

La disciplina penale in tema di contagio da HIV: profili comparatistici

SOMMARIO: 1. Introduzione: il dibattito in ordine alla criminalizzazione dell'esposizione da HIV. – 1.1. Costi e benefici della criminalizzazione dell'esposizione tra strumenti preventivi e logiche dissuasive. – 1.2. La politica dell'UNAIDS. – 1.3. La posizione della Corte EDU. – 2. Prospetto della disciplina penale in tema di contagio da HIV negli ordinamenti europei. – Il modello europeo centro-orientale: la previsione di una normativa *ad hoc*. – 2.1.1. La normativa rumena. – 2.1.2. La normativa slovacca. – 2.2. Il modello europeo occidentale: il ricorso alla normativa esistente. – 2.2.1. La normativa svedese. – 2.2.2. La normativa inglese. – 2.2.3. La normativa tedesca. – 2.2.4. La normativa svizzera – 2.2.5. La normativa francese – 2.2.6. La normativa spagnola. – 3. Quadro di sintesi: affinità e profili differenziali di disciplina. – 3.1. L'esposizione da HIV: titolo autonomo o tentativo di trasmissione? – 3.2. L'oggetto giuridico dell'esposizione da HIV e la collocazione della fattispecie nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica o individuale. – 3.3. La punibilità della condotta colposa. – 3.4. La rilevanza del consenso in caso di *disclosure*. – 3.5. La natura del reato di esposizione: fattispecie di pericolo concreto.

1. Introduzione: il dibattito in ordine alla criminalizzazione dell'esposizione da HIV

A partire dagli inizi del nuovo Millennio, l'opportunità di prevedere il ricorso allo strumento penalistico in caso di contagio - effettivo o potenziale - dell'*Human Immunodeficiency Virus* (HIV), ossia del virus che può determinare l'*Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS), ha dato origine ad un articolato dibattito di politica criminale, diffusosi a livello internazionale¹.

Gli aspetti più controversi hanno riguardato:

- a) la punibilità 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**);
- b) la punibilità della condotta in caso di consenso del partner, a seguito della rivelazione della propria sieropositività (**c.d. disclosure**);
- c) la punibilità della condotta in assenza di effettiva trasmissione (**c.d. esposizione al rischio**).

Per quanto concerne la punibilità della condotta in caso di trasmissione del virus, l'aspetto più problematico ha riguardato l'accertamento del nesso di causalità. 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 momento in cui si è verificata la trasmissione, in quanto - di per sé - ogni singolo episodio di esposizione presenta una bassa probabilità di contagio. Inoltre, i sintomi dell'infezione, che compaiono nei giorni o nelle settimane successive alla trasmissione, sono spesso lievi e aspecifici.

Per superare tali difficoltà, l'attenzione si è spostata sulla punibilità della condotta pericolosa di esposizione, anche in assenza di effettiva trasmissione. In questo senso, piuttosto che limitare l'applicazione della legge penale alle ipotesi di trasmissione da HIV (concentrandosi sull'evento dannoso), alcuni ordinamenti hanno ritenuto preferibile estendere la punibilità anche ai casi in cui si sia verificata solo un'esposizione al virus, concentrandosi sull'assunzione del rischio. Attraverso la previsione di fattispecie di pericolo, è stata così assicurata la copertura penale anche a quelle ipotesi (più frequenti) in cui non si è verificata alcuna trasmissione e, in relazione alle quali, non è quindi necessario l'accertamento del nesso causale.

¹ UNAIDS, *Policy brief: criminalization of HIV transmission*, 10.11.2008, in www.unaids.org.

La presente indagine comparatistica mira a mettere a fuoco l'adozione di simili fattispecie di pericolo, valutando le differenti impostazioni seguite negli ordinamenti europei.

1.1. Costi e benefici della criminalizzazione dell'esposizione tra strumenti preventivi e logiche dissuasive

Prima di illustrare le soluzioni normative e giurisprudenziali adottate nei vari ordinamenti, è opportuno premettere che, nell'ambito del dibattito internazionale, sono emersi essenzialmente due diversi orientamenti riguardo al rapporto tra costi e benefici dell'applicazione della disciplina penalistica ai casi di esposizione da HIV, in termini di impatto sulla salute pubblica, sull'incolumità individuale e sui diritti umani². In estrema sintesi, la differenza tra i due orientamenti deriva dall'esistenza di due diverse metodologie di approccio (punitiva-paternalistica, la prima e preventiva-assistenzialistica, la seconda) al tema della lotta contro l'HIV/AIDS.

L'orientamento a favore della criminalizzazione ha fatto leva sulla **funzione deterrente** del diritto penale³. All'interno delle fattispecie di esposizione al pericolo dovrebbero rientrare – si ritiene – anche quelle condotte che presentano un rischio basso o addirittura nullo di infezione, come alcuni atti non sessuali idonei ad offendere (ad es., sputi, morsi e graffi) o atti sessuali posti in essere da soggetti con una carica virale non rilevabile (c.d. *Undetectable Viral Load* o UVL), ossia da persone sieropositive, non più contagiose, con una carica virale inferiore a 50 copie/ml, a seguito della sottoposizione alla terapia antiretrovirale.

Il progetto normativo sviluppato da *Action for West Africa Region-HIV /AIDS* (AWARE-HIV/AIDS) in un seminario del 2004 a N'Djamena (Ciad), è ispirato proprio a tale orientamento. Anche in ragione della gravità del contesto socio-sanitario di estesa diffusione del virus in cui è stata adottato, il **modello N'Djamena** si caratterizza per la forte vocazione repressiva⁴. Infatti, il progetto non esclude la punibilità né a seguito della preventiva divulgazione dello stato di sieropositività (irrilevanza del consenso), né nel caso di impiego di metodi per ridurre il rischio di trasmissione (es. profilattici), fino al punto di sostenere la punibilità anche nel caso di contagio verticale madre-figlio (c.d. *vertical hiv transmission*)⁵.

Coloro che sono contrari alla criminalizzazione ritengono, invece, che il bene giuridico della salute pubblica sia più efficacemente tutelato attraverso l'implementazione degli **interventi preventivi**⁶, 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*»⁷. Si ritiene che una politica prevenzionistica offra i vantaggi della **flessibilità** e dell'**individualizzazione del trattamento**, attraverso la predisposizione di piani terapeutici, controlli preventivi periodici,

² V. AA.VV., *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* 123 (3): 260-4, 2009; A. KLEIN, *Criminal law, public health, and governance of HIV exposure and transmission*, in *The International Journal of Human Rights* 13(2/3): 251-278, 2009.

³ V. la riflessione di U. SCHUKLENK, *Should we use the criminal law to punish HIV transmission?*, in *International Journal of Law in Context* 4 (3): 277-284, 2009.

⁴ Per un'analisi approfondita v. R. PEARSHOUSE, *A human rights analysis of the N'Djamena model legislation on AIDS and HIV-specific legislation in Benin, Guinea, Guinea-Bissau, Mali, Niger, Sierra Leone and Togo*, in www.aidslaw.ca.

⁵ V., in senso fortemente contrario alla criminalizzazione della trasmissione verticale e con richiami al modello N'Djamena, A. AHMED, *HIV and Women: Incongruent Policies, Criminal Consequences*, in *Yale Journal of International Affairs*, 2011, 32 ss.

⁶ V. AA.VV., *The criminalisation of HIV: time for an unambiguous rejection of the use of criminal law to regulate the sexual behavior of those with and at risk of HIV*, in *Social Science Research Network*, 2008. V. anche R. JÜRGENS, *Ten Reasons to Oppose the Criminalization of HIV Exposure or Transmission*, New York: Open Society Institute, 2008; L. GOSTIN, *The politics of AIDS: compulsory state powers, public health, and civil liberties*, in *Ohio State Law J.* 49(4): 1017-58, 1989.

⁷ G. SCHULTZ, *AIDS: public health and the criminal law*, in *St Louis University Public Law Review*, 7: 65-113, 1998.

indicazioni precauzionali obbligatorie, fino alla previsione di forme anticipate di neutralizzazione del rischio, come nel caso del ricovero coatto in ospedale (v., *infra*, la normativa svedese).

1.2. La politica dell'UNAIDS

Secondo l'UNAIDS, ossia il Programma per la prevenzione dell'HIV istituito nel 1996 dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC), la politica internazionale in tema di lotta contro l'HIV deve 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 deve 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*»⁸.

Il progetto politico del Programma si propone, quindi, di limitare il ricorso alla legge penale ai soli casi di **trasmissione intenzionale**⁹, ossia a quelle ipotesi in cui l'agente, consapevole di essere sieropositivo e informato sui metodi di trasmissione, effettivamente trasmetta il virus¹⁰.

In un'ottica liberale, si ritiene 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.

Inoltre, 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, nè 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)¹¹.

1.3. La posizione della Corte EDU

Finora la Corte EDU ha affrontato il tema del rischio di contagio da HIV sotto il profilo dei diritti individuali del soggetto sieropositivo. In assenza di uno specifico obbligo giuridico di criminalizzazione stabilito nella Convenzione, il ricorso allo strumento penalistico e, in 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**. In questo senso, 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 prospettiva, sono state ritenute illegittime le presunzioni di pericolosità che si basino solo sulla sieropositività in sé, senza accertamenti che dimostrino la pericolosità concreta dell'agente (es. condotte spregiudicate o in violazione delle regole cautelari). Emblematico in proposito è il caso

⁸ G. SCHULTZ, *AIDS: public health and the criminal law*, in *St Louis University Public Law Review*, cit.

⁹ UNAIDS, *Policy brief: criminalization of HIV transmission*, cit. Nello stesso senso, v. anche AA.VV., *The criminalisation of HIV: time for an unambiguous rejection of the use of criminal law to regulate the sexual behavior of those with and at risk of HIV*, cit.

¹⁰ V. 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*».

¹¹ V. UNAIDS, *Policy Brief - Criminalization of HIV transmission*, cit. V. anche F. MANFREDI, *Profili penali della trasmissione sessuale del virus HIV, Uno studio di diritto comparato per riaffermare il ruolo centrale del consenso dell'avente diritto*, Tesi di dottorato, 2018, in www.morethesis.unimore.it, 169 ss. che cita il lavoro di E. DEJ – J. M. KILTY, "Criminalization Creep": A Brief Discussion of the Criminalization of HIV/ AIDS Non-disclosure in Canada, in *Canadian Journal of Law and Society*, 27, 1, 2012, 58 ss.

Enhorn v Sweden del 2005¹², 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.

In una prospettiva simile, anche nel caso *Kiyutin v. Russia* del 2011¹³, 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.

2. Prospetto della disciplina penale in tema di contagio da HIV negli ordinamenti europei

In relazione ai vari programmi di politica criminale in tema di contagio da HIV, è possibile distinguere due modelli, a seconda che sia prevista una legislazione *ad hoc* oppure che la punibilità della trasmissione e/o dell'esposizione del virus sia garantita attraverso il ricorso alla normativa aspecifica già esistente¹⁴.

Per quanto alcuni ordinamenti siano stati precursori nella criminalizzazione del fenomeno (ad es., il Ciad con il modello N'Djamena o il Canada¹⁵), limiteremo - in questa sede - la nostra

¹² Corte EDU, sez. II, *Enhorn v Sweden*, app. n. 56529/00, 25.1.2005, in www.globalhealthrights.org. Un ufficiale medico impartiva al ricorrente, che aveva scoperto di essere sieropositivo nel 1994 dopo aver infettato il proprio partner, di attenersi alle istruzioni di cui all'*Infectious Diseases Act (Smittskyddslagen)* del 1988, tra cui quello di «non intrattenere avere rapporti sessuali senza prima informare il partner della sua infezione da HIV», di «usare un preservativo» e di «astenersi dal consumo di una tale quantità di alcol che il suo giudizio sarebbe così compromesso da sottoporre altri a rischio di infezione da HIV». Successivamente, il ricorrente non si presentava a diversi appuntamenti medici programmati e l'ufficiale medico sporgeva una petizione al Tribunale amministrativo per un ricovero obbligatorio dell'uomo in ospedale per un massimo di tre mesi, a causa del rifiuto di modificare i suoi comportamenti e l'abuso di alcool. Il Tribunale amministrativo, accertato che il ricorrente non aveva rispettato le misure prescritte dall'ufficiale medico, ne ordinava il ricovero in ospedale, ricovero che veniva poi ripetutamente prolungato ogni sei mesi, per un totale di quasi sette anni, durante i quali l'uomo era comunque fuggito in più occasioni, anche per dei mesi.

¹³ Corte EDU, sez. I, *Kiyutin v. Russia*, app. n. 2700/2010, 10.3.2011, in www.hudoc.echr.coe.int. Nello stesso senso v. anche Corte EDU, *Novruk e altri v. Russia*, app. n. 31039/11 e altri, 16.3.2016, in www.hudoc.echr.coe.int: i ricorrenti avevano presentato richiesta all'Autorità russa per ottenere dei permessi di soggiorno. Tuttavia, dopo che i ricorrenti risultavano positivi all'HIV, le Autorità rigettavano le domande, facendo riferimento ad una legge in materia di immigrazione, che impedisce ai cittadini stranieri sieropositivi di ottenere i permessi di soggiorno. La Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) e dell'art. 8 (diritto alla vita privata e alla famiglia) CEDU. Ha notato in particolare che la legislazione volta a prevenire la trasmissione dell'HIV si basa su di una presunzione, ossia sull'assunto ingiustificato che i ricorrenti avrebbero intrapreso comportamenti non sicuri, senza un'indagine concreta e personalizzata caso per caso.

¹⁴ Per una panoramica delle legislazioni europee: v. *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.gnppplus.net.

¹⁵ V. lo studio di C. STANTON, *Criminalising Contagion: Legal and Ethical Challenges of Disease Transmission and the Criminal Law*, Cambridge, 2016 e, in lingua italiana, F. MANFREDI, *Profili penali della trasmissione sessuale del virus HIV, Uno studio di diritto comparato per riaffermare il ruolo centrale del consenso dell'avente diritto*, Tesi di dottorato, 2018, in www.morethesis.unimore.it, 173 ss. A fini comparatistici, il modello di criminalizzazione adottato

indagine al panorama europeo che, per affinità di tradizione giuridica e di contesto socio-culturale, offre più interessanti spunti di riflessione.

2.1. Il modello europeo centro-orientale: la previsione di una normativa *ad hoc*

Al fine di contenere il fenomeno della diffusione del virus, alcuni Stati appartenenti all'area Est-europea hanno scelto di adottare un'apposita disciplina penale in tema di contagio da HIV, con l'aspirazione di regolare organicamente la materia. Tendenzialmente, le previsioni *ad hoc* hanno trovato collocazione all'interno del codice penale.

I Paesi europei che hanno adottato una legislazione specifica sono: Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia. In particolare, tra questi ultimi due ordinamenti intercorrono notevoli differenze: in un caso (Romania), è punito come reato-base l'ipotesi della trasmissione del virus; mentre nell'altro (Slovacchia), il reato è quello dell'esposizione, che viene punito anche a titolo colposo, come reato contro l'incolumità individuale.

2.1.1. La normativa rumena

Abrogato nel 2014, il risalente codice penale rumeno prevedeva all'art. 309 c.p. il reato di «contaminazione venerea e trasmissione della sindrome da immunodeficienza acquisita» (*Contaminarea venerică și transmiterea sindromului imunodeficitar dobândit*). Tale previsione sanzionava con la reclusione da cinque a quindici anni, la condotta di chiunque trasmettesse l'HIV nella consapevolezza della propria sieropositività.

Nel 2014, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice penale, la rilevanza penale della condotta è stata mantenuta attraverso la previsione di cui all'art. 354 c.p., che punisce – anche se meno severamente – la trasmissione dell'HIV (*Transmiterea sindromului imunodeficitar dobândit*)¹⁶.

Il reato-base è quello della trasmissione intenzionale: infatti, la trasmissione con qualsiasi mezzo del virus da parte di una persona consapevole di essere affetta da questa malattia è punita con la reclusione da tre a dieci anni (primo comma). È previsto un aumento della pena (reclusione da sette a quindici anni) nel caso di morte della vittima (art. 354, 3° co., c.p.). E' ammissibile il tentativo: è, quindi, punita l'esposizione intenzionale al rischio, anche se dalla condotta non è derivata la trasmissione (art. 354, 5° co., c.p.).

Nel caso, poi, in cui il fatto sia stato commesso per negligenza, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni e, nel caso di morte della vittima, da due a sette anni. In caso di condotta colposa, non è ammissibile il tentativo.

2.1.2. La normativa slovacca

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 nuovo 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 c.p. Prima della riforma, la punibilità era assicurata dal previgente art. 226 c.p.¹⁷.

L'art. 165 c.p. prevede la punibilità dell'esposizione da HIV intenzionale, mentre l'art. 166 c.p. 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

nell'ordinamento canadese appare particolarmente interessante, perché viene attribuita rilevanza alla c.d. *disclosure*, ovvero al dirsi sieropositivi, che costituisce una valida *defense* (causa di giustificazione) sia in relazione all'ipotesi di trasmissione del virus che di esposizione. Tra gli altri, v. I. GRANT, *The overcriminalization of persons with HIV*, in *University of Toronto Law Journal*, LXIII, III, 2013, 475 ss.

¹⁶ Testo reperibile in lingua originale e in inglese in www.hivjustice.net.

¹⁷ V. la scheda normativa in inglese in www.criminalisation.gnplus.net.

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 c.p. 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 c.p. (minaccia di una malattia venerea): la fattispecie è sempre strutturata come reato di pericolo, che prescinde dall'effettiva trasmissione.

2.2. Il modello europeo occidentale: il ricorso alla normativa esistente

Pur non avendo adottato una legislazione specifica in caso di contagio, reale o potenziale, da HIV, la maggior parte dei Paesi europei ha fatto ricorso a norme penali di carattere generale e, dunque, aspecifico. Tra questi, possiamo menzionare, oltre all'Italia, la Norvegia, la Finlandia, la Svezia, l'Inghilterra, la Scozia, la Germania, la Francia, la Spagna, la Svizzera, l'Austria, il Portogallo e la Grecia. In tali ordinamenti, la disciplina, pur non trovando necessariamente una collocazione all'interno del codice penale, è ricavabile da disposizioni eterogenee, previste principalmente nell'ambito dei reati contro la persona e/o contro la salute pubblica.

2.2.1. La normativa svedese

In Svezia, non è prevista una legislazione organica in tema di *public health*, ma è possibile individuare singoli atti e regolamenti che disciplinano diverse aree della materia, come ad esempio la legge sulle malattie trasmissibili (*Smittskyddslagen* o *Communicable Diseases Act*) del 2004, che costituisce il testo normativo di riferimento per quanto riguarda il tema della trasmissione ed esposizione delle malattie infettive.

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 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»*¹⁸. 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.

Avuto riguardo alle persone affette da HIV, si registra una disciplina extra-penalistica che prevede, a livello preventivo, l'assistenza e il controllo periodico da parte del personale medico, la predisposizione di piani terapeutici, fino al rimedio dell'isolamento obbligatorio in caso di inosservanza. A sostegno della tutela, il *Communicable Diseases Act* impone a *«colui che sa di essere portatore di una pericolosa malattia per la salute pubblica»* (...) di *«fornire informazioni sull'infezione ad altre persone con cui entrerà in contatto»* e sui rischi di trasmissione (cap. 2, sez. 2). Strutturata secondo una logica cautelare-assistenzialistica, la legge di per sé non prevede sanzioni penali nel caso di esposizione o di trasmissione del virus.

¹⁸ *Smittskyddslagen [Communicable Diseases Act]*, Svensk Författningssamling [SFS] 2004:168, ch. 1:3, 2.

Alcune condotte, tuttavia, possono integrare ipotesi di reato previste dal codice penale: in particolare, la normativa di riferimento è rintracciabile nell'ambito dei Capitoli 3 (*Crimini contro la vita e la salute*), Sez. 5-9, del codice penale del 1965.

Nel caso di trasmissione, risponde del reato di lesioni dolose, in base al cap. 3, sez. 5, chiunque infligga «*lesioni fisiche, malattie o sofferenze ad un altro*» con la reclusione fino a due anni o, se il danno è lieve, con la multa o la reclusione fino a sei mesi. La pena è aggravata se il danno è grave, e cioè «*se l'atto costituiva un pericolo mortale o se l'autore del reato ha inflitto gravi danni fisici o gravi malattie o ha mostrato una particolare spietatezza o brutalità*» (cap. 3, sez. 6). È ammissibile anche il tentativo (cap. 23, sez. 1).

Risponde del reato di lesioni colpose, invece, colui che per negligenza provochi lesioni fisiche (cap. 3, sez. 8). Ai fini dell'imputazione soggettiva, si ritiene che l'uso del preservativo, in assenza di *disclosure*, possa escludere la colpa¹⁹.

Nell'ipotesi di mera esposizione al pericolo, senza che si sia verificata la trasmissione del virus, «*colui che per grave negligenza espone un altro a pericolo mortale o pericolo di gravi lesioni personali o gravi malattie, deve essere condannato per aver creato un pericolo per un altro a una multa o alla reclusione per un massimo di due anni*» (cap. 3, sez. 9). La mera esposizione, dunque, è punibile, ma è necessario che ci sia stata almeno una "grave negligenza" da parte dell'autore.

A tal proposito, nel caso *Christian* del 2004²⁰, 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.

Si noti, tuttavia, che la giurisprudenza svedese non presenta un orientamento univoco: infatti, in un caso successivo nel 2013²¹, la Corte di appello di *Skåne-Blekinge* si è discostata dal precedente, escludendo la configurabilità anche del reato di esposizione al pericolo. La Corte di appello ha ritenuto che non vi fosse alcun pericolo concreto di trasmissione nel caso di UVL.

Il consenso costituisce una causa di giustificazione nel caso di ridotto rischio di trasmissione. Infatti, secondo la giurisprudenza svedese, il consenso della vittima al compimento di atti sessuali non protetti esclude tendenzialmente l'antigiuridicità, a meno che non si verifichi la trasmissione del virus, nel qual caso il consenso diventa irrilevante. Nel già citato caso *Christian*, la Corte suprema ha annullato la condanna nei confronti di uno dei dieci denunciati, in quanto era stato dimostrato che quest'ultimo era a conoscenza della sieropositività del partner.

2.2.2. La normativa inglese

In Inghilterra, la normativa di riferimento è contenuta nelle sezioni 18, 20, 23, 24 o 47 dell'*Offences Against the Person Act* del 1861²².

Alla sezione 18, rubricata «*Shooting or attempting to shoot, or wounding with intent to do grievous bodily harm*», è punito chiunque abbia causato intenzionalmente un danno fisico grave. Tale ipotesi è punibile anche a titolo di tentativo, se l'infezione non è stata trasmessa: si punisce, così, l'agente anche solo per aver esposto intenzionalmente il partner al virus.

Alla sezione 20, rubricata «*Inflicting bodily injury, with or without weapon*», è punito chiunque abbia inflitto lesioni personali, con o senza armi, *reckless*, cioè a seguito di comportamenti temerari.

¹⁹ V. la scheda normativa in inglese in www.criminalisation.gnppplus.net.

²⁰ Corte Suprema, *Christian*, 2004, 176, in www.criminalisation.gnppplus.net.

²¹ Corte di appello di Skåne and Blekinge, 29.10.2013, in www.hivjustice.net.

²² V. la scheda normativa in inglese in www.legislation.gov.uk.

Così, ad esempio, se l'agente - nonostante la presenza di indizi che dovrebbero indurre in una persona coscienziosa quanto meno lo stato di dubbio - rifiuta di sottoporsi agli appositi esami medici ed intrattiene rapporti sessuali non protetti, viene considerato responsabile di comportamento temerario; al contrario, nel caso di soggetto che utilizzi il profilattico o con UVL, la giurisprudenza inglese tende ad escludere il carattere *reckless* della condotta. Più in generale, indicazioni rilevanti ai fini dell'individuazione delle condotte considerate temerarie sono contenute nelle linee guida in tema di *Intentional or Reckless Transmission of Infection*²³, adottate in data 14.3.2008 dal *Crown Prosecution Service* (CPS), ossia l'ente governativo responsabile dei procedimenti penali in Inghilterra e Galles.

Per quanto riguarda la rilevanza del consenso, occorre distinguere a seconda dell'elemento soggettivo; nel caso di trasmissione intenzionale, il consenso della vittima è irrilevante: tale scelta dipende dal fatto che il bene giuridico protetto, nel caso di volontà finalizzata dell'agente (di cui alla sez. 18), esula dall'incolumità individuale e si estende all'incolumità pubblica, considerato il numero potenzialmente indeterminato di vittime.

Invece, nel caso in cui la trasmissione sia *reckless*, il consenso della vittima esclude la punibilità: così è stato deciso dalla giurisprudenza inglese nel caso *R. v. Dica* del 2004²⁴, in cui i giudici hanno stabilito che, se il partner ha accettato il rischio di trasmissione da HIV, acconsentendo al compimento di rapporti sessuali non protetti, l'agente non può essere punito per il reato di lesioni colpose di cui alla sec. 20 del *Person act*. Il consenso ai rapporti sessuali – si sostiene – non deve essere considerato automaticamente come consenso alla trasmissione: tuttavia, se risulta provato in concreto che la vittima ha prestato consenso al rischio derivante dall'esposizione al virus, nella consapevolezza che il proprio partner era sieropositivo e che il contagio poteva avvenire per via sessuale, ciò varrebbe ad escludere la punibilità. Come è stato rilevato, con questa decisione, la Corte ha cercato di «bilanciare l'esigenza di intervento del diritto penale con il rispetto dell'autonomia personale e dell'autodeterminazione»²⁵.

De iure condendo, infine, vale la pena menzionare le raccomandazioni dirette al Governo per la *Reform of Offences against the Person*²⁶, formulate, in data 3.11.2015, dalla *Law Commission*, in cui è stata sostenuta la tesi dell'inopportunità di una riforma volta a criminalizzare la mera esposizione o addirittura, in chiave fortemente prodromica, la mancata rivelazione dello stato di sieropositività, rientrando tali ipotesi nell'ambito del c.d. rischio consentito.

2.2.3. La normativa tedesca

La normativa applicabile in caso di contagio, effettivo o potenziale, da HIV è prevista ai §§ 223, 224, 229 StGB.

Il § 223 (*Körperverletzung*) punisce con la reclusione fino a cinque anni o con la multa chiunque maltratti fisicamente o leda la salute di un'altra persona²⁷. Il tentativo è punibile (§ 223, 2) e il fatto è aggravato se è commesso, tra le altre ipotesi, attraverso la somministrazione di veleno o altre sostanze pericolose per la salute (§ 224).

²³ Linee guida in tema di *Intentional or Reckless Transmission of Infection*, 14.3.2008, in www.cps.gov.uk.

²⁴ Corte di Appello, *R. v. Dica*, [2004] EWCA Crim 1103, 5.5.2004, in www.globalhealthrights.org. Nel caso specifico, la Corte ha ritenuto che, acconsentendo a rapporti sessuali non protetti, le due denunciati erano preparate "consapevolmente" a correre il rischio - non la certezza - di infezione, così come di altri rischi inerenti al rapporto non protetto, come una gravidanza non intenzionale.

²⁵ F. MANFREDI, *Profili penali della trasmissione sessuale del virus HIV, Uno studio di diritto comparato per riaffermare il ruolo centrale del consenso dell'avente diritto*, Tesi di dottorato, 2018, in www.morethesis.unimore.it, 145 ss., la quale riporta *amplius* il caso *R. v. Dica*, nonché la decisione *R. v. Clarence* (1889) LR 22 QB 23.

²⁶ Testo reperibile, in lingua inglese, in www.lawcom.gov.uk.

²⁷ V. § 223 (*Körperverletzung*), in base al quale «*Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*».

Il primo caso in cui un soggetto è stato punito per aver esposto altri al rischio di contagio da HIV risale al 1988²⁸, quando la Corte Suprema Federale ha chiarito che il compimento di rapporti sessuali integra il tentativo di lesioni personali dolose. La persona che non riveli di essere sieropositiva e intrattenga rapporti sessuali non protetti, è punibile a titolo di dolo, quanto meno nella forma eventuale, nel senso dell'accettazione del rischio che il proprio partner contragga il virus (*HIV-Übertragung*).

Nello stesso senso, ossia della responsabilità dolosa in caso di omessa *disclosure*, la pronuncia forse più nota in Germania è quella relativa al caso *N. Benaissa*, che ha coinvolto la cantante del gruppo *No Angels*, condannata per il reato di lesioni personali consumate nei confronti di un uomo e per il tentativo di lesioni personali (per non essersi verificata la trasmissione) a danno di altre due persone, avendo compiuto atti sessuali non protetti tra il 2004 e il 2006, senza rivelare la propria sieropositività.

È prevista la punibilità del reato di lesioni personali anche a titolo di colpa. Infatti, in base al § 229 (*Fahrlässige Körperverletzung*), chiunque causi colposamente lesioni personali è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa.

Ebbene, nel 2015, per la prima volta, un Tribunale tedesco²⁹ ha stabilito che, nel caso di trasmissione dell'HIV senza *disclosure* preventiva, sia possibile ritenere integrata la colpa (e non il dolo) se l'imputato, consapevole della possibilità in astratto della trasmissione del virus, in concreto escluda tale evenienza, nascondendo il proprio stato con il solo intento di preservare la relazione e senza l'intenzione di infettare la compagna. Nel caso di specie, la mancanza di intenzionalità risultava provata dal compimento di atti sessuali con un basso rischio di trasmissione (sesso orale, con utilizzo di preservativo).

Per quanto attiene al consenso dell'avente diritto, vale quanto previsto al § 228 (*Einwilligung*), secondo cui «*chiunque commetta una lesione corporea con il consenso della persona lesa agisce illegalmente solo se il fatto è contrario al buon costume*»³⁰: il consenso esclude l'antigiuridicità. Nel caso, però, in cui la vittima stessa si sia auto-esposta liberamente e consapevolmente ad un pericolo preesistente o da lei stessa cagionato (*eigenverantwortliche Selbstgefährdung*), si ritiene che il consenso escluda la tipicità, come confermato nel caso *Kemptner*³¹. In tali ipotesi, il consenso è valido perché rientra «*in quell'area di rischio ammesso (erlaubtes Risiko) inquadrabile nei rischi a cui un soggetto si espone indistintamente nel corso della vita (Lebensrisiko)*»³².

2.2.4. La normativa svizzera

In Svizzera, le fattispecie che, pur non essendo dettate specificamente in relazione al contagio da HIV, possono assumere rilievo ai fini della criminalizzazione dell'esposizione e/o della trasmissione del virus sono disciplinate rispettivamente agli artt. 122 e 231 c.p.³³.

L'art. 122 c.p. prevede il reato di lesioni personali gravi dolose, in base al quale «*chiunque ferisca intenzionalmente una persona mettendone in pericolo la vita*» (...) oppure «*causi intenzionalmente un'altra grave lesione al corpo di un essere umano o alla sua salute fisica o mentale*» è punito con la pena della reclusione sei mesi a dieci anni. Le persone sieropositive che, prima del compimento del rapporto, non informano il partner della propria infezione da HIV sessuale, possono essere punite in base a tale titolo di reato, anche qualora non si sia verificato

²⁸ Il caso giurisprudenziale è riportato nella scheda normativa disponibile, in lingua inglese, in www.criminalisation.gnplus.net.

²⁹ Tribunale distrettuale di Aquisgrana, sent. 23.03.2015 - 68 KLs 1/15*, in www.hivjustice.net.

³⁰ Il § 228 (*Einwilligung*) prevede letteralmente che «*Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt*».

³¹ Il caso è riportato da G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 87 ss.; 611 ss. e ripreso da F. MANFREDI, *Profili penali della trasmissione sessuale del virus HIV*, cit. Nello specifico, l'imputato veniva assolto in forza del consenso espresso dalla propria partner al compimento di atti sessuali non protetti, nella piena consapevolezza della sieropositività dell'uomo.

³² F. MANFREDI, *Profili penali della trasmissione sessuale del virus HIV*, cit.

³³ V. la scheda normativa disponibile, in lingua inglese, in www.criminalisation.gnplus.net.

alcun contagio (c.d. tentativo di lesioni gravi).

Si può, inoltre, rispondere del reato di lesioni fisiche gravi anche a titolo colposo. Risponde per colpa, ad esempio, l'agente che pur non avendo la certezza di essere sieropositivo, avrebbe potuto sottoporsi al test: è quanto stabilito dal Tribunale federale in un caso del 2006³⁴, relativo ad un uomo che aveva trasmesso il virus alla propria partner occasionale, senza sapere di essere sieropositivo. Negli anni precedenti, l'uomo aveva avuto rapporti sessuali non protetti con molte altre donne, tra cui una che lo aveva successivamente informato di essere sieropositiva (senza però avergli trasmesso il virus). Nonostante la situazione che lo rendeva consapevole dei possibili rischi connessi al compimento di atti sessuali non protetti, l'uomo non si era sottoposto al test, contravvenendo alle regole cautelari.

In base all'art. 231 c.p. («*Propagazione di malattie dell'essere umano*»), poi, è punibile, anche d'ufficio, chiunque in maniera intenzionale e «*con animo abietto propaga una malattia dell'essere umano pericolosa e trasmissibile*»³⁵ (pena detentiva da uno a cinque anni). Il reato è inserito nell'ambito del Titolo VIII, relativo ai crimini o ai delitti contro la salute pubblica. 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, dunque, di tentativo: nella maggior parte dei casi, i procedimenti hanno riguardato ipotesi in cui non si era verificata l'effettiva trasmissione del virus³⁶.

Nel marzo 2012, è stata abrogata la corrispondente fattispecie colposa, che prevedeva una pena detentiva alternativa a quella pecuniaria, per il fatto commesso per negligenza³⁷.

Il reato di propagazione di malattie può concorrere con quello di lesioni personali di cui all'art. 122 c.p. Un caso emblematico è stato deciso dalla Corte di giustizia di Ginevra nel 2009³⁸: un uomo sieropositivo, ma con UVL, 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, le donne non risultavano contagiate. Mentre in primo grado, l'imputato è stato ritenuto colpevole del tentativo di lesioni personali gravi e tentata diffusione di malattia umana, la Corte di Ginevra ha assolto l'uomo da entrambi i capi di imputazione, tenuto conto dell'assenza di rischio di trasmissione in caso di UVL. Da tale pronuncia, si evince come la giurisprudenza svizzera consideri il reato di cui all'art. 231 c.p. come illecito di pericolo concreto.

In tema di consenso dell'avente diritto, la Corte ha, altresì, chiarito che quando una persona, a conoscenza dello stato sieropositivo del partner e dei rischi di trasmissione, consente liberamente ad avere rapporti sessuali non protetti, si deve escludere l'antigiuridicità della condotta in relazione al reato di tentate lesioni fisiche, ma non anche in relazione a quello di tentata diffusione di malattia. Il consenso informato al compimento di atti sessuali "rischiosi" non esclude, quindi, il reato di cui all'art. 231 c.p.

2.2.5. La normativa francese

In Francia, la punibilità della trasmissione e/o esposizione da HIV è fissata dagli artt. 221-5, 222-15, 223-1 c.p., nell'ambito dei crimini e dei delitti contro la persona (Libro II)³⁹.

³⁴ Caso riportato in www.criminalisation.gnpplus.net.

³⁵ Testo reperibile, in lingua italiana, in www.admin.ch.

³⁶ Dati disponibili in www.criminalisation.gnpplus.net, in cui si chiarisce che «*in more than half of the convictions there was no alleged HIV transmission*».

³⁷ Riforma ad opera dell'art. 86, l. 28.9. 2012, n. 1, in www.admin.ch.

³⁸ Corte di giustizia Ginevra, 23.9.2009, S. v. *Procureur Général*, con commento in www.aidsmap.com.

³⁹ 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 c.p. «*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 c.p., 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 c.p., 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 c.p.: dieci anni di reclusione e 150.000 Euro di ammenda); nel caso di morte della vittima, si applica l'art. 222-7 c.p. che prevede la pena di quindici anni di reclusione⁴⁰.

Nel caso in cui non si sia, invece, verificata la trasmissione del virus, l'agente risponde a titolo di tentativo. In un'interessante sentenza del 5.3.2019⁴¹, definita “storica” e pronunciata in relazione ad un caso di atti sessuali non protetti da parte di una persona con UVL, la *Cour de cassation* ha escluso il tentativo di «*administration de substances nuisibles*»: secondo la giurisprudenza, il reato integra una fattispecie di pericolo concreto.

2.2.6. La normativa spagnola

Pur non essendo rinvenibile nel codice penale spagnolo⁴² una previsione *ad hoc* in tema di trasmissione dell'HIV, in alcune occasioni, il Tribunale ha ritenuto che l'obiettivo della *penalización de la transmisión* dell'HIV potesse essere perseguito attraverso il ricorso alla disciplina contenuta del Titolo III del codice penale, in base a quanto previsto dagli artt. 147-152 c.p.

L'art. 147.1 c.p. (*lesiones*) prevede la punibilità di colui che infligga ad altri una lesione che pregiudichi l'integrità corporale oppure la salute mentale o fisica, con la reclusione da tre mesi a tre anni oltre la pena pecuniaria. La pena è aggravata ex art. 149 c.p. in caso di grave infermità⁴³.

In caso di trasmissione, la giurisprudenza tende a ritenere integrato il dolo, rilevante anche nella forma eventuale. Con la sentenza 1/2004⁴⁴, l'*Audiencia Provincial* di Madrid ha, ad es., condannato per il reato di lesioni dolose una donna che, dopo aver contratto il virus nel 1995, aveva successivamente contagiato il nuovo compagno, senza informarlo del proprio stato e senza imporre l'uso del profilattico. La Corte ha fatto leva su due ordini di ragioni per giustificare l'imputazione dolosa: *in primis*, la donna sapeva del proprio stato di sieropositività e conosceva perfettamente i metodi di trasmissione; in secondo luogo, i rapporti sessuali non protetti si erano protratti per un ampio lasso di tempo.

Nello stesso senso, con sent. 29.5.2006 n. 17⁴⁵, il Tribunale di Barcellona, ha condannato un uomo per il reato di lesioni dolose in concorso con il reato di omicidio colposo per grave

⁴⁰ In base all'art. 222-7 c.p. francese «*les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle*».

⁴¹ Sentenza riportata da www.hivjustice.net.

⁴² Il Codice penale spagnolo è stato riformulato dalla *Ley Orgánica* 23.11.1995, n. 10.

⁴³ Testo normativo disponibile, in lingua spagnola, in www.boe.es.

⁴⁴ *Audiencia Provincial* di Madrid, sent. 1/2004, in www.criminalisation.gnpplus.net.

⁴⁵ *Tribunal* di Barcellona, sent. 29.5.2006 n. 17, in www.criminalisation.gnpplus.net, relativa al caso di un uomo che sposò nel 2002 una donna, senza avvertirla di essere sieropositivo dal 1995 e senza prendere alcuna misura per evitare il

imprudenza, aggravato dal rapporto di parentela, ad una pena di tre anni di reclusione, oltre al risarcimento del danno.

Degna di nota è anche la previsione di cui all'art. 152 c.p, che prevede la punibilità delle lesioni a titolo di colpa, in considerazione al «*riesgo creado y el resultado producido*», per «*imprudencia grave*»⁴⁶. Infatti, nel contesto di rapporti protetti, la giurisprudenza tende ad escludere il dolo ed a ritenere integrata la colpa. In tal senso, si rileva la pronuncia della Cassazione del 2011⁴⁷ che ha condannato un uomo per colpa per aver trasmesso il virus alla moglie ed alla figlia, nonostante avesse sempre imposto l'uso del profilattico (che, in alcuni casi si era rivelato difettoso). Inoltre, si era ritenuto che il fatto che la donna avesse acconsentito a continuare ad avere rapporti sessuali anche dopo aver scoperto la sieropositività del partner, confermasse l'esclusione della responsabilità dolosa dell'agente.

In generale, la pena è ridotta in base all'art. 155 c.p.⁴⁸ nel caso in cui il consenso alle lesioni sia libero, spontaneo ed espresso. Tuttavia, sembrerebbe che – secondo la giurisprudenza - il consenso al rischio nel caso di trasmissione da HIV rappresenti non una circostanza attenuante, ma addirittura – in forza del dominio sul fatto della vittima – una causa di esclusione della punibilità rientrante nella disciplina dettata in tema di *cooperación a una autopuesta en peligro*⁴⁹. Così, l'*Audiencia Provincial* di Barcellona⁵⁰ in un caso del 2014 di trasmissione del virus, ha escluso il reato di lesioni gravi in quanto la compagna era a conoscenza della sieropositività del partner.

3. Quadro di sintesi: affinità e profili differenziali di disciplina

Dalla rassegna comparatistica, è emerso come gli ordinamenti europei tendano ad attribuire rilevanza penale all'esposizione da HIV, quanto meno nei casi più gravi, cioè nelle ipotesi di esposizione dolosa.

Sono, comunque, emerse differenze di disciplina in relazione ai seguenti aspetti:

- a) l'inquadramento della fattispecie di esposizione come titolo autonomo di reato oppure come ipotesi tentata rispetto alla trasmissione del virus;
- b) la collocazione nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica o in quelli a tutela della vita ed incolumità individuale;
- c) la punibilità o meno dell'ipotesi colposa;
- d) la rilevanza da attribuire al consenso in caso di *disclosure*;
- e) la natura della fattispecie (come reato di pericolo o reato di danno).

contagio; contagio che poi, in effetti, si verificò e provocò la morte della donna nel 2003. All'uomo fu contestato, oltre al reato di lesioni, il reato di omicidio.

⁴⁶ Testo normativo disponibile, in lingua spagnola, in www.boe.es.

⁴⁷ Cassazione spagnola, sent. 2.6.2011, n. 3527, in www.globalhealthrights.org. Nello specifico, un uomo intraprese una relazione con una donna, senza informarla di essere sieropositivo dal 1994, pur essendo pienamente consapevole dei rischi e dei metodi di infezione. L'uomo aveva sempre imposto l'uso del preservativo, ma in alcuni casi quest'ultimo si era rotto, tant'è che nell'agosto del 1996 la donna rimaneva incinta e dava alla luce una figlia che, a seguito di controlli, risultava affetta da HIV, così come la compagna. La Corte di merito aveva escluso sia il dolo che la colpa, concludendo per l'assenza di un rischio reale, dal momento che l'uomo aveva seguito in modo rigoroso le indicazioni mediche, consistenti nell'utilizzo del profilattico. Secondo la Cassazione, invece, l'uso del preservativo, che si era rotto in più occasioni come dimostrato dal contagio e dalla gravidanza, non esclude la colpa. Infatti, gli effetti della trasmissione dell'HIV non solo erano evitabili, ma anche prevedibili. E tutto questo perché sono note le cause di un possibile fallimento di tale metodo precauzionale (uso inadeguato del preservativo, inadeguata conservazione del preservativo, il modo in cui avvengono i rapporti sessuali tra la coppia, ragioni anatomiche di entrambi ecc.).

⁴⁸ L'art. 155 c.p. (in www.boe.es) prevede che «*en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección*».

⁴⁹ V. per approfondimenti, E. R. MARTÍNEZ, *Autopuesta en peligro o principio de la propia responsabilidad en la jurisprudencia española*, in www.noticias.juridicas.com, 24.5.2019; P. A. BARBIROTTA, *La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima*, in www.pensamientopenal.com, 10.8.2011.

⁵⁰ *Audiencia Provincial* di Barcellona, sent. 4.2.2014, n. 240, in www.poderjudicial.es: il caso è ripreso da F. MANFREDI, *Profili penali della trasmissione sessuale del virus HIV*, cit.

3.1. L'esposizione da HIV: titolo autonomo o tentativo di trasmissione?

In alcuni ordinamenti, come in quello svedese, la normativa extra-penalistica pone a carico del soggetto sieropositivo (e in rari casi, anche a una persona che sa di poter avere l'HIV, pur non avendone la certezza) una serie di obblighi, tra cui quello di rivelare la propria sieropositività al partner prima del compimento di atti sessuali. Tali obblighi prescindono dell'effettivo livello di rischio: gravano cioè sull'agente a prescindere dal fatto che - nel caso concreto - il pericolo di contagio sia davvero minimo o addirittura nullo. L'obbligo incombe anche su coloro che, pur essendo sieropositivi, non sono più contagiosi, per essersi sottoposti a terapia antiretrovirale, e su coloro che hanno adottato misure protettive per ridurre significativamente il rischio di esposizione all'HIV. Ebbene, gli ordinamenti che pongono tali obblighi a carico del soggetto sieropositivo adottano una politica di lotta contro l'HIV fortemente incentrata su misure assistenzialistico-cautelari.

La maggior parte degli ordinamenti europei ha privilegiato, invece, una politica punitiva, ritenendo preferibile sfruttare l'efficacia general-preventiva di dissuasione della sanzione criminale, attraverso la criminalizzazione delle condotte di esposizione. In alcuni casi, ciò è avvenuto attraverso la previsione di un titolo autonomo di reato (come nel caso dell'ordinamento slovacco); in altri, come ipotesi tentata rispetto al reato di lesioni (v. la normativa inglese, tedesca e spagnola) ovvero rispetto al reato di trasmissione di malattie infettive (v. la disciplina rumena, svizzera e francese). In questi ultimi casi, la punibilità è stata assicurata ricorrendo a disposizioni originariamente dettate per far fronte alla diffusioni di malattie contagiose come la sifilide.

In effetti, anche nel nostro ordinamento era prevista una fattispecie simile relativa al «contagio di sifilide e di blenorragia» (ex art. 554 c.p.)⁵¹, inserita nell'ambito dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe (Titolo X) e 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. In assenza, quindi, di una disciplina penale *ad hoc*, la nostra giurisprudenza ha fatto ricorso alle previsioni incriminatrici di cui agli artt. 582, 583, 589, 590 c.p., nell'ambito dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale (Titolo XII, Capo I), attribuendo rilevanza penale all'esposizione da HIV solo come tentativo di trasmissione. Infatti la giurisprudenza, in un caso⁵², ha configurato un'ipotesi di tentativo di omicidio, assumendo come evento rilevante la morte; in un altro⁵³, come tentativo di lesioni gravissime, considerando come evento rilevante l'infezione.

⁵¹ L'art. 554 c.p. 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».

⁵² Cass., sez. I, 3.5.2000, n. 9541, *La Marina*, in *Dir. pen. proc.*, 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».

⁵³ T. Roma, sent. 13.11.1992, *Cesario*, in *Cass. pen.*, 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. Nello stesso senso, v. anche T. Ravenna, sent. 3.5.1999, con cui è stata condannata una prostituta per il tentativo di lesioni gravissime, avendo intrattenuto rapporti sessuali non protetti con un numero indeterminato di clienti pur essendo consapevole di essere sieropositiva. Secondo il Tribunale «era irrilevante la probabilità più o meno elevata di trasmissione della malattia mediante un singolo rapporto in quanto, una volta verificato che la via sessuale è una di quelle attraverso le quali avviene il contagio, nulla toglie alla pericolosità della condotta dell'imputata e alla sua idoneità a trasmettere il virus dell'infezione». In caso di effettiva trasmissione, invece, la giurisprudenza ritiene generalmente integrato il reato di lesione personale gravissima, in quanto la

In dottrina, non è mancato chi ha avanzato la proposta di introdurre anche nel nostro ordinamento una fattispecie *ad hoc* in relazione all'esposizione da HIV, 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*»⁵⁴. Secondo tale progetto, la fattispecie avrebbe dovuto essere strutturata come reato di pericolo, eventualmente aggravato nel caso di contagio.

3.2. L'oggetto giuridico dell'esposizione da HIV e la collocazione della fattispecie nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica o individuale

Il reato di esposizione è stato inquadrato, talvolta, come reato contro l'incolumità pubblica, talaltra, come reato contro la vita e l'incolumità individuale. In effetti, la condotta del soggetto sieropositivo può determinare sia un pregiudizio nei confronti dell'incolumità individuale del partner che si trova a subire il rischio di essere contagiato, sia nei confronti dell'incolumità pubblica, per il pericolo che il danno si propaghi - a catena - ad un numero indeterminato di persone.

Proprio in ragione di tale duplicità, in alcuni ordinamenti, il bene giuridico protetto è - anche - quello dell'incolumità pubblica (ad es. in Svizzera), attraverso la collocazione della fattispecie nell'ambito dei reati «*contro la salute pubblica*»⁵⁵; mentre in altri (v. in Inghilterra, Germania, Francia, Spagna) viene data priorità alla tutela del bene giuridico dell'incolumità individuale. Quest'ultima è l'opzione di quegli ordinamenti - tra cui l'Italia - che prevedono la punibilità dell'esposizione solo come tentativo di trasmissione del virus⁵⁶.

Non è, comunque, da escludere la possibilità che il reato di lesioni personali possa concorrere con il reato di pericolo di trasmissione di malattie contagiose (come avviene, ad es., in Svizzera e in Francia).

3.3. La punibilità della condotta colposa

Sotto il profilo della rimproverabilità soggettiva, due sono gli aspetti da accertare in relazione alle ipotesi di esposizione da HIV: la consapevolezza dell'agente del proprio stato di sieropositività e la conoscenza dei metodi di trasmissione.

Dal primo punto di vista, mentre nella maggior parte degli ordinamenti la normativa richiede l'accertamento della consapevolezza in capo all'agente del proprio stato di sieropositività al momento della condotta, in altri ordinamenti (come, ad es., in quello svizzero) sono rimproverabili, a titolo di colpa, anche gli individui che "avrebbero dovuto sapere" di essere sieropositivi, ma si sono rifiutati di sottoporsi ai test per "cecità ostinata" (c.d. *wilful blindness*).

Sotto il secondo profilo, un imputato potrebbe essere consapevole della propria sieropositività, ma non cogliere le implicazioni in termini di potenziale trasmissione dell'HIV, ad es. per ignoranza sui metodi di contagio. In genere, sotto tale profilo, il mancato utilizzo del preservativo viene considerato un comportamento gravemente negligente (v. in Svezia, Spagna, Germania).

trasmissione del virus determina una malattia insanabile (ex art. 583 c.p., la pena è quella della reclusione da tre a sette anni): così, v. Cass., sez. V, 29.9.2010, n. 43763, in *Cass. pen.*, 2011, 3462 ss.

⁵⁴ La proposta è di E. FORTUNA, *Una strategia giuridico- sociale per la lotta all'AIDS*, in *Riv. it. med. leg.*, 1988, 469 ss.

⁵⁵ Il reato di «*propagazione di malattie dell'essere umano*» di cui all'art. 231 c.p. è inserito nell'ambito del Titolo ottavo, relativo ai crimini o ai delitti contro la salute pubblica.

⁵⁶ Vale comunque la pena segnalare che, nel caso di una pluralità di vittime, un'altra fattispecie astrattamente ipotizzabile, secondo la nostra giurisprudenza, è quella di «*epidemia*» (ex art. 438 c.p. pena dell'ergastolo) ossia di un reato contro l'incolumità pubblica inserito nel Titolo VI, Capo II del c.p. nell'ambito dei delitti di comune pericolo mediante frode. V., in tal senso, G.U.P. Roma, dec. 14.11.2016, in www.penalecontemporaneo.it, 3/2017, 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. MANFREDI, *Può un uomo cagionare un'epidemia da virus HIV*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.3.2017.

Negli ordinamenti di *common law*, invece, viene considerato “*temerario*” (*reckless*) nel contesto dell’esposizione dolosa, il fatto di prevedere che determinati comportamenti possano comportare la trasmissione del virus ed accettarne il rischio, intrattenendo rapporti sessuali non protetti.

Come dimostrato anche dall’esperienza giurisprudenziale del nostro ordinamento, che generalmente tende a ritenere integrato il dolo eventuale allorquando l’agente abbia accettato il rischio della trasmissione del virus quale «*possibile prezzo di un risultato desiderato*»⁵⁷, non sempre è agevole distinguere tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di riconoscere la rimproverabilità dolosa sulla base della teoria dell’assunzione del rischio da parte di colui che pone in essere un’attività pericolosa⁵⁸: sarebbe cioè sufficiente dimostrare che la condotta spregiudicata posta in essere dall’agente abbia obiettivamente messo in pericolo il bene giuridico protetto (come avviene nel caso del compimento di atti sessuali ad alto rischio di trasmissione). Tale soluzione, tuttavia, si porrebbe in contrasto con i più recenti approdi in tema di colpevolezza, che richiedono l’accertamento in capo all’agente dell’effettiva consapevolezza dei rischi e del loro “prezzo”.

3.4. La rilevanza del consenso in caso di *disclosure*

Tendenzialmente, gli ordinamenti prevedono norme *latu sensu* “di favore” nel caso di consenso dell’avente diritto (può trattarsi di un’efficacia esimente, di esclusione della tipicità ovvero solo attenuante). Sono necessarie, comunque, alcune precisazioni.

In primo luogo, mentre, in linea di massima, il consenso è considerato rilevante in relazione al reato di lesioni personali, è invece ritenuto irrilevante in relazione a quei reati contro l’incolumità pubblica di pericolo di trasmissione di malattie contagiose, come ad esempio avviene nel caso dell’ordinamento svizzero in relazione al reato di propagazione di malattie dell’essere umano di cui all’art. 231 c.p. Il motivo è da ricercarsi nel fatto che il consenso dell’avente diritto può essere rilevante solo se il reato è strutturato come reato contro l’incolumità individuale: nel caso di reati contro l’incolumità pubblica, gli interessi in gioco trascendono la dimensione del singolo. La prospettiva della rilevanza del consenso, in definitiva, muta a seconda del bene giuridico tutelato.

In secondo luogo, ai fini dell’accertamento, il consenso della vittima è da intendersi non come consenso alla trasmissione, ma piuttosto come consenso all’assunzione del rischio. Il consenso alla trasmissione risulterebbe, infatti, impossibile, dato che non si può prestare il consenso ad un evento il cui contributo causale dipende anche da fattori esterni: la vittima può solo prestare il “consenso all’assunzione del rischio”. Ne discende che il consenso è rilevante solo nei casi di rischio relativamente basso o accettabile, secondo la logica del rischio consentito (come avviene nell’ordinamento tedesco e svedese).

Diversa è, invece, la soluzione adottata nel nostro ordinamento, in cui il consenso non ha efficacia esimente neppure in presenza di un modesto rischio di contagio da HIV: per quanto un soggetto non sia giuridicamente obbligato ad auto-dichiararsi sieropositivo⁵⁹, nel momento in cui compie atti sessuali senza precauzioni, pone in essere un’attività pericolosa che offende (anche solo potenzialmente) un bene giuridico indisponibile. In questo senso, secondo la giurisprudenza, «*l’operatività della esimente di cui all’art 50 c.p. va infatti esclusa in caso di diritti indisponibili quali sono le lesioni produttive di una diminuzione permanente della integrità fisica*»⁶⁰.

⁵⁷ Cass., sez. V, n. 23992/2015, in www.dejure.it; nello stesso senso, v. anche Cass., sez. V, 17.9.2008, n. 44712, in *G.dir.*, 2008, 50,113 ss., con *ivi* nota di G. AMATO, *Va indagato l’“animus” dell’agente senza prescindere dal contesto culturale*.

⁵⁸ La tesi è stata avanzata da A. BONFIGLIOLI, *La responsabilità penale per contagio da virus HIV: profili oggettivi*, in S. CANESTRARI – G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 77 ss. Illustra la teoria dell’imputazione oggettiva in relazione altresì alla disciplina spagnola, in tema di *consentimiento en las lesiones ocasionadas por el virus VIH*, F. MANFREDI, *Profili penali della trasmissione sessuale del virus HIV*, *cit.*, 111 ss.

⁵⁹ V. l. 5.6.1990, n. 135, «*Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l’AIDS*».

⁶⁰ GIP Savona, 6.12.2007, in www.dejure.it.

L'accertamento del consenso può influire solo sulla valutazione della gravità del reato, ai sensi dell'art. 133 c.p., e sulla concessione delle attenuanti.

3.5. La natura del reato di esposizione: fattispecie di pericolo concreto

Occorre, infine, soffermarsi sulla possibilità di qualificare il reato di esposizione, come fattispecie di pericolo concreto. Abbiamo visto, infatti, come la giurisprudenza dei vari ordinamenti converga nell'escludere la rilevanza penale nel caso di condotte poste in essere da parte di soggetti con UVL, giacchè non sussiste alcun pericolo concreto di contagio (v., ad es., la normativa svizzera e francese). Ne discende che i reati di esposizione sono - secondo l'orientamento dominante nella prassi - reati di pericolo concreto: il rischio di contagio, per quanto solo potenziale, deve essere almeno effettivo.

Tale indirizzo appare in effetti condivisibile, essendo maggiormente in sintonia con l'orientamento espresso dalla Corte EDU in tema di sussidiarietà e proporzionalità del ricorso allo strumento penalistico in tema di HIV, limitando l'applicazione della sanzione penale ai soli casi in cui il rischio per la salute individuale sia almeno effettivo, evitando aprioristiche presunzioni di pericolosità.