

**NIENTE RESURREZIONI, PER FAVORE.
A PROPOSITO DI S.U. MARIOTTI
IN TEMA DI RESPONSABILITÀ MEDICA (*)**

di Rocco Blaiotta

La lettura della sentenza Mariotti delle Sezioni unite in tema di responsabilità medica richiama alla memoria il titolo dell'ultimo capolavoro della trilogia di Fred Uhlman, iniziata con il commovente *L'amico ritrovato*.

Quando i tempi sono oscuri e perigliosi non si parli di resurrezioni.

La resurrezione di cui si parlerà nel seguito è quella della disciplina della responsabilità penale del medico introdotta nel 2012 dalla cosiddetta legge Balduzzi, ad opera delle Sezioni unite.

1. La legge n. 24 del 2017 si è assunto meritoriamente il compito di disciplinare una vasta materia relativa all'esercizio delle professioni sanitarie e delle connesse responsabilità, nel passato affidata in larga parte a direttive elaborate dalla giurisprudenza.

Il disegno di ampio respiro ha prodotto anche una nuova disciplina della responsabilità penale. Il testo recato dall'art. 6 è frutto delle radicali modifiche apportate dal Senato all'articolo approvato dalla Camera. Esso ha subito mostrato alcune gravi criticità, poste in luce dai numerosi commentatori: è articolato in una guisa che non consente di coglierne con la necessaria chiarezza la reale portata, il senso. Un *deficit* di determinatezza e ancor prima di razionalità che, naturalmente, è particolarmente grave nella materia penale, che ambisce a governare i comportamenti umani ed a severamente sanzionare la violazione dei precetti; ed è presidiata dal costituzionale principio di legalità.

Le difficoltà interpretative sono immediatamente affiorate nella giurisprudenza di legittimità che, in un breve volgere di tempo, ha espresso due pronunzie di segno diametralmente opposto. Sono conseguentemente intervenute le Sezioni unite che hanno posta una terza eclettica lettura della disciplina.

(*) Il contributo costituisce il testo, con alcune modifiche, della relazione al convegno "*Responsabilità giuridica e deontologica degli esercenti le professioni sanitarie tra nuovi obblighi e nuovi diritti*", organizzato da Medicina Legale Contemporanea (MeLCo) l'11 maggio 2018 presso l'Aula Magna della Cassazione.

La sentenza commentata (Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018) n. 8770, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, ric. Mariotti) può leggersi a questo [link](#).

I termini del dibattito sono ormai talmente noti che è sufficiente rammentarli nel modo più breve.

La prima sentenza De Luca Tarabori ha ritenuto che, abrogata la disciplina espressa dalla legge Balduzzi, l'elemento di maggiore novità della novella è costituito dalla articolata disciplina della responsabilità basata su linee guida rigorosamente codificate.

Invece la sentenza Cavazza ha affermato che la riforma ha introdotto una causa di esclusione della punibilità in tutti i casi in cui vi sia stata la corretta selezione delle linee guida pertinenti.

2. Le Sezioni unite hanno chiaramente inteso colmare le criticità del testo ed i dubbi di legittimità costituzionale tentando di pervenire ad una soluzione praticabile, empiricamente accettabile, nel solco delle teoriche espresse dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretare la disciplina introdotta con il decreto Balduzzi.

In effetti, a partire dalla nota sentenza Cantore, era stato espresso un indirizzo articolato ed univoco nei suoi tratti essenziali; che era stato condiviso dalla dottrina e che costituiva una guida chiara nei confronti dei giudici di merito.

Di fronte alle difficoltà interpretative della novella, le Sezioni unite sono state colte da una così potente nostalgia dell'antico, degli approdi sicuri conseguiti nel passato, che hanno compiuto un'operazione di inusitata audacia. Hanno letteralmente resuscitato Balduzzi, sebbene essa sia stata espressamente abrogata dalla legge n. 24; e hanno affermato che la responsabilità penale dell'esercente le professioni sanitarie è ancora fondata sulla distinzione tra colpa lieve e colpa grave che di quella abrogata disciplina costituiva uno dei cardini.

Una soluzione che si fa molta fatica ad accettare.

Da un lato essa è radicalmente creativa, così vulnerando il costituzionale principio di legalità penale.

Dall'altro propone una soluzione talmente sfumata ed oscura che porrà gravi problemi applicativi

Nel leggere con attenzione la pagina 21 della sentenza si sente echeggiare chiaro e forte l'evangelico "Lazzaro vieni fuori" rivolto alle spoglie mortali della disciplina Balduzzi.

Ma l'Angelo ribelle agisce nell'ombra ed ama occultare le sue opere. Teme l'ira del Padre. Detto in modo giuridico, ripetendo le acute riflessioni di Massimo Donini, le operazioni creative della giurisprudenza non sono mai esplicite ma occulte. Le estensioni analogiche e le operazioni di ingegneria manipolativa del testo non sono mai dichiarate, non possono esserlo. Si ricorre a strumenti di retorica argomentativa di cui l'interprete devoto al testo della legge è chiamato a dimostrare la fallacia.

La nostra sentenza percorre l'impossibile itinerario volto a sostenere l'atto creativo con insistenza, utilizzando argomenti che si sviluppano nell'intero corpo del testo. Il messaggio, ritornando alla metafora biblica, è il seguente. La dipartita della Balduzzi era un caso di morte apparente. Si sciolgano, dunque, le bende della sepoltura. Le spoglie credute spente si levino nuovamente a governare il regno della responsabilità penale.

Tutto ciò, declinato nel linguaggio giuridico significa testualmente che, secondo le Sezioni unite, la distinzione tra colpa lieve e colpa grave introdotta dalla legge Balduzzi, nonostante il dato formale della abrogazione, è in realtà rimasta “intrinseca” al sistema. La novella del 2017 è in sostanza la mera riproposizione, con altre parole, degli stessi principi della previgente normativa. Tra i due testi vi è una continuità che si risolve in una sostanziale identità.

Tutta la sentenza si muove lungo questa direttrice e tenta di cogliere con insistenza la continuità identitaria tra vecchio e nuovo.

Come si vede, si discute di due temi di non poca rilevanza. Da un lato i limiti alla intraprendenza creativa della giurisprudenza, gli antidoti contro di essa. Dall’altro la reale portata della legge n. 24.

3. Naturalmente, qui non è possibile dibatterne in dettaglio. Vale allora la pena di anticipare le conclusioni, esponendo alcuni punti della riforma che paiono essenziali, anche per rendere più agevole la breve lettura critica delle Sezioni unite che si tenterà nel prosieguo.

La legge n. 24 costituisce una radicale innovazione rispetto al passato. Essa, nella sua ariosa complessità, disegna un nuovo paradigma nel senso kuniano del termine. Dunque, un nuovo ordine, altri principi, altre regole, altre procedure. Le novità riguardano anche il tema della responsabilità in tutte le sue articolazioni, quella penale, quella civile, quella contabile.

La novella, al pari della Balduzzi, ruota attorno alle linee guida. Tuttavia il loro ruolo è radicalmente mutato. Esse cessano di essere suggerimenti, raccomandazioni; e divengono prescrizioni legali.

Le linee guida permeano, in effetti, ogni aspetto della nuova, complessa disciplina. Esse assumono ruoli di volta in volta diversi. In breve:

- Orientare la cura ed implementare la perizia, adeguandola al sapere scientifico accreditato, aggiornato, validato dall’istituzione statale.
- Equilibrare e standardizzare l’uso delle risorse introducendo nella materia la controversa considerazione di aspetti economici e gestionali.
- Implementare la sicurezza delle cure, che costituisce uno dei manifesti della riforma. Si tratta di scongiurare eventi avversi causati dall’uso errato di strumenti diagnostici e terapeutici non di rado gravati di una loro rischiosità. Qui le linee guida assumono solitamente un ruolo propriamente cautelare: governare il rischio determinato da attività mediche e non dalla condizione del paziente.
- Validare, istituzionalizzare, amministrare (nel bene e nel male) la medicina ufficiale, se si vuole “di Stato”.
- Gestire in modo nuovo i giudizi di responsabilità. Le raccomandazioni assumono un ruolo legale. Codificano veri e propri obblighi giuridici. Incorporano il sapere scientifico e tecnologico entro obblighi di comportamento. Il rispetto di tali obblighi diviene altresì il parametro legale per la valutazione della perizia e della colpa. Le linee guida diventano, insomma, regole legali di valutazione giudiziale della perizia.

Quest'ultimo è, naturalmente, il punto che qui interessa maggiormente. Il peso ed il ruolo delle linee guida è profondamente mutato nel passaggio da Balduzzi a Gelli Bianco. Si è determinato il radicale mutamento di paradigma cui si accennava prima e che avvicina moltissimo la legislazione attuale ad esperienze nordamericane tese a governare e limitare la responsabilità del terapeuta attraverso la formale codificazione di linee guida, *id est* di regole cogenti per il terapeuta e per il giudice. Di tali esperienze ci hanno diffusamente parlato Di Landro, Terrosi Vagnoli, recentemente Cavicchi.

Ed è singolare che l'interpretazione della novella che ha valorizzato tali dirompenti novità sia stata ritenuta da qualcuno, ed anche dalle Sezioni unite, abrogatrice.

In realtà si è in presenza di un mutamento epocale che ha implicazioni problematiche. Nascono molti interrogativi politici e giuridici che hanno già alimentato un vivace e colto dibattito. Si discute, ad esempio dei rapporti tra linee guida legali e sapere scientifico non codificato, non istituzionalizzato; della necessità di un continuo aggiornamento da validare; del pericolo di burocratizzazione e deresponsabilizzazione; della compatibilità delle linee guida con il principio di libertà delle cure; della conciliazione della tutela del malato con le istanze gestionali, economicistiche, di standardizzazione.

Tali interrogativi non possono esimerci dal cogliere il *novum* e dall'adequarvi tutte le nostre riflessioni. L'errore di alcuni commentatori ed anche delle Sezioni unite è stato di non aver realmente colto le innovazioni e nel non avervi adeguato le speculazioni ermeneutiche. Si è continuato a ragionare in termini di medesimezza o di continuità senza cogliere nel *novum* gli elementi di rottura e di complessità.

4. Le enunciazioni proposte hanno bisogno, naturalmente, di essere chiarificate.

L'art. 5 è tanto importate quanto trascurato. Il sanitario individua le linee guida pertinenti e vi si "attiene", salvo che le particolarità del caso gli impongano di disattenderle. Egli è cioè giuridicamente obbligato ad attenervisi. Qui occorre fermarsi un attimo a riflettere: una raccomandazione che cessa di essere un suggerimento e diventa un obbligo è ancora una mera raccomandazione? La risposta è no; con tutte le implicazioni di ordine sociologico, criminologico, medico, penalistico.

Tale forte indicazione è amplificata dal successivo art. 6: l'esenzione da responsabilità opera quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, sempre che le raccomandazioni risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Come si vede, si tratta di un itinerario rigorosamente tracciato: si va dalla individuazione delle linee guida codificate ai diversi momenti della loro esecuzione, al giudizio finale che riguarda l'adeguatezza

Molti commentatori si sono intrattenuti sull'*ex ante* della colpa e l'*ex post* della causalità.

In realtà il senso del "risultino" che compare nel testo normativo è diverso.

Qui si indica analiticamente l'itinerario del giudizio sulla perizia; si tratteggia la *consecutio* delle valutazioni. Il caso, le linee guida codificate e solo quelle, il giudizio in ordine al concreto adeguamento delle direttive alle peculiarità di ciascun trattamento.

Infine, conclusivamente, la valutazione sulla colpa per imperizia alla luce della ponderazione che è necessariamente *ex post*.

Il giudizio sulla colpa è notoriamente *ex ante*; cioè prescinde, per dirla in parole povere, dal fatto che la vittima, per qualunque ragione, non abbia avuto una buona sorte. Ma esso avviene all'esito dell'informazione processuale sul caso: una accurata focalizzazione sui fatti del caso concreto che vede da un lato le esigenze di un determinato paziente e dall'altro le regole di condotta prescritte, legali, e la loro osservanza. Dunque, processualmente *ex post*. "Risultano" sta dunque per si accerta in giudizio, a conclusione dell'itinerario indicato.

Le scansioni indicate ripetono lo schema che era stato indicato nella sentenza Cantore ma nella nuova legge vi è un elemento di grande novità enfaticizzato dal mutamento del lessico.

Il "si attiene" che compariva nella disciplina del 2012 è espressione quanto mai vaga che apriva interrogativi sul sapere scientifico accreditato e sulla sua utilizzazione. Ed è stata la giurisprudenza che ha provato a colmare tale indeterminatezza. Alla radice di quell'anodina disciplina vi è un mero incoraggiamento a seguire le linee guida, premiato, per così dire, con l'esonero da responsabilità in caso di colpa lieve.

La legge n. 24 utilizza il modello dell'azione processuale indicato dalla Cassazione, ma lo normativizza rigidamente in ogni senso. Essa impone l'osservanza degli obblighi diagnostici e terapeutici. Il terapeuta, in breve, deve attenersi alla medicina legale, ma ha il diritto ad essere giudicato alla stregua delle regole di condotta codificate.

Vi è qui un elemento di grande novità che si mostra sul piano processuale, probatorio. Chi ha pratica intende. Nei giudizi di responsabilità medica si agitano sovente tra gli esperti animate discussioni che riguardano l'esistenza e l'accreditamento delle linee guida; cioè di direttive alla stregua delle quali valutare il comportamento del sanitario. Si tratta di un momento che risulta spesso decisivo. Ebbene, tale importante passaggio viene scavalcato nel nuovo assetto della disciplina. Le linee guida sono solo quelle codificate, con tutte le conseguenze che ne discendono e che ciascuno può intendere bene. All'indagato sarà sufficiente ostendere la direttiva codificata e chiedere di essere giudicato alla stregua di essa.

Si tratta di una rilevante novità che, come si è accennato, replica fedelmente il modello adottato in diverse esperienze nordamericane.

5. Il mutamento radicale ha rilevanti implicazioni sulla dogmatica della colpa, che ruotano attorno all'alternativa colpa generica *versus* colpa specifica. Occorrerà rivedere le tradizionali impostazioni in presenza di linee guida legali che, nella maggior parte dei casi, non governano rischi connessi all'attività medica, ma forniscono indicazioni in ordine alla cura e costituiscono, di conseguenza, parametri di valutazione della perizia. Ed occorrerà pure preservare spazi applicativi per linee guida e conoscenze scientifiche non codificate, per evitare che l'accertamento della colpa finisca per assumere intonazioni presuntive.

Parlare qui di questi temi condurrebbe troppo lontano. Piuttosto, le brevi considerazioni sin qui esposte ci devono guidare nell'opera indicata all'inizio: scoprire

le fallacie che sorreggono la fragile trama argomentativa che sorregge l'atto creativo delle Sezioni unite.

La Corte esordisce affermando che l'art. 6 prevede una causa di esclusione della punibilità connessa al dato formale della corretta individuazione delle linee guida pertinenti al caso. Si distingue il momento della selezione delle linee guida da quello della loro attuazione, del loro adeguamento al caso concreto. L'errore nell'adattamento delle direttive è coperto dalla causa di esclusione della punibilità.

Si tratta della tesi espressa dalla sentenza Cavazza: un "liberi tutti" che presenta patenti, plurimi profili di illegittimità costituzionale testimoniati dalla requisitoria del Procuratore generale. Essi sono tanto noti e condivisi che non occorre qui ritornarvi.

L'approccio della Corte reca un errore dogmatico. Si afferma che l'esclusione della punibilità è frutto di un bilanciamento di interessi.

Ora, è chiaro che dietro ogni norma penale vi è un bilanciamento di interessi. Il se, il come ed il quando punire è una prerogativa sovrana del Legislatore. La collocazione degli enunciati normativi entro le categorie dogmatiche è invece una precisa funzione della scienza penalistica. E vale la pena di ricordare che la dogmatica non ha solo un ruolo definitorio, classificatorio, ma anche valoriale. Dunque, quando il legislatore pone mano alla sfera della colpevolezza agendo sulla delineazione del tipo colposo, opera sul cuore, *nel sancta sanctorum* della fattispecie; e non è lecito relegare tale operazione nella sfera della mera esecuzione della pena.

Ma ciò che interessa maggiormente è che la soluzione delle Sezioni unite è anche radicalmente contraddittoria rispetto alle argomentazioni esposte nel seguito e consacrate nelle conclusioni: l'esistenza nel sistema di una colpa lieve (o lievissima, si vedrà) priva di rilievo penale.

Ma lo sviluppo di maggiore interesse è nel seguito. La consapevolezza dell'incombente *vulnus* costituzionale incoraggia il giudice a ricercare una via intermedia che attenui la portata della normativa che, si afferma testualmente, riguarda "un grado della colpa che per la sua limitata entità si rende compatibile con l'attestazione che il sanitario in tal modo colpevole è tributario dalla esenzione dalla pena per avere rispettato, nel loro complesso, le raccomandazioni derivanti dalle linee guida".

Ecco ritrovata, rigenerata la legge Balduzzi.

Non è utile infierire oltre sull'incongruenza dogmatica di una ritrovata graduazione della colpa che – tuttavia – non rileva sul piano che le è proprio, cioè quello della restrizione del tipo colposo ma nell'ambito della sola esclusione della pena. Una colpevolezza pregiuridica, insomma.

Preme piuttosto, infine, analizzare gli argomenti delle Sezioni unite.

6. Il primo argomento è: l'indifferenza dell'ordinamento penale rispetto a gravi infedeltà alle *leges artis* sarebbe incostituzionale, mentre la perdonanza nei confronti della colpa lieve è accettabile perché la vittima è tutelata anche nello specifico ambito del processo civile ai sensi dell'art. 7.

Della questione di costituzionalità non occorre parlare tanto è evidente.

Il richiamo dell'art. 7 della Legge è invece sorprendente. Le Sezioni unite hanno fretta di chiudere la partita, ignorano la sentenza Tarabori e non si confrontano con argomentazioni che proprio su tale norma avevano basato la ricostruzione del sistema.

Vediamo: l'ordinamento è tenuto alla protezione delle vittime, ma ha ampia facoltà di scelta nella selezione degli strumenti. Il diritto penale è l'*extrema ratio* e, dunque, è ben possibile che la protezione avvenga attraverso strumenti di altra natura, in primo luogo quelli del diritto civile. Quanto maggiore è l'efficienza della normazione extrapenale, tanto più è razionale ed auspicabile l'allentamento della presa da parte dello strumentario penale, anche attraverso la graduazione della colpa. Però, il fatto è che, nel nostro caso, tale alternatività è esclusa. L'art. 7, infatti, richiama l'art. 6: ciò che noi postuliamo della responsabilità penale riguarda anche, rigidamente, la sfera civile.

Agevole trarre le conclusioni: la disciplina penale è diventata normativa di sistema, che governa anche ambiti che non le sono propri. Allora, se (con le Sezioni unite) si ritiene che la colpa universale del sistema è solo quella grave, ne discende che, per i fatti non gravi, la vittima non ha protezione efficiente in alcun ambito dell'ordinamento. Come si vede, la soluzione delle Sezioni unite è impraticabile ed espone l'ordinamento alle ripetute censure che nelle sedi internazionali hanno colpito l'Italia proprio per l'inefficienza degli strumenti di protezione della vittima.

7. Un altro argomento è che la contemplazione dell'errore lieve da imperizia ha come *pendant* la disciplina dell'art. 16 relativa alla gestione del rischio clinico, responsabilizzante per la struttura, senza la frustrante ricerca di un capro espiatorio.

Non si comprende davvero quale attinenza tale disciplina abbia con la nostra discussione. La valorizzazione del *reporting* per favorire l'emersione dell'errore affinché possa costituire veicolo per l'affinamento delle procedure di sicurezza è nata nell'ambito della navigazione aeronautica. Si tratta di un contesto in cui le istanze di efficienza delle istanze punitive sono massime; e nessuno ha mai pensato che il *reporting* sia uno strumento alternativo alla repressione penale di fatti lesivi che hanno normalmente natura disastrosa.

8. Le Sezioni unite considerano pure che la Balduzzi dimostra che la colpa lieve come strumento per l'esclusione della responsabilità è stata già utilizzata quale strumento di "misurazione della colpa".

L'interpretazione accolta fa risaltare la "intuibile volontà del legislatore" di proseguire lungo la direttrice segnata dalla Balduzzi con "la finalità di impedire che l'abrogazione di questa apra scenari di automatica reviviscenza dei pregressi indirizzi interpretativi che, per la loro severità nel passato sono all'origine" delle risposte difensive dei sanitari.

Qui davvero l'estro creativo delle Sezioni unite raggiunge l'acme. Per la prima volta, a quanto pare, l'interpretazione prescinde dal testo, dai lavori preparatori, dal contesto sistematico e si affida all'ineffabile sfera della sintonia con i segreti pensieri di un Legislatore muto; anzi, di un Legislatore che per la verità ha chiaramente parlato abrogando quella normativa di cui la Corte ha una struggente nostalgia.

È davvero solo un atto di mistica ispirazione che consente di affermare che una norma abrogata è rimasta “intrinseca” al sistema.

Come si vede, il fervore dell’argomentazione prende il sopravvento. Il padre divora i figli: la quarta sezione diviene un covo di cerberi che costringe i medici a difendersi in modo improprio. È un’analisi troppo povera del complesso tema della medicina difensiva perché si debbano spendere parole al riguardo.

9. Forse il cuore della giustificazione offerta dalle Sezioni unite è nell’affermazione che l’articolazione colpa lieve/colpa grave, pur in assenza di evocazione esplicita, è compatibile con l’esegesi letterale e sistematica del comando. Sovviene l’art. 2236 cod. civ. e la relativa giurisprudenza che viene evocata e confermata.

Anche qui non si può fare a meno di esercitare la critica. La giurisprudenza di legittimità ha di recente recuperato il senso di tale disposizione, valorizzandola quale strumento logico per l’analisi della colpa alla luce della più moderne teorie di tale difficile forma d’imputazione soggettiva. La novità, la complessità tecnico-scientifica, le difficoltà dell’organizzazione, l’impellenza del contesto devono essere considerate nel ponderare la rimproverabilità del comportamento e l’esigibilità di un contegno diverso.

Come è stato considerato da diversi commentatori, si tratta di situazioni che, a stretto rigore, sono tendenzialmente incompatibili con quelle disciplinate dalla normativa vigente: l’esistenza di linee guida accreditate e codificate dovrebbe normalmente rendere non difficile il lavoro del sanitario.

A tale riguardo pare possibile affermare, attenendosi ad un criterio di sensatezza, che non è escluso *a priori* che nell’applicazione della novella possano venire in questioni anche i principi elaborati dalla giurisprudenza di cui si parla. Certo è, però, che la teoria della colpa non giustifica l’automatico allentamento dei principi di cui all’art. 43 c.p. nei casi regolati da linee guida.

Si vuol dire, in breve, che quando siano in questione problemi complessi, comunque essi si manifestino, l’eventuale pronunzia liberatoria sarà desunta dai principi costitutivi della teoria della colpa, in qualche caso malgrado le linee guida.

10. La Corte prosegue affermando che l’interpretazione accolta trova supporto nei lavori preparatori e particolarmente nel contributo della Commissione giustizia del Senato che ha manifestato il timore di esclusione della responsabilità anche per “fatti gravi”.

Anche qui lo sconcerto è grande. Dai lavoratori preparatori emerge testualmente un messaggio esattamente contrario.

In commissione giustizia del Senato, nella seduta dell’8 marzo, il relatore Lumia prospettò perplessità “anche di livello costituzionale” a proposito del testo espresso dalla camera “in quanto la formulazione della disposizione determina l’esclusione incondizionata di qualsiasi rilevanza penale per tutti i fatti causati da imperizia che *non integrino un’ipotesi di colpa grave*”. Egli propose un articolato che formulava l’art. 590 *sexies* nella versione divenuta legge.

Tale articolato venne approvato nella successiva seduta del 21 giugno con una motivazione esattamente corrispondente a quella sopra trascritta.

Come si vede la disciplina è stata modificata per ragioni esattamente opposte a quelle indicate dalle Sezioni unite: si voleva evitare che venisse esclusa la rilevanza penale di fatti non gravi, cioè lievi. Per usare il classico lessico della Cassazione potremmo dire che le Sezioni unitesi hanno compiuto un patente travisamento del testo.

La Commissione evidentemente (a torto o a ragione) nutriva dubbi sulla legittimità costituzionale di una normativa che, esonerando da responsabilità la colpa lieve, poteva apparire non sufficientemente protettiva delle istanze di difesa della vittima sulle quali, come si è accennato, nelle sedi sovranazionali sono state espresse plurime censure.

Insomma, la scelta di escludere dalla disciplina nuova qualunque riferimento al grado della colpa non è stata casuale ma deliberata.

Peraltro, la Commissione giustizia aveva apprezzato la giurisprudenza di legittimità nella materia ed aveva trascritto ampi brami della sentenza Cantore che, come è noto, aveva descritto le movenze dell'indagine sulla colpa: la scelta di linee guide pertinenti, la loro osservanza, soprattutto il loro adeguamento alle peculiarità di ciascun caso. In conseguenza, si è ritenuto di ripetere nella nuova disciplina tale schema. Si spiega così l'espressione "risultino adeguate" che allude, appunto, all'esito dell'indagine processuale sul corretto adeguamento. La vera novità è, come si è detto, il riferimento alle linee guida "definite e pubblicate ai sensi di legge" e cioè al parametro legale di valutazione di cui si è parlato prima.

11. Del resto che la scelta di eliminare qualsiasi riferimento al grado della colpa nell'ambito della responsabilità penale (e di quella civile ai sensi dell'art. 7) non sia stata frutto di insipienza o di incerto governo dello strumentario tipico della materia emerge da un dato testuale che pare di dirimente rilievo. L'art. 9 relativo all'azione di rivalsa ed alla responsabilità amministrativa ripete per ben tre volte che l'azione è esercitata solo in caso di colpa grave o dolo. Qui non interessa di occuparsi di quest'ambito. È sufficiente prender nota (ed il dato pare davvero significativo) che il legislatore, quando ha voluto, ha attinto alla categoria della colpa graduata. In conseguenza il silenzio dell'art. 6 al riguardo appare di un'eloquenza che non può essere travolta in alcun modo.

12. Le conclusioni del percorso argomentativo delle Sezioni unite si racchiudono in questa finale affermazione: la "colpa può essere esclusa" ... in ragione della misura del rimprovero quando si sia in presenza di "adempimenti imperfetti".

È di tutta evidenza la stridente contraddizione, dal punto di vista dogmatico, tra l'enunciato iniziale che con forza riteneva l'esistenza di una causa di esclusione della sola punibilità in caso di colpa lieve, rispetto alla conclusione che – invece – parla di esclusione della colpa. La questione non ha solo rilievo teorico, ma ha anche implicazioni di non poco conto in ordine alla formula di proscioglimento: il giudice

rispettoso della pronunzia non saprà bene se emettere una sentenza che escluda la punibilità o l'esistenza dell'elemento soggettivo.

Ma il dato di maggiore rilievo è che l'adesione ad una delle alternative interne alla pronunzia fa cadere l'altra, con esito disarticolante rispetto alla complessiva coerenza ed alla tenuta logica dell'argomentazione.

E non è tutto: le oscillazioni terminologiche e le diverse chiavi argomentative suscitano un dubbio radicale in ordine al volto delle categorie evocate. Si parla di volta in volta di adempimenti imperfetti, di colpa lieve, di colpa grave da accertare.

Si giunge sino ad affermare (pag. 21) che l'esonero da responsabilità riguarda lo scostamento dalle linee guida "marginale e di minima entità", con il che è introdotta disinvoltamente nel grande ginepraio anche la categoria della *culpa levissima*.

Insomma una grande confusione.

Non solo non è chiaro di che tipo di colpa si parla; ma neppure se si tratta di ricercare una colpa lieve che esclude o una colpa grave che fonda la responsabilità.

Un grave *deficit* di tassatività, di razionalità, di coerenza.

Un arduo compito per i giudici di merito e per la stessa Corte di Cassazione!

Ed un cospicuo dubbio finale sulla tenuta costituzionale di un esito interpretativo così creativo, incoerente, incerto, indeterminato.