano canali interni efficaci: stante l'impossibilità di denunciare l'accaduto al suo superiore (il dott. H) o a soggetti con lui connessi, nonché l'assenza di informazioni in merito a non essere più il dott. H a ricevere le segnalazioni di *whistleblowing*.

All'opposto, il governo del Liechtenstein riteneva l'interferenza necessaria, stante la leggerezza con cui erano state mosse le accuse (senza vedere le cartelle cartacee), inoltre l'interesse pubblico non superava quello alla reputazione commerciale e personale dell'ospedale e del dott. H, che si sono visti danneggiati a seguito delle accuse del ricorrente.

A questo punto la decisione si colloca in un solco già tracciato da innumerevoli sentenze (su tutte *Steel and Morris v. The United Kingdom* del 15 febbraio 2005), dovendo la Corte verificare l'interferenza lamentata alla luce del caso globalmente considerato, determinando se la discrezionalità nell'irrogare la sanzione sia stata utilizzata in maniera proporzionata allo scopo legittimo perseguito e se i motivi adottati per giustificarla siano pertinenti e sufficienti. Per fare ciò la Corte ha approntato una serie di criteri: (1) l'interesse pubblico per le informazioni divulgate, (2) l'autenticità (veridicità) delle informazioni divulgate, (3) il danno subito dal datore di lavoro, (4) l'esistenza di canali alternativi per la divulgazione, (5) i motivi alla base della divulgazione della notizia e (6) la severità della sanzione.

La Corte riconosce, come anche i giudici del giudizio a *quo*, (1) la sussistenza di un interesse pubblico a sapere dei sospetti (e non già della certezza) che un medico di un ospedale pubblico non agisse in conformità con lo stato dell'arte. Al tempo stesso non può riconoscere (2) la veridicità delle informazioni divulgate, non riconosciuta neppure dai pareri degli esperti medici esterni: se il dott. Gawlik avesse esaminato le cartelle cartacee, cui pure aveva agevolmente accesso, probabilmente non avrebbe presentato denuncia. In questo punto risiede uno dei punti fondamentali della pronuncia, ovvero l'illustrazione di fino a che punto può spingersi il *whistleblower* nel divulgare notizie infondate. A tal proposito, dice la Corte, la libertà di espressione può coprire affermazioni che successivamente, ad esempio ad esito di un processo penale, si riveleranno infondate: ma ciò solo nella misura in cui il reperimento delle informazioni possa considerarsi accurato e affidabile, non essendo – pare di comprendersi tra le righe – rilevante la mera buona fede del *whistleblower* e tantomeno l'urgenza che una determinata situazione può creare.

Se l'assenza di veridicità delle informazioni divulgate rappresenta la parte che meglio descrive gli obblighi del *whistleblower*, quella concernente (3) il danno subito dal datore di lavoro, rappresenta una delle più delicate, in quanto si apprende che il datore di lavoro non avrebbe subito il danno, se la notizia fosse rimasta nel contesto giudiziario dove il dott. Gawlik l'aveva presentata. Tuttavia, era stato l'ospedale, ossia colui che si è poi visto lesa sia negli interessi commerciali che nella fiducia nei confronti della

collettività, a informare i media e il pubblico. Dalla diffusione delle notizie si era chiaramente verificato un danno anche per la reputazione personale e professionale del dott. H.

Con riguardo (4) ai canali alternativi attraverso cui divulgare la notizia, la Corte rileva che sarebbe stata inefficace sia una segnalazione al diretto superiore del dott. Gawlik (in quanto si trattava del dott. H), sia l'utilizzo del canale ufficiale di segnalazione interno, stante l'incertezza in merito all'accesso ad esso da parte del dott. H. È dubbio se altri canali, quali il direttore dell'ospedale e i membri del consiglio della fondazione a capo dell'ospedale, potessero essere preferibili: se da un lato quanto questi forse avrebbero potuto rimediare rapidamente a qualsiasi irregolarità, dall'altro la gravità dei reati e la possibilità che il dott. Gawlik potesse essere ritenuto corresponsabile inducevano a rivolgersi direttamente ad altri canali. Ad ogni modo la Corte, anche forte dell'assenza di un ordine di priorità tra i canali di segnalazione (su cui *infra*), ritiene di non prendere posizione sulla questione.

La Corte ritiene poi che (5) alla base della segnalazione del dott. Gawlik vi fosse l'interesse pubblico a conoscere quella determinata situazione, e non già un interesse egoistico o personale. Infine, (6) qualifica la sanzione inflitta (licenziamento senza preavviso) come la più pesante che l'ordinamento giuslavoristico del Liechtenstein conoscesse, considerata altresì la perdita del permesso di soggiorno per motivi di lavoro del ricorrente (e con conseguente *chilling effect* nei confronti degli altri dipendenti, i quali potrebbero nel futuro avere remore nell'effettuare segnalazioni di potenziali irregolarità a soggetti esterni).

Al centro delle conclusioni della Corte si colloca il fatto che i sospetti del dott. Gawlik non erano stati adeguatamente verificati dal medesimo prima di proporre denuncia, posto che si era limitato ad esaminare solo le cartelle cliniche elettroniche e non quelle cartacee. Sulla base di ciò, poiché ad esito della "fuga di notizie" si è creato un effetto pregiudizievole sulla reputazione del datore di lavoro e del dott. H, il licenziamento senza preavviso rappresenta un adeguato bilanciamento tra la reputazione e i diritti del datore di lavoro e del dott. H e la libertà di espressione del dott. Gawlik.

3. – La decisione si pone sostanzialmente in linea con la pur limitata giurisprudenza in tema di *whistleblowing* (tra cui meritano di essere ricordate, per alcune assonanze col caso *Guja v. Moldova* del 12 febbraio 2008 e *Heinisch v. Germany* del 21 luglio 2011), e in quanto tale non riveste un particolare carattere innovativo. Tuttavia, con riferimento alla sussistenza di un implicito ordine attraverso cui usare i canali di segnalazione e al nesso tra il canale della segnalazione e il danno, desta talune perplessità che vale la pena registrare. Il punto 14 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2014)7 del 30 aprile 2014, adotta un approccio di sostanziale indifferenza tra segnalazioni effettuate all'interno dell'organizzazione (canali interni), segnalazioni agli organismi pubblici

competenti, alle forze dell'ordine e agli organi di controllo (canali esterni) e segnalazioni al pubblico, come giornalisti e membri del parlamento (canali pubblici). L'unica previsione è di prestare attenzione al caso concreto, stante la previsione per cui “[t]he individual circumstances of each case will determine the most appropriate channel”.

Coerentemente a questa previsione la Corte non si interessa se il canale interno fosse stato o meno percorribile, quale effettiva alternativa a quello esterno. Tuttavia, adotta un atteggiamento assai più severo laddove si trova a dover riconoscere l'utilizzo di un canale pubblico: in questo caso, infatti, a differenza che nei precedenti, entra in gioco il pubblico interesse della collettività a conoscere la notizia e, conseguentemente, la necessità di un bilanciamento con le prerogative e i diritti della struttura ospedaliera. Bilanciamento che, come si è visto e anche in ragione della negligenza del dott. Gawlik nell'esaminare la documentazione medica, pende a favore della struttura ospedaliera.

Ciò desta quantomeno qualche perplessità, derivante dal fatto non è stato il ricorrente ad avvalersi del canale pubblico: si è, probabilmente, in presenza di una “fuga di notizie” in qualche modo connessa all'attività di indagine che si è svolta dall'ospedale: “*The allegations contained in the criminal complaint lodged by him with the Public Prosecutor's Office had been detrimental to the National Hospital, but it had been the hospital itself which had informed the media and public thereof*” (par. 54).

Da quanto si apprende, pertanto, il danno è stato per la maggior parte cagionato dall'ospedale medesimo. E' pur vero che le informazioni alla base della denuncia peccavano di veridicità, e dunque il *whistleblower* non poteva godere delle forme di tutele per essi previste, tuttavia la legittimità dell'essere vittima della “*heaviest sanction possible under labour law*” (par. 85) è diretta conseguenza del danno subito. Ecco allora che il *chilling effect* a cui i dipendenti dell'ospedale sono soggetti è ancor più raggelante, se essi sono portati a temere che la loro posizione potrebbe essere aggravata dal destinatario della segnalazione semplicemente per mezzo di un'(in)opportuna divulgazione, del tutto esulante dalla loro sfera di azione.

Quello della “gerarchia” dei canali mediante i quali effettuare la segnalazione è un tema aperto, che divide gli ordinamenti. Come si è detto la raccomandazione CM/Rec(2014)7 pone su un piano essenzialmente paritario l'utilizzo di canali interni, esterni e pubblici. Diversamente, sul fronte eurounitario, la Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, prevede una sorta di “gerarchia” tra i tre canali, dovendo dapprima farsi ricorso alle segnalazioni mediante canali interni o esterni e, solo laddove il segnalante abbia fondato motivo di ritenere che in caso di segnalazione interna o esterna sussista il rischio di ritorsioni o le prospettive che la segnalazione sia affrontata efficacemente siano scarse per via delle circostanze del caso, rivolgendosi ai

canali pubblici (cfr. art. 15 della Direttiva in discorso, da notare peraltro che nel testo proposto dalla Commissione europea l'uso del canale interno era previsto quale *conditio sine qua non* per potersi avvalere degli altri canali).

Ancora diverso è l'ordinamento italiano, dove il primo comma dell'art. 54-bis del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (rubricato "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti") prevede che la segnalazione possa essere rivolta internamente o, alternativamente, all'Autorità nazionale anticorruzione nonché all'autorità giudiziaria. È invece del tutto assente un riferimento alla segnalazione pubblica, la quale lascia il *whistleblower* del tutto sprovvisto di forme di tutela. Da questo punto di vista il recepimento della Direttiva (UE) 2019/1937 (previsto entro il 17 dicembre 2021) può rappresentare un'occasione interessante: sebbene l'ambito applicativo sia limitato alle violazioni concernenti gli atti dell'Unione europea (tra cui l'ampio settore degli appalti, individuato dall'ANAC tra quelli più a rischio di corruzione), ai suoi interessi finanziari e il mercato interno, non è da escludersi che possa essere l'occasione per un'apertura del canale pubblico anche ai casi di *maladministration* squisitamente interni.

Un altro punto merita di essere segnalato, il quale può aver rilievo se non altro nella prassi con cui l'istituto del *whistleblowing* viene concretizzato nel nostro ordinamento. Come si è visto, infatti, una delle ragioni per cui è stato ritenuto legittimo il mancato ricorso a un canale interno è che non vi era certezza in ordine ai destinatari della segnalazione (e dunque vi era la possibilità che il potenziale reo e chi dovesse trattare la segnalazione coincidessero). A mente dell'art. 54-bis del D.Lgs. 165/01, nel nostro ordinamento, il destinatario delle segnalazioni è il responsabile per la prevenzione della corruzione (RPC, disciplinato dalla L. 6 novembre 2012, n. 190), e pertanto il suo nome è facilmente conoscibile da coloro che intendono effettuare una segnalazione.

Tuttavia, molto spesso e soprattutto nelle amministrazioni di medie o grandi dimensioni, il RPC è supportato da uno *staff* che lo assiste negli adempimenti e nelle attività a cui è chiamato. L'impossibilità o anche solo un'eccessiva difficoltà a conoscere coloro che potenzialmente – e pur vincolati al segreto d'ufficio, fermo restando che nei confronti della generalità degli interessati la segnalazione è sottratta all'accesso agli atti – possono accedere alla documentazione può avere conseguenze inibitrici nei confronti dei potenziali segnalanti. Sarebbe allora opportuno, quantomeno a livello di prassi, favorire la conoscibilità di tutti i soggetti che, in funzione del loro ruolo, avranno accesso alla segnalazione.

4. – La sentenza ha altresì il pregio di offrire al commentatore lo spunto per ricordare lo scarto che esiste tra il nostro ordinamento e quello eurounitario e convenzionale, i quali evidenziano un legame più serrato tra il *whistleblowing* e la libertà di espressione di cui all'art. 10 della CEDU. La configurazione dell'istituto in parola sotto l'ala protettiva della libertà in parola è acquisizione pacifica in molti ordinamenti, compreso quello

eurounitario (si veda a tal proposito il *considerando* 31 della Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione) e internazionale (cfr. *Memorandum* esplicativo della Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2014)7, art. 1, 30 aprile 2014). Ad ogni modo questo approccio non ha rilevanza assoluta (nessun nesso tra il *whistleblowing* e la libertà in discorso si registra, per esempio, nella Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione o Convenzione di Merida, adottata il 31 ottobre 2003).

Analogamente a quanto avviene in sede ONU, sia da un esame del dato normativo (art. 54-*bis* del D. Lgs. 165/2001), che della *soft law* in materia (le linee guida dell'ANAC sono contenute nella Determinazione 28 aprile 2015, n. 6, mentre il 24 luglio 2019 sono state poste in consultazione delle nuove linee guida, ancora non adottate), ma finanche della giurisprudenza (si veda, su tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28, su cui si dirà in seguito, ma anche il parere reso sulle linee guida ANAC poste in consultazione, Cons. Stato, sez. I, parere 24 marzo 2020, n. 111), non vi è traccia nel nostro ordinamento di un legame tra l'istituto in parola e la libertà di espressione. Al contrario, un filo rosso unisce l'art. 54-*bis* del D. Lgs. 165/2001 e l'art. 8 del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, *Regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, il quale, al fine di prevenire la corruzione, impone al dipendente il rispetto delle misure necessarie alla prevenzione degli illeciti nell'amministrazione. Posto che la norma si situa in un contesto di "doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta" (art. 1 del d.P.R. in discorso), l'istituto mostra, quantomeno ad una prima lettura, legame più marcato con l'idea di dovere di comportamento.

È appena il caso di notare che i due approcci – quello dei diritti e quello del codice di condotta – non si presentano come antitetici. Al contrario, come è stato condivisibilmente osservato (L. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione*, in *Lavoro Diritti Europa*, fasc. 2, 2020), le prospettive possono ben coesistere: lo strumento volto a prevenire e contrastare la corruzione non può che uscire arricchito da un ancoraggio alla libertà di espressione (la prospettiva che lega gli strumenti anti corruttivi ai diritti si ritrova in Slovenia, cfr. A. CRISMANI, *I meccanismi di lotta alla corruzione in Slovenia*, in *DPCE Online*, fasc. 1, 2019, ma non in Ungheria, cfr. M. MAZZA, *Il contrasto alla corruzione in Ungheria*, in *DPCE Online*, fasc. 1, 2019). Peraltro, la prospettiva dei diritti consente, oltre al già richiamato ampliamento dei canali attraverso cui effettuare le segnalazioni e agli interessi sottesi alla segnalazione (*infra*), di superare le interpretazioni restrittive dell'interesse pubblico che deve stare alla base della segnalazione (l'art. 54-*bis* del D.Lgs. 195/2001 circoscrive il perimetro a "l'integrità dell'amministrazione in conseguenza di condotte illecite").

La prova che integrare lo strumento con un approccio *right-based* ne valorizza l'*enforcement* emerge da un'ulteriore osservazione sulla sentenza in

commento, la quale non è granitica nell'affermare la natura di diritto del *whistleblowing*. Questo emerge con tutta chiarezza laddove, coerentemente con i suoi precedenti (cfr. *Guja v. Moldova*, 12 febbraio 2008) la Corte non rinuncia a pretendere la buona fede in capo al segnalante, da intendersi quale assenza di interesse particolare o egoistico. Si mantiene così una prospettiva in qualche misura “soggettivistica”, mentre se di libertà di espressione dovesse parlarsi, non dovrebbe essere necessario procedere a una (non sempre agevole) valutazione degli interessi del segnalante.

Il nostro ordinamento sembra aver accolto e portato alle estreme conseguenze questo orientamento restrittivo, in cui il baricentro è tutto su *chi* segnala, piuttosto che su *cosa* viene segnalato. Riprova di ciò si ha in una delle poche decisioni del giudice amministrativo in tema di *whistleblowing* (Cons. Stato, Sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28 su cui A. RENZI, *Quando la trasparenza non previene la corruzione: whistleblowing e riservatezza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 3, 2020), ove si apprende che la mera confluenza, accanto all'interesse pubblico della segnalazione, di “scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro” è idonea a far venir meno le garanzie per il *whistleblower*. Una simile impostazione, oltre a marcare con forza l'idea del *whistleblowing* come norma di condotta e allontanarlo dall'accezione che lo vede discendere da un diritto fondamentale, riduce drasticamente l'ambito di applicazione della norma e conseguentemente la potenziale emersione di condotte illecite a cui l'istituto invece mira.

Così facendo il nostro ordinamento sembra abdicare per intero a una componente fondamentale del *whistleblowing*: un approccio esclusivamente orientato sulla prevenzione della corruzione e della *maladministration*, rischia infatti di tralasciare quella altrettanto importante prospettiva di informazione alla collettività (quale riflesso passivo della libertà di espressione), esaltata anche e soprattutto dal ricorso ai canali pubblici.

Canali pubblici che, giova sottolinearlo, non si limitano a soddisfare un qualche mero interesse velleitario della collettività, posto che “in uno Stato democratico governato dalla *rule of law* l'uso di metodi impropri da parte della pubblica autorità è precisamente il tipo di questione su cui il pubblico ha il diritto di essere informato” (*Voskuil v. Netherlands*, 22 novembre 2007).

Federico Ponte

Dottore di ricerca in sistemi costituzionali comparati

Università degli studi di Genova

federico.ponte@unige.it