

MALATTIE INFETTIVE, SALUTE E SVILUPPO: IMPLICAZIONI ECONOMICHE E RISPOSTE GIURIDICHE.

(Atti di convegno, 14 dicembre 2022)

opzioni di politica criminale e rischio di contagio: ancora qualche riflessione in tema di hiv

di Daria Perrone

(Ricercatrice di diritto penale,
Università di Sassari)

Sommario: 1. Il dibattito in tema di rischio di contagio tra approcci punitivi-paternalistici e preventivi-assistenzialistici. – 2. La soluzione accolta nel nostro ordinamento in relazione all'*Human Immunodeficiency Virus* (HIV). – 3. Prospettive *de iure condendo*: punti di forza e criticità di una fattispecie autonoma di esposizione all'HIV nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica.

1. A seguito dell'emergenza sanitaria degli ultimi anni, il tema del rischio di contagio di *virus* potenzialmente pericolosi per la salute è tornato, purtroppo, ad essere drammaticamente attuale nel dibattito di politica criminale¹.

¹ In dottrina, senza pretesa di completezza, v. D. Amato, *Emergenza pandemica e diritto penale: quali spazi applicativi per il reato di epidemia?*, in *RIMedLeg* 2021, 4, 1133 ss.; R. Bartoli, *Il diritto penale al tempo del coronavirus: problematiche e prospettive*, in www.sistemapenale.it 24.4.2020; Id., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, in www.sistemapenale.it 10.7.2020; C. Cupelli, *Il diritto penale alla prova dell'emergenza Covid-19: nuove esigenze di tutela e profili sanzionatori*, in *CP* 2020, 2214 ss.; Id., *Emergenza covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it 30.3.2020; G. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del "principio di realtà"*, in *RIMedLeg* 2020, 2, 983 ss.; A. Della Bella, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino 2023; G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in www.sistemapenale.it 16.3.2020; A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *DPP* 2020, 887 ss.; F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it 26.4.2020; M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *RIDPP* 2020, 2, 503 ss.; E. Perrotta, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, in *RIDPP* 2020, 1, 179 ss.; D. Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco sul carcere*, in *AP* 2020, 1, 4 ss.; V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *AP* 2020, 1, 6 ss.; A. Vitale, *Propagazione virale e responsabilità penale: hiv e sars-cov-2 a confronto*, in *RIMedLeg* 2020, 3, 1355 ss.

Il tema non è certo nuovo. A partire dagli anni Ottanta-Novanta, con la diffusione dell'*Human Immunodeficiency Virus* (HIV), ossia del *virus* che può determinare l'*Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS), cominciò a discutersi in letteratura² delle opzioni di politica criminale in relazione ai comportamenti potenzialmente pericolosi posti in essere dai soggetti sieropositivi. All'epoca, il dibattito fu certamente influenzato dal diffuso allarme sociale suscitato dall'HIV, giacché, quando ancora l'origine virale della malattia era pressoché sconosciuta, l'epidemia aveva già ormai assunto proporzioni estese, soprattutto nel continente africano.

Negli anni Duemila, poi, la diffusione su scala globale di alcuni *virus* altamente contagiosi e pericolosi per la salute dell'uomo - tra cui il *virus* SARS-CoV-1 che causò, tra il 2002 e il 2003, una forma atipica di polmonite, la c.d. SARS (*Severe acute respiratory syndrome*); i *virus* del ceppo H1N1 che, nel 2009, causarono la c.d. influenza suina, nonché i *virus* HAV, HCV e HDV che portarono, soprattutto in Europa, ad epidemie di epatite - ha alimentato l'attenzione della comunità scientifica. Nel 2014, in particolare, a seguito di una nuova ondata del *virus* ebola (EBOV), dopo quella già registrata sul finire degli anni Settanta, il Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) definì, per la prima volta, un'epidemia virale come «una minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale»³ ai sensi dell'art. 39 della Carta dell'ONU.

Ebbene, in relazione alle specifiche opzioni di politica criminale di fronte al rischio di trasmissione e di esposizione all'HIV, nel dibattito moderno, sono emersi a livello sovranazionale - pur con le dovute approssimazioni del caso - due orientamenti: il primo, incentrato su di un approccio punitivo-paternalistico, tendenzialmente a favore della criminalizzazione; il secondo, di tipo preventivo-assistenzialistico, più riluttante al ricorso allo strumento penale.

Facendo essenzialmente leva sulla funzione deterrente del diritto penale, il primo orientamento ha sostenuto la tesi della punibilità di tutte le condotte potenzialmente pericolose per la salute pubblica e individuale, a prescindere dall'effettiva trasmissione

² V., a livello di dibattito internazionale, C. Stanton - H. Quirk (a cura di), *Criminalising Contagion: Legal and Ethical Challenges of Disease Transmission and the Criminal Law*, Cambridge 2018; E. Cameron, *Criminalization of HIV transmission: poor public health policy*, in *HIV/AIDS Policy & Law Review* 14 (2), 2009; L. Gable, *A global assessment of the role of the law in the HIV/AIDS epidemic.*, in *Public Health* 2009; 123 (3), 260 ss.; A. Klein, *Criminal law, public health, and governance of HIV exposure and transmission*, in *The International Journal of Human Rights* 2009, 13(2/3): 251 ss. Per una panoramica delle legislazioni europee: v. UNAIDS, *Criminalisation of HIV transmission in Europe: A rapid scan of the laws and rates of prosecution for HIV transmission within signatory States of the European Convention of Human Rights*, in www.gnpplus.net.

³ Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), Ris. n. 2177/2014.

del *virus*, e anche se poste in essere per colpa, come nell'ipotesi dell'inosservanza delle regole cautelari sanitarie dovuta a superficialità o sconsideratezza. L'idea di base sarebbe quella di punire la condotta pericolosa in sé, anche se in concreto vi è un rischio basso o addirittura nullo di contagio. Chi aderisce ad una simile prospettiva ritiene, quindi, rilevante anche il compimento di atti che raramente portano alla trasmissione dell'HIV (come la condotta dello sputare, mordere o graffiare). A titolo esemplificativo di un simile approccio, è possibile pensare alla disciplina degli Stati appartenenti all'area Est-europea che, proprio in tema di contagio da HIV, hanno scelto di adottare un'apposita normativa *ad hoc*. In Slovacchia⁴, il reato-base è quello dell'esposizione all'HIV e il fatto è punito sia a titolo di dolo che di colpa con pene particolarmente severe, a prescindere dall'effettiva trasmissione, come reato contro l'incolumità individuale.

Coloro che sono più scettici rispetto alla criminalizzazione ritengono, invece, che il bene giuridico della salute sia più efficacemente tutelato attraverso strumenti preventivi, giacché «*public health interests are best served by encouraging those at risk to come forward to be tested, counseled, and otherwise helped in this very difficult time*»⁵. Una politica prevenzionistica offrirebbe i vantaggi della flessibilità e dell'individualizzazione del trattamento, attraverso la predisposizione di piani

⁴ Ad opera della l. 20.5.2005 n. 300, è stata prevista una disciplina *ad hoc* in tema di esposizione da HIV (*Ohrozovanie vírusom ľudskej imunodeficiencie*), inserita nel codice penale nell'ambito del Titolo III relativo ai crimini contro la vita e la salute (*Trestné činy ohrozujúce život alebo zdravie*) ed incentrata su due disposizioni: gli artt. 165 e 166 Cp. V. la scheda normativa in inglese in www.hivjustice.net/country/sk. Prima della riforma, la punibilità era assicurata dal previgente art. 226 Cp. L'art. 165 Cp prevede ora la punibilità dell'esposizione da HIV intenzionale, mentre l'art. 166 Cp di quella colposa. La prima previsione riguarda, dunque, unicamente le condotte dolose e prevede che chiunque esponga intenzionalmente un'altra persona al pericolo di infezione da HIV sia sottoposto alla pena della reclusione da tre a dieci anni. L'autore del reato è punito con una pena da sette a dodici anni di reclusione, nei casi in cui commetta intenzionalmente il fatto in modo grave («*závažnejším spôsobom konania*»). La pena è aumentata (reclusione da dieci a quindici anni), se dal fatto derivano gravi lesioni personali o la morte della persona contagiata. L'art. 166 Cp riguarda, invece, le condotte colpose e prescrive che chiunque per negligenza esponga un'altra persona al pericolo di infezione da HIV debba essere sottoposto alla pena da uno a cinque anni di reclusione. L'autore del reato è sanzionato con la reclusione da tre a otto anni se il fatto è commesso in modo grave. La pena è aumentata (reclusione da quattro a dieci anni), se dal fatto derivano gravi lesioni personali o la morte della persona contagiata. Infine, l'esposizione, anche colposa, di altre infezioni a trasmissione sessuale è punita ai sensi dell'art. 167 Cp (minaccia di una malattia venerea): la fattispecie è sempre strutturata come reato di pericolo, che prescinde dall'effettiva trasmissione. Per una disamina dell'applicazione pratica di tali fattispecie v. il rapporto dell'aprile 2023, *Criminalizzazione dell'HIV nell'UE*, stilato dall'AIDS Action Europe e disponibile in lingua inglese in www.aidsactioneurope.org/en/publication/hiv-criminalisation-eu. Per approfondimenti, invece, sotto il profilo di diritto comparato sia consentito rinviare a D. Perrone, *L'esposizione da HIV come reato di pericolo tra profili comparatistici e prospettive de iure condendo*, in CP 2020, 3, 1350 ss.

⁵ G. Schultz, *AIDS: public health and the criminal law*, in *St Louis University Public Law Review* 1998, 7, 65 ss.

terapeutici, controlli preventivi periodici, indicazioni precauzionali obbligatorie, fino alla previsione di forme anticipate di neutralizzazione del rischio, come nel caso del ricovero coatto in ospedale. Coloro che aderiscono a simile approccio⁶ sostengono che la sanzione penale non dovrebbe essere applicata in relazione a quelle condotte colpose (incaute e superficiali) che, ancorché poste in essere da soggetti sieropositivi, comportano un rischio basso o nullo di contagio. In assenza di un pericolo concreto, la condotta meramente imprudente da parte del soggetto sieropositivo non dovrebbe essere punibile. Si pensi, ad esempio, alla normativa svedese, che si caratterizza per l'adozione di una politica di lotta contro l'HIV fortemente incentrata su misure assistenzialistico-cautelari. Il *Communicable Diseases Act* del 2004 impone a «colui che sa di essere portatore di una pericolosa malattia per la salute pubblica di fornire informazioni alle altre persone con cui entrerà in contatto» sui rischi di trasmissione (cap. 2, sez. 2)⁷. In sostanza, la normativa pone a carico del soggetto sieropositivo tutta

⁶ Fra i sostenitori c'è l'UNAIDS, ossia il Programma per la prevenzione dell'HIV istituito nel 1996 dal Consiglio economico sociale delle Nazioni Unite nel 1996, secondo cui la politica internazionale in tema di lotta contro l'HIV dovrebbe essere informata al rispetto dei principi di responsabilità individuale del singolo, di solidarietà e di divieto di stigmatizzazione sociale del soggetto sieropositivo. Ne discende che il ricorso allo strumento penalistico dovrebbe essere ispirato alla logica dell'*extrema ratio* e limitato ai casi in cui gli altri strumenti prevenzionistici si siano rivelati inefficaci, altrimenti «*any attempt to press the criminal law into service for the purpose of furthering the public health goal of reducing the spread of the AIDS virus will be expensive, ineffective, and counterproductive*»: così G. Schultz, *AIDS: public health and the criminal law*, cit. Il progetto politico del Programma si propone, quindi, di limitare il ricorso alla legge penale ai soli casi di trasmissione intenzionale, ossia a quelle ipotesi in cui l'agente, consapevole di essere sieropositivo ed informato sui metodi di trasmissione, effettivamente trasmetta il virus. V., nello stesso senso, anche il Report del Segretario generale della 63^a Assemblea generale su HIV/AIDS, New York 16.6.2009, in www.unaids.org, secondo cui «*the criminalization of HIV transmission should be limited to intentional transmission*». Se ne desume *ex adverso* – nel disegno dell'UNAIDS – l'irrilevanza penale della condotta di colui che, consapevole della propria sieropositività, ha trasmesso il virus involontariamente, ad es., per ignoranza sui metodi di trasmissione (c.d. trasmissione colposa). In un'ottica liberale, si ritiene altresì preferibile escludere lo strumento penalistico nel caso di c.d. *disclosure*, ossia nelle ipotesi in cui la persona abbia rivelato la propria sieropositività al *partner* e, ciò nonostante, quest'ultimo abbia deciso di intrattenere rapporti sessuali "rischiosi", attraverso la manifestazione -anche per fatti concludenti- di un consenso valido ed informato. Infine, le sanzioni penali non dovrebbero essere applicabili ai soggetti che, consapevoli dei rischi della trasmissione, si siano sottoposti regolarmente al trattamento antiretrovirale e in relazione ai quali, dunque, non sussista più il pericolo di trasmissione del virus, né a coloro che abbiano adottato le opportune precauzioni per evitare il contagio (in ottemperanza alle regole del c.d. *safe sex*). Infatti, l'applicazione di sanzioni penali avrebbe l'effetto di scoraggiare i predetti soggetti dall'adozione delle pratiche prevenzionistiche (dato che sarebbero ugualmente perseguibili in sede penale).

⁷ Prima dell'entrata in vigore del *Communicable Diseases Act*, l'*Infectious Diseases Act* del 1988 distingueva le malattie infettive a seconda che fossero o meno pericolose per la società (l'HIV rientrava nelle malattie pericolose). Attualmente, il *Communicable Diseases Act* ordina le malattie in tre diverse categorie, distinguendo a seconda che si tratti di malattie contagiose, malattie pericolose per la salute pubblica oppure malattie pericolose per la società. Le malattie contagiose sono malattie che possono essere trasmesse da individuo a individuo e che rappresentano una minaccia solo per la salute dell'individuo che le contrae. Le malattie pericolose per la salute pubblica, invece, (tra cui è inserito anche l'HIV) sono malattie contagiose che possono

una serie di controlli periodici e di obblighi, tra cui quello di rivelare la propria sieropositività al *partner* prima del compimento di atti sessuali. Strutturata secondo una logica cautelare-assistenzialistica, la legge di per sè non prevede sanzioni penali. Viene, tuttavia, punita - in base alle disposizioni del codice penale - la condotta di «colui che per grave negligenza espone un altro a pericolo mortale o pericolo di gravi lesioni personali o gravi malattie» (cap. 3, sez. 9)⁸. La mera esposizione, dunque, è punibile, ma è necessario che ci sia stata almeno una “grave negligenza” da parte dell'autore.

In una prospettiva simile, in Francia⁹, il reato di «somministrazione di sostanze

essere «pericolose per la vita dell'individuo, provocare malattie continue o sofferenze o causare altre gravi conseguenze laddove esiste la possibilità di prevenire la diffusione della malattia attraverso misure mirate all'individuo infetto» (*Smittskyddslagen [Communicable Diseases Act]*, Svensk Författningssamling [SFS] 2004:168, ch. 1:3, 2). Le malattie pericolose per la società (ad es. SARS o ebola) sono malattie pericolose per la salute pubblica, che possono diffondersi nella società in modo tale da creare un grave danno o un rischio imminente di grave danno.

⁸ In merito all'applicazione di tale fattispecie, in particolare sotto il profilo della rilevanza penale nel caso di rischio medio-basso di trasmissione - la giurisprudenza non è unanime. Ad esempio nel caso deciso dalla Corte Suprema, *Christian*, 2004, 176, in www.gnpplus.net, la Corte suprema ha ritenuto che l'esposizione al *virus* da parte di un soggetto portatore di una carica virale talmente bassa da non essere rilevabile (UVL), grazie alla terapia antiretrovirale, non integrasse il reato di lesioni, bensì quello di esposizione al pericolo di cui alla sez. 9. Nel caso specifico, un uomo affetto da HIV, pur avendo avuto rapporti sessuali con dieci uomini, senza l'uso del profilattico e senza rivelare la propria sieropositività, non aveva trasmesso il *virus*. Mentre nel giudizio di merito, l'uomo fu condannato per tentate lesioni gravi ed esposizione a pericolo, nel giudizio di ultima istanza è stata confermata soltanto la condanna per l'esposizione a pericolo. Infatti, la Corte Suprema ha ritenuto che il rischio di trasmissione dell'HIV fosse molto ridotto per cui il semplice fatto di avere rapporti sessuali con un elevato numero di *partner* non era riconducibile al tentativo di lesione aggravata. In un caso successivo, nel 2013, la Corte di appello di Skåne-Blekinge si è discostata dal precedente, escludendo la configurabilità anche del reato di esposizione al pericolo, ritenendo che non vi fosse alcun pericolo concreto di trasmissione nel caso di UVL. (per approfondimenti v. www.hivjustice.net/country/se).

⁹ In Francia, la punibilità della trasmissione e/o esposizione da HIV è prevista dagli artt. 221-5, 222-15, 223-1 Cp, nell'ambito dei crimini e dei delitti contro la persona (Libro II): v. il testo normativo, in lingua francese, in www.legifrance.gouv.fr. Innanzitutto, integra il reato di lesioni personali dolose di cui all'art. 223-1 Cp «l'esposizione diretta di qualcuno ad un rischio immediato di morte o lesioni di natura tale da provocare mutilazioni o invalidità permanente in violazione manifestamente intenzionale di un particolare obbligo di sicurezza imposto dalla legge o da un regolamento» (pena di un anno di reclusione e multa di 15.000 Euro). In base all'art. 221-5 Cp, risponde di “avvelenamento” (*Empoisonnement*), chiunque «attenti alla vita di altri con l'uso o la somministrazione di sostanze che possono provocare la morte»: la pena è di trenta anni di reclusione; la fattispecie è stata applicata raramente, in quanto, essendo inserita nell'ambito «*des atteintes volontaires à la vie*», richiede l'intenzione di uccidere. Risponde, invece, del reato di “somministrazione di sostanze pericolose” (*administration de substances nuisibles*), ex art. 222-15 Cp, colui che somministri «sostanze nocive che hanno compromesso l'integrità fisica o psicologica di altri»; sotto il profilo soggettivo, si richiede non già la volontà di uccidere, bensì la volontà di attentare all'integrità della persona; tale reato può concorrere con il reato di lesioni personali. Si tratta di un reato di evento: ai fini della consumazione è necessario che si verifichi l'evento-trasmissione e, nel caso di HIV (cioè di un *virus* che la giurisprudenza ritiene cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica) è previsto un aumento di pena (art. 222-9 Cp: dieci anni di reclusione e 150.000

pericolose» («*administration de substances nuisibles*») ex art. 222-15 Cp prevede la punibilità solo se il fatto è commesso intenzionalmente, precisamente con l'intenzione di arrecare un pregiudizio alla salute degli altri. In un'interessante sentenza del 5.3.2019¹⁰, definita "storica" e pronunciata in relazione ad un caso di atti sessuali non protetti da parte di una persona con carica virale non rilevabile, la *Cour de cassation* ha escluso la punibilità a titolo di tentativo della condotta meramente espositiva, in mancanza della prova di un pericolo concreto per il bene giuridico tutelato.

Parimenti, in Svizzera, in un caso relativo alla condotta di un uomo, sieropositivo, con una carica virale non rilevabile, la Corte di Ginevra¹¹ ha escluso la punibilità del tentativo di lesioni personali gravi e di tentata diffusione di malattia umana, in considerazione dell'assenza del rischio concreto di trasmissione. Da tale pronuncia, si evince come la giurisprudenza svizzera consideri il reato di cui all'art. 231 Cp («Propagazione di malattie dell'essere umano»)¹², collocato nell'ambito dei crimini e dei delitti contro la salute pubblica, come illecito di pericolo concreto, essendo necessario provare l'esistenza di un rischio concreto di trasmissione del *virus*.

Anche la Corte europea sembrerebbe orientata verso un approccio preventivo-assistenzialistico: finora la Corte ha affrontato il tema del rischio di contagio sotto il profilo dei diritti individuali del soggetto sieropositivo. In assenza di uno specifico obbligo giuridico di criminalizzazione, il ricorso allo strumento penalistico e, in

Euro di ammenda); nel caso di morte della vittima, si applica l'art. 222-7 Cp che prevede la pena di quindici anni di reclusione.

¹⁰ Cass. 5.3.2019 n.18-82.704, disponibile in francese in www.hivjusticeworldwide.org.

¹¹ Corte di giustizia Ginevra 23.9.2009, S. v. *Procureur Général*, con commento in www.aidsmap.com. Il caso di specie riguardava un uomo sieropositivo, ma con una carica virale talmente bassa da non essere rilevabile, che aveva avuto rapporti sessuali non protetti, dopo aver ricevuto rassicurazioni – da parte di alcuni medici – di non essere a rischio di trasmissione, senza comunicare alle partner il proprio stato di sieropositività. A seguito di tali rapporti, in effetti, le donne non risultavano contagiate. In primo grado, l'imputato era stato giudicato colpevole in relazione ad entrambi i capi di imputazione, sia per il tentativo di lesioni personali che per il tentativo di propagazione di malattie dell'essere umano.

¹² L'art. 231 Cp («Propagazione di malattie dell'essere umano») prevede la punibilità, anche d'ufficio, di chiunque «con animo abietto propaga una malattia dell'essere umano pericolosa e trasmissibile». V. la scheda normativa disponibile, in lingua inglese, in www.hivjustice.net/country/ch. Il testo dell'art. 231 Cp è reperibile, invece, anche in lingua italiana, in www.admin.ch. La disposizione non è stata dettata specificamente in relazione all'HIV, ma al fine di combattere la propagazione di sifilide che si era registrata alla fine degli anni Quaranta. Dopo un lungo periodo di "quiescenza", la disposizione è stata "riscoperta" nel 1989, quando è stata per la prima volta applicata ad un caso di contagio da HIV. La norma è strutturata come reato di evento: nel caso di mera esposizione, si risponde a titolo di tentativo. Nel marzo 2012, ad opera dell'art. 86, l. 28.9.2012 n. 1, disponibile in www.admin.ch, è stata abrogata la corrispondente fattispecie colposa, che prevedeva una pena detentiva alternativa a quella pecuniaria, per il fatto commesso per negligenza.

generale, alle sanzioni limitative della libertà personale, è stato ritenuto ammissibile solo come *extrema ratio*, allorquando misure meno afflittive si siano rivelate inefficaci, e solo se in misura proporzionata al rischio. La Corte si è orientata nel senso di valutare la legittimità della normativa nazionale, bilanciando i diritti del soggetto sieropositivo e il bene giuridico dell'incolumità pubblica ed individuale. In tale ottica, negli emblematici casi *Enhorn*¹³ e *Kiyutin*¹⁴, sono state ritenute illegittime le presunzioni di pericolosità basate solo sul fatto che l'agente sia infetto, senza accertamenti che dimostrino la pericolosità concreta della sua condotta.

2. In linea con l'approccio preventivo-assistenzialistico, anche nel nostro ordinamento, non è prevista una disciplina penale *ad hoc* in ordine alla criminalizzazione della condotta di esposizione all'HIV¹⁵.

In via interpretativa, la giurisprudenza ha fatto ricorso alle previsioni incriminatrici di cui agli artt. 582 ss., nell'ambito dei delitti contro l'incolumità individuale, attribuendo, ad esempio, rilevanza penale all'esposizione come tentativo di

¹³ Corte EDU, sez. II, *Enhorn v Sweden*, app. n. 56529/00, 25.1.2005, in www.globalhealthrights.org, relativo al ricovero obbligatorio in ospedale - per un totale di quasi sette anni - basato sul rischio di trasmissione del virus di un soggetto sieropositivo che si era rifiutato di adempiere alle prescrizioni cautelari imposte dall'autorità sanitaria svedese. Presentato ricorso alla Corte EDU, il soggetto aveva lamentato la violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza ai sensi dell'art. 5 CEDU. Di contro, il governo aveva sostenuto la legittimità della misura ai sensi della Convenzione, che consente la limitazione della libertà «allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge» (art. 5, lett. b, CEDU) ovvero se si tratta «di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa» (art. 5, lett. e, CEDU). Pur riconoscendo l'ammissibilità di forme limitative della libertà personale, al fine di prevenire la diffusione della malattia, nel caso di specie la Corte europea ha ritenuto tali misure non conformi al principio di proporzionalità, non avendo il Governo considerato la possibilità di adottare misure alternative meno afflittive per il ricorrente, ma parimenti efficaci per l'incolumità pubblica.

¹⁴ Corte EDU, sez. I, *Kiyutin v. Russia*, app. n. 2700/2010, 10.3.2011, in www.hudoc.echr.coe.int, la Corte EDU ha ritenuto che ci fosse stata una violazione dei diritti umani, a seguito del rifiuto delle autorità russe di concedere ad un cittadino uzbeko sieropositivo il permesso di soggiorno. Pur riconoscendo che il rifiuto del permesso aveva perseguito l'obiettivo legittimo di proteggere preventivamente la salute pubblica, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto del privato e vita familiare) CEDU, escludendo la legittimità di misure restrittive della libertà personale di persone in quanto sieropositive, in assenza di un accertamento sulla pericolosità concreta del soggetto.

¹⁵ Nel nostro ordinamento, era originariamente prevista una fattispecie relativa al «contagio di sifilide e di blenorragia» (ex art. 554 Cp). L'art. 554 Cp prevedeva che «chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, è punito, se il contagio avviene, con la reclusione da uno a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi, essendo affetto da blenorragia e occultando tale suo stato, compie su taluno gli atti preveduti dalla disposizione precedente, se il contagio avviene e da esso deriva una lesione personale gravissima. In ambedue i casi il colpevole è punito a querela della persona offesa. Se il colpevole ha agito a fine di cagionare il contagio, si applicano le disposizioni degli articoli 583, 584 e 585». La fattispecie era inserita nell'ambito dei delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe (Titolo X) ed era strutturata come reato di evento. La fattispecie, tuttavia, è stata abrogata ad opera della l. 22.5.1978 n. 194, prima che esplodesse - nel corso degli anni Novanta - l'emergenza sanitaria in relazione all'HIV.

trasmissione¹⁶, oppure, nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica, al reato di epidemia ex art. 438 Cp, per lo più invero applicato con riferimento a episodi di salmonellosi¹⁷ e solo in un caso di HIV¹⁸.

Per quanto riguarda la prima soluzione interpretativa, l'inquadramento del fenomeno dell'esposizione all'HIV nell'ambito dei delitti contro l'incolumità individuale, nella specie come tentativo di omicidio o di lesioni personali, ha dato adito - com'è noto - a molteplici dubbi¹⁹, sia sotto il profilo dell'elemento psicologico (nei

¹⁶ Così, ad esempio, la giurisprudenza, in una pronuncia del 2000 ha configurato un'ipotesi di tentativo di omicidio, assumendo come evento rilevante la morte: v. Cass. 3.5.2000 n. 9541, in *DPP* 2001, 1397 ss. Nel caso di specie, l'imputato aveva sputato contro gli agenti di polizia sangue infetto, fuoriuscito dalle ferite che lo stesso si era procurato al momento della perquisizione. Condannato nei primi due gradi di giudizio, la Cassazione ha addirittura (per la prima volta) ritenuto che la condotta dell'imputato era da qualificarsi come tentato omicidio volontario e non come tentate lesioni. In questo senso, la Corte ha ritenuto che «in tema di tentato omicidio, l'idoneità degli atti deve essere considerata sotto il profilo potenziale, dal punto di vista dell'attitudine causale a conseguire il risultato prestabilito, indipendentemente da ogni evento che in concreto abbia impedito la realizzazione dell'evento». In un'altra occasione, invece, la giurisprudenza ha qualificato la condotta di esposizione come tentativo di lesioni gravissime, considerando come evento rilevante l'infezione: v. Trib. Roma 13.11.1992, Cesario, in *CP* 1993, 1567 ss. Il caso riguardava la condotta di due soggetti tossicodipendenti sieropositivi che conficcavano nella mano della vittima l'ago di una siringa appena usata per il consumo di una sostanza stupefacente. In caso di effettiva trasmissione, invece, la giurisprudenza ritiene generalmente integrato il reato di lesione personale gravissima, in quanto la trasmissione del *virus* determina una malattia insanabile: così, v. Cass. 29.9.2010 n. 43763, in *CP* 2011, 3462 ss.

¹⁷ V. Trib. Bolzano, 20.6.1978, in *GM* 1979, 954; Trib. Bolzano, 13.3.1979, in *GM* 1979, 946 ss., relativamente ad un caso di diffusione della salmonellosi tra gli ospiti di due strutture alberghiere: in questa vicenda i giudici hanno escluso la sussistenza del fatto «poiché le persone riscontrate affette da salmonellosi appartenevano tutte a due ristrettissime comunità costituite dai clienti e dal personale di due pensioni di montagna, e quindi da qualche decina di turisti, onde non può certo parlarsi né di "regione" né di "popolazione", e mancò ogni propagazione al di fuori di quel ristretto ambiente»; Trib. Savona, 6.2.2008, in *RP* 2008, 67, relativamente alla diffusione di salmonella tra alcuni fruitori di una mensa.

¹⁸ V., in tal senso, G.u.p. Roma, 14.11.2016, in *DPenCont* 2017, 3, 37 ss., relativo ad un caso in cui il *virus* era stato trasmesso a trenta persone, ed altre ventitré esposte al contagio. In commento, v. F. Lazzeri, *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*, in www.sistemapenale.it 19.12.2019; F. Manfredi, *Può un uomo cagionare un'epidemia da virus HIV*, in www.penalecontemporaneo.it 7.3.2017; S. Raffaele, *Il delitto di epidemia tramite contagio: un'analisi critica della giurisprudenza*, in www.discrimen.it 18.12.2020, 13 ss.

¹⁹ In dottrina, per uno sguardo sulla complessità delle questioni, v. S. Canestrari, *La rilevanza del rapporto sessuale non protetto dell'infetto da HIV nell'orientamento del BGH*, in *FI* 1991, IV, 148 ss.; S. Corbetta, *Contagio da AIDS tramite rapporto sessuale non protetto: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *DPP* 2001, 11, 1236 ss.; F. G. Capitani, *Scegliere di non curarsi (e di morire) non salva l'untore HIV omicida*, in *D&G* 2022, 73 ss.; L. Cornacchia, *Profili di responsabilità per contagio da virus HIV*, in S. Canestrari (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale* 2016, Bologna, 561 ss.; G. Fiandaca, *Omissione di misure anti-AIDS e contagio in un reparto ospedaliero*, in *FI* 1990, II, 59 ss.; G. Forte, *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi*, in *FI* 2001, II, 290 ss.; B. Magliona, *Contagio da HIV/AIDS per via sessuale e intervento penale: alcuni spunti di riflessione medico legale*, in *DPP* 2000, 1525 ss.; L. Masera, *Contagio da AIDS e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *DPP* 2008, 1174 ss.; G. Masotti - B. Magliona - D. Rastelli, *Infezione da HIV/AIDS per via sessuale e responsabilità penale. Aspetti medico legali*, in *RIMedLeg* 2003, 507 ss.; E. Nicosia, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*, in

termini dell'annosa alternativa tra dolo eventuale e colpa cosciente) sia dell'accertamento causale.

Per quel che concerne l'elemento psicologico, infatti, la giurisprudenza generalmente si è mostrata incline a ritenere integrato il dolo eventuale allorché l'agente abbia accettato il rischio della trasmissione del *virus* quale «possibile prezzo di un risultato desiderato»²⁰, dimostrando un atteggiamento di disprezzo verso il bene tutelato (la salute o la vita della persona contagiata) o, quantomeno, di indifferenza verso lo stesso. In altre parole, il dolo eventuale ricorrerebbe tutte le volte in cui l'agente, oltre ad essersi rappresentato l'evento come concretamente possibile, abbia anche deciso di accettarne la verifica. Tale lettura "minimalista" rispetto alle più recenti acquisizioni in tema di dolo eventuale è stata proposta - forse anche per l'effetto di un *outcome bias*²¹ - soprattutto nei casi di effettiva trasmissione in cui, a seguito del

RIDPP 2001, 1, 299 ss.; K. Summerer, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'AIDS-carrier*, in RIDPP 2001, 303 ss.

²⁰ Cass. 15.12.2021 n.14560, in *www.dejure.it*, secondo cui «risponde del delitto di omicidio doloso per contagio da HIV il soggetto che, consapevole di essere sieropositivo e informato della concreta possibilità di trasmissione del virus mediante rapporti sessuali non protetti, con probabile esito letale dell'infezione, non abbia avvisato la compagna della propria condizione, intrattenendo con la stessa tali rapporti e, dopo la scoperta della trasmissione dell'infezione, l'abbia convinta a non sottoporsi a terapia antiretrovirale in ragione di tesi negazioniste, così favorendo l'insorgenza di un linfoma non Hodgkin B, patologia "AIDS definente", inizialmente non trattata con la prescritta chemioterapia, che ne cagionava la morte». Le teorie che valorizzano il profilo cognitivo-rappresentativo del dolo eventuale presuppongono che l'agente si sia raffigurato l'evento, esito della condotta, e che abbia previsto il contagio o la morte del *partner* come una concreta possibilità del suo comportamento. Si è talvolta fatto, altresì, riferimento in questo ambito - che può coinvolgere relazioni personali affettive - a una visione emotivo-volitiva del dolo eventuale, allorché si è cercato di valorizzare gli intimi voleri dell'agente. Da quest'ultima prospettiva, si è sostenuto che il contagio e la morte del *partner* affettivo significherebbe il radicale annullamento del reale obiettivo perseguito dall'agente, ossia la prosecuzione del legame affettivo. In questo senso, v. Cass. 14.6.2001 n. 30425, in CP 2002, 3096 ss., secondo cui «la condotta del soggetto che, pur consapevole di essere affetto da AIDS, abbia contagiato il coniuge intrattenendo rapporti sessuali senza alcuna precauzione e senza informarlo dei rischi cui poteva andare incontro, sino a determinarne la morte, integra il reato di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento e non quello di omicidio volontario». V. anche Cass. 17.9.2008 n. 44712, in GD 2008 (50), 113 ss., con *ivi* nota di G. Amato, *Va indagato l'"animus" dell'agente senza prescindere dal contesto culturale*. In dottrina, non è mancato chi ha proposto di fare riferimento anche alla personalità dell'agente: fra gli altri, v. E. Nicosia, *Contagio di AIDS tra marito e moglie e omicidio doloso*, *cit.*, 348; K. Summerer, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'AIDS-carrier*, *cit.*, 303. Altri Autori, ancora, hanno parlato di "prezzo di azione", come parametro per ritenere sussistente il dolo eventuale in tutti quei casi in cui si accerti che l'agente non ha adottato alcuna misura cautelare per evitare il contagio: così, v. S. Prosdocimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura della fattispecie*, Milano 1988, 32.

²¹ L'*outcome bias* è una distorsione tipica del giudizio retrospettivo, per alcuni versi simile all'*hindsight bias* o senno di poi, e consiste nella tendenza dell'uomo a lasciarsi influenzare, nel formulare un giudizio sulla prevedibilità di un evento, dalla natura fausta o infausta di quest'ultimo. Tale *bias* distorcerebbe il giudizio, inducendo a ritenere maggiormente rimproverabile l'agente, a seconda dell'esito della condotta: in caso di evento infausto, come nel caso di specie la morte della persona contagiata, il giudice sarebbe incline a riconoscere

contagio, si sia verificato l'evento più grave, ossia la morte del *partner*, preferendo la giurisprudenza negli altri casi ricorrere all'imputazione colposa, ancorché con previsione.

Sotto l'aspetto dell'accertamento causale, invece, anche avvalendosi della combinazione di prove scientifiche (c.d. evidenza virologica) e della documentazione medica, si è rivelato spesso difficile determinare, oltre alla direzione dell'evento (chi ha infettato chi), il preciso momento della trasmissione. Del resto, i sintomi del contagio appaiono solo diverse settimane dopo il momento della trasmissione e si possono presentare anche in forma assai lieve e aspecifica. Ed ancora, basti pensare alla *probatio diabolica* dell'esclusione di decorsi alternativi: emblematiche, in tal senso, le intricate vicende giudiziarie - concluse sul versante penale con l'assoluzione degli imputati - scaturite a seguito del drammatico contagio di *virus* HIV, HBV e HCV provocato nella prima metà degli anni Ottanta dalla commercializzazione di emoderivati infetti.

Un cenno a parte merita, poi, il problema della demarcazione della rilevanza delle concause: a prima vista, la responsabilità da contagio parrebbe terreno d'elezione per l'applicabilità della regola di cui all'art. 41 co. 2 Cp in tutti quei casi in cui il *virus* venga trasmesso "a catena" tra più soggetti: si potrebbe sostenere, infatti, che le concause sopravvenute sarebbero idonee a recidere il nesso causale tra l'evento finale del contagio e la concausa originaria, ossia la condotta del primo "untore". Il problema della rilevanza escludente delle cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento potrebbe essere, in verità, apparente. Nel caso di contagi plurimi in successione, infatti, l'ultima condotta - lungi dall'attivare un decorso causale nuovo o eccezionale - si limiterebbe a propagare ulteriormente il medesimo fattore eziologico naturalistico - l'agente patogeno - già diffuso con il primo contagio. In altre parole, il primo contagio opererebbe come fattore eziologico direttamente ricollegabile alla produzione dell'evento finale²².

La situazione non sembra migliorare con l'inquadramento nell'ambito dei delitti

un comportamento gravemente negligente, se non addirittura doloso. Si tratta di un errore percettivo, assai frequente nella prassi. La fallacia dipende dal fatto di far dipendere la valutazione della condotta dal risultato da essa prodotta: la gravità del fatto determina un "bisogno di pena" motivato dal soddisfacimento delle istanze di sicurezza sociale e di appagamento di un distopico senso di giustizia riparativa. Per approfondimenti, sia consentito rinviare a D. Perrone, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi. Limiti e possibilità del ricorso alla "giustizia digitale integrata" in sede di accertamento della colpa*, Torino 2021, 56 ss.

²² In questo senso, v. più approfonditamente A. Vallini, *La responsabilità penale da contagio*, in *RIMedLeg* 2020, 3, 1343 ss.

contro l'incolumità pubblica - nella specie il delitto di epidemia - adottato talvolta dalla giurisprudenza. Aderendo a simile impostazione, i nodi problematici sembrerebbero almeno tre.

In primo luogo, l'epidemia, anche nella sua corrispondente versione colposa ex art. 452 Cp, implica la «diffusione di germi patogeni»²³ in un numero elevato di persone tale da destare un notevole allarme sociale, oltre al pericolo di contagio per un numero indeterminato e notevole di persone, elemento quest'ultimo che rappresenta la «proiezione teleologica»²⁴ della fattispecie. L'elemento della contagiosità è, infatti, essenziale: come chiarito anche dalla Cassazione, l'epidemia implica la diffusione di «una malattia contagiosa che, per la sua spiccata diffusività, si presenta in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione»²⁵.

Ebbene, rispetto a tali forme di trasmissione, sono evidenti le difficoltà applicative della fattispecie di epidemia alle malattie sessualmente trasmissibili come l'HIV che, a differenza delle malattie a trasmissione virale, vengono trasmesse di regola da persona a persona attraverso un contatto, prevalentemente di tipo sessuale, che difficilmente può occasionare un livello di diffusività così elevato. Come è stato efficacemente osservato, nel caso del contagio di un *virus* da persona a persona, ciò che viene a mancare è «proprio il carattere sincronico ed allo stesso tempo necessariamente

²³ V. artt. 438 e 452 Cp. Per quanto riguarda il concetto di “diffusione di germi patogeni”, un aspetto delicato e controverso riguarda la possibilità di ritenere integrata la condotta anche attraverso un comportamento omissivo. La giurisprudenza maggioritaria sembra ritenere che non sia configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l'art. 438 c.p., con la locuzione “mediante la diffusione di germi patogeni”, richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto di cui al secondo comma dell'art. 40 c.p., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera: Cass. 4.3.2021 n. 20416, in *RIMedLeg* 2021, 4, 1133 ss. Nello stesso senso, v. anche Cass. 26.1.2011 n. 2597, in *RP* 2011, 518. *Contra*, Cass. 26.11.2019 n. 48014, in *www.dejure.it*.

²⁴ A. Gargani, *Emergenza “covid-19” e “rischio penale”: osservazioni sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa*, in *www.laegislazionepenale.eu* 11.7.2023, 5; nonché *amplius* Id., *Il danno qualificato dal pericolo, Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino 2005, 160 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 26.11.2019 n. 48014, in *www.dejure.it*, secondo cui «in tema di epidemia, l'evento tipico del reato consiste in una malattia contagiosa che, per la sua spiccata diffusività, si presenta in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione».

²⁵ Cass. 30.10.2019 n. 48014, in *www.sistemapenale.it* 19.12.2019, con *ivi* nota di F. Lazzeri, *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*.

“massivo” della dimensione fenomenica propria della condotta – di diffusione»²⁶ richiesto dall'epidemia.

Inoltre, la condotta di esposizione è punibile solo a titolo di tentativo di epidemia, non essendosi ancora verificato l'evento (ossia la trasmissione del *virus*): occorre, quindi, accertare in capo all'agente quanto meno il dolo diretto di diffondere il *virus*, con esclusione della punibilità di tutte quelle condotte espositive poste in essere con colpa o a titolo di dolo eventuale. Eppure, come abbiamo già visto in relazione ai delitti contro l'incolumità individuale, la giurisprudenza tende ad escludere il dolo nei casi in cui non si sia verificato l'evento-morte, risultando assai più probabile - soprattutto nei casi di mera esposizione - che l'agente abbia trasgredito alle regole cautelari per colpa, semplicemente per negligenza o superficialità, senza avere la volontà di trasmettere ad altri il *virus* e senza rendersi pienamente conto delle implicazioni della sua condotta.

Infine, permane il problema dell'accertamento del nesso causale. Anche nell'epidemia, come nei delitti contro l'incolumità individuale prima considerati (omicidio e lesioni personali), occorre pur sempre dimostrare, secondo la logica della causalità individuale, l'idoneità eziologica degli atti posti in essere dall'agente. Infatti, la struttura del delitto, sulla falsariga dei delitti di disastro, è quella di un delitto di evento qualificato dal pericolo per la salute pubblica²⁷. Nello specifico, occorre accertare che la condotta possa causare una diffusione incontrollata della malattia: non è sufficiente accertare che la condotta determini il pericolo di diffusione del *virus* in un circoscritto numero di individui, non esauendo ancora una simile condotta quell'offesa alla salute pubblica richiesta dalla norma incriminatrice²⁸. Ebbene, al

²⁶ Così, anche se in relazione alla diffusione del *virus* Covid-19, v. G. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche*, cit., 983 ss., il quale conclude - in applicazione di un principio di realtà e volendo rifiutare tesi ai confini del “fanta-diritto”, per la «difficoltà di configurare gli estremi di una fattispecie – quale l'epidemia – che, nei contenuti (e nel corrispondente livello delle sanzioni), sembra eccedere la sfera delle capacità operative da parte di un soggetto che, per sua disgrazia, risulti portatore del virus Covid-19».

²⁷ In questi termini A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, in *Reati di comune pericolo mediante frode*, Milano 2013, 203 ss.

²⁸ Alcuni Autori si sono interrogati sull'utilizzabilità delle leggi epidemiologiche ai fini della dimostrazione del nesso causale verso i potenziali destinatari indeterminati: v. in proposito D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, in www.lalegislazionepenale.eu 10.5. 2020, 11; L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano 2017; M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., 526 ss. A favore di tale modello, v. anche di recente S. Tordini Cagli, *L'epidemia come disastro? Considerazioni problematiche sulla rilevanza penale delle epidemie*, Torino 2023, 127, la quale ipotizza in relazione al reato di epidemia «un accertamento della causalità su base epidemiologica attraverso la verifica dell'eccesso dei casi di morbilità, anche in assenza della identificazione delle singole vittime e dei singoli, specifici nessi».

cospetto di decorsi causali di incerta mappatura ²⁹, caratterizzati da debolezze gnoseologiche e dalla difficoltà di rinvenire delle leggi scientifiche anche solo di tipo statistico, l'accertamento dell'idoneità epidemiologica della condotta difficilmente potrebbe raggiungere quel livello di conoscenza rinforzata richiesta dalla regola di giudizio *beyond a reasonable doubt ex art. 533 co. 1 Cpp (c.d. B.A.R.D.)*.

3. Le criticità appena evidenziate della disciplina nazionale, che già erano emerse in relazione all'esposizione dell'HIV, sono diventate piuttosto evidenti con l'emergenza pandemica degli ultimi anni.

A fronte di una vicenda che si è caratterizzata per l'elevato tasso di mortalità ed è avvenuta nell'ambito di un contesto globalizzato che ne ha reso difficile il contenimento in ragione, tra l'altro, dei sempre più frequenti spostamenti delle persone (c.d. globalizzazione delle malattie infettive), l'assetto normativo si è trovato *impreparato*, lasciando trasparire l'impressione di possibili vuoti di tutela (c.d. *responsibility gaps*)³⁰. Non è un caso che, nell'emergenza, con d.l. 25.3.2020 n. 19, si sia fatto ricorso, per punire la violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena, ad una contravvenzione contenuta nel r.d 27.7.1934 n. 1265, T.U. sulle leggi sanitarie (*id est* l'art. 260 che prescrive la punibilità di chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo). L'elevato numero di contagi ha posto, dunque, all'attenzione degli interpreti la questione della rilevanza di alcune condotte di difficile inquadramento, come quella del comune cittadino che favorisca il diffondersi del *virus* trasgredendo od omettendo misure cautelari di comune esperienza non formalizzate in un provvedimento amministrativo o quella del datore di lavoro che ometta il controllo sul rispetto di tutte le misure cautelari nei luoghi di lavoro, trasgredendo all'obbligo di garantire la salute

²⁹ Evidenzia la difficoltà dell'accertamento del nesso causale anche G. De Francesco, *Considerazioni introduttive a Atti di convegno*, 14.12.2022, *Malattie infettive, salute e sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche*, in www.lalegislazionepenale.eu 23.5.2023, 3, il quale avverte come «specialmente in relazione alla vicenda epidemica che tuttora ci affligge, il problema causale si fa addirittura imperscrutabile, essendo pressoché impossibile seguire i percorsi di trasmissione dell'agente patogeno».

³⁰ V., sul punto, A. Gargani, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in www.lalegislazionepenale.eu 9.9.2020, 6, il quale sottolinea come «il tentativo - inidoneo - di porre rimedio alle pressanti esigenze di tutela poste dall'emergenza sanitaria attraverso interpretazioni volte ad adeguare ex post le norme incriminatrici alle peculiarità del fatto concreto, riflette la sostanziale assenza nell'ordinamento di forme di anticipazione della tutela della vita e della salute del consociato in grado di corrispondere ad esigenze di contenimento del pericolo personale».

dei propri dipendenti o dei propri clienti a fronte del rischio di trasmissione dell'agente patogeno (c.d. *responsibility to protect*)³¹.

Adesso che l'emergenza Covid sembrerebbe essere alle spalle è probabile che, complice anche una certa volontà di superare l'accaduto e di andare finalmente oltre, la questione della responsabilità penale in tema di rischio di contagio torni nel "dimenticatoio", almeno fino alla prossima emergenza sanitaria. Il legislatore lascerà verosimilmente invariato l'attuale assetto, basato sulla dicotomia tra delitti di evento e contravvenzioni di condotta; i primi previsti dal codice penale (omicidio, lesioni personali e epidemia) e i secondi disciplinati nel "polveroso" T.U. delle leggi sanitarie del 1934, al Titolo V, intitolato «provvedimenti contro le malattie infettive e sociali».

Onde scongiurare un simile rischio, non sembra vano valutare in questa sede, facendo tesoro dell'esperienza maturata nel corso della pandemia, l'ipotesi di introdurre nel codice penale un'autonoma previsione incriminatrice - di mera condotta - che assicuri la punibilità dell'esposizione dell'HIV³².

Punire l'esposizione al *virus*, ancor prima della trasmissione vera e propria, avrebbe in effetti un vantaggio. Un simile approccio permetterebbe di arginare il problema dell'accertamento della causalità, talvolta di imperscrutabile geografia in materia di malattie infettive, concentrando il disvalore della condotta sull'assunzione del rischio e sul pericolo cagionato, piuttosto che sull'evento dannoso della trasmissione³³. La *ratio* non sarebbe molto distante da quella sottesa alla fattispecie di cui all'art. 260 r.d. 1256/1934 che, analogamente, è strutturata come reato di condotta ed è volta a

³¹ In merito alla responsabilità penale del personale sanitario all'interno delle c.d. strutture protette (RSA, case di cura, case di riposo, *hospice*), v. Cass. 4.3.2021 n. 20416, in *RIMedLeg* 2021, 4, 1133 ss.

³² L'idea non è nuova. In dottrina, ad esempio, non è mancato chi ha avanzato la proposta di introdurre una fattispecie *ad hoc* in relazione all'esposizione da HIV, strutturata come reato di pericolo, eventualmente aggravato nel caso di contagio. La fattispecie avrebbe dovuto essere così formulata: «chiunque, essendo affetto da immunodeficienza acquisita ed occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio è punito con la reclusione fino a tre anni. Se il contagio avviene si applica la reclusione da quattro a otto anni. Se ne deriva la morte la reclusione non può essere inferiore ad anni sette né superiore a quattordici»: la proposta è di E. Fortuna, *Una strategia giuridico-sociale per la lotta all'AIDS*, in *RIMedLeg* 1988, 469 ss. In generale, sulle linee-guida di una possibile riforma dei reati contro la vita e l'incolumità personale, v. G. De Francesco, *Lineamenti di una riforma delle fattispecie qualificate dall'offesa alla vita e all'incolumità personale* e C. Perini, *Osservazioni sulla categoria dei delitti di pericolo concreto individuale nella proposta di riforma*: entrambi i contributi sono pubblicati in AIPDP e DIPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Atti dei seminari*, 2023.

³³ In un senso simile, ma con riferimento al reato di epidemia, v. anche la proposta di S. Tordini Cagli, *L'epidemia come disastro?*, *cit.*, 181 ss., secondo la quale, per superare le difficoltà di accertamento causale, si potrebbe ipotizzare *de iure condendo* una riscrittura dell'art. 438 come fattispecie di condotta, così formulata «chiunque, intenzionalmente, compie atti idonei e diretti a cagionare la diffusione, nei confronti di più persone, di una malattia infettiva, contagiosa e pericolosa per la salute pubblica, è punito...».

impedire la diffusione di una malattia infettiva pericolosa per l'uomo.

La punibilità di quest'ultima fattispecie contravvenzionale, tuttavia, è subordinata ad una specifica modalità condotta, perfettamente confacente alle modalità di trasmissione di tipo virale, ossia l'inosservanza «di un ordine legalmente dato», ma che mal si adatta alle malattie sessualmente trasmissibili, data l'impossibilità da parte dell'Autorità statale di adottare un provvedimento limitativo delle libertà sessuali delle persone sieropositive, pena la violazione dei diritti personali. La specifica modalità della condotta descritta dalla contravvenzione prevista dal T.U. delle leggi sanitarie rende inapplicabile, infatti, la previsione a quelle condotte che comportino il rischio di contagio di malattie infettive pericolose per l'uomo, pur senza violare una regola formalizzata in un provvedimento, come appunto avviene con il compimento di atti sessuali.

Naturalmente, la fattispecie dovrebbe avere natura residuale rispetto ai reati di evento già previsti dal codice penale: per questo motivo, sarebbe essenziale una clausola di riserva - specifica - che ne escluda l'applicabilità nel caso in cui si verifichi la trasmissione del *virus*. Nel caso di effettivo contagio, infatti, dovrebbero trovare applicazione le fattispecie di evento: nel caso di un numero determinato di persone contagiate, i delitti contro l'incolumità individuale (di lesioni o di omicidio); mentre nel caso di una pluralità indeterminata di persone contagiate, il delitto di epidemia.

Sotto il profilo dell'inquadramento sistematico, una simile previsione potrebbe trovare collocazione nell'ambito dei reati contro l'incolumità pubblica. In effetti, la condotta spregiudicata del soggetto sieropositivo determina un potenziale pregiudizio non solo nei confronti dell'incolumità individuale di chi si trova a subire il pericolo di essere contagiato (c.d. contagio diretto), ma anche nei confronti dell'incolumità pubblica, per il pericolo che il danno si propaghi - a catena - ad un numero indeterminato di persone (c.d. contagio secondario o indiretto).

Certo, per evitare possibili tensioni sotto il profilo dell'offensività, la fattispecie dovrebbe pur sempre essere strutturata come un reato di pericolo concreto. In questo senso, sarebbe essenziale accertare la concreta idoneità offensiva della condotta, ossia il pericolo effettivo del contagio ("pericolo" e non "rischio", il quale richiede una quota di sapere meno elevata in termini di pronosticabilità dello sviluppo causale)³⁴. Tale soluzione sembrerebbe essere in sintonia con l'orientamento espresso dalla Corte

³⁴ In questo senso, sulla distinzione tra rischio e pericolo per la salute in relazione alla diffusione di un agente patogeno v. G. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche*, cit., 983 ss.

europea in tema di sussidiarietà e proporzionalità del ricorso allo strumento penalistico (v. *retro* § 1), limitando l'applicazione della sanzione penale ai soli casi in cui il pericolo per la salute sia reale, evitando aprioristiche presunzioni di pericolosità.

Sempre per assicurare la compatibilità con il principio di offensività, sarebbe opportuno circoscrivere il novero dei soggetti attivi ai soli soggetti che risultano sieropositivi, cioè che siano portatori dei germi patogeni e che possano in concreto trasmettere il *virus*. In questo senso, alla stregua di un orientamento giurisprudenziale³⁵, seguito in tema di epidemia, che ha segnato l'allontanamento dalla teoria dell'alterità³⁶, i soggetti attivi potrebbero essere coloro che siano infetti al momento della condotta e che possano in concreto trasmettere il *virus*. Ad esempio, non potrebbero trasmettere in concreto l'HIV i soggetti con *Undetectable Viral Load*, ossia le persone sieropositive, non più contagiose, a seguito della sottoposizione alla terapia antiretrovirale.

In sintonia con quell'approccio preventivo-assistenzialistico di cui avevamo parlato all'inizio, la punibilità dovrebbe essere limitata ai casi di dolo, ancorché eventuale, come nell'ipotesi in cui l'agente, consapevole dell'idoneità patogena dei germi diffusi e delle modalità di trasmissione, abbia agito "costi quel che costi", accettando di esporre al rischio di contagio quale possibile esito della propria condotta. A tal fine, si dovrebbe fare riferimento a quelle condotte particolarmente spregiudicate e reiterate nel tempo poste in essere da soggetti pienamente consapevoli e informati sui rischi di contagio, vuoi per le informazioni ricevute dai medici, vuoi per le precedenti esperienze personali, come i contagi di familiari e amici. Viceversa, per evitare di cadere nell'approccio punitivo-paternalistico, sarebbe opportuno escludere la rilevanza penale delle condotte poste in essere con mera colpa. Si pensi, ad esempio, alla condotta di un soggetto non particolarmente istruito che, ignorando che il contagio avviene attraverso il contatto tra liquidi biologici infetti e le mucose, ponga in essere un atto sessuale diverso dalla penetrazione nella convinzione dell'inidoneità dell'atto a trasmettere l'HIV ovvero di un soggetto molto giovane che, a causa della sua

³⁵ V. Cass. 48014/2019, cit.

³⁶ La c.d. teoria dell'alterità, elaborata nell'ambito del reato di epidemia, richiede che il soggetto attivo del reato sia "in possesso" dei germi patogeni, ossia ne abbia la disponibilità in senso penalistico: si perviene così ad escludere che possa rispondere di epidemia una persona affetta da malattia contagiosa che diffonda i germi della patologia, in quanto non si può dire che il malato "posseda" i germi: v. in tal senso: Trib. Bolzano, 13.3.1979, cit. In favore della necessità del "possesso" dei germi, v. R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in www.sistemapenale.it 10.7.2020.

inesperienza, non si avveda del pericolo di contagio.

Più problematico, invece, sarebbe il caso di c.d. *willful blindness*, ossia di quelle condotte di “cecità ostinata” poste in essere da individui che “avrebbero dovuto sapere” di essere infetti, ma si sono sempre rifiutati di sottoporsi ai *test* di accertamento per evitare di ricevere la diagnosi. In simili evenienze, occorrerebbe forse operare una distinzione: da un lato, vi sarebbero i casi in cui l’agente versi in uno stato psichico di completa e assoluta negazione o dissociazione dalla realtà, scientificamente accertabile, attraverso ad esempio una perizia medica; dall’altro, rientrerebbero in casi in cui l’agente sia in realtà mentalmente lucido e pienamente consapevole della possibilità di essere stato contagiato, ma rifiuti - coscientemente - di sottoporsi ai controlli necessari, anche in considerazione dei vantaggi ricavabili dall’ignoranza deliberata. Nella prima ipotesi, si potrebbe forse arrivare ad escludere l’imputabilità, in quanto l’agente cadrebbe in una situazione di incapacità di intendere e di volere, assimilabile per certi versi al vizio di mente, dovuta al c.d. *wishful thinking*, ovvero a quell’«illusione o travisamento ottimistico della realtà o dei fatti [che] impedisca il formarsi di una previsione dell’evento altrimenti ragionevole»³⁷. Nella seconda ipotesi, si dovrebbe, invece, riconoscere l’imputabilità, dato che lo stato psichico di negazione deriva da un rifiuto dominabile e superabile attraverso uno sforzo di volontà dell’agente, per arrivare addirittura a riconoscere il dolo nei casi in cui l’agente – disponendo di tutti i mezzi e le informazioni per ritenere probabile il contagio – abbia intenzionalmente sfruttato la condizione di *willful blindness* per evitare spiegazioni e controlli³⁸.

Infine, il consenso di colui che corre il pericolo di essere contagiato dovrebbe ritenersi tendenzialmente irrilevante. Infatti, in tema di diritti indisponibili, quali sono le lesioni produttive di una diminuzione permanente della integrità fisica, la nostra giurisprudenza è granitica nell’escludere «l’operatività della esimente di cui all’art 50 c.p.»³⁹. L’accertamento del consenso potrebbe, al più, influire sulla valutazione della

³⁷ G. Cocco, *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 10, 177. V. anche sul tema, senza pretesa di esaustività, S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, 47 ss.; Id., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *RIDPP* 2001, 3, 906 ss.; M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, in *GI* 2016, 10, 2252 ss.; A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l’indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *IP* 2010, 13, 9 ss.

³⁸ Si segnala sul punto il lavoro di F. Rossi, *Un’introduzione al problema dell’“ignoranza deliberata” nella teoria dell’elemento soggettivo del reato*, in www.la legislazione penale.eu 27.9.2022, il quale ritiene che si tratti, almeno in alcuni casi, di ipotesi riconducibili al dolo eventuale.

³⁹ G.i.p. Savona 6.12.2007, in www.dejure.it.

gravità del reato, ai sensi dell'art. 133 Cp e sulla concessione delle attenuanti, come attualmente avviene in relazione al tentativo di lesioni o di omicidio.

Entro tali limiti, l'introduzione di un reato di esposizione dell'HIV avrebbe forse il vantaggio di arginare i problemi dell'accertamento dell'idoneità causale, pur senza porre (troppi) problemi sotto il profilo della compatibilità con il principio di offensività. In conclusione, lo strumento penale dovrebbe pur sempre essere concepito come *extrema ratio*, privilegiando per quanto possibile l'approccio prevenzionistico (informazione sui rischi, controlli periodici, obblighi cautelari) e solo in via residuale ammettendo il ricorso alla sanzione penale.