

ANDREA R. CASTALDO

AIDS E DIRITTO PENALE:
TRA DOMMATICA E POLITICA CRIMINALE

Questo lavoro è stato svolto in occasione di alcuni soggiorni di studio presso l'Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften dell'Università di Monaco di Baviera.

L'Autore ringrazia i professori Claus Roxin e Klaus Volk per l'ospitalità e l'aiuto forniti nonché l'Alexander von Humboldt-Stiftung, che ha finanziato la ricerca.

INTRODUZIONE

« AIDS, la peste del duemila ». In questa frase ad effetto, usata ed abusata dai mass-media, è racchiuso più di uno slogan.

Il messaggio sotteso è chiaro: la sindrome da immunodeficienza acquisita non è una malattia tra le tante; il tasso di mortalità, il potenziale distruttivo in essa contenuto impongono una mobilitazione sociale, un impegno comune per debellare il fenomeno.

Le ragioni della costante attenzione rivolta dagli « addetti ai lavori » (e non) all'AIDS, sin dall'apparizione « ufficiale » (risalente a circa dieci anni fa) risiedono in un calibrato cocktail di ingredienti: le origini misteriose, una lite fra scienziati per la primogenitura della scoperta del virus, l'incurabilità associata all'esito mortale.

Ma le « fortune » in termini di pubblicità sono senza dubbio da scorgere nella particolare incidenza dell'AIDS tra categorie esposte (omosessuali, tossicodipendenti, prostitute). Da qui il tentativo di isolare « in anticipo » i focolai del contagio mediante l'introduzione (o la progettazione) di norme adeguate. Basterebbe pensare, a livello internazionale, alla certificazione obbligatoria di non-sieropositività per svolgere determinati lavori, alla sottoposizione coattiva al test per gli stranieri, al divieto di esercitare la prostituzione, alla chiusura dei centri per omosessuali.

Già tale produzione normativa potrebbe interessare « mediamente » lo studioso del diritto penale, quanto meno per le conseguenze scaturenti dalla sua inosservanza.

Col tempo, tuttavia, una simile politica è stata parzialmente corretta. A smascherarne l'errata impostazione ha provveduto il dato statistico, un elemento empirico, per definizione « neutrale ». La crescita costante del morbo tra gli eterosessuali (specialmente donne) ha costretto a rivedere la semplicistica equazione della malat-

tia come appannaggio del deviato e a predisporre un programma di informazione e prevenzione capillare e non fazioso. L'interesse per l'uso della sanzione penale non è però scemato, manifestandosi in funzione « immediata ».

Con quale esito è facile intuirlo: poiché sul banco degli imputati non sedeva l'emarginato ma il « normale », e la modalità principale del contagio diveniva il rapporto eterosessuale, nell'impossibilità di criminalizzare forme atipiche di sessualità (eccezion fatta per alcuni Stati degli U.S.A.), la censura giuridica si è abbattuta per l'appunto sull'atto « fisiologico », per valutarne la rilevanza penale. Tradotto sul terreno del diritto positivo, ciò ha significato saggiare l'eventuale riconducibilità del contagio al paradigma classico delle lesioni (volontarie o colpose).

Il rapporto sessuale con persona infetta è in grado di trasmettere il virus; l'AIDS, anche negli stadi meno evoluti, rappresenta una malattia, quindi una lesione dell'incolumità individuale fisiopsichica, bene tutelato dal codice penale. Se le proposizioni enunciate fossero davvero talmente lapalissiane, una ricerca apposita sarebbe fuori luogo.

Ma le cose non stanno così. All'applicabilità delle norme in materia di integrità personale (principalmente l'art. 582 c.p.) è dedicata l'intera prima parte dell'indagine. Una scelta del genere si giustifica per la mole dei problemi che la sussunzione nel delitto di lesioni riserva alla condotta contagiante.

Tanto per accennare a qualcuno di essi: almeno lo stadio iniziale dell'infezione non è agevolmente diagnosticabile come malattia; la circostanza aggravante dell'indebolimento permanente (di un senso o) di un organo non ricomprende automaticamente la meno-mazione della capacità di procreare.

Sicuramente difficoltà non minori si annidano nella riconducibilità dell'evento al comportamento sessuale « indiziato ». Le peculiarità del morbo (il lungo periodo di incubazione, la non assoluta sicurezza del test), unitamente ai forti dubbi sulla veridicità delle affermazioni della vittima, rendono estremamente azzardato provare il legame causale.

Nella visuale « moderna » della teoria generale del reato, se il Tatbestand si arricchisce della componente soggettiva (anticipazione del dolo e della colpa nel fatto tipico), d'altro canto non rinuncia alla dimensione oggettiva. In una cornice siffatta s'inseri-

sce l'istituto del « rischio significativo » come filtro dell'imputazione oggettiva. Alla sua precisazione contenutistica, nonché alla modificazione dello stesso confine registrandosi l'intenzionalità della offesa lesiva, si dirige il secondo capitolo, le cui conclusioni non mancano di suscitare sorprese.

Non è soltanto la prova del nesso eziologico a rivelarsi diabolica; un ostacolo analogo si profila in tema di « attribuibilità psicologica » dell'evento. Che il soggetto agente versi in dolo eventuale o in colpa cosciente è una sorta di rebus irrisolvibile già in base all'insidiosa e da sempre dibattuta separazione delle due figure; a maggior ragione nella sfera intima e per atti non connotati da una direzionalità offensiva: la labilità del criterio discrezionale (accettazione o meno dell'evento, almeno nell'impostazione « confortante » della communis opinio) sfuma nell'evanescenza e nell'arbitrio giudiziario.

Non a caso l'attenzione si è concentrata sul delitto tentato: saltare la barriera del rapporto causa-evento diventa esercizio appagante. Ma il rifugiarsi in forme di tutela anticipata comporta ulteriori crucci per l'interprete. Il vizio caro al legislatore del '30 di ricorrere a formule definitorie (imprecise) nella parte generale del codice penale condiziona esiti altrimenti scontati (come nella Repubblica federale tedesca, patria del ricorso generalizzato alla punizione per tentate lesioni pericolose) ed alimenta contestazioni sui requisiti dell'idoneità ed inequivocità dell'atto sessuale.

Il rifiuto del safer sex da parte del sieropositivo consapevole del suo stato costituisce indubbiamente pratica di una certa pericolosità (neppure però esageratamente rischiosa) che facilita l'intervento penale. Ma che dire quando il partner abbia accettato coscientemente il rapporto non protetto? Le incertezze giurisprudenziali tedesche testimoniano la difficoltà di avvalersi degli istituti corretti (nuovamente la objektive Zurechnung, qui nel parametro dell'autoesposizione della vittima al pericolo) per giungere all'assoluzione dell'imputato, « avvertita » come equa.

Insomma, resta evidenziata la richiamabilità astratta del delitto di lesioni personali, e contemporaneamente il disagio, per non dire l'impossibilità pratica, di applicare la fattispecie.

È del resto tale consapevolezza che spinge, nella seconda parte del lavoro, verso differenti canali di investigazione. La prospettiva è identica: sottoporre a verifica il dogma del necessario ingres-

so del diritto penale per sconfiggere forme pervicaci di diffusione del male. La panoramica è vasta: dalle contravvenzioni sanitarie alla omissione di soccorso, dall'epidemia alla Vergiftung dello StGB (§ 229), l'occasione è ghiotta per rispolverare disposizioni superate o reati dimenticati.

La ricognizione dell'inusitato arsenale penale a disposizione del legislatore spiana probabilmente la strada all'ultimo e fatale passo dei fautori della linea intransigente: la creazione di una figura delittuosa ad hoc, magari modellata sull'abrogato art. 554 c.p. (contagio di sifilide e di blenorragia), finalmente dispensante dalle acrobazie dialettiche per la prova della causalità.

La risposta all'utilità dell'operazione deve essere cauta: paradossalmente un nuovo reato potrebbe rivelarsi addirittura dagli scopi garantisti, in quanto solleverebbe l'interprete dalla tentazione (purtroppo affiorata nella magistratura tedesca) di riformulare categorie dommatiche (si pensi al dolo eventuale, ai requisiti di cui all'art. 56 c.p.) svuotandole nella loro essenza e piegandole a proprio uso e consumo in forza di un'opzione presa, vale a dire la condanna del contagiante. Con quali scardinanti conseguenze è facile immaginare: il rischio, anche questo emerso in contributi dottrinari d'oltralpe, è infatti la statuizione di una dommatica specifica per l'AIDS e l'impoverimento della legalità.

La nascita di un illecito ex novo non è però liquidabile alla stregua dei pericoli riflessi, dovendosene studiare l'opportunità sub specie del principio di sussidiarietà.

E non basta: occorre guardarsi da un'ulteriore « imboscata » che aleggia nell'intera strategia di affidamento sull'intervento penale. La criminalizzazione di comportamenti privati, le possibili « reazioni di rigetto » dei destinatari della norma, ancora la reale capacità del precetto di raggiungere la coscienza di gruppi, il cui ritmo di vita è scandito da una condizione di abituale marginalità sociale, rappresentano fattori da non sottovalutare, se non si vuole approntare una legislazione « simbolica », ineffettiva.

Il cerchio si chiude allora con l'impressione di una fuga in avanti delle risorse penali per far sentire la presenza dello Stato, per canalizzare i bisogni di punizione. La sanzione, insomma, come strumento di orientamento culturale, la pena nell'orbita della prevenzione generale positiva. Una tale ottica resta debitrice di una improbabile verifica empirica, ma ci sembra doveroso chiarire un

punto centrale, per smascherare l'equivoco di fondo che anima i sostenitori della scelta penale: non si vede perché (nessuno lo ha dimostrato) la realizzazione degli obiettivi perseguiti (lotta alla propagazione dell'AIDS) non debba passare — come sarebbe logico attendersi — attraverso una politica sociale di prevenzione e, rovesciando l'attuale inclinazione, delegare al diritto penale addirittura il compito di intervenire a protezione del malato (si pensi all'incriminazione dello svolgimento di indagini dirette ad accertare la sieropositività del lavoratore dipendente: in una simile direzione, però, espressamente l'art. 6 L. 5.6.1990 n. 135).

Sia consentita un'ultima riflessione: sarebbe presuntuoso assegnare a questo studio un compito « formativo » nei rapporti tra AIDS e diritto penale; anzi, il carattere « pionieristico » lo rende certamente un vademecum incompleto e vulnerabile. Più limitatamente, saremmo riusciti nell'intento orientativo (e divulgativo) qualora ci si avvicinasse finalmente al problema senza pregiudizi o visuali etiche condizionanti, bensì con un ragionato dosaggio dei pro e contro che ogni soluzione si trascina. Sine ira et studio, per riprendere il brocardo. Evitando che la giurisprudenza imbocchi piste « a senso unico ».

La situazione in Italia lascia ben sperare. Il tradizionale gap dottrinale e giurisprudenziale nei confronti della Germania nell'affrontare tematiche emergenti ottiene la rivincita nel legislativo: mentre oltralpe si discute ancora sulla strategia da adottare, e se affidare un ruolo di sinecura allo ius puniendi, il nostro legislatore si muove con rapidità. Dapprima l'inserimento dell'AIDS tra le malattie infettive (art. 3 D.M. 28.11.1986 del Ministero della Sanità), il che consente l'adozione di misure profilattiche ed un aggiornato censimento dell'epidemia, indi la recente L. 5.6.1990 n. 135 (« Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS ») ed il D.M. 28.9.1990 del Ministero della Sanità (« Norme di protezione dal contagio professionale da HIV nelle strutture sanitarie ed assistenziali pubbliche e private »), esempi di risposta al fenomeno equilibrata e pacata (potenziamento delle strutture ospedaliere e aumento dei posti-letto, cospicui interventi finanziari, opera di sensibilizzazione, modalità precauzionali).

Infine, l'art. 15 L. 30.11.1990 n. 359 (« Aumento dell'organico del personale appartenente alle Forze di polizia, disposizioni per lo snellimento delle procedure di assunzione e reclutamento e

avvio di un piano di potenziamento delle sezioni di polizia giudiziaria »), che, nel subordinare al consenso (nell'originario D.L. convertito non previsto, e perciò aspramente criticato) del personale appartenente alle forze di polizia la sottoposizione al test di sieropositività, persegue la comprensibile finalità di prevenire il contagio di terzi nell'espletamento di servizi a rischio.

Dunque, una nemesi storica.

P A R T E I

SINDROME DA IMMUNODEFICIENZA ACQUISITA
E RESPONSABILITÀ PENALE PER LESIONE PERSONALE

CAPITOLO PRIMO

IL FATTO TIPICO

SOMMARIO: I. Premessa. — II. Gli aspetti medico-epidemiologici: le origini dell'infezione da *Hiv*; a) le vie di propagazione del morbo; b) le cure; c) le cifre. — III. I riflessi socio-giuridici del male. — IV. L'interpretazione delle norme incriminatrici alla luce del criterio dell'*extrema ratio*: a) i parametri di « concretizzazione contenutistica » della fattispecie; b) un primo approccio metodologico. — V. La punibilità *de iure condito* del contagio come indagine condizionante la presunta necessità dell'introduzione di una norma *ad hoc*. — 1. L'ipotesi classica: trasmissione del virus mediante rapporto sessuale e sussumibilità nel reato di lesioni. — 2. L'ostacolo iniziale: sieropositività asintomatica e malattia. La nozione di quest'ultima nella letteratura scientifica e nella giurisprudenza. — 3. L'assenza di spunti di riferimento nell'abrogato art. 554 c.p. — 4. Un importante precedente: la sentenza Pret. Torino 22.3.1989 e la linea di demarcazione suggerita. — 5. La soluzione nella Repubblica federale tedesca: a) la *Gesundheitsbeschädigung* come nucleo costitutivo della *Körperverletzung*; b) la difesa dell'incolumità individuale nei codici precedenti (e la proposta dell'*Alternativ-Entwurf*); c) l'opzione politico-criminale sottesa all'attuale definizione codicistica « onnicomprensiva » e l'incoraggiamento dottrinario; d) la ricomprensione problematica nel « danno alla salute » del mero passaggio del virus; e) l'aggravamento elegante della questione (sussistenza di trauma psichico). — 6. L'evoluzione normativa italiana in materia di protezione dell'integrità fisio-psichica. — 7. Parallelismi ed asimmetrie nella comparazione tra i due sistemi. — 8. I diversi stadi dell'AIDS e le ripercussioni sulla gravità delle lesioni: a) il pericolo di vita della persona offesa; b) l'indebolimento permanente di un organo (nella specie, il quadro immunitario); c) (segue) la capacità di procreare; d) (segue) le alterazioni mentali; e) l'acceleramento del parto e l'interruzione della gravidanza da aggravanti a reati autonomi; f) l'insanabilità della malattia. — 9. Il nuovo regime di imputazione delle circostanze e gli effetti *de quo*. — 10. Contagio di donna incinta e tutela del feto; a) un delicato risvolto: legittimità dell'aborto a fini terapeutici. — 11. Gli artt. 584 e 586 c.p. tra principio di colpevolezza e teoria dell'imputazione oggettiva. — 12. Il legame causale: una *probatio diabolica*; a) difficoltà oggettive (diagnostica di laboratorio e fase di latenza); b) e soggettive (attendibilità psicologica della vittima). c) Una significativa conferma nella sentenza del Pretore di Torino d) e nei sofismi delle decisioni giudiziarie tedesche: dalla condanna per tentativo inidoneo all'istituto della *Wahlfeststellung*. — 13. Un ulteriore dilemma: fluidità del male e contestazione accusatoria; a) limite del *ne bis in idem*. L'espressione « medesimo fatto » (art. 649 c.p.p.) e l'operatività del divieto nel reato progressivo; b) le conseguenze in tema di prescrizione (inutilità del ricorso alla distinzione perfezione-consumazione del reato). — 14. L'interruzione del nesso di causalità (art. 41 cpv. c.p.). — 15. Eventi non immediati e *Unrechtsgehalt*.

I. — Un'indagine che miri ad esaminare il complesso e delicato rapporto tra AIDS e diritto penale non può prescindere da una precisazione preliminare. Di duplice natura.

Innanzitutto, soffermarsi sul dato epidemiologico e sugli aspetti medici della malattia — anche se in forma divulgativa — risponde all'esigenza di fornire una visione d'insieme, sia pure con la consapevolezza delle incertezze regnanti in materia, indispensabile per dipanare con cognizione di causa i nodi della ricerca. Le imprecisioni statistiche, l'allarmismo talvolta ingiustificato, unitamente alla disinformazione latente, hanno contribuito del resto a prese di posizione drastiche, ma viziate nei presupposti.

Quanto al secondo punto, è bene avvertire sin d'ora, onde evitare equivoci, che l'intervento del diritto penale — impregiudicato lo spazio d'azione — non va inteso come strumento di lotta alla diffusione della malattia. Il postulato della legittimità (opportunità) del suo ingresso è tutto da dimostrare. Senza contare che va attentamente verificato il margine di applicabilità delle fattispecie tradizionalmente invocate. Fermo restando che l'ultimo compito è in grado ovviamente di produrre effetti positivi sul primo versante, una politica criminale che invertisse i termini della questione, col dichiarato intento di trovare nella pena la 'soluzione finale', sarebbe destinata al fallimento, oltre a rivelarsi pericolosa nelle motivazioni ispiratrici.

II. — L'AIDS, dal 1982 sigla internazionalmente riconosciuta (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*), è una malattia contraddistinta dalla distruzione del sistema immunitario (1). L'artefice è un particolare retrovirus (*Hiv: Human immunodeficiency*

(1) Nella primavera del 1981 furono segnalati negli Stati Uniti, presso l'Istituto per il controllo delle malattie infettive (CDC: *Center for Diseases Control*), 31 casi di persone ammalatesi improvvisamente per un calo delle difese immunitarie. Non trovandosi sul momento una spiegazione della patologia in atto, ed essendo tutti i malati omosessuali, fu proposto di contrassegnare il morbo con l'etichetta di comodo di GRID (*Gay-Related-Immune-Deficiency*). Successivamente, per la diffusione della malattia tra tossicodipendenti e politrasmusi, si adottò la dizione attuale.

In Italia l'abbreviazione SIDA (traduzione di *Sindrome da immunodeficienza acquisita*), utilizzata ad esempio in Francia e in Spagna, non ha incontrato consensi.

virus) (2), il quale aggredisce direttamente i linfociti T4, responsabili dell'organizzazione dell'apparato difensivo contro agenti patogeni.

L'*Hiv* inserisce il proprio codice genetico, formato da RNA (acido ribonucleico), nel codice genetico della cellula ospitante, composto da una molecola diversa, il DNA (acido desossiribonucleico) (3). Penetrando nel nucleo della cellula linfocitaria, l'RNA virale entra a far parte del patrimonio genetico di quest'ultima, infettandola.

Se il virus rimane inattivo (4), la cellula T4 alterata mantiene un regime di vita normale: il soggetto risulta sieropositivo senza presentare sintomi (c.d. portatore asintomatico). Se viceversa il virus, attivandosi, si riproduce all'interno della cellula T4, la stessa scoppia liberando virus che infetteranno altri linfociti T4. L'innescio del processo a catena mette ben presto in tilt un numero consi-

(2) Isolato nel maggio 1983 dal gruppo di ricerca guidato dal prof. Montagnier dell'istituto Pasteur di Parigi con la sigla LAV (*lymphadenopathy-associated-virus*) e quindi dall'équipe del prof. Gallo dell'istituto per la lotta ai tumori del Maryland e designato come HTLV-III (*Human T-cell Lymphotropic Virus Type III*).

La genesi del virus è ancora misteriosa. Mentre è da scartare la fantascientifica tesi della sua fabbricazione artificiale ad opera della CIA, con sperimentazione su detenuti in cambio della libertà (un'ipotesi anche autorevolmente difesa, ma scientificamente inattendibile: ragguagli in SÜSSMUTH, *AIDS. Wege aus der Angst*, 1987, 45 ss.), si discute se la sua origine sia in alcune specie animali, e da queste trasmesso all'uomo, oppure in ceppi della popolazione africana, in uno stato di relativa quiescenza, e da lì esportato in forma virulenta negli Stati Uniti. Per altre teorie, cfr. PRATTICO, *Niente paura è solo Aids!*, *la Repubblica-Mercurio* 3.6.1989, 13; SEBASTIANI, *Aids: uno nessuno centomila virus*, *la Repubblica-Mercurio* 5.5.1990, 10.

Un secondo virus (*Hiv-2*), di differente composizione nelle proteine dell'involucro, è stato isolato partendo da un focolaio di AIDS presente nell'Africa occidentale. Cfr. PIOT - PLUMMER - MHALU - LAMBORAY - CHIN - MANN, *AIDS: An International Perspective*, *Science* 239 (1988), 573 ss.

(3) Stante la incomunicabilità tra i due codici genetici (DNA e RNA), il retrovirus deve prima trasformare il codice RNA in DNA grazie ad un enzima particolare, la trascrittasi inversa, di cui è dotato l'*Hiv*. Viceversa il DNA si trascrive nella molecola RNA normalmente. Cfr. HAAS, *AIDS. Ein Virusinfekt des Immunsystems*, 1985, 23; GROSS, *Aktuelles über AIDS*, *DÄBl* 1986, 472 ss.

(4) Per cause non ancora chiare, anche se la condotta di vita e l'esposizione ad altre fonti di infezioni, specialmente recidive, sembrano fattori determinanti.

derevole di linfociti T4 con conseguente impossibilità di apprestare le difese immunitarie. La fase di latenza termina e la malattia esplode attraverso infezioni opportunistiche che approfittano dell'incapacità di reagire dell'organismo (5); secondo un indice di pericolosità crescente sono così annoverabili stadi evolutivi vari: dalla sindrome linfadenopatica (LAS) all'*AIDS-related complex* (ARC) (6), fino all'AIDS conclamata.

a) Il retrovirus *Hiv* è stato isolato nel sangue, nello sperma e nelle secrezioni vaginali degli infetti. Sebbene rintracciato nei liquidi organici (saliva, lacrime, ecc.), la quantità riscontrata è talmente bassa da far dubitare che possano essere veicoli di contagio. Se infatti l'*Hiv* non raggiunge una determinata soglia di consistenza, l'organismo (quando non debilitato) reagisce adeguatamente, impedendone l'insediamento.

Le modalità di trasmissione del virus si riducono pertanto a due principali categorie: via intrauterina, e cioè dalla donna gravida al feto, nella gravidanza o durante il parto (*perinatal transmission*) (7); contatto del virus con il sangue del ricevente.

Per quanto concerne l'ultimo punto, sono evidenziabili i seguenti sottogruppi.

(5) *Opportunistic Diseases*, quali il sarcoma di Kaposi, la *candida esophagitis*, la *pneumocistis carinii*. Si veda *AIDS-Was geht's mich an? Eine Information für Frauen und Männer*, 1986, 5; KAATSCH - SCHULZ - HELMKE, *Morphologische und immunhistologische Befunde bei einem Fall von AIDS*, in *Medizin und Recht, Festschrift für Spann*, a cura di VON EISENMENGER - LIEBHARDT - SCHUCK, 1986, 180 ss., e ivi bibliografia.

(6) Cfr. AIUTI, *Sindrome da immunodeficienza acquisita (AIDS). Lo stato dell'arte*, *Immun. Clin. sperim.* 1984, 3 ss.; AIUTI-LUZI, *Schede di informazione sull'infezione da Hiv: AIDS e Sindromi correlate*, II, *Serv. Aggiorn. med.*

(7) Non è provato invece che l'allattamento rientri tra le fonti di contagio, sebbene il virus sia stato scoperto nel latte della madre sieropositiva.

Il nato è sempre sieropositivo, poiché la madre gli trasmette automaticamente gli anticorpi del virus, quest'ultimo invece può essere presente o no. In caso negativo, in un periodo di tempo oscillante tra i sei e i quindici mesi dal parto, il bambino diventa sierologicamente negativo per l'AIDS, scomparendo gli anticorpi (l'evenienza è valutata intorno al 60%). Viceversa, se il figlio ha ricevuto anticorpi e virus (circa nel 35% dei casi), la probabilità di sviluppare l'AIDS nei primi due anni di vita è alta.

In argomento, L'AGE STEHR, *Ein höchst gefährliches Virus*, in *Todesseuche AIDS*, a cura di HALTER, 1985, 59.

Trasfusione di sangue e assunzione di prodotti emoderivati. L'eventualità è remota, per l'obbligatoria sottoposizione a test del sangue prima dell'impiego (sin dal 1985). Analogamente per i derivati sanguigni, il cui metodo di preparazione segue specifici accorgimenti (il riscaldamento, poiché il virus non sopravvive a temperature superiori ai 60°) in grado di debellare l'Hiv. Nonostante ciò, il rischio di contagio da trasfusione persiste, come dimostrato dagli episodi portati di recente all'attenzione dell'opinione pubblica; la percentuale stimata è 1/125.000 (8). Poiché infatti il test di rilevazione della sieropositività si basa sul metodo indiretto della presenza di anticorpi al virus (c.d. metodo ELISA: *Enzyme Linked Immuno-Sorbent Assay*), e questi si sviluppano in uno spazio variabile dai 15 giorni ai 4 mesi (secondo alcuni fino a 14 mesi), può capitare che il test non registri l'infezione contratta essendo stato effettuato nella c.d. fase-finestra (9). Per ovviare all'inconveniente, non potendosi conservare il sangue per tempi lunghi, si punta alla 'selezione' del donatore, ma sono intuibili i limiti dell'operazione.

Uso di aghi ed accessori contaminati. La pratica molto comune tra i drogati, in specie eroinomani, di iniettarsi il preparato per via endovenosa mediante l'utilizzo della stessa siringa rappresenta un veicolo di contagio particolarmente elevato (per le residuali ipotesi: punture accidentali, strumenti medico-estetici infetti, cfr. nota 10).

Trasmissione per via sessuale. Costituisce la modalità più diffusa di propagazione del virus. L'Hiv, presente nello sperma e nelle secrezioni vaginali, si inserisce nei linfociti del soggetto riceven-

(8) Fonti divergenti parlano di un rapporto 1/39.000: cfr. M. G. Koch, *AIDS - die lautlose Explosion. Debatte und Realität*, 1988, 104.

Nella Repubblica federale tedesca, dal 1.10.1985, il test di ricerca dell'Hiv è obbligatorio per i donatori di sangue (cfr. *Richtlinien zur Blutgruppenbestimmung und Bluttransfusion*, *Bundesgesundheitsblatt* 1985, 4, 122.).

Identici controlli sono disposti ormai in tutti i Paesi per i donatori di organi. In argomento, GROSSO, *Prelievi, trapianti e banche delle ossa: profili giuridici e giuridico-penali*, RIDPP 1989, 9 s.

(9) Esistono tecniche di analisi differenti, in grado di segnalare l'esistenza del virus (c.d. ibridizzazione *in situ*), ma, a parte i costi elevati, richiedono molto tempo e non sono automatizzabili. Cfr. la nota 136.

Cfr. HUNSMANN - WENDLER - SCHNEIDER, *Der LAV/HTLV - III - Antikörpertest*, AIFO 1986, 22 ss.; GURY - MURRAY, *Valutazione ambulatoriale dei pazienti a rischio per Aids e Arc (Aids-related complex)*, *Stampa medica* 1987, 16, 43.

te attraverso le microlesioni preesistenti (facili da riscontrarsi dato l'ambiente adatto alla formazione di infiammazioni resistenti e localizzate), o che si verificano durante il rapporto (causa la fragilità delle mucose). Ciò spiega il perché della trasmissione del virus nei contatti omo- ed eterosessuali, nonché in quelli orogenitali. Naturalmente, le pratiche sessuali che favoriscono microescoriazioni, predisponendo un terreno favorevole, accrescono il rischio dell'inoculazione del virus.

La ripetitività dell'atto incrementa il pericolo e, infine, la trasmissibilità tra uomo e donna è reciproca, pur essendo statisticamente meno probabile il contagio donna-uomo.

Sono individuabili di conseguenza alcuni gruppi 'a rischio', cioè dalla probabilità maggiore di contrarre l'infezione: nati di sieropositive (intorno al 35%); emofiliaci ed emotrasfusi prima del settembre 1985 (fra il 30% ed il 40%) o ancor'oggi in zone carenti di controlli sui donatori; tossicodipendenti che assumono sostanze psicotrope per via endovenosa (c.d. *intravenous drug abusers*) (circa il 50%); omosessuali, bisessuali (i maschi sono maggiormente esposti: 70%); prostitute; partners eterosessuali dei soggetti a rischio (10).

b) L'AIDS è attualmente incurabile. La terapia è limitata al trattamento delle infezioni opportunistiche, con esiti differenti secondo il tipo: mentre i farmaci antibiotici, antimicotici e antiparasitari riescono a fronteggiare con successo le malattie comuni, così come alcuni antivirali registrano qualche efficacia, resta viceversa senza apprezzabili benefici la cura — anche mediante interferon — dei linfomi secondari e del sarcoma di Kaposi. La vita media dei colpiti

(10) Piuttosto bassa la possibilità del contagio in seguito a puntura accidentale con aghi o strumenti contaminati (nell'ordine dello 0,5%). Non esistono seri pericoli neppure per il personale medico e gli operatori sanitari che 'trattino' quotidianamente sangue infetto, né logicamente per il paziente, ove siano rispettate le precauzioni conformi. Sulle regole da adottare, MARABOTTO, *Sette regole di rigore salvano i medici da Hiv*, *Il giornale del medico* 1989, 38, 5. Cfr. ora il D.M. 28.9.1990 del Ministero della Sanità.

Nessun rischio, infine, per i rapporti sociali o ambientali con malati di AIDS o per effetto di *blood sucking* degli insetti ematofagi. Si veda SANDE, *Transmission of AIDS*, *New Eng. J. Med.* 314 (1986), 380 ss.; GREEN, *The Transmission of AIDS*, in *AIDS and the Law: A Guide for the Public*, 1987, 28 ss.

da tali patologie si aggira sui due-tre anni. Non esistono pertanto medicine specificamente indirizzate a debellare il virus *Hiv* (11), ma soltanto preparati atti a lottare contro le forme di manifestazione dell'AIDS senza rimuovere le cause. La fabbricazione di un vaccino ottenuto dalla proteina del virus e ricombinato mediante tecniche di manipolazione genetica (12) sembra essere al momento la strada da percorrere; i tempi di realizzazione sono però indeterminati.

Accanto all'assistenza psicologica dell'AIDS-patient o *carrier*, è possibile dunque la sola attività preventiva, nella duplice direzione di evitare — o quanto meno di ritardare — l'evoluzione del male attraverso l'eliminazione mirata dei 'fattori di accelerazione' verso l'ultimo stadio, e di abbassare per i sani l'eventualità del contagio grazie a misure cautelari.

Forme di remissione dell'AIDS, con scomparsa della sieropositività, vengono segnalate raramente e sembrano rientrare nella fisiopatologia ordinaria delle malattie infettive. Il virus rimane come acido nucleico nel genoma recipiente; tuttavia, a meno di una replicazione virale o di una reazione anamnesticca, non si evidenziano anticorpi, spia dell'infezione.

c) Nel mese di ottobre 1987 il numero dei sieropositivi notificati nel mondo ammontava a 62.445, in Italia, nel dicembre dello stesso anno, a 1478, con un rapporto maschi-femmine di 4 a 1; nel maggio del 1989 si contavano nel mondo 144.276 sieropositivi; in Italia, il 30 giugno 1990 gli ammalati di AIDS conclamata erano 6701 (266.000 in 156 nazioni), ad ottobre, 7.500 (fonte: Istituto superiore della Sanità), con il 60% di tossicodipendenti, il 20% di omosessuali, il 6-7% di eterosessuali (tra cui 1280 donne) ed il resto politrasfusi. La regione in testa alla graduatoria è la Lom-

(11) Unica eccezione l'Azidotimidina (AZT), sperimentata da qualche tempo negli ospedali italiani su pazienti colpiti da AIDS conclamata.

Particolarmente negli U.S.A. si continua, seppure non in forma massiva, nella somministrazione delle cellule CD4 e del farmaco Ddi. Studi recenti hanno infine individuato in un micoplasma il supporto all'azione del retrovirus, per cui si tenta di agire su di esso.

(12) In argomento, MATTEUCIG, *AIDS, un morbo che può colpire chiunque*, Biol. It. 1988, 2, 12; *Vaccines 90 - Modern approaches to New Vaccines Including Prevention of AIDS*, a cura di BROWN - CHANOCK - GINSBERG - LERNER, 1990.

bardia, più colpite sono in generale le aree sviluppate del Paese, gli insediamenti urbanistici anziché rurali.

Le cifre riportate fotografano però un aspetto limitato — oltre che ingannevole — della situazione. Esse fanno riferimento ai casi *denunciati*, quindi non al totale effettivo (valutato nel doppio), se si tiene conto che i sieropositivi, per i quali la *cifra oscura* è considerevole, sono di massima portatori asintomatici, né esiste uno *screening* di massa in grado di individuarli.

Riguardo per l'appunto i sieropositivi, e con la doverosa precisazione che si tratta di stime (13), si calcola che il loro numero tocchi nel globo i 5-6 milioni (in Italia all'incirca 200.000) e che esso sia destinato a superare il tetto dei 20 milioni nel giro di dieci anni. Inoltre, poiché nell'arco di sette anni e oltre (14), in un terzo dei portatori del virus la malattia evolverà in ARC, in una percentuale analoga si trasformerà in AIDS conclamata, è pronosticabile una quota totale, incluso il dato del ritmo crescente delle nuove infezioni, di circa 5.000.000 di malati di AIDS nel duemila e già di 1.111.000 nel '91, beninteso a condizione di una massiccia opera di prevenzione.

Quanto al capitolo dei decessi, solo negli U.S.A. sono morte 15.000 persone nel periodo 1979-1986, e la previsione è di 54.000 nel 1991.

III. — Le peculiarità della malattia, le caratteristiche del contagio, l'incurabilità, l'esposizione al rischio di specifiche categorie giustificano l'interesse che sin dalle origini l'AIDS ha spiegato nell'opinione pubblica. Questa costante attenzione, alimentata dal bombardamento quotidiano di notizie da parte dei mass-media, ha determinato tuttavia un approccio al problema non sempre lusinghiero, in quanto privo di obiettività e distorto da pregiudizi.

L'insidiosità del virus si nasconde dunque anche dietro la so-

(13) I dati provengono dall'OMS (Organizzazione mondiale per la sanità).

Da notare peraltro che le previsioni partono dalla considerazione che il numero degli ammalati raddoppia nell'arco di 12-14 mesi. In realtà l'incremento procede in misura rallentata.

(14) Tale il periodo di incubazione. Meno drastici (5-6 anni) RASOKAT - HÄUSSERMANN, *AIDS-klinisches Bild und therapeutische Aspekte*, in *AIDS. Neuere Erkenntnisse*, a cura di STEIGLEDER, 1985, 39. Cfr. nota 139.

vrabbondanza di dati disponibili. Se è facile così decifrare manovre ideologicamente ispirate, volte a tranquillizzare l'opinione pubblica e non indirizzate in prima battuta a combattere il male, il difficile consiste nell'indicazione della strategia vincente. Certo l'AIDS non può essere lasciato all'asettico mondo della biologia e della medicina; il coinvolgimento di molteplici profili sociali esige una linea politica articolata, il cui sbocco è nello strumento giuridico.

Dovrebbe essere però assolutamente chiara la separazione degli aspetti morali da quelli del diritto (penale e non). La ghettizzazione dei gruppi tradizionalmente a rischio (omosessuali, tossicodipendenti, prostitute) si dimostra fuori luogo: non solo nelle conseguenze, diffondendosi la malattia in strati della popolazione ritenuti fino a poco tempo fa sicuri (secondo allarmanti previsioni gli eterosessuali potrebbero raggiungere nel duemila il 60% della quota totale dei malati), quanto persino nelle premesse, partendo da una visione etico-religiosa di condanna del comportamento deviante, e servendosi della presunta *pericolosità clinica* per neutralizzare la *pericolosità sociale* di tali individui (15).

D'altro canto va evitata l'opposta tendenza a vittimizzare la persona colpita dal male, accentuandone l'isolamento.

L'AIDS coinvolge settori disparati dell'ordinamento giuridico. Dal diritto civile (si pensi alle ripercussioni in tema di invalidità del contratto di matrimonio per errore sulle qualità personali del coniuge quando questi abbia taciuto il proprio stato di sieropositivo: art. 122 c. 2° e 3° c.c.) al diritto del lavoro (riconoscibilità dell'invalidità civile e collocabilità in attività lavorative protette ex L. 482/1968 per il sieropositivo, la cui condizione non costituisce comunque giusta causa di licenziamento) (16), dal diritto finanziario (manovra di bilancio per sostenere le spese nel campo della ricerca e dell'assistenza e conseguentemente disegnare la politica so-

(15) Si vedano le considerazioni antropologiche di Marc Augé, raccolte da GUITTA PESSIS-PASTERNAK, *La société, le SIDA et le diable*, *Le Monde* 20.12.1988, 1 ss. In chiave critica, inoltre, WALTER, *Ethical Issues in the Prevention and Treatment of Hiv Infection and AIDS*, *Science* 239 (1988), 597 ss.

(16) Cfr. in proposito le « *Informazioni della Commissione nazionale per la lotta contro l'AIDS* », a cura del Ministero della Sanità, s.d., 23, nonché DICKENS, *Legal Rights and Duties in the AIDS Epidemie*, *Science* 239 (1988), 581 s.

ziale da intraprendere) (17) al diritto amministrativo (eventuali misure da adottare — obbligatorietà del test, espulsione dal territorio del sieropositivo — nei confronti dello straniero) (18).

Se la soluzione di molte delle problematiche accennate passa attraverso il bilanciamento della tutela del malato con le esigenze contrapposte di protezione del sano, nell'ambito del diritto penale la prospettiva risulta complicata, e non legata esclusivamente alla dimensione costituzionale quale punto di riferimento dei beni giuridici coinvolti a livello di normazione ordinaria (19). La Carta costituzionale rappresenta infatti un'indicazione necessaria come precondizione dell'intervento repressivo (20), ma l'inclusione nell'area del penalmente rilevante resta subordinata alla verifica — in generale — della 'meritevolezza di pena' del fatto, stante il principio di sussidiarietà.

IV. — Le acquisizioni tornano particolarmente utili ed attuali nell'affrontare l'argomento dei riflessi penalistici dell'AIDS, in previsione dell'introduzione di apposite norme destinate a combattere la sindrome, come pure nella valutazione delle disposizioni vigenti, circa la loro richiamabilità ed 'adattabilità'.

(17) Istruttivo al riguardo BAUER, *Der AIDS-kranke im sozialen Netz*, in *Problemkreis AIDS-seine juristischen Dimensionen*, 1988, 27 ss.

Un esempio significativo si rinviene nella L. 5.6.1990 n. 135, quanto agli stanziamenti disposti per il reclutamento del personale medico e paramedico e per la costruzione di padiglioni ospedalieri destinati al ricovero dei pazienti. Sulle modalità di intervento, A. SCASSO - BOZZI - MORETTI - C. SCASSO - LOGGINI, *Infezione da Hiv e medicina di base. Strategia assistenziale e problematiche diagnostiche*, Biol. It. 1989, 3, 37 ss.

Negli Stati Uniti la spesa per la lotta all'AIDS nel 1991 è calcolata in sette miliardi di dollari.

(18) Per una panoramica delle questioni giuridiche sollevate dalla malattia, *AIDS and the Law* (nota 10); *Die Rechtsprobleme von AIDS*, a cura di SCHÜNE-MANN - PFEIFFER, 1988; *Aids. A moral Issue. The Ethical, legal and Social Aspects*, a cura di ALMOND, 1990; *Aids and the Courts*, a cura di ABT - HARDY, 1990.

Inoltre, SIMONETTI, *AIDS-Misure legali e di polizia in vigore oggi in vari Paesi, Il medico d'Italia* 1988, 20, 1 ss.

(19) Su cui COMOGLIO, *Misure anti-AIDS e problemi costituzionali*, FI 1988, V, 292 s.

(20) Cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983, 161 ss.

È soprattutto l'ultimo aspetto a meritare interesse. Non v'è dubbio, invero, della praticabilità dell'interpretazione estensiva per molte figure delittuose, sia per la formulazione legislativa, sia per la tipologia di accadimenti sulla quale sono destinate ad insistere. Basterebbe pensare alla 'porosità' delle espressioni adoperate (21), oppure alle fattispecie causalmente orientate per accorgersi dei sufficienti spazi di manovra a disposizione dell'interprete.

Il problema però dei *limiti* di tale *Freiraum* non viene solitamente lumeggiato a sufficienza. È bene ribadire che nel parlare di limiti interpretativi non si allude al rispetto del principio di legalità, nella duplice articolazione della tassatività e del divieto di analogia (*in malam partem*). Questi parametri sono, per così dire, scontati, e segnano il confine invalicabile (*in alto*) di qualsiasi operazione ermeneutica. Altrettanto ovvio come perciò non aiutino nella determinazione dell'ambito di discrezionalità dell'operatore giuridico, ambito che potremmo definire di *concretizzazione contenutistica della fattispecie*.

Senza pretesa di fornire una risposta esaustiva, si possono suggerire alcune direttrici di ricerca.

Riassumiamo per comodità i termini della questione attraverso un'esemplificazione pratica: va incontro a sanzioni penali il sieropositivo consapevole del suo stato che abbia rapporti sessuali con il partner? O ancora, ad uno stadio precedente: è suscettibile di incriminazione chi, a conoscenza della propria sieropositività, non avvisa il partner? Le domande, volutamente generiche, evidenziano come non sia tanto importante richiamare gli articoli del codice, salvo ritornarvi nel corso della trattazione, quanto soprattutto indicare il metodo da seguire. Ciò significa, da un punto di vista logico, testare lo spazio operativo della norma nella quale — ad un superficiale e disimpegnato esame — sembra ricadere quella specifica azione. In una prospettiva, dunque, *de lege lata*, indispensabile per passare alla successiva verifica *de iure condendo*.

I confini demarcanti l'estensibilità del fatto astrattamente previsto sono rappresentati al livello superiore, come accennato, dall'*analogia* e dalla *tassatività*. La loro valenza politico-criminale si

(21) Sul punto, KOCK - RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 191 ss., 194 ss.; inoltre SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, 1978, 19 s.; 29 ss.

riassume nell'attuazione dei postulati di fondo dello Stato democratico di diritto.

Il livello inferiore è segnato da una *rigorosa* interpretazione *storico-testuale*, che privilegi cioè la mera formulazione letterale e le origini storiche della disposizione. Anche tale fattore, sia pure nella sua ambiguità, è collocabile nell'ottica di una rigida 'sovraesposizione' dei criteri garantisti, in ossequio al culto della legalità formale e come reazione ai disinvolti meccanismi di applicazione giurisprudenziale del diritto.

La totale *anelasticità* della norma è tuttavia, prim'ancora che un'utopia, una scommessa persa in partenza, se non altro perché le espressioni legislative insinuano inevitabili dubbi, mentre la tecnica di descrizione casistica, pur volendo presumere la vantaggiosità, si rivela non esaustiva.

Il codice e la legislazione penale lo dimostrano chiaramente: al di là delle ipotesi classiche (una tra tutte: le parole « atti osceni » o « luogo esposto al pubblico » di cui all'art. 527 c.p.), si può ricordare, per quanto concerne la violazione della pubblica custodia di cose (art. 351 c.p.), il riferimento alla custodia *particolare* della cosa mobile, o ancora l'art. 353 c.p. (Turbata libertà degli incanti). L'ultimo precetto è emblematico, anzi, delle difficoltà maggiori che il legislatore incontra allorché si propone di indicare in dettaglio l'oggetto dell'incriminazione. Nel primo comma si fa ricorso alla nozione di « altri mezzi fraudolenti », nel secondo resta indistinta la qualità nel soggetto attivo di « persona preposta dalla legge o dall'Autorità ». Sempre con riguardo allo stesso comma, le « licitazioni private per conto di privati » sono interpretate estensivamente dalla giurisprudenza, che vi ricomprende le 'gare di consultazione', in sostanza le procedure sottratte alla normativa in tema di contabilità statale, e dal numero esiguo di partecipanti (22).

Nella precisazione dell'operatività della norma non si sfugge dunque ad una sorta di *circulus vitiosus*: propendere per la creazione di una fattispecie dichiaratamente elastica, riduce — almeno in teoria — le questioni attinenti all'uso di termini specifici, ma è presumibile la dilatazione della sfera d'intervento; scegliere una linea restrittiva (*rectius*, obbediente ai canoni della frammentarietà), comporta l'impiego di locuzioni particolari, descrivendo le

(22) Cfr. Cass. 28.10.1974, CP 1976, 1100.

modalità della condotta, col risultato di una possibile dimenticanza di settori egualmente importanti, aprendo la strada nuovamente all'ampliamento dell'illiceità. Le intenzioni divergono, la strategia adottata pure, ma la conclusione è potenzialmente identica.

Questo curioso effetto-*boomerang* è legato in buona misura alla viscerale tendenza della magistratura italiana a privilegiare il metro dell'interpretazione estensiva, in virtù del compito attribuitosi di garantire l'ordine sociale e di decidere la politica criminale da adottare. In tal modo, però, il divario tra essa e la dottrina si allarga progressivamente e la incomunicabilità diventa palese (23).

a) Assodata l'ineliminabilità dell'opera ermeneutica, chiariti i confini invalicabili, restano da precisare gli strumenti utili alla concretizzazione contenutistica del modello di reato.

I parametri di attuazione possono essere fissati in numero di tre; per la precisione, il primo riguarda il *metodo*, i rimanenti i *criteri pratici* d'ausilio.

Circa il metodo, la norma — ed i concetti ivi espressi — vanno interpretati nella prospettiva *teleologico-funzionale*.

Punto di partenza è la constatazione che il diritto penale *valuta* determinate azioni e le riconsidera alla luce delle proprie finalità: le categorie del reato posseggono una 'funzione' (24) e l'intero sistema è imperniato su 'valori' scelti dal legislatore in base alla politica criminale disegnata. L'incriminazione di un certo comportamento non è frutto dunque di una decisione isolata, ma s'inscrive nell'orbita di una complessa rete di riferimenti: così, assegnando al *Tatbestand* il compito di garantire il *valore* dell'offensività, fatti in concreto sprovvisti di detta carica di lesività non rientreranno nell'area del disvalore, proprio per non contraddire gli scopi adempiuti dal 'tipo' (25).

(23) Cfr. Loos, *Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis*, in *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, a cura di IMMENGA, 1980, 261 ss.; PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, 15 ss.; HIRSCH, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, *Festschrift für Tröndle*, 1989, 19 ss.

(24) Per tutti, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, 16 ss., 24 ss., 33 ss. Dell'opera esiste la traduzione italiana, a cura di MOCCIA, 1986.

(25) Critico circa l'utilità del *funktionales Denken*, HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 - Jahr - Feier der Universität zu Köln*, 1988, 414 ss.

Passando ai criteri destinati a dare corpo a tale strumento generale orientativo, un ruolo cardine è svolto dalla tecnica di *interpretazione evolutiva*. Essa permette di 'aggiornare' la norma riducendo i rischi della perdita di contatto con la realtà. Ed il pericolo di operazioni surrettizie che finiscano per tradire il senso del comando e del divieto è scongiurabile osservando i limiti massimi prima enunciati. Dovrebbe d'altronde essere chiaro che l'interpretazione evolutiva esaurisce i compiti nell'adeguamento del significato normativo. Il suo 'tenere il passo' non va perciò confuso con la funzione propulsiva del diritto penale, che viceversa rivendica il ruolo di guida e di controllo delle istanze sociali tramite l'uso 'promozionale' dello *ius puniendi*.

Non solo. L'interpretazione evolutiva è amessa a patto che lo consenta la *ratio* della criminalizzazione ed ancora a condizione che non si ponga in attrito con il *principio di frammentarietà*. È questo infatti l'ultimo anello nella 'concretizzazione contenutistica'.

Com'è noto, il principio di frammentarietà esprime la lacunosità dell'intervento penale, che si ritrae intenzionalmente da alcuni settori. In un'articolazione 'dinamica', lasciare scoperta un'area comporta il rinunciare a proteggere il bene in ogni sfaccettatura, limitandosi a sanzionare le aggressioni più pericolose. L'effetto è ottenuto per l'appunto grazie alla formulazione della norma. Un esempio contrario: l'importanza del bene giuridico-vita si coglie agevolmente in quanto il legislatore non tanto — sul piano tecnico — crea il delitto di omicidio rinunciando a qualsiasi descrizione, quanto soprattutto provvede a sanzionare ogni forma di produzione dell'evento da un'angolazione soggettiva, a titolo doloso, colposo e di *versari in re illicita*, nonché, punendo l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e l'istigazione al suicidio (art. 580 c.p.), a negare spazio alla vittima-titolare del bene.

Dunque, una tutela frammentaria — sul duplice versante: sistematico-concettuale, applicativo —, desunta da una penalizzazione 'a macchia di leopardo', denota un interessamento limitato, ridotto all'essenziale.

Il terzo criterio bilancia perciò le possibili fughe in avanti che l'interpretazione evolutiva permette e nel contempo dimostra — se appunto ricorre un intervento frammentato — la inconciliabilità con gli scopi propulsivo-promozionali. Naturale peraltro che la frammentarietà diventi la *longa manus* della sussidiarietà: il drit-

to penale fa il suo ingresso nei casi di necessità, e con l'ulteriore *chance* di decidere i margini di tale manovra (26).

b) È tempo di mettere a frutto le conclusioni — seppure incomplete — raggiunte.

Il rapporto tra AIDS e diritto penale va impostato su basi razionali, senza stravolgere la teoria generale del reato. Il sistema normativo vigente può certamente essere impiegato con profitto in relazione alla malattia, ma la 'adattabilità' non va confusa con la 'creabilità' di una dommatica *ad hoc*. Gli strumenti per prevenire la commistione sono quelli indicati.

Motivazioni etiche non debbono forzare la mano del legislatore ed incrinare l'asetticità morale, prerogativa irrinunciabile dello Stato laico. Invocare del resto a sproposito la minaccia penale, magari mediante forme di terrorismo psicologico (27), si rivela alla lunga controproducente.

Indiscusso il primato della scienza e quindi la dipendenza di numerosi problemi penalistici dalle argomentazioni mediche (tutt'altro che pacifiche), corre obbligo di segnalare la provvisorietà degli esiti di una ricerca, debitrice delle nuove, continue acquisizioni provenienti dal campo scientifico. Se pertanto un'indagine concernente l'AIDS corre il rischio di nascere vecchia, il metodo investigativo diventa l'occasione per sottoporre ad un esame approfondito questioni solitamente trattate senza convinzione, e risolte nel solco della *communis opinio*.

(26) L'esigenza si realizza mediante un'adeguata formulazione della norma, sufficientemente chiara e al riparo da equivoci. L'aspetto, evidenziato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 364/1988 in tema di errore scusabile, è ripreso da PETRONE, *Il «nuovo» art. 5 c.p.: l'efficacia scusante della ignorantia iuris inevitabile ed i suoi riflessi sulla teoria generale del reato*, CP 1990, 720 s. Da ultimo, RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, 1989, 19 ss.

(27) «Più riprovevole è chi, sapendo di portare l'infezione, non ne avvisa il coniuge, il partner, qualsiasi possa essere. Deve sapere, intanto, che viola il Codice penale». Così un passo emblematico della lettera datata 1.12.1988 dell'allora Ministro della Sanità Donat Cattin spedita in milioni di esemplari alle famiglie italiane. L'indistinto «violare il Codice penale» sottintende un rimprovero emozionale, e mira ad un altrettanto indeterminato effetto di deterrenza psicologica, nell'impossibilità di precisare la norma (inesistente) violata.

V. — Per fronteggiare la diffusione dell'AIDS si invoca con insistenza l'introduzione di una fattispecie specifica. Un'opzione del genere deve essere vagliata alla luce dell'opportunità politico-criminale da essa rivestita. E la risposta è influenzata dallo stato della legislazione vigente: qualora sussistesse la possibilità *de iure condito* di incriminare i comportamenti ritenuti pericolosi, verrebbe automaticamente sminuita l'importanza del problema. A livello inconscio o no, vi è dunque in quanti propendono per l'ingresso di nuove norme penali l'impressione di una lacuna attuale e la sensazione di un insufficiente, se non addirittura inesistente, strumentario di lotta.

Sembra perciò metodologicamente corretto partire da tale premessa per saggiarne l'attendibilità: in altre parole, se e quali reati siano richiamabili con riguardo alla malattia AIDS.

In ordine d'importanza (per diffusività e conseguenze) troviamo in vetta il comportamento sessuale del sieropositivo con il sano. Il punto ha suscitato contrasti in dottrina e in giurisprudenza.

Valutare la rilevanza penale di una condotta così indistinta è però uno sforzo poco produttivo, causa le molteplici varianti in gioco. Sotto il profilo del *soggetto attivo*, la distinzione tocca la consapevolezza o meno del sieropositivo (o del malato in fase acuta) del proprio stato (e ancora la posizione di chi nulla sappia, ma aveva ragione di temere di aver contratto l'infezione); quanto alla *condotta*, l'interesse si appunta sulle modalità dell'atto (per stabilirne il grado di pericolosità), mentre per l'*evento* è la sua realizzazione — e graduazione — (nessun contagio, lesioni gravi, morte) a dover essere scandagliata; per il *soggetto passivo*, infine, la differenziazione concerne la conoscenza o meno della fonte di pericolo.

1. — L'ipotesi classica — e frequente nella pratica — resta quella del sieropositivo *cosciente* della malattia, il quale, *tenendo all'oscuro* il partner, abbia un rapporto *non* protetto. Naturalmente può seguire o no la trasmissione del virus.

Consideriamo inizialmente il caso dell'avvenuto contagio. Come si è avuto modo di dire (*supra*, II), la presenza del virus nell'organismo può non essere associata a disturbi visibili; d'altronde, ciascuno stadio della malattia è caratterizzato da un preciso quadro clinico.

Prescindendo per il momento dalla ricerca dell'elemento soggettivo e del nesso causale, occorre stabilire se il contagio — non accompagnato da fenomeni patologici — sia suscettibile all'interno del tipo delle lesioni personali (28).

Secondo l'art. 582 c.p. il *minimum* per la rilevanza penale del comportamento si situa nella produzione di una lesione personale «dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente». La disposizione punta pertanto a valorizzare l'evento-malattia, indipendentemente dal *come* lo si ottenga, ed allo scopo di separare le lesioni dalle percosse, contraddistinte — in negativo — proprio dall'assenza della malattia (29).

2. — In forma semplificata, il quesito si circoscrive dunque entro un ambito ristretto, quello della mera trasmissione del virus

(28) Nella configurazione sistematica seguita il *Tatbestand* è formato dall'azione o omissione, dal nesso causale e dall'evento. Dolo e colpa non costituiscono soltanto elementi della colpevolezza, ma si rinvencono già all'interno del fatto.

Ragioni pratiche suggeriscono di analizzare innanzi tutto l'inquadramento dell'evento nella fattispecie astratta delineata dal legislatore.

(29) E — in positivo — dalla sensazione fisica dolorosa arrecata; così almeno la tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza (cfr. Cass. 22.10.1980, RP 1981, 279; Cass. 26.2.1981, CP 1982, 737; Cass. 11.12.1981, CP 1983, 640). *Contra*, SALTELLI, *La nozione di malattia come criterio di distinzione fra lesione e percossa*, *Ann. dir. proc. pen.* 1935, 50 ss.; RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, 2^a ed., 1967, III, 275; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5^a ed., a cura di NUVOLONE - PISAPIA, 1986, VIII, 183 s., per il quale il dolore non sarebbe indispensabile per la configurazione del reato. Le obiezioni del *Manzini* non sono prive di consistenza, ma la definizione alternativa di percossa proposta dall'Autore — «ogni *violenta manomissione dell'altrui persona fisica* (così dette «*vie di fatto*»)» (corsivo nel testo originale) — rischia di rendere estremamente vaga la condotta tipica.

I lavori preparatori confermano l'opinione dominante. Cfr. *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, *Lavori preparatori*, V., 2, 379: «Il nuovo delitto di percosse differisce da quello di lesione, non tanto per la materialità dell'azione che può essere la stessa, e neppure per l'elemento subiettivo, il quale, essendo egualmente costituito dalla volontà cosciente di percuotere, male potrebbe contrapporsi a quello di recare offesa all'integrità fisica individuale, che inerisce altresì alla lesione personale; ma se ne distingue, più propriamente, per una condizione negativa, essendo elemento caratteristico del delitto di percosse, che dallo stesso non debbano essere derivate al soggetto passivo conseguenze morbose»; e ancora: «le percosse potranno, come tali, essere più lievemente punite, a seguito di querela della parte offesa, soltanto se esse non siano produttive di malattie, e ogni loro efficienza si riduca esclusivamente a una sensazione fisica dolorosa, che non lasci residuo di tracce organiche».

come equivalente della malattia. Sviluppandosi infatti l'AIDS — genericamente inteso — attraverso forme progressive in ordine di gravità crescente, il contagio non è originariamente legato a manifestazioni esterne. Il sieropositivo asintomatico non presenta i segni dell'infezione, evidenziabile solo mediante indagini di laboratorio. Tutto sta quindi nell'esaminare la nozione di malattia accolta dal codice; una risposta negativa (nel senso di escludere il reato di lesioni) non avrebbe ripercussioni sull'incriminazione per percosse, poiché le modalità di ingresso dell'*Hiv* sono incompatibili con l'attività fisica del percuotere *ex art. 581 c.p.*

L'art. 582 c.p. non definisce il concetto di malattia, lasciando all'interprete un compito delicato. È noto infatti come al riguardo si sia creata una profonda spaccatura tra la giurisprudenza e la dottrina, in particolare di estrazione medico-legale. La prima riconosce la malattia in qualsiasi alterazione anatomica o funzionale (30), riprendendo alla lettera la dizione dei lavori preparatori (31), la seconda, partendo dall'osservazione che nella scienza medica il *quid specificum* è dato dalla alterazione funzionale, sottolinea correttamente che un'alterazione meramente anatomica non è sufficiente a fondare la malattia, se non è accompagnata da tratti disfunzionali (32). Per evitare lo stridente contrasto con la *Relazione ministeriale*, si legge dunque la disgiuntiva o tra le parole anatomica e funzionale come congiunzione e, sostenendosi la tesi del *refuso in sede di correzione delle bozze* (33).

(30) Per i riferimenti in merito, cfr. LATTANZI, *Codici Penali-Annotati con la giurisprudenza e norme complementari*, 11^a ed., 1984, 895 s.; GARAVELLI, in *Codice Penale — Parte Speciale*, in *Giurisprudenza sistematica di Diritto Penale*, a cura di BRICOLA - ZAGREBELSKY, 1984, II, 1051 s.; RICCIOTTI, in CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, 1986, 934 s.; *Esposizione di giurisprudenza sul codice penale*, 1990, IV - Artt. 422-623 bis, 493 ss. Nella dottrina meno recente, in senso adesivo, FRANCHINI, *Medicina legale*, 1958, 241.

(31) Cfr. *Relazione ministeriale* (nota 29), 379: «Ho usato l'espressione, correttamente scientifica, di malattia, anziché quella di danno nel corpo o perturbazione nella mente, giacché una malattia è indistintamente qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali».

(32) GALIANI, (voce) *Lesioni personali e percosse*, *Enc. Dir.* 1974, XXIV, 144 ss.; BAIMA BOLLONE - ZAGREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, 1975, 15 ss.

(33) SALTELLI, cit. (nota 29), 50.

Non manca nemmeno chi svincola la malattia dai parametri clinici e la basa sulle acquisizioni provenienti dal senso comune. Facendosi scudo di un passo della *Relazione* (34) e con l'argomentazione ad effetto che « il codice penale non è un manuale di patologia » e dunque « non si tratta di fare dell'accademia medica, ma di interpretare la legge penale », si identifica la malattia in « quel processo patologico che richiede cura, riguardi, o custodia » (35).

A prescindere dalla concezione seguita, nessuna consente di ravvisare la malattia, e quindi il reato di lesioni, nel solo passaggio del virus.

La conclusione va tuttavia precisata, specie nei suoi limiti. La trasmissione dell'*Hiv* nell'organismo umano determina una situazione non statica, ma scandita da tappe evolutive, difficilmente separabili in chiave cronologica, ciascuna contrassegnata da un peggioramento delle condizioni di salute dell'infecto. Per cause non ancora note, il processo di crescita dell'infezione non è uniforme, né segue ritmi costanti, anzi può addirittura arrestarsi. A grandi linee sappiamo che, penetrato il virus nella cellula T4, dopo un intervallo variabile, compaiono infezioni opportunistiche per l'indebolimento del sistema immunitario e, infine, l'AIDS. Anche se non agevolmente, è quindi isolabile un momento nel quale il virus si annida nel corpo umano in condizioni di latenza, mentre la cellula attaccata risulta alterata nella consistenza ma integra nel regime di vita. In particolare, non scoppia e non dà inizio al terribile meccanismo di reazione a catena.

Ebbene, questa situazione di inattività, prolungabile per un tempo illimitato, non costituisce malattia.

Non nella versione ' medico-legale ', poiché è assente l'alterazione funzionale. Nella letteratura scientifica la malattia è equiparata ad un processo patologico in atto, acuto o cronico, collegato ad episodi di alterata funzionalità derivanti da un quadro organico anormale non sempre clinicamente accertabile. Ora, l'alterazione della cellula aggredita è riscontrabile; manca però l'attacco alla funzionalità, per il momento immutata.

(34) Ove si afferma l'intento « di evitare, nelle disposizioni di un codice, l'uso di espressioni di cui non sia pacifico il significato » (*Relazione ministeriale* [nota 29], 379).

(35) MANZINI, cit. (nota 29), 206 ss. (corsivo nel testo originale).

Neppure nella slargata ricostruzione giurisprudenziale il portatore asintomatico è qualificabile *in senso giuridico* come malato (36). La malattia è, nell'indirizzo giurisprudenziale largamente consolidato, persino la *sola* alterazione anatomica. Questo rigoroso orientamento è servito specialmente per far rientrare nel reato di lesioni i comportamenti produttivi di conseguenze traumatiche ma privi di riflessi a carico dell'organo colpito, come nelle contusioni e nelle ecchimosi (37). Un'infiltrazione di sangue nei tessuti sottostanti dipendente dalla rottura dei vasi sanguigni (cioè per l'appunto l'ecchimosi) diventa, adottando un metodo strettamente formale, alterazione anatomica (38), ma allora, sviluppando alle estreme conseguenze il concetto, si finisce per farvi rientrare qualsiasi modifica cellulare, seppure inapprezzabile, compreso il mutamento del linfocita ad opera dell'*Hiv* aggressore. Tuttavia, non pare che la prassi giudiziaria si orienti verso una nozione di 'alterazione anatomica' così indistinta.

Qualche spunto di riflessione si impone.

La configurabilità del reato di cui all'art. 582 c.p. segue nelle decisioni giudiziarie un *iter* logico abbastanza elementare ed uniforme: accertamento della sussistenza della malattia; equivalenza con l'alterazione anatomica o funzionale; rifiuto implicito dell'elaborazione medica.

Il ragionamento è sicuramente criticabile, per l'abbandono del dato scientifico a favore di concezioni 'atecniche'. Proprio una tale debolezza consente però di scartare soluzioni altrimenti necessitate.

(36) Ciò non esclude la predisposizione di opportune misure cautelari per evitare il contagio a terzi, o che questi sia bisognoso di cure.

La nozione di malattia penalmente rilevante è naturalmente meno estesa rispetto alla « sociale ». Del resto l'intervento sanitario si può (e si deve) muovere entro ampi spazi, viceversa non consentiti all'interno del diritto penale, per il fondamentale principio di legalità. Cosicché non è per nulla contraddittorio sottoporre all'ombrello protettivo della medicina chi non è penalmente da considerarsi malato. Come per altre malattie infettive, la spiegazione riposa sul fatto che il contagiato è un veicolo di trasmissione del microbio patogeno, senza che si registri a suo carico un'alterazione funzionale dell'organismo.

(37) Ad esempio, Cass. 30.11.1976, *GP* 1977, II, 577; Cass. 9.5.1978, *GP* 1979, II, 154; Cass. 14.11.1979, *CP* 1981, 545. Per uno sguardo d'insieme, MORELLI, in *Codice Penale Commentato con la Dottrina e la Giurisprudenza*, a cura di DALL'ORA, 1990, II, 1071 s.

(38) Correttamente, tuttavia, Cass. 7.5.1947, *Giur. compl. C.S.*, XXVII, 313 (non costituisce malattia una lievissima iperemia dovuta a rottura di vasi sanguigni).

Infatti: da un punto di vista biologico, una modifica istologica (quale si verifica nel linfocita) rappresenta pur sempre alterazione anatomica; ma la giurisprudenza non si mostra attaccata alle risultanze della medicina; l'endiadi 'alterazione anatomica' può pertanto interpretarsi in senso restrittivo, escludendo le modifiche cellulari per la duplice ragione dell'assenza di una trasformazione *anatomica* (confinata alle situazioni di cambiamento morfologico *esterno*) e dell'*irrilevanza* dell'alterazione.

Sia chiaro: con ciò non s'intende difendere la scelta della magistratura, bensì semplicemente dimostrare come il canone ermeneutico da essa adoperato conduca a negare la sussistenza della malattia. In sintesi: se si accede alla tesi medico-legale — corretta — della malattia come sinonimo di alterazione anatomico-funzionale, la traccia del virus nel linfocita T4, pur denotando un'alterazione istologica, non è qualificabile come malattia per l'assenza di alterazione funzionale (l'agente patogeno non è attivo, la cellula non è virulenta). Se viceversa si opta per la diffusa ma errata concezione giurisprudenziale (pensata per differenti applicazioni pratiche, circoscritte ai traumi violenti), è da escludere l'alterazione anatomica, altrimenti invariabilmente sussistente, nei fenomeni di mutamento istologico non accompagnati da patologie, sul presupposto della loro *irrilevanza*, misurata attraverso un parametro *normativo* tale da bilanciare l'opposta concessione fatta in partenza (cioè la sufficienza del requisito dell'alterazione anatomica).

Anche aderendo all'opinione della malattia come processo patologico richiedente cura, riguardi o custodia, la trasmissione del virus non costituisce lesione. Vero infatti che il portatore asintomatico deve sottostare ad un regime di vita particolare e a misure precauzionali per sé e per i terzi (quindi, « cure, riguardi, custodia »), manca la condizione di base, vale a dire il processo patologico. Per esplicita ammissione del *Manzini* (39) il requisito della necessità di cure e simili si *aggiunge* ad esso e non lo sostituisce (40).

(39) cit. (nota 29), 207 (« Quantunque 'malato' sia, per le scienze mediche, anche chi ha riportato una alterazione anatomica o funzionale qualsiasi, tuttavia, nell'uso comune quella parola ha un significato più ristretto »).

(40) Per un isolato accoglimento della tesi manziniana, Cass. 3.3.1943, GP 1943, I, 211. *Contra*, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, a cura di CONTI, 9^a ed., 1986, I, 69.

Analogo discorso si può ripetere per la variegata corrente dottrina che, sebbene con terminologia non identica, scorge la malattia nell'*apprezzabile* menomazione delle funzioni dell'organismo o di parti di esso (41). La preoccupazione di sbarrare il passo all'ingresso del diritto penale di fronte a modifiche irrilevanti del quadro clinico dell'individuo è ivi facilmente leggibile; altrettanto facile la tecnica adoperata per garantire il risultato: l'introduzione di un *quid pluris* di stampo valutativo rispetto alla nozione medico-legale. Resta la censurabilità di operazioni del genere stante il carattere tendenzialmente arbitrario, ma agli effetti pratici le conclusioni si incamminano nella stessa direzione: la non assimilabilità del mero contagio alla malattia.

3. — All'infuori di un unico caso, la magistratura italiana non ha avuto modo di pronunciarsi sull'argomento. Né constano significativi precedenti concernenti la trasmissione di infezioni similari. Del resto la diffusione dell'AIDS, in prevalenza mediante la via sessuale, fa pensare alle malattie veneree, ma il paragone è improponibile, in quanto il codice Rocco regolava la materia da una particolare angolazione.

L'art. 554 c.p. (abrogato dall'art. 22 L. 22.5.1978 n. 194, in tema di interruzione della gravidanza) puniva il contagio di sifilide o di blenorragia in presenza di determinati requisiti. Decisamente interessante l'ultimo comma, che stabiliva una diversa disciplina qualora il colpevole avesse agito al fine di procurare il contagio. In sostanza l'elemento soggettivo fungeva da discriminare dell'incriminazione, con il ritorno al modello 'normale' del reato di lesioni, sussistendo il dolo diretto. La giurisprudenza aveva avuto di conseguenza poche occasioni per cimentarsi con il problema che ci interessa. Mentre infatti per la blenorragia era lo stesso codice a subordinare la fattispecie all'instaurarsi di lesioni gravissime, per la sifilide la punizione scattava certo con il contagio, ma in base all'autonomo reato di cui all'art. 554 c.p. e non per il delitto di lesioni (42); in

(41) Cfr., tra gli altri, CAZZANIGA, *Sul concetto di malattia*, RIDPP 1935, 226; VANNINI, *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, 1958, 104; ANTONISEI, cit. (nota 40), 70 (menomazione *apprezzabile*, *degnata di rilievo*).

(42) Comunque, il riscontro diagnostico dell'infezione avveniva — in rapporto agli strumenti medici del tempo — quando la malattia aveva raggiunto uno stadio incontrovertibile, per cui la questione nella pratica veniva superata.

altri termini l'organo giudicante non aveva ragione di chiedersi se il contagio costituisse malattia (43).

Con l'abolizione dell'art. 554 c.p. l'aspetto ha perso definitivamente interesse, soprattutto causa la possibilità di curare efficacemente tali malattie. Da segnalare piuttosto che nel codice *Zanardelli*, in assenza di una previsione *ad hoc*, la Suprema Corte aveva riconosciuto il reato di lesione volontaria nella trasmissione di infezione venerea mediante congiunzione carnale consensuale (44). Decisione però scarsamente indicativa, visto che il contagio aveva provocato una compromissione acuta della funzionalità organica, ben oltre la semplice trasmissione dell'agente patogeno.

4. — Con sentenza del 22 marzo 1989 il Pretore di Torino si è occupato espressamente, per la prima volta in Italia, della rilevanza penale del contagio di AIDS.

Il caso, ampiamente pubblicizzato dai mass-media, riguardava un'infermiera professionale in servizio presso il reparto di rianimazione dell'ospedale Maggiore di Torino, investita da un cospicuo getto di sangue contaminato dal virus *Hiv*, in seguito alla rottura di un trasduttore di pressione arteriosa. Per la precisione, in occasione del trasporto di un *AIDS-patient* in altra corsia, nell'effettuare le operazioni di rimozione dell'apparecchiatura, collegata al ricoverato per il monitoraggio cruento della pressione sanguigna, si era verificata, per errore di esecuzione, una fuoriuscita di sangue infetto, schizzata sul corpo dell'infermiera. Le perizie indicavano come porta d'ingresso del virus la cute delle mani, soffrendo la vittima di un eczema disidrosico. Immediatamente testata, la donna risultava negativa, ma ricoverata poche settimane dopo per sospetta epatite, la ripetizione del test dava esito positivo. L'organo giudicante ha condannato per lesioni colpose gravi il primario della rianimazione centraliz-

(43) Per la Cassazione il reato di lesioni lievi (eventualmente colpose) sussisteva non ricorrendo gli estremi per l'applicazione dell'art. 554: Cass. 7.3.1934, *GP* 1934, II, 674 (o in *Annali* 1934, 1381); Cass. 25.4.1934, *GP* 1934, II, 671 (o in *Annali* 1934, 1381). In concreto però le pronunzie non si rivelano di aiuto, toccando situazioni in cui la produzione di lesioni era pacifica.

(44) Cass. 2.12.1925, *GP* 1926, 50.

In dottrina, conformemente, PANNAIN, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, 1965, 182.

zata e l'amministratore unico della ditta fornitrice del macchinario causa dell'incidente, per aver omesso di adottare e, rispettivamente, di indicare misure precauzionali volte a prevenire rischi derivanti dall'uso improprio del trasduttore (45).

Sebbene nella specie non fosse ravvisabile un comportamento intenzionale, la decisione è ugualmente interessante per la configurabilità delle lesioni nell'ipotesi di contagio. Sulla scorta della perizia medica, il Pretore distingue tra « infezione da virus *Hiv* » e « malattia »; e se in realtà le manifestazioni morbose a carico dell'infermiera lasciavano aperto il solo capitolo della *entità* delle lesioni cagionate, nondimeno dalla motivazione traspare il riconoscimento di una fase iniziale non identificabile come malattia. Non certo casualmente il *dies a quo* della sua durata si fa coincidere con « l'inizio dei sintomi acuti » (46).

Per la verità potrebbe replicarsi che la conclusione è stata agevolata dalla circostanza dell'esistenza di una malattia già sviluppata, cosicché non si sono dovuti affrontare *ex professo* i riflessi penali della trasmissione di virus 'inattivo'. Pur ammettendo la puntualità del rilievo, non se ne può tuttavia inferire il ribaltamento della soluzione qualora il morbo non fosse 'scoppiato'. Anche da una prospettiva del genere esce dunque rafforzata la tesi dell'irrelevanza penale della mera presenza di anticorpi, attestante il contagio (47).

5. — Affrontare il problema *de quo* ha una doppia valenza: *direttamente* investe la responsabilità penale del contagiante; *mediatamente* serve a fissare il momento consumativo delle lesioni personali, evitando di retrodatarlo — specie registrandosi un'evoluzione — *tout court* al tempo della trasmissione del virus. D'altronde l'importanza teorica si stempera nella pratica, come confermano i casi vagliati dalla magistratura tedesca. Assai improbabile, infatti, che il processo (e la sentenza definitiva) intervenga nel lasso di tempo

(45) Cfr. Pret. Torino 22.3.1989, *FI* 1990, II, 59 ss. (la motivazione è riportata nei passaggi essenziali), con nota di FIANDACA, *Omissione di misure anti-Aids e contagio di un'infermiera in un reparto professionale*, *ivi*, 60 ss.

(46) Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 72.

(47) Il *quantum* probabilistico dell'insorgere successivo del processo patologico è indifferente per il codice penale, concentrandosi la norma sull'evento e non sul rischio collegato all'azione.

in cui il virus è, per così dire, in condizione statica; il più delle volte o il contagio non si è verificato nonostante la condotta a rischio (e l'attenzione si polarizza sull'ammissibilità del tentativo), oppure la infezione è avanzata (e quindi è scontata la malattia).

a) Dottrina e giurisprudenza della Repubblica federale tedesca ritengono consumato il reato di lesioni con la trasmissione del virus. La spiegazione è pressoché identica: la positività all'*Hiv* « altera in misura rilevante lo stato fisico normale della vittima » (48). Una concezione non tanto sorprendente, avallata dal dettato codicistico.

Il § 223 *StGB*, cardine della tutela dell'incolumità individuale, sotto la rubrica « Lesione personale » (« *Körperverletzung* »), comprende i maltrattamenti fisici e i comportamenti arrecanti un danno alla salute (49). L'espressione « danno alla salute » (« *Gesundheitsbeschädigung* ») è intesa inoltre in modo elastico, come qualsiasi mutamento *in peius* (sia nel senso della creazione che dell'accentuazione di una patologia preesistente) del normale stato fisico della vittima (50). Una nozione così ampia, poggiata su giudizi di valore anziché sui testi di medicina legale, non solleva ostacoli in relazione alla trasmissione virale, essendo l'agente responsabile della infezione un 'elemento di disturbo' alterante la struttura cellulare dell'organismo ricevente. Anzi, pone l'interrogativo opposto circa la credibilità politico-criminale della dilatazione incontrollata della fattispecie. Tant'è vero che si deve ricorrere ad argomentazioni artificiose per escludere, ad esempio, che la gravidanza indotta attraverso la somministrazione di medicinale diverso dalla pillola anticoncezionale prescritta rappresenti un danno alla salute e quindi una lesione (51).

(48) Ad esempio, BGH 12.10.1989, NJW 1990, 129 (e in *StV* 1990, 60 ss.).

(49) La separazione dei due concetti si spiega in ragione della loro non reciprocità: i maltrattamenti fisici possono non provocare un danno alla salute (il taglio dei capelli); un danno alla salute può non derivare dai maltrattamenti (trasmissione di malattia infettiva avvenuta senza 'maltrattamenti').

(50) Cfr. HIRSCH, in JESCHECK - RIESS - WILLMS, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1989, V, n. 11 *sub* § 223, con bibliografia.

(51) Ancora HIRSCH, cit. (nota 50), n. 12 *sub* § 223, ma la soluzione (l'errore terapeutico non provoca un'alterazione dello stato normale, ma impedisce che venga bloccato il concepimento, cioè determina la gravidanza, che è il risultato fisiologico) non trova unanimi consensi.

La linea tracciata non è però esente da perplessità, in quanto il significato etimologico di *danno* viene snaturato, una volta equiparato alla modifica anche innocua dello *status quo ante*, finendosi per punire la situazione di potenziale pericolo, o il probabile decorso negativo.

A maggior ragione si rivela perciò istruttiva la comparazione tra i due sistemi giuridici (e le loro radici storiche), poiché essa prova la tendenza legislativa ad ampliare i confini del delitto di lesioni nell'ordinamento tedesco e a restringerli in quello italiano.

b) Le fondamenta comuni si rinvencono nel diritto romano; questo non prevedeva una figura autonoma di lesioni ma le inseriva nel quadro generale delle *iniuriae*. È presumibile, anzi, che l'*actio iniuriarum* fosse limitata in origine alle sole aggressioni fisiche, ed in seguito estesa alla sfera dell'integrità morale. Il diritto romano non conosceva inoltre il reato di lesioni colpose (52).

La mancanza di uno spazio autonomo per le lesioni (e le percosse) si perpetuò nella *Constitutio Carolina*; le leggi barbariche avevano mostrato invece la propensione ad una differenziazione minuziosa delle lesioni secondo modalità e risultato, gettando il seme della normazione futura (53).

Venendo alla storia recente, la scienza penalistica del 1700 costruì con tecnica meno grossolana la *violatio corporis*. Successivamente, nel tentativo di armonizzare la sconnessa casistica, affiorata nel diritto intermedio, il codice penale prussiano del 1851, al § 187, riunì sotto il titolo di *Körperverletzung* i maltrattamenti e le lesioni fisiche (accanto alle ferite e alle percosse). La formulazione era identica al § 796 II 20 del diritto nazionale prussiano (ALR: *prussische Allgemeine Landsrecht*) e del codice penale bavarese del 1813, e tripartiva le lesioni in lievi, medie e gravi (§§ 190-193).

Una classificazione siffatta, se utile ai fini della commisurazione della pena, era di difficile applicazione nella prassi (54), sicché il codice penale del *Reich* del 1871, ricalcando i §§ 195-196 del 1. Progetto ed il § 218 del 2. e 3. Progetto per il codice penale della

(52) Cfr. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, 786 ss.

(53) In argomento, v. LISZT - SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 25^a ed., 1927, 298; BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, 1969 (rist.), I, 40 ss.; MANZINI, cit. (nota 29), 194 ss.

(54) Critico LIMAN, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, a cura di v. HOLZENDORFF, 1874, III (*Die Lehre von Verbrechenarten*), 475 s.

Lega del Nord (55), si accontentò della bipartizione in lesioni lievi e gravi (§§ 223-224).

La legge di modifica del 26.2.1876 introdusse infine l'attuale § 223 *a StGB* (lesione personale pericolosa), con l'intento evidente di rimpiazzare in qualche maniera la cerniera — abolita — delle lesioni medie. Le lesioni pericolose (a causa del mezzo con le quali venivano cagionate), originariamente accorpate nel § 223, costituivano così un *tertium genus* tra le semplici e le gravi, agli estremi rispettivi della scala (56).

Il paradigma è rimasto immutato fino ad oggi: la distinzione tra lesioni semplici (§ 223), pericolose (§ 223 *a*), gravi (§ 224) si ritrova nel codice penale vigente, addirittura con la medesima numerazione (57).

Tornando alla definizione di *Körperverletzung*, il codice penale del 1871 abbandonò in parte l'esemplificazione pratica del codice prussiano ed inserì il concetto di danno alla salute in aggiunta ai maltrattamenti, circoscritti tuttavia all'aspetto corporale (« *körperlich misshandelt* »). La dizione è filtrata invariata nel codice del 1975. Mentre il progetto governativo del 1962 non sollevava obiezioni in merito, l'AE proponeva la separazione delle fattispecie, pur

(55) Lo *Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund* del 1870 (RGBl 1870, 197 ss.) sfociò, con lievi modifiche redazionali, nel codice penale del 1871 (RStGB). In proposito, WÄCHTER, *Beitrag zur Geschichte und Kritik der Entwürfe eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, 1870, 3 ss. Inoltre, BINDING, *Die gemeinen Deutschen Strafgesetzbücher vom 15. Mai 1871 und vom 10. Juni 1872. Akademische Handausgabe mit Erläuterungen. Einleitung*, 1874, 25 ss. Di recente, SCHUBERT, *Die Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870/71. Zugleich ein Beitrag zur Entstehung der Bestimmungen über den Irrtum, den Versuch, die Teilnahme und die Notwehr*, GA 1982, 190 ss.

(56) Conformemente, LAMPE, *Gefährliche Körperverletzung und körperliche Gefährdung*, ZStW 83 (1971), 177 s.

(57) Le uniche differenze riguardano aspetti tecnici, come l'eliminazione dell'avverbio « dolosamente » contenuto nel § 223, divenuto superfluo in ragione della previsione generale dell'incriminazione dolosa *ex* § 15, o la modifica della cornice di pena nei casi gravi §§ 223-223 *a*-224), o infine la punibilità del tentativo nel § 223 *a*.

Anche il Progetto alternativo di codice penale del 1966 (AE) conservava la fattispecie della lesione pericolosa.

Sullo scenario sociopolitico ispiratore dell'AE, fondamentale MOCCTA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, 1984, soprattutto 80 ss.

continuando ad accogliere i concetti tradizionali di maltrattamento fisico e di danno alla salute: il § 108 AE, destinato ad aprire il titolo dei delitti contro l'incolumità individuale, comprendeva i maltrattamenti, puniti con la pena pecuniaria, mentre il § 109 il danno alla salute, sanzionato con la pena detentiva fino ad un anno (58).

La suddivisione nascondeva una precisa tendenza politico-criminale: come si legge nella motivazione, la gravità dell'illecito — sotto il profilo del disvalore d'azione e d'evento — è certamente maggiore nei danni arrecati alla salute che nei maltrattamenti (59). In definitiva l'AE coglieva un tratto comune alla precedente legislazione, portandolo a perfezione: nell'onnicomprendiva nozione delle lesioni personali erano *ab origine* confluiti due concetti differenti; uno, il danno alla salute, in sostituzione dell'indistinta e tautologica espressione « lesione personale », l'altro, i maltrattamenti, attinente invece alla sfera dei reati contro l'onore. L'operazione mirava perciò a chiarire il contenuto reale del *Tatbestand* della *Körperverletzung*.

c) Nel respingere la scelta di campo del progetto alternativo il codice penale ha forse perso un'importante occasione per una corretta ripartizione sistematica, mostrando contemporaneamente fedeltà alla tradizione e al sottofondo culturale che ne era la matrice: il timore — esagerato — di lasciare vuoti di tutela.

Una preoccupazione evidente in chi sottolinea come l'attuale codice italiano, nell'escludere dalle lesioni i maltrattamenti fisici che non provocano assolutamente una malattia, sancisce di fatto l'irrilevanza penale di comportamenti ben più gravi delle percosse o di alcuni tipi di lesione: « Attualmente la rapatura di una giovane donna... non rientra nello schema del reato di cui ci stiamo occupando (la lesione penale)... Pertanto... bisogna fare delle acrobazie logiche e scorgervi... una ingiuria » (60).

(58) L'idea non era nuova: una ripartizione per molti versi simile era propria del Progetto di codice penale del 1925 e si riscontra tuttora nell'ordinamento svizzero. L'art. 126 c.p. («*Tätlichkeiten*») racchiude tutti i comportamenti nocivi per il fisico o la salute della persona offesa, e col limite della mancanza di un danno effettivo, oggetto del *Tatbestand* dell'art. 123. Si veda REHBERG, *Grundriss. Strafrecht. III. Delikte gegen den Einzelnen*, 5ª ed., 1990, 36 ss.

(59) Concorda, pur esprimendo serie perplessità sulla praticabilità della tecnica di scissione adoperata, HIRSCH, *Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit*, ZStW 83 (1971), 141 ss.

(60) Così ANTOLISEI, cit. (nota 40), 70 nota 43.

In questa sede non interessa ovviamente prendere posizione sull'illiceità di simili comportamenti e — in caso affermativo — sulla punibilità per lesioni (come per il diritto tedesco) (61) o per violenza privata (eventualmente in base alla normativa italiana).

Da notare invece la direzione assunta dal codice tedesco, univoca nello scorgere nel reato di lesione un 'centro di raccolta' di tutte le forme di aggressione al bene dell'incolumità, comprese quelle discutibili dal punto di vista medico. Per raggiungere l'obiettivo il legislatore non si è servito soltanto dei riferimenti storici — l'equivoco concetto di maltrattamenti consentiva la commistione delle lesioni con le offese all'onore (62) —, ma ha trovato il conforto della dottrina, pronta ad interpretare in senso estensivo la pur lata nozione dei maltrattamenti e del danno alla salute.

Fatta eccezione per l'opinione minoritaria di *Binding* (61), tesa a riportare nell'alveo delle effettive offese all'incolumità individuale l'inflizione di maltrattamenti fisici che avessero causato dolore, sintomatica appare l'evoluzione concettuale in ordine alla *Gesundheitsbeschädigung*, apparsa nel codice del 1871.

La letteratura classica non esita infatti a definire il danno alla salute come equivalente della malattia in chiave clinica: per *Frank* è la creazione o il peggioramento di uno stato patologico, « uno stato insomma che può essere diagnosticato come malattia nella terminologia medica » (63). In modo analogo *Binding*, per il quale la guarigione rappresenta il dato dimostrativo del pregresso danno (64). Quanto a *v. Liszt*, le sue oscillazioni fotografano nitidamente la tendenza dottrinarina ad allargare i confini del fatto tipico: nella prima edizione del celebre manuale il danno alla salute viene identificato — per la verità con una certa tortuosità argomentativa — nell'aggressione all'integrità fisica esteriore (e a quella psichica) (65); nelle successive nel disturbo delle funzioni dell'organismo umano (66).

(61) *Contra*, BINDING, cit. (nota 53), 42 s., per il quale i maltrattamenti devono causare una reazione dolorifica per essere classificati come tali. La *communis opinio* è di parere contrario: per tutti, LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 18^a ed., 1989, n. 3 a sub § 223.

(62) Egualmente critico *v. LISZT - SCHMIDT*, cit. (nota 53), 298.

(63) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18^a ed., 1931, 481.

(64) BINDING, cit. (nota 53), 44.

(65) *v. LISZT*, *Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und des übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze*, 1881, 236.

(66) *v. LISZT - SCHMIDT*, cit. (nota 53), 299.

Tali autori ravvisano nel contagio di malattia venerea il reato di lesioni, ma l'indicazione non è risolutiva, riferendosi ad una fase evoluta dell'infezione, con i segni inequivocabili della malattia (67).

d) Si arriva così all'inquadramento attuale della *Gesundheitsbeschädigung* come generica alterazione dello stato preesistente (50) e dunque alla ricomprensione in essa della trasmissione dell'*Hiv*, responsabile della modifica cellulare dell'organismo aggredito (68).

La soluzione è condivisa dalla dottrina civilistica, il cui interesse per la materia è legato all'obbligo di risarcimento danni. Il § 823 BGB subordina infatti la pretesa risarcitoria alla lesione anti-giuridica, dolosa o colposa, del corpo o della salute, quest'ultima riassunta nella formula usuale del disturbo funzionale dell'organismo umano (69). Scontata pertanto la riconducibilità del contagio al paradigma delle lesioni, dubbi residuano soltanto in merito alla configurabilità come *Körper* - (in relazione alla micromodifica istologica causata dal virus) oppure *Gesundheitsverletzung* (per le alterazioni funzionali organiche), a seconda che si accentui l'aspetto anatomico o diagnostico delle ripercussioni a carico della vittima (70). A scanso di equivoci si precisa comunque, citando una nota sentenza del BGH che aveva riconosciuto nella trasfusione di sangue luetico, prescindendo dal contagio, la lesione personale ex § 823 BGB (71),

(67) Si vedano nuovamente FRANK, cit. (nota 63), 481; v. LISZT-SCHMIDT, cit. (nota 53), 287 nota 3.

(68) Cfr. LANG, *Strafrechtliche und strafprozessuale Aspekte des AIDS-Problems*, AIFO 1986, 148 ss.; PSCHYREMBEL, (Stichwort) AIDS, *Klinisches Wörterbuch*, 255^a ed., 1986, 31; ARLOTH, Nota a AG München 6.5.1987, NStZ 1987, 408; BITTMANN, *Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS*, ÖJZ 1987, 487; M. BRUNS, *Aids, Alltag und Recht*, MDR 1987, 356; Id., *Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention*, MDR 1989, 199; GEPPERT, *Strafbares Verhalten durch — mögliche — Aids-Übertragung?*, Jura 1987, 669; HERZBERG, *Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?*, NJW 1987, 1462; HERZOG-NESTLER TREMEL, *Aids und Strafrecht. Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung?*, StrV 1987, 363; DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 45^a ed., 1991, n. 6 b sub § 223; ESER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23^a ed., 1988, n. 5 sub § 223; LACKNER cit. (nota 61), n. 3b sub § 223.

(69) Cfr. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 47^a ed., 1988, n. 4 sub § 823.

(70) Così DEUTSCH, *Die Infektion als Zurechnungsgrund*, NJW 1986, 758.

(71) BGH 14.12.1953, VersR 1954, 116; con riferimento al virus dell'epatite B si veda OLG Köln 17.12.1984, NJW 1985, 1402.

che il mero accertamento del virus dell'AIDS è sufficiente per applicare il § 823 I BGB (72).

La giurisprudenza ricalca le medesime posizioni (73), tranne in una pronuncia di merito rimasta isolata (74), riformata nella motivazione (ma non nell'esito finale) prima in appello (75), poi definitivamente in terzo grado (76).

Una lettura approfondita dei passi dedicati all'argomento rivela però un'evidente superficialità nell'annoverare tra le lesioni, in quanto *Gesundheitsbeschädigung*, la trasmissione dell'*Hiv*. Ma anche laddove, discostandosi dallo standard definitorio, si affronta *ex professo* il tema, la spiegazione si dimostra poco convincente.

Ciò vale *in primis* per chi desume la qualità di malato nel portatore asintomatico dall'inevitabile modifica delle sue condizioni di vita, dalle abitudini sessuali alle misure preventive nei rapporti sociali e nei luoghi di lavoro (77).

La confusione della nozione medica di malattia con un'altra a carattere *sociale* (78), priva di riferimento nel diritto penale, è infatti palese. Adottando un tale metro di giudizio, la logica imporrebbe di ritenere malattia qualsiasi mutamento del regime abituale di vita. Riprendendo un'osservazione ironica quanto calzante, lo

(72) TEICHNER, *Nochmals: AIDS und Blutspende*, NJW 1986, 761.

(73) Ad esempio, AG München 6.5.1987, NStZ 1987, 408; LG Hechingen 17.11.1987, AfRO 1988, 220; LG Nürnberg-Fürth 16.11.1987, NJW 1988, 2311; BGH 4.11.1988, NJW 1989, 783.

(74) AG Kempten 1.7.1988, NJW 1988, 2314, che tra l'altro sottolinea l'assenza, nella fase di latenza del virus, di dolori o segni patologici esteriori. *Contra*, DREHER-TRÖNDLE, cit. (nota 68), n. 6 b sub § 223; SCHLEHOFER, *Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten*, NJW 1989, 2026, che scorge i segni del danno alla salute a livello microscopico, nella modifica cellulare.

(75) LG Kempten 20.1.1989, NJW 1989, 2069, che si rifà per l'appunto all'opinione dominante.

(76) BayObLG 15.9.1989, NJW 1990, 131 s.

(77) EBERBACH, *Juristische Probleme der HTLV-III-Infektion (AIDS)-unter besonderer Berücksichtigung arztrechtlicher Fragen*, JR 1986, 231; BOTTKE, *Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung*, in *Die Rechtsprobleme* (nota 18), 179. In maniera sfumata, W. FRISCH, *Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?*-BGHSt 36, 1, JuS 1990, 363.

(78) Espressamente EBERBACH, *Rechtsprobleme der HTLV-III-Infektion (AIDS)* — *Straf- und zivilrechtliche Aspekte gefährlicher ansteckender Krankheiten*, 1986, 6 nota 16. *Contra*, PRITZWITZ, *Das « AIDS-Urteil » des Bundesgerichtshofs (Zum Urteil des BGH vom 4. November 1988-1 StR 262/88)*, StrV 1989, 127.

stesso detenuto sarebbe malato, stigmatizzato com'è dalla società e costretto a limitazioni nella sfera sessuale (79). Comunque, la trasformazione della situazione sociale del portatore sano è lasciata alla sua discrezionalità (e responsabilità), non esistendo — ancora — un catalogo di disposizioni precauzionali coattive. Sembra insomma davvero troppo ricavare il danno alla salute da un *attuale* stato di completa *normalità* e da un *presumibile futuro* peggioramento, inteso come condizionamento della condotta di vita.

Eguale fuori pista l'argomento sporadicamente invocato della connotazione della malattia come capacità di contagiare terzi (80), del resto in singolare contrasto con il precedente richiamo ad uno stile diverso di comportamento, immune da rischi per la società (81): una fonte di pericolo non è un parametro né clinico né normativo volto a contrassegnare lo *specificum* del reato di lesioni, soprattutto quando la concretizzazione del pericolo resta subordinata alla libera volontà del contagiante e dunque può anche non avverarsi mai.

e) Per aggirare la traappola definitoria del « danno alla salute » in una cornice scientifica, che mal si attaglia alla peculiarità dello stadio dell'incubazione, qualche Autore suggerisce di scoprire la lesione non nella presenza *sic et simpliciter* del virus, ma nei riflessi psichici che lo stato procura al sieropositivo (82).

(79) L'obiezione è in *AG Kempten* 1.7.1988 (nota 74), 2314.

(80) EBERBACH, cit. (nota 78), 5; M. BRUNS, *AIDS, Prostitution und das Strafrecht*, NJW 1987, 693; GEPPERT, cit. (nota 68), 669; MEIER, *Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung*, GA 1989, 209 (che fa riferimento inoltre, impropriamente, all'indebolimento del sistema di difesa). *Contra*, PRITZWITZ, cit. (nota 78), 127: « La capacità di contagiare altri lo rende pericoloso, non malato ». Critico egualmente SONTAG, *Aids und seine Metaphern*, 1988, 35.

(81) Infatti: da una parte si dice che è malato chi deve cambiare le proprie abitudini nella vita quotidiana, dall'altra chi è un potenziale veicolo di contagio. Ma se il « malato » rispetta scrupolosamente le regole cautelari, non rappresenta un rischio per il terzo, essendo la diffusione del virus limitata a pochi canali, facilmente « neutralizzabili ». Perciò le due motivazioni, anziché rivelarsi rafforzative dell'idea centrale, la indeboliscono, visto che si pongono tra loro in termini antinomici.

(82) EBERBACH, cit. (nota 77), 231; BGH 12.10.1989 (nota 48), 129; in modo alquanto retorico *AG Hamburg* 17.12.1989, NJW 1989, 2071; *contra*, BORTKE, *Rechtsfragen beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten. Zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofes vom 4.11.1988 (BGH-1 StR 262/88)*, AIFO 1989, 469, per il quale il contraccolpo psichico è ininfluenza, sussistendo già la lesione.

È bene chiarire: la conoscenza da parte dell'interessato della sieropositività (e di vivere sotto la spada di Damocle dell'evoluzione irreversibile del male) rappresenta un fattore rilevante sotto lo aspetto psicologico. La gamma di reazioni è vasta: atteggiamenti depressivi, senso di sfiducia con ricaduta immediata sulla condizione fisica per l'instaurarsi di patologie psicosomatiche, ansia, psicosi di vario genere. Tali ripercussioni possono influire sulla funzionalità psichica e far nascere una malattia.

Si tratterà allora di analizzare se gli effetti derivanti dalla sieropositività acquisita producano una lesione psichica. Compito non certo semplice, in quanto la dottrina tedesca nuovamente si divide tra una tutela ampia della salute psichica (83) ed una più ristretta, secondo la quale il disturbo psichico interessa il diritto penale solo nei casi di contraccolpo somatico (84). La soluzione del problema può essere tranquillamente messa da parte; non soltanto essa evita di rispondere all'interrogativo centrale che qui interessa, ma soprattutto insiste in una direzione (quella dell'investigazione della personalità della vittima) francamente improponibile per l'aleatorietà di ogni decisione.

In verità, il rifarsi ad argomentazioni di supporto è la spia di un disagio ispirato dalla povertà delle motivazioni *scientifiche* atte a ricondurre il mero contagio al paradigma della *Gesundheitsbeschädigung*, ed aggravato dal timore di dover rinunciare all'opzione penale (85). Cosicché il silenzio del giurista diventa il sintomo sia dell'accademicità della questione (l'accertamento dell'infezione da *Hiv* avviene normalmente quando il periodo di incubazione è concluso e la malattia è scoppiata) (86), sia di una linea politico-

(83) ESER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER (nota 68), n. 6 *sub* § 223, con citazioni.

(84) Cfr. HIRSCH, cit. (nota 50), n. 14 *sub* § 223.

La giurisprudenza segue la stessa linea.

(85) Dato evidente in chi sottolinea la mancanza nel codice penale di una fattispecie simile al § 6 *Abs.* 3 della legge sulle malattie veneree (*GeschlKrG*), da ultimo modificata con la legge di riforma del 19.12.1986, che incrimina il comportamento pericoloso, a prescindere dall'avvenuto contagio Cfr. M. BRUNS, *Ein Rückschlag* (nota 68), 199.

Si veda inoltre *AG Hamburg* 17.12.1989 (nota 82), 2071, dove addirittura gli aspetti etici della problematica sono frammisti a quelli giuridici (« ... sarebbe persino cinico considerare sana la persona infettata dal virus *Hiv* »).

(86) È quanto pone in rilievo la pregevole motivazione di *AG Kempten* 1.7.1988 (nota 74), 2314.

criminale dettata da un drastico rigorismo, in virtù della quale non si esita a forzare metodologicamente la norma di base pur di sostenere le vicende della punibilità.

6. — Il codice penale toscano del 1853 incriminava agli artt. 305 ss. le lesioni recanti « danno o dolore al corpo o perturbazione di mente », suddividendole in tre gruppi secondo la gravità. Il codice penale sardo-italiano del 1859 preferiva distinguere tra « ferite, percosse ed altre simili offese » (artt. 537 ss.). Il codice Zanardelli del 1889, mostrando di gradire la formula definitoria del codice toscano, identificò la lesione personale nel procurare « ad alcuno un danno nel corpo o nella salute, o una perturbazione di mente » (87). Accanto alle lesioni gravi e gravissime (art. 372 c. 2 nn. 1-2), l'ultimo comma dello stesso articolo puniva, a querela di parte, e con la pena alternativa « della reclusione sino a tre mesi o della multa da lire cinquanta a mille », le lesioni non produttive di malattia o di incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni. La medesima disciplina veniva applicata quando malattia o incapacità procurata non superavano il limite di dieci giorni (88).

Nel codice Rocco le lesioni sono tali se cagionano « una malattia nel corpo o nella mente ». L'espressione è stata prescelta in luogo dell'originaria, nella quale figurava la parola « trauma » (89).

(87) Art. 372 c.p.: « Chiunque, senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute, o una perturbazione di mente è punito con la reclusione da un mese ad un anno ».

(88) Per i riferimenti storici cfr. PESSINA, *Il nuovo codice penale italiano*, 1890, I, 360 s.; SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, 2^a ed., 1940, IV, 262 ss.

(89) « Nel primo progetto avevo definito la lesione personale come trauma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente; intendendo, con la parola trauma, ogni alterazione o disordine organico, che sia l'effetto di una azione, ancorché: non meccanica, del colpevole, diretta a cagionare offesa alla integrità fisica della persona. La detta locuzione aveva servito inoltre a fissare il principio che l'attività volontaria del colpevole, nei delitti di lesione, si esaurisce nella produzione del trauma, sicché irrilevante deve considerarsi l'indagine sulla volontarietà delle conseguenze lesive derivanti dalla causa traumatica. E mi era parso, infine, che tali definizioni perspicuamente segnavano la differenza fra il reato di lesione e il nuovo reato di percosse, che il progetto ha creato. Molteplici furono, peraltro, le osservazioni sollevate contro tale definizione; tutte particolarmente poggiate sul rilievo che la parola trauma, nell'uso corrente e anche nell'uso scientifico, abbia assunto un più stretto significato e precisamente stia a designare soltanto gli effetti lesivi di un'azione

Invariata, invece, la precedente impostazione, graduativa delle lesioni in quelle comunemente indicate come semplici (o lievi) (art. 582 (90)), gravi, gravissime (art. 583 c. 1-2).

La scelta operata nel '30 non è casuale. La lesione non rappresenta più la ferita dal processo patologico evolutivo, la « *unitatis in carne violenta solutio* » del Carmignani (91), ma non è nemmeno lo indifferenziato 'danno alla salute' del codice Zanardelli.

La *ratio* della diversa terminologia non è del resto oscura. Nel sistema antecedente, scopo dell'art. 372 c.p., la norma deputata alla tutela dell'incolumità individuale, era la protezione *a tutto campo* del bene giuridico: mancando la bipartizione tra lesioni e percosse, il dettato normativo utilizzava pertanto una nozione (« danno nel corpo o nella salute ») onnicomprensiva di qualsiasi risultato di aggressione; il *pendant* dell'ultimo comma non sconfessava questa tendenza, anzi la convalidava nel disegnare una categoria di comportamenti lesivi dalle conseguenze modeste (assenza di malattia o incapacità di attendere alle proprie occupazioni, o comunque loro superamento entro il decimo giorno), bilanciando sul piano della dosimetria sanzionatoria fatti di scarsa rilevanza.

L'intuizione della normativa pregressa trovò lo sbocco naturale nella codificazione del '30, attraverso la rivitalizzazione delle percosse sotto forma di reato autonomo. La difesa dell'incolumità individuale era così assicurata contro ogni smagliatura; ragioni di coerenza sistematica imponevano però, per il reato di lesione, una formulazione 'mirata' al bene da tutelare onde prevenire duplicazioni ed interferenze. Fu deciso quindi il ricorso alla « malattia nel

meccanica. Tali osservazioni mi hanno richiamato all'opportunità di evitare nelle disposizioni di un codice l'uso di espressioni di cui non sia pacifico il significato; e mi hanno indotto, quindi, ad accogliere la proposta della Commissione ministeriale di sopprimere nel nuovo testo la parola trauma... ». Così la *Relazione ministeriale* (nota 29), 378.

(90) « Le lesioni, a cui la norma si riferisce, potranno, mantenendo la denominazione tradizionale, essere chiamate semplici o lievi, comprendendo, per ragioni di esclusione, i casi in cui il danno all'integrità della persona si concreti in una malattia di corpo o di mente, che non abbia i caratteri di particolare gravità indicati nel successivo art. 582 [ora art. 583], o della quale, dopo la cessazione del processo morboso, non sia residuo alcuno dei danni permanenti, stabiliti nello stesso articolo » (*Relazione ministeriale* [nota 29], 380).

(91) *Juris criminalis Elementa*, 1808, II, § 941.

corpo o nella mente » quale contrassegno della lesione, ripetuto *ad abundantiam* nell'art. 581 come connotato negativo del *Tatbestand* delle percosse (92).

Insomma, il messaggio del legislatore era agevolmente decifrabile: posto che i comportamenti caratterizzati da un grado di *Unrecht* (cioè da un disvalore d'evento) relativamente basso trovavano una collocazione separata, il reato di lesioni poteva finalmente muoversi in un ambito congeniale e collegarsi a basi scientifiche (93). Si può discutere sul tasso tecnico dell'art. 582, non proprio felice dal momento che lascia trasparire un rapporto causa-effetto tra lesione e malattia, mentre l'ultima qualifica semplicemente la prima senza intervallo temporale (94), ma è innegabile che l'espressione vada intesa restrittivamente. Anche alla luce dei principi inerenti alla 'concretizzazione contenutistica' della fattispecie (*supra*, IVa): evoluzione del sistema, funzionalità, diversificazione dei campi di tutela in risposta alla frammentarietà escludono un'interpretazione estensiva. È perciò deprecabile l'insistenza con la quale la giurisprudenza fa rientrare nella malattia qualsiasi alterazione anatomica, per ricalcare la vecchia formula del danno (95).

7. — La comparazione tra il sistema tedesco e italiano mostra le direzioni opposte intraprese. In Italia la separazione delle percosse dalle lesioni ha comportato il riflettersi delle seconde verso fatti dotati di offensività specifica nei confronti dell'incolumità personale, separati nettamente da quelli che, per l'esiguità delle conseguenze provocate, presentano un profilo bivalente, oscillante tra l'aggressione all'integrità fisiopsichica e la pertinenza alla sfera

(92) Quanto alle lesioni personali colpose, l'art. 590 c.p. richiama la dizione ufficiale di « lesione personale » (analogamente il § 230 *StGB*, ed il suo antecedente), a differenza del corrispondente art. 375 c.p. Zanardelli che riproduceva l'intera definizione (danno nel corpo o nella salute o perturbazione di mente).

In altre occasioni (artt. 88, 89, 643 c.p.) il codice utilizza il termine infermità, sempre con riferimento ai disturbi psichici. Circa la loro sinonimia, MANZINI, cit., (nota 29), 211.

(93) Nello stesso senso PANNAIN, cit. (nota 44), 189.

(94) Così MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, 2^a ed., 1950, II, 766; RANIERI, cit. (nota 29), 281.

(95) Critiche analoghe in GERIN, *Lesione personale*, *Zacchia* 1952, 49; SANTORO, *Manuale di Diritto Penale. Delitti contro la persona*, 1968, V, 135.

della personalità morale. Sul piano tecnico il coronamento dell'operazione è stato garantito dall'adozione di un'espressione ('malattia'), che doveva — almeno nelle intenzioni dei compilatori — scongiurare dispute lessicali.

Nella Repubblica federale tedesca percosse e lesioni non vengono distinte in autonomi reati, e sotto l'ombrello della *Körperverletzung* trovano posto situazioni variegate. Per non vincolare eccessivamente l'opera dell'interprete si è quindi prescelto un vocabolo dai contorni meno precisi (*Gesundheitsbeschädigung*).

L'ampiezza pertanto con cui la prassi giudica in Germania il reato di lesioni non tradisce lo spirito della norma, al contrario di quanto accade in Italia. A conferma della difficoltà di reperire un concetto sintetico in grado di ricomprendere la gamma potenziale di aggressione al bene tutelato, senza contemporaneamente sconfinare in altri settori, val la pena di ricordare come in entrambi i Paesi la soluzione normativa non lascia pienamente soddisfatti. Nella dottrina tedesca non mancano voci a favore dell'eliminazione della distinzione tra maltrattamenti fisici e danno alla salute (96), onde evitare i rischi, legati all'attuale formulazione, di una commistione tra l'onore e l'integrità fisica (97). E in Italia si auspica, in una curiosa forma di parallelismo rovesciato, l'abolizione della autonomia sistematica delle percosse rispetto alle lesioni, e la sostituzione del termine malattia con quello di danno alla salute (98).

8. — La progressione per stadi dell'AIDS risolve definitivamente il quesito circa la sussistenza della malattia (e del reato di lesione) e sposta la visuale dal *se* dell'illecito al *quantum* di gravità dello stesso.

In linea di massima, l'*escalation* dell'infezione comporta l'appli-

(96) Così HIRSCH, cit. (nota 59), 148 s. Cfr. inoltre LAMPE, cit. (nota 56), 180 s.

(97) Rischio evidente nell'interpretazione della *körperliche Mißhandlung* proposta da HORN, in RUDOLPH-HORN-SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Besonderer Teil*, 4^a ed., 1989, II, n. 8 *sub* § 223.

(98) CANALE, *Il danno alla persona nei reati di percosse e di lesione personale. Revisione critica e proposte per un nuovo inquadramento*, RIDPP 1982, 527ss.

Nel disegno di legge n. 731 del 17.12.1987, d'iniziativa SALVATO ed altri (« Norme penali relative ai crimini perpetrati attraverso la violenza sessuale e fisica contro le persone »), all'art. 24, il primo comma dell'art. 582 c.p. non subisce però modifiche, se si eccettuano trascurabili sottigliezze grammaticali.

cabilità delle circostanze aggravanti contenute nell'art. 583 c.p., quindi la causazione di una lesione grave o gravissima. Sul piano astratto non sorgono problemi particolari; non così in concreto, poiché la discontinuità del morbo unitamente alle lacune scientifiche che ancora lo avvolgono, impediscono spesso di isolare con esattezza il quadro patologico e di catalogarlo nell'ottica del codice penale.

Tra le lesioni gravi e gravissime alcune non hanno spazio (esempio: la deformazione, ovvero lo sfregio del viso) (art. 583 c. 2 n. 4), altre (malattia certamente o probabilmente insanabile: art. 583 c. 2 n. 1) presentano un'attinenza maggiore. Soffermiamoci su quest'ultime.

a) Nell'ambito delle lesioni gravi viene innanzi tutto in considerazione il « pericolo di vita della persona offesa ». La ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale dell'aggravante è giustamente rigorosa: si esige che il pericolo si sia concretizzato al momento della valutazione, non essendo sufficiente la prognosi sulla sua sussistenza, neppure se a breve scadenza (99). L'AIDS deve dunque trovarsi in una fase che autorizzi a parlare, senza necessità di proiettarsi nel futuro, di rilevante probabilità di esito infausto, come qualora insorgano fenomeni tumorali.

Quasi scontata invece la gravità della lesione in relazione alla durata della malattia oltre il 40° giorno, o alla correlata incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo corrispondente, specie tenuto conto della sopravvenienza di stadi intermedi infettivi (ARC), intervallati a periodi di convalescenza e di stasi del male.

b) Qualche perplessità solleva la riconducibilità dell'indebolimento permanente (di un senso o) di un organo al quadro clinico dell'AIDS. Il principale organo coinvolto è il sistema immunitario. L'*Hiv* è infatti responsabile della distruzione dei linfociti che presiedono ai meccanismi di difesa dell'organismo.

Dal punto di vista anatomico il sistema immunitario non è un organo; il concetto, tuttavia, viene comunemente analizzato nella

(99) Cfr. BAIMA BOLLONE-ZAGREBELSKY. cit. (nota 32), 46.

Il pericolo di vita è escluso in Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 74.

prospettiva medico-legale, secondo la quale l'organo è l'insieme delle parti del corpo deputate ad una specifica funzione (100). Il criterio, che potremmo definire di tipo *finalistico-funzionale*, è accettato senza riserve in giurisprudenza (101).

L'aggravante è perciò richiamabile; il perito dovrà esaminare comunque il grado di compromissione del sistema per inferirne lo *indebolimento permanente*.

Lasciando da parte gli aspetti scientifici, quali i 'segni' ed i riscontri di laboratorio tali da permettere l'individuazione del livello di risposta immunitaria (102), è opportuna semmai una rapida messa a fuoco della terminologia codicistica.

Per *indebolimento* deve intendersi la diminuzione della capacità funzionale dell'organo. Poiché ciò che permette di classificare l'organo come tale è la sua idoneità funzionale, ne deriva che un organo, privato della funzionalità prima della lesione subita, non potrà dirsi 'indebolito'.

Per la stessa ragione le potenzialità dell'*indebolimento* crescono in misura inversamente proporzionale al numero dei componenti dell'organo o alle possibilità di supplenza provenienti da altri. Per chiarire: sarà difficile che si registri un *indebolimento* dell'apparato masticatorio, in quanto la relativa funzione è svolta da una quota considerevole di elementi, sicché la perdita di un dente è irrile-

(100) Cfr. nuovamente BAIMA BOLLONE-ZAGREBELSKY, cit. (nota 32), 55ss. Inoltre, PANNATIN, *Sull'indebolimento di un senso o di un organo*, AP 1961, II, 533ss.; MANZINI, cit. (nota 29), 248ss.

(101) Tra le tante, Cass. 8.3.1957, RP 1958, II, 78 (o in AP 1957, II, 526), la cui massima ha valore paradigmatico: « Nel senso medico-legale si definisce organo ogni complesso di elementi omologhi che concorrono alla stessa funzione anatomico-fisiologica: di riflesso si verifica perdita o debilitazione di esso quando quel complesso non sia più in grado di adempiere alla funzione medesima, in modo assoluto ovvero in misura ridotta. Pertanto, anche la scatola cranica o analogamente la cassa toracica, indipendentemente dalla rispettiva funzione protettiva del cervello e dei polmoni, assurgono all'entità ed efficienza di organi, la cui integrità occorre allo svolgimento della vita fisiologica che, invece, dalla verificatasi alterazione, subisce menomazione: e questa, ove raggiunga un grado notevole per entità e durata, viene giustamente in considerazione ai fini della punibilità ».

(102) Per una chiara disamina, Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 72s., ove l'applicazione dell'aggravante è spiegata in virtù dell'*apprezzabile* stato immunodepressivo causato dal virus.

vante (103); sarà addirittura non immaginabile laddove, come nel sistema linfopoietico, la funzione è assicurata da innumerevoli componenti. Per contro, il coefficiente di ricorribilità dell'aggravante si eleva rapidamente quando la capacità funzionale si riduce ad un organo composto da due elementi (polmoni, reni), o da uno soltanto (pancreas, cuore). In quest'ultimo caso, tra l'altro, la *perdita* (della componente) dell'organo non potrà essere soppiantata dalle parti supplenti, chiamate ad un eventuale *surplus* di lavoro per ripristinare l'originaria funzionalità.

L'art. 583 c.p. non distingue in ordine al *grado* dell'indebolimento: anche una *diminutio non grave* dell'originaria attitudine costituisce pertanto indebolimento; il peggioramento intervenuto deve tuttavia raggiungere una certa soglia di consistenza, di contenuto apprezzabile. Indebolimenti insignificanti, senza riflessi concreti sull'attività psico-fisica del soggetto, non rientrano nell'aggravante, da interpretare alla luce di un correttivo 'normativo' (104).

È naturalmente indifferente la compromissione organica preesistente alla lesione (come nel caso di una debolezza congenita del quadro immunitario), poiché conta il peggioramento dello *status quo*, indipendentemente dalle condizioni di partenza (105). L'indebolimento non è escluso, inoltre, dalla possibilità futura di un intervento 'artificiale' ripristinatorio della situazione originaria (si pensi ad una terapia di sostegno a base antivirale per respingere le infezioni antagoniste), perché, a parte l'ingiustizia di scaricare sul soggetto passivo il peso delle sofferenze fisiche e morali connesse, la norma si limita a registrare il mutamento in una dimen-

(103) In senso rigoristico, tuttavia, la giurisprudenza: si veda Cass. 12.11.1962, CP 1962, 427; Cass. 3.2.1989, CP 1991, 67, per la sussistenza dell'aggravante.

Diversa la soluzione se il dente asportato fungeva da supporto ad una protesi fissa, con il risultato di dover pertanto ricorrere successivamente ad una protesi mobile: cfr. Cass. 27.10.1982, CP 1984, 545.

(104) Analogamente Cass. 13.2.1962, CP 1962, 624; Cass. 7.11.1977, CP 1979, 833; Cass. 25.5.1981, CP 1983, 79; Cass. 24.2.1983, GP 1984, II, 34: « Pur essendo sufficiente per la configurabilità dell'aggravante anche un indebolimento di lieve entità, è però necessario considerare l'apprezzabilità sul piano oggettivo della subita menomazione, non potendosi attribuire rilevanza ad un fattore di minima apprezzabilità tanto sotto il profilo funzionale quanto sotto quello estetico ». *Contra*, Cass. 13.5.1963, RP 1964 II, 224.

(105) Cfr. Cass. 12.7.1979, CP 1981, 360; Cass. 17.11.1981, CP 1983, 78.

sione *fisiologica* e non secondo le capacità di recupero offerte dalla scienza medica e dalla tecnica (106).

L'indebolimento non va confuso con il carattere della *permanenza*. La permanenza qualifica la menomazione provocata, ma, quale mero fattore temporale, è indipendente dalla gravità della diminuzione funzionale. In altre parole, un indebolimento minimo può risultare irreversibile, viceversa uno di notevole consistenza temporaneo. La permanenza non è però sinonimo di perpetuità, cosicché non si chiede una prognosi di irrimediabile alterazione dell'organo, ma la valutazione di una prolungata durata della stessa (107).

Trasferendo sul terreno concreto le osservazioni fatte, nella maggior parte dei casi il contagio da *Hiv* integra dunque gli estremi dell'indebolimento permanente di un organo, sotto l'aspetto dell'immane (s'intende, una volta progredita la malattia) ed irreversibile depressione del sistema immunitario.

Resta da chiedersi però se sia configurabile l'indebolimento di altri organi, come risultato *indiretto* dell'AIDS.

Lo spunto viene nuovamente offerto dalla sentenza del Pretore di Torino, che ha chiamato in causa alcuni effetti collaterali, ravvisando la ricorribilità dell'aggravante in una duplice prospettiva.

c) In prima battuta deve considerarsi la compromissione dell'organo della procreazione.

Il punto merita un chiarimento. La capacità di generare non è toccata dalla malattia, ma — presumibilmente — viene limitata per il pericolo di trasmissione del virus al feto nella vita intrauterina o al momento del parto. Un'alterazione funzionale dell'organo coinvolge specificamente la donna senza peraltro escludere il sieropositivo maschio, per la potenziale privazione della 'gioia della paternità'.

Un ragionamento simile si ritrova nella motivazione pretorile.

(106) Si veda Cass. 19.7.1960, CP 1961, 187; Cass. 10.1.1978, CP 1979, 833.

(107) Conformemente, MANZINI, cit. (nota 29), 246, sebbene con l'argomentazione poco convincente che « trattandosi di semplice 'indebolimento', ben di rado potrebbe farsi seriamente un prognostico di perpetuità ». Si è già avuto modo di dire, infatti, che la durata dell'indebolimento è del tutto svincolata dalla sua intensità. Persino la perdita, effetto tradizionalmente associato alla perpetuità, incontra eccezioni (esempio, la caduta, in seguito ad un pugno, del dente di latte).

Ecco i passaggi salienti: il decalogo di misure precauzionali stilato dalla Commissione nazionale AIDS il 12.2.1987 con l'indicazione per i soggetti sieropositivi di « evitare rapporti sessuali o almeno usare regolarmente il profilattico fin dall'inizio del rapporto sessuale » e per le donne fertili di « evitare la gravidanza »; l'autorevolezza scientifica della fonte di tali doveri e per contro la qualificazione professionale della persona offesa (infermiera), sensibile alle problematiche mediche; il conseguente condizionamento sul piano della volontà. Anzi, poiché il rischio di contagio da madre a figlio si attesta intorno al 30%, il condizionamento sarebbe « quanto mai grave ed elevato... (sì che — aggiungiamo tra parentesi — non di lieve indebolimento si tratta, bensì di notevole, cospicuo indebolimento) ». L'unica concessione concerne per l'appunto il negare la 'perdita' dell'organo, residuando un margine di autonomia per la donna ad impegnarsi o meno in una gravidanza (108).

Le deduzioni sembrano alquanto azzardate. La riduzione della capacità *procreandi* sussiste allorquando il relativo organo subisca alterazioni biologiche scompensative del regolare (cioè *fisiologico*) funzionamento, come ad esempio per la presenza di una cisti uterina impedente l'annidamento dell'ovulo. Nulla di tutto questo avviene nel caso di specie.

Sostenere dunque che l'aggravante è applicabile per la compromissione del normale regime di vita rappresenta una forzatura inammissibile sul versante sistematico e frutto di una commistione con principi diversi. Non v'è dubbio infatti che il legislatore abbia avuto di mira, nel formulare l'ipotesi specifica dell'indebolimento dell'organo, le lesioni capaci di produrre *direttamente* un tale risultato, non qualsiasi effetto meramente causale con l'accaduto. Dovremmo altrimenti ritenere che A, responsabile di una ferita al volto di B, 'indebolisce' la deambulazione di B, poiché la vittima rifiuta di lasciare la propria abitazione per il timore di nuove aggressioni o per non mostrare la cicatrice provocatagli. Il paragone ha certamente un sapore provocatorio, tuttavia non si potrebbe obiettare che B non incontra pericoli nell'uso dell'organo inibito di riflesso (le gambe); anche nell'AIDS la funzione procreativa non corre rischi, ma eventualmente la vita del nascituro.

(108) Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 74.

Il punto centrale è comunque un altro: le conseguenze dipendenti dalla decisione consapevole della vittima non sono addossabili all'autore del fatto.

Al di là della terminologia adoperata, il criterio è generalmente riconosciuto: l'evento viene imputato non in forza del semplice rapporto causale (naturalisticamente inteso), ma in virtù del potere di signoria conservato dal soggetto attivo sul decorso degli avvenimenti. Che si attribuisca un'improbabile cornice 'normativa' alla categoria ontologica della causalità (causalità umana, causalità adeguata), o, come sembra più rispondente alla logica del linguaggio, si adotti il parametro dello 'scopo di tutela', la conclusione non cambia: l'imputazione oggettiva dell'evento è esclusa dalla libera volontà del soggetto passivo. Prediligendo viceversa un'impostazione soggettiva della fattispecie, la soluzione resta identica, imposta dal rispetto del canone della colpevolezza. Un rimprovero doloso o colposo è incompatibile con gli eventi appartenenti alla sfera riservata di terzi, e che — si badi — non si sono neppure realizzati, ma sono legati piuttosto ad una prognosi di comportamento. Cosicché se la donna contagiata trasgredisce le raccomandazioni e porta a termine la gravidanza senza problemi per il figlio, si avrà la prova che l'indebolimento non si è verificato (109).

Quanto al *grado* di libertà decisionale della sieropositiva a conoscenza della possibilità di generare un nato infetto (analogo discorso per il sieropositivo che voglia diventare padre), il relativo rischio si attesta intorno al 35% (con l'ulteriore corollario che la trasmissione di anticorpi e virus non implica l'automatico sviluppo dell'AIDS) (cfr. *supra*, II, a), quindi su livelli modesti, per cui si deve ritenere che la scelta non sia di fatto coartata e a senso unico.

Ricapitolando, l'alterazione dell'organo della procreazione non sussiste sotto il profilo biologico-funzionale, che è il dato al quale

(109) Inoltre: la motivazione in tanto giudica persuasiva l'astensione della donna dal concepimento (da cui deriva la convinzione dell'alterata capacità di procreare), in quanto la stessa è persona sensata e dotata, a cagione della professione, di senso morale e di conoscenze scientifiche. Ma l'argomentazione è in singolare contrasto con la riconosciuta alterazione delle funzioni psichiche a causa della sieropositività (e si ammette ancora la precedente fragilità emotiva dell'infermiera). Come si può sostenere allora che chi soffre di turbe psichiche abbia un comportamento 'ragionevole', che sarebbe lecito attendersi dall'individuo normale?

il codice lega l'aggravante; l'atto della procreazione è frutto della volontà consapevole della sieropositiva, volontà sufficientemente autonoma in rapporto ai pericoli reali del trapasso dell'infezione al nascituro, e quindi non ritorcentesi sul contagiante.

d) In verità, nella fretteolosità di giungere alla conclusione dell'indebolimento permanente dell'organo della procreazione, resta in ombra un passaggio intermedio importante. La modifica delle condizioni di vita, il mutamento delle abitudini sessuali del portatore sano rivestono un ruolo decisivo nei confronti della possibile alterazione psichica. Come accennato (*supra*, V, 5, e), è innegabile che la conoscenza dello stato di AIDS-carrier determini un contraccolpo sul piano psichico, con reazioni differenziate in base alla personalità. Sarà perciò il danno psichico in quanto tale a far parlare della insorgenza di una malattia (dunque, della lesione) o addirittura dell'indebolimento delle funzioni psichiche (dunque, dell'aggravante), magari provocate — o accelerate — dal diverso stile di vita che il contagiato dovrà imporsi. Le nuove abitudini, invece, *in sé e per sé*, non assumono rilevanza penale.

Ciò significa che per il portatore sano (uomo o donna) il condizionamento della capacità di procreare spiega i suoi effetti non come indebolimento dell'organo (fisiologicamente intatto), bensì sotto il versante psicologico (110).

La sentenza pretorile riconosce anche l'indebolimento dei processi psichici. Sul punto non c'è molto da dire. L'espressione adoperata dal codice (« malattia nel corpo e nella mente ») non solleva quei problemi che l'indistinta nozione del corrispondente paragrafo tedesco crea (*supra*, V, 5, e): l'alterazione, seppure brevissima e temporanea, del quadro di normale funzionalità psichica costituisce le-

(110) La tesi era stata affacciata senza successo dalla difesa degli imputati. In senso opposto la decisione giudiziaria, che si rifà alle argomentazioni di *Introna-Scorretti*: « Un'altra conseguenza dell'acquisizione del dato di essere soggetto sieropositivo che non può essere sottovalutato in ambito penale concerne le ripercussioni negative sulla vita sessuale del soggetto a causa delle misure di prevenzione che si rendono necessarie ». Ed a proposito dei disturbi psichici: « se consideriamo anche le conseguenze, spesso devastanti sotto il profilo psicologico, della consapevolezza di essere sieropositivo, non si può non considerare tali soggetti come affetti da una alterazione rispetto ad uno stato anteriore, di carattere funzionale, in genere evolutivo come tutte le alterazioni psichiche ».

sione (111); l'indebolimento permanente è una ulteriore conseguenza priva di caratteri peculiari rispetto a quanto osservato in precedenza.

In teoria, l'aggravante non è perciò da escludere nei confronti del sieropositivo. Nella pratica si ripresentano però le consuete difficoltà inerenti all'accertamento del grado di coinvolgimento mentale. Si profila delicato soprattutto il confine tra il riconoscimento della malattia mentale (lesione semplice) ed il livello — quale effetto diretto — da essa raggiunto ai fini della sussistenza dell'indebolimento dell'organo (lesione aggravata). Poiché l'indebolimento consiste nell'affievolimento delle originarie capacità, che è però il connotato della stessa malattia mentale, si corre il rischio di annullare ogni differenza, o al massimo di costruirla *soltanto* sul requisito della *permanenza* quale spartiacque del tipo di lesione provocata, ed in sostanza decidente l'entità della pena.

Il pericolo è evidente nel caso *de quo*, essendo l'AIDS una malattia evolutiva, sicché una volta ammessa l'esistenza di disturbi psichici derivanti all'individuo dalla conoscenza della sieropositività, è difficile — se non illogico — pensare che la compromissione lamentata della sfera psichica regredirà nel futuro, cioè in un periodo nel quale la vittima può peggiorare e non migliorare fisicamente.

La lettura del passo dedicato all'argomento conferma le perplessità. L'organo giudicante si riporta alle conclusioni peritali: « Ma come non dare ragione ai periti, quando sottolineano che 'tutti i soggetti sieropositivi sono tendenzialmente portati a soffrire per la incertezza del loro futuro'? In qualsiasi soggetto — anche il più refrattario alle emozioni — 'sapere' (sapere di essere sieropositivo) non può non indurre una condizione di crescente alterazione delle funzioni psichiche » (112).

La conclusione è fondata su un'evidente *petitio principii*. Il carattere delle ripercussioni psichiche negative assume toni assiomatici; manca qualsiasi dimostrazione; addirittura stupefacente è la motivazione circa la presenza dell'indebolimento permanente: « dal

(111) Per la *Relazione ministeriale* (nota 29), 379, la malattia mentale « comprende ogni menomazione parziale della intelligenza, della volontà o della memoria ». La giurisprudenza vi include anche il c.d. shock nervoso e lo svenimento: Cass. 27.10.1981, CP 1983, 626.

(112) Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 75.

colloquio è indubbiamente emerso uno stato di rilevante ansia in ordine alle prospettive future dell'infezione». L'appiattimento della *autonoma* indagine sulla *permanenza* della menomazione e la sua confluenza nel paradigma della lesione semplice, con relativa sinonimia danno psichico/indebolimento permanente, appare quanto mai marcato.

e) Scomparsa dal catalogo delle circostanze l'ipotesi in cui la persona offesa fosse una donna incinta e dal fatto derivasse l'acceleramento del parto (art. 583 c. 1 n. 3 c.p.), abrogata dall'art. 22 c. 2 L. 22.5.1978 n. 194 (« Norme per la tutela della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza »), lo stesso evento è oggi previsto — sia pure in una formulazione poco brillante — come reato autonomo dall'art. 18 c. 3 L. 194/1978. Anche « l'aborto della persona offesa » (art. 583 c. 2 n. 5 c.p.), rientrante in precedenza nelle lesioni gravissime, viene disciplinato attualmente dall'art. 18 c. 2 L. 194/1978, che punisce con la reclusione da 4 ad 8 anni « chiunque provochi l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna ».

Un'applicazione delle norme in rapporto al tema AIDS è estremamente problematica. Sul piano speculativo è immaginabile una situazione nella quale la donna, a seguito del contagio del virus *Hiv* e di concorrenti infezioni opportunistiche, oppure per lo stato di shock, vada incontro all'accelerazione del parto rispetto al termine fisiologico o subisca l'interruzione della gravidanza. In casi simili, da un'angolazione *oggettiva* il fatto tipico sembrerebbe realizzato, in quanto l'evento è posto a carico dell'agente indipendentemente dalla sua volontà, sulla base del nesso causale. In dottrina si è coniata l'espressione di 'aborto preterintenzionale' (113).

Addirittura la normativa non prevede la consumazione del reato di lesioni e neppure il tentativo, limitandosi al requisito dell'univocità dell'atto. Pertanto, in ipotesi di rapporto sessuale non protetto del sieropositivo con la partner successivamente informata della circostanza, qualora la donna, pur non risultando alcun contagio, vivendo in preda al terrore, decidesse di interrompere la gravidanza (o qualora l'espulsione del feto avvenisse per le condizioni psicosomatiche instauratesi), potrebbe scattare l'incriminazione.

(113) In proposito, PADOVANI, *Commento all'art. 18 della l. 22 maggio 1978 n. 194, Le nuove leggi civili commentate* 1978, 1698.

La conclusione è tuttavia facilmente evitabile. Nell'illecito preterintenzionale l'evento non viene automaticamente addossato all'autore in forza del rapporto di causalità, ma — in aggiunta — quando siano soddisfatti requisiti di stampo funzionale. Che si parli di prevedibilità o di evitabilità del risultato offensivo, di dominabilità rispetto all'autonomia della vittima, di scopo di protezione della norma, è in definitiva una questione terminologica. Chiaro invece l'intento comune di bandire attraverso tali vie forme di responsabilità oggettiva, avvicinando la fattispecie alla falsariga dei criteri di imputazione elaborati nell'illecito colposo (114).

Alla luce di tutto ciò si può escludere — a prescindere, lo si ripete, dalla categoria interpretativa utilizzata — la responsabilità dell'agente per l'acceleramento del parto o per l'interruzione della gravidanza, stante la non attribuibilità di un evento che non è 'opera' del soggetto attivo.

f) Tra le lesioni gravissime non hanno attinenza « la perdita di un senso » (n. 2), « la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso » (n. 4). Per quanto riguarda il n. 3 (« la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella ») valgono, a proposito degli organi compromessi e della funzione procreativa, le considerazioni svolte; « l'aborto della persona offesa » (n. 5), abolito, è stato già trattato.

Resta la « malattia certamente o probabilmente insanabile » (n. 1). La sussistenza dell'aggravante dipende dall'evoluzione raggiunta dall'infezione.

La medicina legale distingue, tradizionalmente, la malattia insanabile dall'indebolimento permanente dell'organo perché la prima si evidenzia mediante un processo patologico *in fieri* mentre il secondo è il postumo di una malattia clinicamente guarita, e dunque rappresenta una realtà *statica*, insuscettibile di variazioni (115). La linea di separazione non è così netta di fronte al mosaico di manifestazioni in cui si dirama l'AIDS, conserva comunque un'utilità pratica.

(114) Cfr. l'ampio ed approfondito studio di CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, 1989.

(115) GALIANI, cit. (nota 32), 159.

L'AIDS è malattia inguaribile. Tuttavia, l'automatismo della ricorribilità dell'aggravante non è scontato come sembrerebbe ad un'analisi approssimativa. Poiché infatti la prognosi sull'insanabilità va riferita alla situazione medica del momento, non ricorre la aggravante quando la patologia in atto non abbia determinato un livello di compromissione tale da autorizzare la conclusione della sicura insanabilità (come ad esempio nell'*Arc*) (116), non essendo d'altra parte certa la progressione del male verso stadi critici o terminali.

9. — Il capitolo concernente le circostanze aggravanti di cui all'art. 583 c.p. si arricchisce di nuovi spunti in seguito alla L. 7.2.1990 n. 19 (« Modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti »), la quale ha sostituito il primo comma dell'art. 59 c.p., stabilendo il principio dell'imputazione a titolo colposo delle aggravanti (117). *Leit-motiv* della riforma è la messa al bando della responsabilità oggettiva, in linea con la svolta politico-criminale sancita dalla Corte Costituzionale.

Che le fattispecie indicate all'art. 583 c.p. costituiscano circostanze aggravanti è un dato pacifico. La contraria ed isolata opinione dell'*Antolisei*, propenso a considerarle autonome figure di reato, si rivela insostenibile non solo nella motivazione (118), ma soprattutto

(116) Correttamente Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 74.

(117) Art. 1 L. 7.2.1990 n. 19: « Il primo comma dell'art. 59 del codice penale è sostituito dal seguente: 'Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti. Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa' ».

Cfr. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, RIDPP 1990, 1433ss.

(118) Le lesioni gravi e gravissime non potrebbero definirsi aggravanti, non rappresentando sempre un *quid pluris* del reato-base, e cioè della malattia: ANTOLISEI, cit. (nota 40), 75s. L'obiezione non persuade: in realtà l'aggravante — nei casi ai quali si riferisce l'Autore (malattia insanabile) — è un *quid pluris* non in relazione alla malattia *tout court*, ma alle caratteristiche di reversibilità che presenta; in sostanza l'elemento ulteriore e specificatore è la condizione patologica di irreversibilità (o comunque la sua durata), che si innesta sul terreno comune della lesione dell'incolumità individuale.

nella *ratio*, posto che veniva spiegata con l'esigenza di riparare alla ingiustizia della loro valutazione meramente 'obiettiva' (119).

In conformità del dettato legislativo andrà quindi dimostrata la conoscenza da parte dell'imputato dell'aggravante o comunque la rimproverabilità per colpa della situazione di ignoranza o di ritenuta inesistenza derivante da errore.

Il problema si sposta pertanto sul significato da dare al concetto di colpa. È necessario appurare che la mancata previsione degli effetti della lesione promani dalla trasgressione di una regola cautelare o basta controllare la prevedibilità dell'evento? Qualsiasi sia la risposta, si ripropongono le consuete difficoltà dell'individuazione della colpa nella condotta dolosa di base. Difficoltà aggravate in questo caso, essendo quasi sempre assente un dolo diretto di lesioni nell'attività che porta al contagio. Nella pratica si profila pertanto il pericolo di svuotare il significato dell'innovazione legislativa: ammesso il dolo (eventuale) nel comportamento contagiante, i fenomeni patologici collegati — e trattati nel codice come circostanze — potrebbero facilmente essere imputati all'autore in forza della loro prevedibilità generica. Insomma, la fase dell'accertamento della colpa sarebbe tendenzialmente riassorbita in quella del dolo, proprio perché le modalità del contagio avvengono mediante azioni non mirate (se non di riflesso) al risultato lesivo. La valutazione positiva della conoscenza del soggetto attivo della potenziale trasmissione del virus implicherà pertanto, automaticamente, il riconoscimento della conoscenza (conoscibilità) dei risvolti mediati che ne scaturiscono, annullando il valore della riforma.

10. — Accenniamo per completezza ad un ultimo aspetto: quale rilevanza penale è da riconnettere all'evenienza della trasmissione dell'*Hiv* su donna incinta e al successivo contagio del nato?

Anzitutto una precisazione. Come si è detto, nulla osta a considerare l'infezione, da un'angolazione *oggettiva* e quando abbia raggiunto una certa soglia, malattia, dunque lesione, eventualmente ag-

(119) La *Relazione ministeriale* (nota 29), 380, non aveva dubbi: « Gli effetti del danno, più o meno gravi, costituiscono... il rischio che corre il colpevole e che a lui è addebitato a titolo di responsabilità oggettiva »; inoltre: « fanno carico allo agente ancorché egli non avesse la scienza delle particolari condizioni della persona offesa » (382).

gravata. Le modalità del passaggio del virus sono del tutto irrilevanti, essendo il reato a forma libera; il caso del rapporto sessuale ha maggiore incidenza pratica, ma il contagio potrebbe avvenire tramite morsi (nel corso di una lite), per l'inosservanza di misure sanitarie precauzionali (aghi sporchi, strumenti chirurgici non disinfettati: responsabilità colposa), e così via.

Prima possibilità: l'infezione è trasmessa a donna incinta; il male evolve rapidamente e porta all'interruzione spontanea della gravidanza. Il fatto rientra nell'art. 18 c. 2 L. 194/1978 (cfr. *supra*, V, 8, e). È da aggiungere che, se si accede all'interpretazione dell'interruzione della gravidanza come reato autonomo (che sembra la più corretta), si realizzerà addirittura il concorso formale tra il reato di lesione (consumato) ed il delitto di aborto. Nuovamente occorre però mettere in guardia da soluzioni affrettate: se l'evento ulteriore (espulsione del feto) si addossa all'autore a titolo di responsabilità oggettiva, allora diventa sostenibile la tesi della sussistenza del reato; se però si corregge la preterintenzione nella direzione di un 'irrobustimento' dei parametri di imputazione (si pensi alla potenzialità offensiva dell'azione di partenza rispetto allo evento preterintenzionale), la conclusione muta segno. Il rischio di aborto è infatti altamente improponibile, e la stessa 'idoneità' della condotta contagiante a provocare la trasmissione del virus resta su livelli bassi (*infra* cap. II, III, c).

Seconda possibilità: il contagio sulla donna in attesa non crea ostacoli durante la gravidanza, che procede regolarmente; il figlio tuttavia, sieropositivo alla nascita, sviluppa in seguito l'AIDS. Oppure: ecograficamente si accertano anomalie a carico del feto in connessione causale con germi opportunistici che hanno colpito la madre; il bambino nasce malformato.

Cominciamo dall'ultima variante. Il soggetto passivo del delitto di lesione personale è la persona umana vivente. Conseguentemente è la nascita, cioè il momento della realizzazione di una vita autonoma in alternativa alla precedente vita intrauterina, a segnare l'inizio della tutela penale dell'incolumità personale. Il feto è perciò privo di protezione in relazione all'art. 582 c.p., ma viene salvaguardato dal complesso di disposizioni in tema di interruzione della gravidanza nonché dall'art. 578 c.p., che punisce l'infanticidio o il feticidio determinato da condizioni di abbandono materiale e morale. L'equiparazione del feto (durante il parto) al nato al di là della

ipotesi espressamente disciplinata dall'art. 578 c.p. sarebbe pertanto operazione analogica *in malam partem*.

Dunque non si può parlare di un reato di lesioni in danno del feto.

Quid iuris qualora la causa dell'evento risalga al periodo della gravidanza e gli effetti siano riscontrati alla nascita? Si può spostare la consumazione del reato (120)? Una soluzione del genere viola la norma. È indubbio infatti che l'aggressione si è realizzata durante la vita intrauterina; il comportamento dante-causa si è anche esaurito in detta fase; il risultato della condotta, infine, si è prodotto nel medesimo tempo ed in seguito manifestatosi visivamente. La circostanza non influisce quindi sulla consumazione, da fissare quando l'embrione non godeva della protezione apprestata dallo art. 582 c.p.

In poche parole: *de iure condito* i danni provocati al feto non rientrano nel reato di lesione, mancando in esso la qualità di essere vivente; interpretazioni diverse confliggono con il principio di legalità (121).

Quanto alla tesi che pretende di distinguere il momento in cui l'azione produce i suoi effetti, ammettendo il delitto di lesione quando questi si verifichino alla nascita (122), l'apporto si rivela meno decisivo del previsto. Qualora la lesione si *consumi* alla nascita, sebbene la causa sia rintracciabile in un'aggressione precedente (prenatale), la questione cessa di essere specifica e si presenta alla stregua di qualsiasi lesione nei confronti dell'essere vivente.

(120) Cfr. BAIMA BOLLONE-ZAGREBELSKY, cit. (nota 32), 37.

(121) Nella medesima direzione ROXIN, *Probleme beim strafrechtlichen Schutz des werdenden Lebens*, JA 1981, 548s.; LACKNER, cit. (nota 61) n. 2 sub § 223. La sussistenza del reato di lesioni è ammessa solo per le aggressioni *dolose* prenatali da TEPPERWIEN, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, 1973, *passim*. Si veda inoltre BLEI, *Körperverletzung durch Schädigung der Leibesfrucht*, MMW 1970, 741; PATALANO, *I delitti contro la vita*, 1984, 10ss. Le possibilità surrettizie di aggirare il precetto normativo mediante un procedimento analogico *in malam partem* e — all'opposto — la liceità di una riduzione teleologica del *Tabestand* sono evidenziate in KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, 77, 167s. Sottolinea la difficoltà di distinguere tra interpretazione estensiva ed analogia come effetto dell'oscurità della norma carente di determinatezza, ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, RIDPP 1989, 1555.

Sempre attuali le riflessioni di KLUG, *Juristische Logik*, 4ª ed., 1982, 109ss.

(122) ESER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER (nota 68), n. 1 a sub § 223.

Proprio tale precisazione consente di risolvere il diverso caso del deficit immunitario riscontrato nel figlio, ad esempio dopo il primo anno di vita: l'evento si è avuto in danno della *persona umana*, pur se il comportamento responsabile di ciò risale alla gravidanza, per cui il fatto rientra tra le lesioni personali, eventualmente colpose (sempre, s'intende, con riferimento alla fattispecie astratta ed impregiudicato l'aspetto dell'imputazione dell'evento ed il lato soggettivo dell'incriminazione). Si ritorna invece alla conclusione opposta (irrilevanza penale del comportamento) quando si accerti la sieropositività dell'embrione durante lo stadio fetale. Irrilevanza perché al feto difetta la qualità di soggetto passivo, a prescindere dal rilievo che la mera sieropositività non costituisce malattia.

a) Rimanendo in tema, resta da chiedersi se l'infezione contratta da donna gravida legittimi l'interruzione della gravidanza. Al riguardo la L. 22.5.1978 n. 194, disciplinante la materia, subordina (art. 4) l'interruzione volontaria, *entro i primi novanta giorni*, alla presenza nella donna di circostanze « per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsione di anomalie o malformazioni del concepito ». *Oltre i novanta giorni* l'aborto può essere praticato « quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna », oppure « quando siano accertati processi patologici tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna » (art. 6 lett. a, b).

In entrambi i casi sono previsti naturalmente accertamenti particolari per appurare l'esistenza delle evenienze indicate. L'art. 19 sanziona infine l'interruzione volontaria della gravidanza in violazione delle modalità di controllo, riservando un trattamento punitivo diversificato per la donna (più mite) e secondo il periodo di gravidanza trascorso.

Sorvolando sull'infelice tecnica di redazione della fattispecie, carente di tassatività (123), la liceità dell'intervento abortivo è comunque condizionata alla tutela della salute fisica e psichica della

(123) Si veda PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. La *fattispecie*, 1979, 430s.; ANTOLISEI, cit. (nota 40), 97ss.

gestante, che ha il sopravvento sulla protezione del nascituro. La possibilità di interrompere la gravidanza è perciò finalizzata alla prevenzione dell'incolumità della futura madre, con poche ma significative differenziazioni in base al momento in cui venga praticato l'intervento: dopo i novanta giorni, il pericolo di vita per la donna, derivante dalla gravidanza o dal parto, deve assumere i connotati della *gravità*; analogamente, *comprovate* patologie a carico del feto, precisate in *rilevanti* anomalie o malformazioni (contro la semplice *previsione* di anomalie o malformazioni che rendono ammissibile l'aborto nei primi novanta giorni) hanno rilevanza soltanto quando determinino un *grave* pericolo per la salute fisiopsichica della gestante (rispetto al presupposto del *serio* pericolo).

L'infezione da virus *Hiv* indebolisce il sistema immunitario, il che è la porta d'ingresso di ulteriori malattie; durante la gravidanza si verifica l'indebolimento 'naturale' delle difese immunitarie per evitare il rischio di espulsione del feto. Ne consegue che la gestante è particolarmente esposta alla compromissione dello stato fisico, persino sotto il profilo del rapido accentuarsi dei sintomi dell'AIDS. Per le stesse ragioni, oltre alla prosecuzione della gravidanza, anche il parto e la maternità potrebbero aggravare le sue condizioni, per le alterazioni funzionali connaturate a tali stadi, innestantisi su di un organismo debilitato.

Passando all'aspetto della salute psicologica, non è esclusa la ricorribilità di un « serio pericolo » (art. 4 L. 194/1978). Sotto la duplice angolazione dei danni (depressione, psicosi ansiogene, ecc.) che la donna gravida subisce dalla conoscenza della sieropositività o per il timore di dare alla luce un figlio contagiato. Le linee direttrici individuate valgono in modo analogo, ovviamente, per l'interruzione volontaria della gravidanza oltre il 90° giorno: solo che i requisiti diventano severi.

In sostanza, in via astratta non si può negare che esistano le indicazioni mediche per ricorrere all'aborto terapeutico. Nella prassi sarà però complesso diagnosticare con esattezza il grado di pericolo della gestante, la compromissione della funzionalità psichica, così come le prevedibili (o riscontrate) alterazioni del nascituro, specie in considerazione dei numerosi lati oscuri che l'AIDS si trascina, tra i quali occupano un ruolo preminente la probabilità di trasmissione del virus in gravidanza o durante il parto e le cadenze temporali di evoluzione del morbo.

L'esame comparato delle disposizioni del codice penale tedesco (§§ 218 ss.) *in hac materia* rivela una notevole somiglianza di contenuti; non deve stupire pertanto che la dottrina d'oltralpe propenda per la liceità dell'aborto di donna sieropositiva sia in relazione alle ripercussioni psichiche dipendenti dalla paura di generare un individuo destinato a morte prematura, sia con riferimento all'aggravamento delle condizioni di debolezza fisica in concomitanza dell'infezione e della gravidanza. Né si esige la prova — a mezzo di tecniche diagnostiche prenatali — dell'avvenuto contagio del feto, limitandosi a richiedere la rilevante probabilità della trasmissione del male per considerare non più « esigibile », in base all'indicazione normativa, il proseguimento della gravidanza (124).

11. — Nel codice Rocco la vita umana beneficia di un'ampia protezione. Gli artt. 584 (omicidio preterintenzionale) e 586 (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto) completano il sistema incriminatorio con due apposite norme di chiusura, volte a colmare vuoti di tutela mediante la rinuncia al legame psicologico tradizionale (dolo o colpa) tra autore e risultato offensivo. In ragione dell'estremo ventaglio di ipotesi cui sono applicabili tali reati si pone l'interrogativo della loro richiamabilità per il contagio dell'AIDS. Un esempio scontato: B, in conseguenza della violenza carnale subita da A, sieropositivo, si ammala di AIDS (o muore).

Partiamo dall'omicidio preterintenzionale. La formula adoperata dal legislatore è onnicomprensiva ed ambigua: qualsiasi atto diretto a commettere il delitto di lesioni o percosse, se cagiona la morte di un uomo, rientra nella previsione delittuosa. Un rapporto sessuale a rischio, che provochi effettivamente il contagio e poi il decesso per AIDS, è però 'atto diretto a commettere il delitto di lesione'?

La 'direzione' dell'atto viene desunta in dottrina non nell'ottica oggettiva (altrimenti, essendo la condotta a forma libera, ogni comportamento potrebbe rientrarvi), bensì — in aggiunta ad essa — sotto il profilo soggettivo. Quindi è 'atto diretto a...' l'azione od

(124) Cfr. EBERBACH, cit. (nota 77), 232s.; Id., cit. (nota 78), 13ss.

L'insussistenza dell'*obbligo* di abortire, in situazioni del genere, per la donna è posta in risalto da BOTKE, cit. (nota 77), 212.

omissione *inequivocamente* indirizzata alle lesioni o alle percosse, sostenuta inoltre da una *corrispondente* volontà lesiva (dolo di lesioni o di percosse) (125). Per ritenere soddisfatto questo presupposto preliminare bisognerebbe perciò immaginare che A si congiunga con B con l'intenzione di contagiarlo; la morte successiva di B realizzerebbe pertanto l'evento *praeter intentionem*.

Senonché il caso risulta per l'appunto immaginabile, ma di difficile verifica: da una parte, se un individuo vuole aggredire l'incolumità altrui, ha mezzi più efficaci e collaudati del ricorrere ad un'azione la cui offensività è in definitiva sul piano statistico incerta; d'altronde, volendo ipotizzare con uno sforzo di fantasia chi escogiti un sistema tanto sofisticato per provocare del male, sarebbe difficile negare la mancata previsione (e volontà) da parte sua della morte della vittima, sicché la responsabilità ricadrebbe nell'orbita dell'omicidio volontario. Da qualsiasi angolazione si rivolti la questione, la strada dell'art. 584 c.p. è insomma impraticabile, ora risultando eccessiva, ora troppo stretta.

Sul piano storico la creazione dell'omicidio preterintenzionale rispondeva all'esigenza di reprimere i comportamenti (tipo le percosse) che per l'intrinseca pericolosità potevano facilmente degenerare nella morte dell'aggredito; nella concatenazione immediata tra atto e risultato (ulteriore) risiedeva pertanto la ragione dell'incriminazione, laddove l'accollo dell'evento più grave in forza della sola causalità costituiva il deterrente general-preventivo per tentare di riportare entro limiti di tollerabilità comportamenti — a monte — rischiosi. L'applicazione giurisprudenziale della norma ne è la conferma.

Sicché il divario tra l'art. 584 c.p. nella sua cornice massima di estendibilità ed il paradigma del contagio di AIDS non si riduce affatto.

Un rapporto sessuale, sia pure non protetto, non si presta a nostro avviso ad essere ricondotto nella sfera degli atti inequivoci, ma l'ostacolo maggiore diventa la dimostrabilità dell'intenzionalità del contagio (e della lesione) tramite la via sessuale. Perché se a costo di qualche acrobazia logica si vuole desumere *oggettivamente* la direzionalità verso la malattia del comportamento rischioso, in

(125) Cfr. PATALANO, cit. (nota 121), 252ss., 262.

considerazione della sua idoneità contagiante, *soggettivamente* esso non rivela alcunché delle intenzioni dell'agente. La somministrazione di un veleno è, ad esempio, un comportamento *di per sé* univocamente orientato ad un fine illecito, per cui indizia fortemente il dolo dell'autore; semmai, qualora questi abbia erroneamente confuso la sostanza velenosa con il medicinale prescritto, potrà versare in colpa (e ciò lascia fuori la responsabilità per omicidio preterintenzionale), ma è indubbia la potenzialità lesiva del mezzo adoperato. La qual cosa non è ripetibile per l'esercizio di pratiche sessuali. La loro finalità 'fisiologica' non è illecita per il diritto penale, neppure se il soggetto attivo è un sieropositivo (*infra*, cap. II, IV). Qualche dubbio potrebbe residuare con riguardo al fatto che tali atti vengono compiuti senza le necessarie precauzioni idonee a ridurre sensibilmente il pericolo del contagio, ma la circostanza potrebbe scoprire un profilo colposo del comportamento (126), inadatto, come detto, all'imputazione dell'evento-morte, o al massimo indiziare lo intento lesivo dell'agente.

In assenza dunque di parametri orientativi la ricostruzione dello elemento psicologico della condotta di base diventa una specie di lotteria affidata all'intuizione del giudicante. La consapevolezza nel sieropositivo del suo stato e della correlata potenzialità contagiante, unitamente al non uso del profilattico, potrà semmai orientare il giudice verso l'istituto del dolo eventuale, evitando di impegolarsi nella difficoltosa prova del dolo diretto.

Il dolo eventuale è però tra le figure maggiormente tormentate quanto a contenuto ed estensione nella storia della dommatica penalistica, cosicché una soluzione del genere sembra obbedire ad un traguardo 'di comodo' anziché ad una vera convinzione sistematica. Senza contare le perplessità circa la compatibilità tra il dolo eventuale (dove l'evento non costituisce il fine dell'azione) ed il requisito della direzione degli atti *ex art. 584 c.p.*.

Sin qui per quanto concerne il comportamento di partenza. Ma i dubbi aumentano in relazione all'imputazione della morte. Perché,

(126) Si veda Trib. Crotone 30.4.1957, *Cal. Giud.* 1958, 115: «ricorre il delitto di lesioni colpose nel fatto di chi, omettendo i dovuti accertamenti sul proprio stato, contagi gli altri di blenorragia, versando nell'erroneo convincimento di essere immune dal morbo, o di averlo debellato o reso inoffensivo in seguito ad efficaci cure».

a prescindere dalle discussioni in ordine al significato della preterintenzione, occorre chiedersi *in primis* quale spazio residuale interpretativo sia consentito per mantenere in vita l'istituto.

Quando infatti si legge che « Perché l'art. 27 comma 1 Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati » (127), e la Corte Costituzionale non si limita ad enunciare il principio in una veste programmatica, ma ne fa discendere l'illegittimità costituzionale di norme fondamentali, è chiaro che una censura di incostituzionalità dell'art. 584 c.p. è evitabile a patto che si inserisca in funzione correttiva il requisito della colpa nell'evento causato in conseguenza del reato-base. L'operazione ermeneutica, necessitata dalla svolta radicale impressa dalla Corte allo *Schuldprinzip*, rende precaria la sopravvivenza dell'istituto, la cui funzione potrebbe benissimo essere svolta dalla fattispecie dell'omicidio colposo. Al di là delle strade suggeribili *de lege ferenda*, è innegabile che la ricerca della responsabilità colposa per la morte del contagiato, di fronte ad una attività iniziale ambigua, arretra il baricentro punitivo, lasciando preludere alla voluta dimenticanza della norma o, al contrario, all'assiomatico riconoscimento di una '*culpa in re ipsa*'.

Tirando le somme, uno spazio proprio per l'art. 584 c.p. si fa fatica a ritagliarlo: se infatti il contagio si è verificato e ha portato alla morte, il reato 'confrontabile' diventa l'omicidio volontario e non preterintenzionale; se invece l'atto iniziale si è arrestato in una fase non tipica (nemmeno a livello di tentativo), il decesso non potrebbe dirsi avvenuto ad opera del soggetto attivo (si pensi al suicidio per disperazione) se non in un'ottica di *versari in re illicita*, incompatibile con la Costituzione. Un chiarimento soltanto per la alternativa iniziale: le modalità del contagio (il rapporto sessuale) e la *progressione* del male sino alla morte lasciano difficilmente tra-

(127) C. Cost. 13.12.1988 n. 1085, CP 1989, 766 (con nota di A. PISANI, *Brevi note in tema di furto d'uso*), sulla falsariga della sentenza n. 364/1988 riguardante l'art. 5.

sparire un *salto* logico-cronologico con l'evento finale, come nei casi classici di applicazione dell'art. 584 c.p., per cui, quando la lesione è *consumata*, il decesso rappresenta l'*inevitabile* conseguenza e viene quindi attirato nello schema dell'art. 575 c.p. Ciò non toglie che se A, durante una colluttazione con B, gli trasmette a seguito di un morso il virus *Hiv*, e B muore per l'infezione AIDS, si ritorni all'art. 584 e alla sua concretizzazione in chiave soggettiva.

Passando all'art. 586 c.p. solo in apparenza sembrano ridursi le complicazioni. La differenza sostanziale tra le due figure di reato, per riprendere una sintetica ma illuminante definizione, « è data dal fatto che, nel primo caso, abbiamo una causalità tra eventi eterogenei mentre, nel secondo caso, abbiamo una causalità tra eventi omogenei (progressione tra percosse o lesioni a omicidio) » (128). Non è dunque richiesto, stando alla lettera della disposizione normativa, alcun collegamento tra la verifica del contagio e/o la morte per AIDS ed il reato iniziale, all'infuori del rispetto della legge causale. Già però nella prospettiva 'ontologica' si restringe il campo delle possibili interferenze tra reato iniziale e successivo evento. Siccome la trasmissione del virus avviene in specifiche situazioni, altrettanto specifici saranno i delitti dolosi che potranno venire in considerazione e costituire la piattaforma per l'applicazione dell'art. 586 c.p. Così, la congiunzione carnale violenta (art. 519 c.p.), alla quale faccia seguito il contagio, rappresenta l'ipotesi paradigmatica, accanto alla quale sono da annoverare gli atti di libidine violenti (art. 521 c.p.), la seduzione con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata (art. 526 c.p.), la corruzione di minorenni (art. 530). In ipotesi simili la connessione 'di genere' degli illeciti è pacifica. E del resto la giurisprudenza ha fatto uso dell'art. 586 c.p. per i reati sessuali seguiti da morte della persona offesa. Occorre però ribadire come l'imputazione trovi un limite tutte le volte in cui il decesso, anziché rappresentare lo sbocco *naturaliter* della malattia, sia dovuto al suicidio per disperazione della vittima o all'errore del sanitario (129). Si tratta infatti di avveni-

(128) NUVOLONE. *Il sistema del diritto penale*. 2ª ed., 1982. 314.

(129) *Contra*, Trib. Cassino 24.1.1960, RP 1960, II, 569 (suicidio della vittima di atti di libidine); Cass. 9.2.1961. CP 1961. 537 (decesso in conseguenza della gravanza di donna affetta da disturbi cardiaci, soggetto passivo di violenza carnale presunta).

menti che escludono lo scopo di protezione della norma per la sostanziale non dominabilità dell'accadimento futuro, interrompendo — in una dimensione *funzionalistica* — il nesso causale (130).

Ovviamente, quanto osservato a proposito dell'art. 584 c.p. circa l'armonizzabilità con il principio di colpevolezza, va ripreso integralmente per l'art. 586. E nuovamente il nucleo centrale del problema si sposta sulla rischiosità statistica del comportamento sessuale e sull'elemento psicologico nel reato dante-causa, per saggiarne la compatibilità con l'imputazione dell'evento conseguito.

Nella Repubblica federale tedesca la magistratura ha avuto modo di occuparsi dell'argomento per ben due volte. In entrambi i casi la vicenda era fondamentalmente identica: l'imputato, a conoscenza della propria condizione di AIDS-carrier, aveva violentato la vittima; il contagio non si era verificato. Il Tribunale, in una circostanza, ha condannato per congiunzione carnale violenta (in concorso con il furto commesso dopo la violenza), ma ha escluso il tentato omicidio (131), nell'altra è giunto alle conclusioni opposte, anche se ha assolto l'imputato per difetto di imputabilità, ordinando il ricovero in ospedale psichiatrico (132).

12. — La verifica degli elementi appartenenti al fatto tipico delle lesioni personali si arena sull'accertamento della relazione causale tra comportamento contagiante ed evento. La prova del nesso causale è infatti il tallone d'Achille.

A differenza di situazioni dove è arduo stabilire se il risultato sia il prodotto di un certo *antecedens* (si pensi al decesso avvenuto per un disturbo cardiocircolatorio favorito o aggravato dalla precedente ingestione di un farmaco con sospette proprietà trombolitiche, o ancora al disastro ferroviario che potrebbe essere stato causato da un'eccessiva velocità del locomotore), in questo caso l'ostacolo sorge agli effetti della riconducibilità dell'evento al-

(130) Cfr. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, 1989, 175ss.

(131) LG München 2.3.1987, NSStZ 1987, 228s.

(132) LG München 20.7.1987, MedR 1987, 288ss. Una norma simile all'art. 586 c.p. è sconosciuta al diritto penale tedesco; il § 226 StGB (lesioni seguite da morte) ricalca il nostro art. 584 c.p., ma l'imputazione della morte è condizionata quanto meno alla colpa dell'agente, per effetto della clausola generale contenuta nel § 18 StGB.

l'autore. Insomma, non appare difficile decifrare il *come* si sia arrivati al risultato, ma *chi* lo abbia determinato secondo quel processo causale abbastanza delineato nei tratti essenziali. In una rissa, le lesioni (o la morte) della vittima sono sicuramente riconducibili alla pugnalata inferta (*decorso causale manifestamente evidente*), può restare però incerta la persona che abbia colpito il soggetto passivo (*attribuibilità soggettiva della causa a contenuto criptico*).

Prima di chiarire da dove nascano tali grosse incertezze, è doveroso richiamare sinteticamente il fondamento scientifico del nesso causale. Delle varie teorie enunciate in proposito, la dottrina più attenta ha evidenziato da tempo come un avvenimento, per poter essere qualificato causa di un *quid* fenomenologico, debba essere sussunto in una legge di copertura scientifica suscettibile di 'certificarne' la capacità di produzione di eventi di tal genere. La vecchia formula della *condicio sine qua non*, largamente utilizzata in giurisprudenza e in dottrina, è così un criterio d'aiuto, presupponente pur sempre la ricerca della legge di copertura.

Se poi il compito della causalità si fermi ad un livello ontologico, registrando la concatenazione di accadimenti naturalistici, oppure assuma *teleologicamente* il ruolo di fattore di imputazione in grado di espungere dal sistema penale fatti non meritevoli di sanzione, è un problema che qui può restare irrisolto (133). Importante invece ricordare come la prassi giudiziaria tenda a negare il nesso di causalità una volta fornita la prova dell'identica verifica dell'evento senza la condotta in questione e, al contrario, ad affermarlo quando l'evento possa spiegarsi, se non in termini matematici di assoluta sicurezza, quanto meno secondo indici di probabilità rilevante (134).

Applicando le conclusioni all'AIDS, il tutto si traduce nella individuazione dell'episodio da assumere, sulla scorta di una probabilità prossima alla certezza, quale causa del contagio. Ora, in situazioni appositamente concertate, il traguardo è raggiungibile. Ma gli esempi di scuola non giovano granché, visto che il dubbio concer-

(133) Cfr. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, RIDPP 1988, 1217ss.; CASTALDO, *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, St. Urb. 1985-1988, 125ss.

(134) L'orientamento è condiviso da Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 72; Cass. 7.3.1989, CP 1990, 1278s.

ne non la ricollegabilità dell'infezione ad una fonte di contagio, ma alla contemporanea assenza di altre cause di trasmissione dell'*Hiv*. Ricerca destinata, nell'intreccio delle esperienze quotidiane, invariabilmente all'insuccesso.

Per due ordini di ragioni.

a) Un primo intralcio alla limpida ricostruzione del nesso causale proviene da fenomeni *oggettivi*.

Com'è noto, la trasmissione del virus è diagnosticata mediante un'analisi del sangue, mirata alla scoperta di anticorpi dell'*Hiv* nell'organismo umano (test ELISA). In sé considerato, l'esame di laboratorio dice ben poco: innanzi tutto non è sicuro; a causa della possibilità di reazioni aspecifiche si stima addirittura in una percentuale del 5% il numero dei falsi-negativi (135), cosicché si preferisce ricorrere a test confirmatori (*Western-Blot*, immunofluorescenza) (136).

Ma superati questi problemi, e comprovata la sieropositività, l'unico argomento fuori discussione è che l'individuo sia stato a contatto con il virus *Hiv*. Di più: secondo alcuni ricercatori (137), la sieropositività non implicherebbe automaticamente l'essere portatori del virus e quindi fonte di contagio; l'anomalia si riscontrerebbe nel 15% dei casi. Il punto è di fondamentale importanza non tanto per la vittima, quanto per il soggetto attivo: aderendo all'impostazione, *mutatis mutandis*, l'evidenziazione della sieropositività del presunto responsabile non dimostrerebbe la sua capacità di trasmettere l'infezione.

Il periodo di incubazione è un'altra spina nel fianco; l'intervallo tra causa ed evento non è breve, e nemmeno confinato entro ragionevoli spazi di tempo, come in numerose malattie infettive. Tra la trasmissione del retrovirus e la rilevazione degli anticorpi intercor-

(135) Cfr. ROSENBROCK, *AIDS kann schneller besiegt werden*, 3ª ed., 1987, 90, 103.

(136) Cfr. BUCHBORN, *Ärztliche Erfahrungen und rechtliche Fragen bei AIDS*, *MedR* 1987, 261. Si veda inoltre la nota 9.

La nuova tecnica della *Polymerase Chain Reaction*, che individua direttamente il virus nel DNA della cellula anziché gli anticorpi, e a distanza di appena sei ore dal contatto infettante, risolverebbe questa grave difficoltà, ma non è al momento operativa.

(137) JOSSAY-DONATI, *Le Sida: Etude, prévention, traitement*, 1987, 203.

re un periodo oscillante tra i 4 ed i 15 mesi (138), ma lo stadio iniziale è assolutamente asintomatico, per cui la vittima potrà scoprire la malattia in una fase già evoluta, con relativa retrodatazione del contagio persino a sette anni prima (139). Intuitiva la ricaduta sul nesso causale, dovendosi scandagliare ogni possibile forma di contagio in un arco temporale dilatato.

Per renderci conto delle difficoltà pratiche, ricorriamo ad un esempio concreto. B, partner occasionale di A, si ammala improvvisamente di una febbre persistente ed apparentemente incurabile, soffre di sudorazione notturna e di un inspiegabile calo ponderale, manifesta un ingrossamento linfoghiandolare: gli viene diagnosticata una forma minore di AIDS, intermedia, nota col nome di LAS; i test clinici confermano l'infezione.

Poiché il contagio può risalire a diversi anni prima bisognerà mettere a fuoco la vita del malato nel periodo sospetto, alla ricerca di possibili fonti di trasmissione; lasciamo per il momento da parte l'ipotesi in cui B abbia avuto numerosi rapporti sessuali con differenti persone per la promiscua condotta di vita tenuta, oppure sia un eroinomane o un polittasfuso, e prendiamo a campione, per non complicare le cose, l'individuo rigorosamente eterosessuale dalla precedente avventura sentimentale con A, e dall'attuale relazione con C. Immaginiamo che A e C si sottopongano spontaneamente al test, rispettivamente per scrupolo morale e per paura, e solo il primo scopra di essere sieropositivo.

A questo punto tutto sembrerebbe collimare: A è responsabile del contagio di B. Il giudice che ragionasse nel modo siffatto, e si limitasse agli esami di *routine*, commetterebbe tuttavia un gravissimo errore, seppure nell'apparente logicità del metodo investigativo adottato. Per convincersene non occorre un grosso sforzo di fantasia. Può darsi infatti che sia stato C a contagiare B e che la sua sieronegatività dipenda unicamente dal trovarsi ancora nella

(138) Cfr. KOCH, *AIDS, vom Molekül zur Pandemie*, 1987, 7ss., 14ss.; *supra*, II, a.

(139) La latenza è stimata in 8-10 anni circa per i bi- ed eterosessuali, in 5 anni per gli omosessuali per la facilità di sviluppo dell'*Hiv* grazie ad infezioni « di contorno ». Cfr. BUCHBORN, cit. (nota 136), 261; si vedano inoltre i contributi medici nel volume *AIDS aktuell*, a cura di GOEBEL-GAUWEILER, 1987, nonché la nota 14.

c.d. fase-finestra (140) (oppure dalla ricorrenza di un falso-negativo). A, dunque, potrebbe aver contratto dopo il virus (da terzi), ma anche prima dell'incontro con B senza averlo contagiato; dal canto suo C avrebbe trasmesso il virus a B, nel cui organismo, causa condizioni preesistenti favorevoli all'insediamento, esso si sarebbe rapidamente 'allertato'.

Non è tutto: è ipotizzabile persino che B non sia stato contagiato né da A né da C, ma li abbia contagiati entrambi. Sembra incredibile, ma in realtà non lo è: supponiamo che B abbia contratto la malattia parecchi anni prima, con un'evoluzione questa volta estremamente lenta del male, per cui la fonte del contagio risale ad un'epoca in cui neppure conosceva gli altri protagonisti della vicenda (oppure ad un'occasione che la vittima ha interesse a tacere o che ha, in buona fede, completamente dimenticato: una puntura accidentale con ago infetto, il contatto con strumenti odontoiatrici non sterilizzati). Successivamente, il rapporto sessuale con A avrebbe determinato il contagio (e dunque la positività di A al test) e analogamente sarebbe avvenuto con C (la cui negatività discenderebbe dalla permanenza dello stadio d'incubazione). Da parte lesa, B si trasformerebbe in soggetto attivo!

Sorprendente — e al tempo stesso drammatico — è che ciascuno potrebbe convincersi della bontà della semplicistica versione iniziale (A in funzione di contagiante); qualora poi C si ammalasse, si avrebbe la falsa conferma che l'anello iniziale della catena infettiva è stato A, il secondo B, l'ultimo C. A pertanto si riterrebbe il responsabile morale, prim'ancora che giuridico, del male inflitto. Dicevamo del carattere sorprendente: infatti la dimostrazione delle varianti prospettate è pressoché impossibile difettando riscontri di laboratorio risalenti al passato ed attestanti la condizione precedente.

La certificazione della sieropositività è pertanto un indizio, anche labile, e nulla più, in merito all'individuazione dell'autore del contagio. In una visuale legata al senso comune tale condizione è immediatamente ritenuta prova sufficiente della diffusione del mor-

(140) Ad ammonirci sulla veridicità dell'ipotesi è sufficiente ricordare i casi di contagiati da trasfusione di campioni di sangue clinicamente controllati, e purtroppo contaminati.

bo, e criminalizzata; ma da un'angolazione scientifica si riduce spesso ad elemento di confusione (141).

Il giudice del nostro esempio avrebbe presto le mani legate: accertata la malattia di B e la sieropositività di A e (in seguito) di C potrebbe optare per una ricostruzione qualsiasi degli accadimenti, tutte sostenibili dal punto di vista medico, e tutte egualmente indimostrabili. La difficoltà insormontabile cade invero nella relazione temporale causa-effetto: un colpo mortale d'arma da fuoco esploso in direzione di una persona è situabile in una precisa dimensione spazio-tempo, per cui l'evento ci indica nella normalità dei casi sia l'antecedente causale, sia il momento della sua entrata in scena. Nell'AIDS, viceversa, l'individuazione dell'effetto comporta la necessaria deduzione della causa, ma l'oscurità assoluta sul periodo del verificarsi. In altri termini, essendo ribaltata la normale progressione di avvenimenti, il rapporto di causa-effetto tra la sieropositività e la malattia può essere letto indifferentemente in qualsiasi direzione senza incappare in errori. Per ricorrere ad una similitudine geometrica: non siamo di fronte ad una retta con un inizio ed una fine, bensì ad una circonferenza dove ogni punto può essere inizio e fine della catena di relazioni instauratesi. Nella realtà, naturalmente, non è così, ma non è semplice dimostrarlo.

Anche nei casi apparentemente banali, la prova del nesso causale si conferma *probatio diabolica*. Consideriamo una normale relazione tra marito e moglie dove all'improvviso, dopo un controllo di prassi, uno dei due scopra di essere positivo. Se l'altro non lo è, non significa che non sia infetto, potendo addirittura avere contagiato per primo il partner (proprio per la variabilità del periodo in cui compaiono gli anticorpi); se invece entrambi sono sieropositivi, non è appurabile chi abbia trasmesso il virus al coniuge, dovendosi come minimo ricercare negli anni addietro i rapporti pericolosi con terzi di ciascuno dei due (142).

b) A complicare il quadro intervengono ostacoli di ordine *soggettivo*. A questo punto l'attenzione va concentrata cioè non

(141) Egualmente critico BOTTKE, *Die Immission infektiösen Ejakulats bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr zwischen HIV-Infizierten und minderjährigen Jugendlichen. Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Amtsgerichts Kempten vom 1.7.1988*, AzLS 11 Js 393/88, AIFO 1988, 630.

(142) Cfr. HERZOG-NESTLER TREMEL, cit. (nota 68), 363; EBERBACH, cit. (nota 78), 12.

sulla ricostruzione scientifica delle modalità del contagio, ma sulla *attendibilità psicologica* del soggetto passivo.

Supponiamo in via teorica l'isolamento di una causa del contagio, e che la stessa risulti sostenibile (unica avventura di una donna con un tossicodipendente malato di AIDS). Come potrà l'organo giudicante negare la sussistenza di cause ulteriori idonee alla trasmissione dell'agente patogeno? Accetterà la versione della vittima, la sua ricostruzione dei fatti (nella specie, l'assenza dei rapporti sessuali con terze persone), mancando elementi di supporto? Nessuno vuole sostenere ovviamente che la vittima affermi il falso, ma il dubbio non è gratuito. E la ragione ricade nelle modalità del contagio.

Intanto, la malattia si diffonde in maniera 'congenita' nella popolazione a rischio (*supra*, II, a). Se la vittima appartiene al *milieu* della prostituzione (143), dei tossici intravenosi, è logico aspettarsi che sia venuta spesso a contatto con eventuali cause infettive, sicché 'isolare' un unico episodio della sua vita rischia di essere mistificatorio e di assolvere la funzione di capro espiatorio per il presunto contagiante.

Pensiamo ancora al cliente della prostituta o a colui che si sia concesso un'evasione erotica. La scoperta di anticorpi nel sangue della prostituta o del partner non è una prova sufficiente e nemmeno rassicurante. Perché, per dirla con *Bruns*, « quale giudice sarà mai disposto a credere che l'individuo che va in cerca di chi batte il marciapiede abbia avuto nell'ultimo mezzo anno rapporti sessuali esclusivamente con tale prostituto/a? » (144). Anche la circostanza che il cliente si sottopone regolarmente al test essendo donatore conta ben poco, per l'intervallo scoperto residuale (145).

La situazione non migliora per categorie meno 'esposte', come il politrasfuso, o chi rimanga vittima di un accidentale contatto con sangue infetto (ad esempio, nella vicenda al vaglio della magistratura torinese). Ebbene, la probabilità dell'esatta individuazione dell'origine del male è più alta, ma la prova dell'assenza di cause diverse è interamente delegata alle dichiarazioni della vittima.

(143) I rischi di una vita sessuale promiscua non vanno però esagerati secondo RÜHMANN, *AIDS, Eine Krankheit und ihre Folgen*, 1985, 24ss., 30s., 44ss.

(144) M. BRUNS, cit. (nota 80), 694.

(145) Si veda ancora M. BRUNS, cit. (nota 80), 694.

Il cuore del problema diventa dunque l'affidabilità di tali asserzioni (146). Certo, nessuno sarà disposto a firmare una cambiale in bianco accettando passivamente la ricostruzione dei fatti. È ipotizzabile tuttavia un dispendio di energie investigative per scoprire altre cause del contagio?

La realtà processuale italiana, la surrettizia opera di depenalizzazione di fatto prodromica alla facoltatività dell'azione penale (147) inducono alla risposta negativa. Persino però chi decidesse di impegnarsi in simili ricerche troverebbe ben presto la strada sbarrata.

Da una parte, si troverebbe di fronte ad una *probabile* causa del contagio, nel senso della idoneità alla circolazione del virus (nessun esame diagnostico può dimostrare con certezza che il retrovirus è stato trasmesso per quella porta d'ingresso); dall'altra avrebbe la difficoltà — a prescindere dalla legittimità — di scavare nella vita intima del soggetto passivo, di scandagliarne comportamento ed abitudini sessuali.

Un ulteriore aspetto mina la credibilità della fonte del contagio ed indebolisce — in assenza di riscontri — l'attendibilità della ricostruzione del nesso causale. Dal punto di vista della psicologia comportamentale, la persona offesa non è portata a collaborare con la giustizia, ad indicare potenziali vie di accesso del male. Tale sua 'confessione pubblica' equivarrebbe ad esporre un catalogo di vizi e di virtù, con il pericolo di finire colpevolizzato (148). Fuor di metafora: rivelare il tradimento, l'omosessualità, la prostituzione, la tossicodipendenza, tutti comportamenti tabuizzati, simbolo per eccellenza di devianza, significherebbe sancire automaticamente il proprio *status* di diverso o addirittura autodenunciarsi. Con riferimento ad una malattia la cui lotta presenta una forte componente emotiva ed eticizzante, dove resistono svariati pregiudizi sulla trasmissibilità dell'infezione, il soggetto passivo dovrebbe attendersi come minimo una reazione di indifferenza per essersi cacciato nei guai, come massimo un'accusa di corresponsabilità nella diffusione dell'epidemia.

(146) Analogamente DANTI-JUAN, *Quelques reflexions en droit penal français sur les problèmes posés par le Sida*, *Rev. dr. pen. crim.* 68 (1988), 638.

(147) Cfr. PALIERO, « *Minima non curat praetor* ». *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, 1985, 203ss., 253ss.

(148) In generale, PANSERI, *La notitia criminis e la valutazione circa la sua fondatezza nel corso delle indagini preliminari*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di GULLOTTA, 1987, 396ss.

Per incidens, va notato che proprio la paura della ghettizzazione, l'angoscia del rimprovero portano l'individuo a rischio a non sottoporsi al test o, se sieropositivo, a non modificare la condotta di vita per non 'dare nell'occhio'.

Non si scopre del resto nulla di nuovo. Da tempo si è evidenziata la quota elevata dei reati sessuali non denunciati dalla vittima. Altrettanto note le ragioni del preoccupante fenomeno della *Dunkelziffer* (149); non solo l'imbarazzo connesso allo *strepitus fori*, ma specialmente le ripercussioni sociali per la donna che ha subito la violenza, rappresentano utili indicatori (150). Una sensazione di scoramento, per l'AIDS moltiplicata data l'incurabilità e la forzata convivenza col male. Né d'altronde è possibile escludere

(149) Cfr. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARI-NUCCI-DOLCINI, 1985, 53ss.

(150) Al superamento degli ostacoli menzionati e ad un recupero di fiducia da parte della vittima sono improntati i vari disegni di legge contro la violenza sessuale (n. 730, *Salvato* ed altri, del 17.12.1987; n. 731, cit. [nota 98]; n. 924, *Mancino* ed altri, del 10.3.1988; n. 939, *Filetti* ed altri, del 16.3.1988), nonché il testo elaborato dal Comitato ristretto e proposto dalla Commissione Giustizia (6.6.1988). Tra le novità: la partecipazione al processo dei c.d. enti esponenziali, cioè delle associazioni e movimenti precedentemente costituiti, che perseguano scopi inerenti alla tutela degli interessi lesi dai delitti contro la libertà sessuale, e sempre previo consenso della vittima; la previsione del dibattimento a porte chiuse ed il divieto di formulare domande sulla vita privata o sulla sessualità dell'offeso, assicurando lo svolgimento di interrogatori ed esami nel rispetto della dignità e della riservatezza della persona (rigoroso l'art. 5 *dis. legge* n. 731: «Non sono ammesse... indagini inerenti alla tecnica fisiologica degli atti di violenza sessuali subiti dalla vittima. Le indagini devono bensì avere come scopo l'accertamento della mancanza di consenso, che non può fondarsi sulla passata vita sessuale della vittima»). In argomento, MONACO, *Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*, *St. Urb.* 1989-90 70ss.

La trasposizione di detti principi nel campo del contagio da AIDS si rivela problematica, limitandosi enormemente la capacità di ricostruzione del legame eziologico, che non è invece in discussione nei reati sessuali, ove la controversia verte solitamente sugli elementi della violenza o della minaccia.

Alcuni istituti hanno trovato una regolamentazione nel nuovo codice di procedura penale (è il caso degli enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato: artt. 91ss. c.p.p.), o una riformulazione (dibattimento a porte chiuse: art. 472 c.p.p.). Regole generali per l'esame testimoniale, con il divieto di domande nocive alla sincerità delle risposte e quello — parziale — delle domande suggestive, si rinviangono nell'art. 499 c.p.p.

il rovescio della medaglia, e cioè che il contagiato coltivi un atteggiamento di ostilità verso il prossimo, tale da portarlo ad accusare falsamente terzi (151).

c) Torniamo alla motivazione del Pretore di Torino. Interessa dimostrare, di fronte ad una vicenda vera, e dalla concatenazione di avvenimenti abbastanza chiara, le perplessità (tralasciando quelle di natura scientifico-oggettiva) a carattere *soggettivo* che s'annidano nel tentativo di negare cittadinanza a fonti diverse di contagio. Seguiamo da vicino i tratti essenziali del ragionamento per coglierne i profili meno convincenti, di tenore assiomatico o tautologico. Un passo della relazione peritale è assai sintomatico: « L'insieme delle analisi di laboratorio, suffragate da negatività al test Elisa per anticorpi IgG il giorno dopo l'incidente formano un complesso di dati certamente compatibile con l'assunto predetto. Ciò non significa che si è in possesso di un dato probatorio assoluto. È dato ormai di conoscenza comune che per ogni infezione esiste un periodo di tempo, chiamato finestra immunitaria, di durata variabile (alcune settimane, mesi?) in cui la ricerca degli anticorpi IgG e perfino di quello IgM risulta negativa a fronte di comprovato stato di infezione con isolamento dell'agente infettivo. Non posso escludere che la Pedali abbia contratto l'infezione in data anteriore al 23 marzo 1987, ma a me non constano dati probatori in merito ». L'implicito invito da parte del perito di ricercare ipotesi alternative di trasmissione del virus, i dubbi in tal senso avanzati dalla difesa, vengono di fatto elusi. « Difetta — si legge nella sentenza —, invece, un qualsiasi elemento probatorio, anche minimo, atto a far ritenere un contatto in circostanze diverse dall'incidente del 23 marzo 1987 » (152). Ma questo difetto discende non già dalla dimostrazione, a seguito di ricerche mirate, dell'*effettiva* assenza di altre porte d'ingresso del male, che rimane dunque un *a-priori* non richiesto, bensì dalla banale mancanza di indagini, praticamente impossibili a compiersi.

Proprio la consapevolezza del profondo disagio relativo all'individuazione della causa, aspetto puntualmente sottolineato in dottrina soprattutto quando il rapporto sessuale sospettato è rimasto

(151) Sul rapporto vittima-autore, GULLOTTA, *La vittima*, 1976, specie 59ss.

(152) Pret. Torino 22.3.1989 (nota 45), 72; ivi le citazioni delle conclusioni peritali.

isolato (non ripetuto) (153), spinge parte degli autori a suggerire altre direzioni di percorso, in grado di evitare lo scoglio della causalità senza rinunciare al deterrente penale. Quali la creazione di una fattispecie di pericolo che prevede la punizione del comportamento idoneo a trasmettere l'infezione (154), o la concentrazione della analisi sul delitto (di lesioni) tentato (155).

d) Nella giurisprudenza tedesca l'adozione di soluzioni formalmente ineccepibili, seppure apparentemente stravaganti, è la spia di un analogo imbarazzo.

Istruttivo il caso seguente: un individuo malato di AIDS aveva avuto numerosi rapporti sessuali non protetti con la sua donna, tenendola all'oscuro di tutto. La partner era stata contagiata, ma i periti non erano riusciti ad accertare il momento della trasmissione del virus, in particolare se prima o dopo la discussione chiarificatrice con il medico nella quale l'imputato era stato edotto dei pericoli connessi alla vita sessuale. L'organo giudicante lo ha condannato alla pena detentiva di due anni, senza sospensione condizionale, per tentativo inidoneo di lesioni pericolose (156).

Il ragionamento che ha condotto alla decisione insieme piletica e salomonica rappresenta un evidente esempio di abilità sofistica: un'eventuale infezione trasmessa *prima* del colloquio medico, dunque della diagnosi del male, non assumerebbe rilevanza penale, in quanto l'agente non conosceva la situazione di rischio in cui versava; il contagio verificatosi *dopo*, viceversa, rientrerebbe nella fattispecie delle lesioni pericolose. Poiché per l'appunto non è dato sapere gli effetti della condotta *successiva* (vale a dire se abbia cagionato o meno la malattia), nell'alternativa, e scegliendo

(153) Cfr. JUNG, *AIDS im Blickfeld des Strafrechts*, in *Problemkreis* (nota 17), 16s.; FORTUNA, *Una strategia giuridico-sociale per la lotta all'AIDS*, RIML 1988, 467; KREUZER, *Aids und Strafrecht. Kriminologische Anmerkungen zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion*, ZStW 100 (1988), 797; FIANDACA, cit. (nota 45), 64; meno drastico SCHÜNEMANN, *Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?*, JR 1989, 90 nota 19.

(154) ARLOTHI, cit. (nota 68), 408.

(155) Così TRECHSEL, *Schweizerisches StrGB-Kurzkomentar*, 1989, n. 6 sub art. 231; KUNZ, *Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht*, SchwZStr 107 (1990), 46.

(156) AG Hamburg 17.12.1989 (nota 82), 2071s.

la conclusione più favorevole al reo, essa rappresenta *come minimo* un tentativo inidoneo (per inidoneità dell'oggetto, qui la persona già infetta) di procurare lesioni (157).

Ancora più complessa la motivazione in un caso al vaglio del BGH, imperniato sulle consuete difficoltà di far luce sul nesso causale. Un omosessuale, dedito in passato alla prostituzione, sieropositivo, conosciuto occasionalmente un tassista, aveva avuto con questi, a distanza di alcuni giorni, due rapporti sessuali. La vittima era stata contagiata e la malattia aveva raggiunto, prima dell'espletamento definitivo dei gradi di giudizio, lo stadio dell'AIDS conclamata. Il Tribunale, riconosciuto colpevole l'agente, lo aveva condannato per il delitto di lesioni consumate in concorso materiale con le tentate lesioni. Il BGH ha sostenuto una tesi divergente (158).

Non potendosi stabilire l'occasione del contagio, ma essendo sicura la fonte, da ricercare in uno dei contatti omosessuali (159), la Corte suprema ha ritenuto applicabile l'istituto dell'accertamento alternativo (*Wahlfeststellung*). La *Wahlfeststellung* trova applicazione, secondo la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe, come eccezione al principio *in dubio pro reo*, al solo scopo di evitare assoluzioni ingiuste, allorquando sia certo che l'autore abbia commesso il fatto illecito, ed i reati astrattamente richiamabili si trovino in rapporto di alternatività e non di progressione da *minus* a *maius*. Nel caso in esame questa via di uscita sarebbe però preclusa, poiché tra delitto tentato e consumato non sussiste l'indispensabile relazione alternativa, bensì una tipica progressione.

La soluzione rigorosamente logica (condanna per un duplice tentativo di lesioni) avrebbe tuttavia — sempre ad avviso del BGH — effetti profondamente iniqui di fronte all'evidenza della consu-

(157) Nello *StGB* l'*untauglicher Versuch* è punito, a meno che il giudice non decida di rinunciare alla pena o di diminuirla discrezionalmente nelle ipotesi in cui l'azione non era assolutamente in grado di sfociare nella consumazione del reato e di ciò l'autore non si sia reso conto solo per motivi di grossolana ignoranza (§ 23 c. 3 *StGB*). Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988, 477ss.

(158) BGH 12.10.1989 (nota 48), 129 s.

(159) La sicurezza sarebbe data — ad avviso del BGH — dal fatto che la vittima intratteneva una relazione con un terzo, non sieropositivo, e che gli unici rapporti sessuali erano stati quelli con l'imputato: si tratta però di indizi che non raggiungono il valore di prova certa, in assenza di riscontri incontrovertibili.

mazione del reato. Quando comunque — ecco la valvola di sicurezza tenuta ferma dal *Bundesgerichtshof* — lasci perplessi non la dinamica del comportamento, ma *quale* delle azioni in campo abbia effettivamente cagionato l'evento lesivo, la questione può restare insoluta, e contemporaneamente farsi uso di una particolare *species* dell' 'accertamento alternativo', l' 'alternatività di accadimenti' (*Tatsachenalternativität*) (160). Alla luce di quanto sopra il BGH ha condannato il reo ad un anno e sei mesi, sospendendo la pena, per il delitto consumato di lesioni pericolose, venuta meno la contestazione del tentativo grazie all'operazione di 'assorbimento' condotta mediante la tecnica dell'accertamento alternativo (161).

13. — Anche la fase successiva al presunto comportamento contagiante crea qualche problema. Individuato l'evento e la causa sospetta, la verifica in ordine alla sua qualificabilità come 'condizione conforme ad una legge di copertura' deve tener conto di un arco temporale che abbracci i fattori causali antecedenti e susseguenti alla condotta a rischio. Ciò in quanto fonti d'infezione più virulente potrebbero essere le reali artefici del contagio, pur essendo intervenute in un momento cronologicamente vicino alla scoperta della malattia e magari precedute da azioni maggiormente pericolose. La variabilità del periodo d'incubazione, unitamente alla registrabilità da parte dell'attuale metodo diagnostico della presenza di anticorpi, non del *come* e del *quando* dell'infezione, costituiscono fattori di disturbo aggiuntivi.

Supponendo inoltre *sicura* la causa, egualmente non andrebbe trascurato detto periodo e persino quello successivo, in quanto comportamenti potenzialmente contagianti influiscono sull'evoluzione del male, accelerandone la progressione negativa. L'aggravamento delle condizioni di salute, il decesso risulterebbero 'favoriti' dall'esposizione (volontaria o non) del soggetto passivo al pericolo rappresentato da uno stile di vita non consono.

(160) Sulla *Wahlfeststellung*, per tutti, SCHMOLLER, *Alternative Tatsachenaufklärung im Strafrecht. Wahlfeststellungen, Stufenverhältnisse, «Freispruch zweiter Klasse»*, 1986; WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987.

(161) BGH 12.1.1989 (nota 48), 130; cfr. inoltre BGH 5.9.1989, NSzZ 1989, 573 s., per un caso di *Wahlfeststellung* tra dolo di lesioni e dolo di omicidio (anche in JA 1990, 136, con nota critica di SONNEN).

I riflessi processuali non sono di poco conto.

a) La componente, per così dire, plasmabile dell'evento determina una 'fluidità' della contestazione del reato: aggiustamenti 'in itinere' del capo d'imputazione in linea con le modifiche legate al corso della malattia sono possibili durante le fasi del procedimento, beninteso nel solco delle garanzie predisposte dal codice. Così per il passaggio dal tentativo al delitto consumato, e/o alla lesione grave o gravissima, fino all'omicidio.

Meno scontata l'evenienza con un giudicato formato, come ad esempio quando il sieropositivo sia stato condannato con sentenza irrevocabile per lesioni volontarie e successivamente il contagiato muoia.

Il sottoporre l'autore del contagio ad un secondo procedimento (per omicidio) è condizionato all'operatività o meno in simili circostanze (progressione *in peius*) della garanzia del *ne bis in idem*.

La regolamentazione del principio si trova espressa nell'art. 649 c.p.p. (« Divieto di un secondo giudizio »), la cui formulazione ricalca *in toto* l'art. 90 del codice di procedura penale precedente. Il rinvio interpretativo diventa pertanto quanto mai appropriato e legittimo (162).

Il *ne bis in idem* scatta di fronte al « procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze ». La dizione codicistica non è esente da ambiguità, specie per il riferimento al 'fatto'. Esso va inteso come sinonimo di condotta, o sta viceversa a significare la globalità dell'accadimento, comprendente cioè l'azione (o omissione), l'evento e il nesso causale? La giurisprudenza adotta solitamente la versione estensiva del concetto, sicché il divieto del doppio procedimento è ritenuto inoperante nel concorso formale, appunto per la diversità dell'evento, conclusione condivisa dalla dottrina per tale istituto, pur se con motivazioni (in parte) divergenti (163).

In relazione al reato progressivo è da vedere se la nozione onnicomprensiva di fatto sia valida, o subisca una correzione (in

(162) Cfr. CONSO-GREVI, *Prolegomeni a un commentario breve al Nuovo Codice Di Procedura Penale*, 1990, 543.

(163) Cfr. CONSO-GREVI, *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, 1987, 366 s., e ivi bibliografia.

senso restrittivo); se comunque la fattispecie rientri nella subcategoria normativa del 'fatto diverso per grado'.

La *communis opinio* è per l'applicabilità del divieto (164), la giurisprudenza, a partire dagli anni '80, per la tesi opposta (165). Il fulcro della discordia, alimentato dal paradigma classico della condanna per lesioni seguita da morte dell'offeso, ruota intorno alle tematiche evidenziate.

Ci sembra meritevole di accoglimento l'indirizzo dottrinario. Nell'AIDS siamo in presenza di un'unica azione (il comportamento sessuale) che ha un unico effetto, il contagio. Sul piano naturalistico, per le caratteristiche insite nell'infezione, la lenta evoluzione determina eventi differenti, fino alla morte. La maggior parte di essi è riconducibile senza sforzo alla situazione prevista dell'art. 649 c.p.p. (art. 90 c.p.p.), come fatti diversi esclusivamente quanto alle *circostanze*: l'aggravamento del male comporta infatti la sussunzione del reato di lesioni (semplici) nel modello dell'art. 583 c.p., per la sussistenza di uno o più aggravanti. Nelle ipotesi residuali il *ne bis in idem* discende da altre ragioni: *in primis*, la riferibilità del « fatto » *in hac materia* alla sua accezione storica, non pregiudicata dall'inquadramento giuridico; insomma, alla condotta come pura materialità dell'accadimento. In secondo luogo, specialmente per quanto concerne il rapporto lesioni-morte, la loro divergenza è di tipo *gradualistico*. La conclusione può apparire arbitraria, poiché fenomenologicamente la morte è un *quid novi* rispetto alla lesione, un evento distinto nella *species* anziché nel *quantum*. Tuttavia l'obiezione trova un limite nei casi in cui (l'AIDS è tra questi) l'azione produca un fenomeno *in fieri*, una serie di avvenimenti concatenati. La morte non risulta perciò 'scollegata' con la precedente lesione, ma al contrario strettamente connessa in una sorta di *con-*

(164) Per tutti, CORDERO, *Procedura Penale*, 7. ed., 1983, 1058 ss.

(165) Il vecchio orientamento della Cassazione era infatti favorevole all'applicazione dell'art. 90 c.p.p. Con la sentenza 27.6.1979 (RIDPP 1981, 1236) la Corte ha cambiato parere, successivamente confermando il nuovo corso (cfr. Cass. 24.1.1984, RP 1985, 196; Cass. 7.2.1984, RP 1985, 823; Cass. 8.5.1987, RIDPP 1990, 1626ss., con nota contraria di BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*).

Per una critica degli argomenti addotti dai giudici di legittimità, LOZZI, *Reato progressivo e «ne bis in idem»*, RIDPP 1981, 1236 ss.

tinuum temporale; la sua qualificazione è esattamente esprimibile come *posterius*.

Se dunque il risultato del comportamento non si è mai esaurito, non è mai stato *definitivo*, si può parlare di *grado superiore* dello stesso fatto: procedere per l'evento-morte equivarrebbe ad aprire un procedimento per un reato già giudicato nel *minus*, violando il disposto dell'art. 649 c.p.p. (166).

b) Il forte distacco temporale tra l'azione contagiante e l'evento finale crea apparentemente una situazione di attrito in merito alla prescrizione. Si allude cioè alla messa in moto dell'apparato giudiziario e soprattutto al raggiungimento della decisione irrevocabile a reato prescritto.

Il pericolo, tuttavia, è infondato.

Nel nostro ordinamento il « termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione » (art. 158 c. 1 c.p.); nei reati d'evento la consumazione si verifica all'atto della produzione dell'evento tipizzato nella fattispecie legale.

Proprio con l'obiettivo di ricucire lo scollamento tra la rispondenza dell'accadimento naturalistico al *Tatbestand* e l'esaurimento degli effetti connessi si è introdotta in letteratura la distinzione tra « perfezione » e « consumazione », indicando rispettivamente l'esistenza dei requisiti del fatto tipico ed il raggiungimento da parte del reato perfetto della sua « *massima gravità concreta* » (167). Appli-

(166) La dottrina tedesca propende per l'applicabilità del *ne bis in idem* nel reato progressivo (da tenere presente però che nello *StPO* non esistono disposizioni precise, equiparabili al nostro articolo, ed il canone viene fatto discendere dall'art. 103 c. 3 della Costituzione). *Contra* ROXIN, *Stratverfahrensrecht*, 20ª ed., 1987, 317; ID., *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, *Festschrift für Gallas*, 1973, 253 s. (con riguardo all'inaammissibilità dell'*exceptio rei iudicatae* nei *Folgeschäden*, seguito da SILVA-SANCHEZ, *Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgeintritts*, *GA* 1990, 217 s.

Specificamente per l'AIDS, DANTI-JUAN, cit. (nota 146), 637 s.; SCHLEHOFER, cit. (nota 74), 2023 s., in polemica con SCHÜNEMANN, *Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung*, in *Die Rechtsprobleme* (nota 18), 484 s., avendo quest'ultimo espresso il timore di una caduta di garanzia con l'apertura alla doppia procedibilità (per lesioni e morte).

(167) Così MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, 2ª ed., 1988, 405 s. (corsivo nell'originale); cfr. inoltre PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., 1987, 511 s.; ALBERTINI, *La consumazione del reato di lesione personale colposa nella giurisprudenza sulle malattie professionali*, *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1990, 601 s.

cando l'enunciato al contagio da AIDS, la consumazione sarebbe spostata alla fase di *stabilizzazione* (vale a dire l'arresto dell'evoluzione) del male, tornando quindi di notevole utilità.

A prescindere dall'esattezza della separazione (168), si perviene ad identiche conclusioni adoperando la terminologia (e la sistematica) abituale. Il *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione parte dall'estrinsecazione dell'evento, e cioè, data la 'fluttuazione', soltanto una volta 'stabilizzato'. Salvo quanto detto circa il giudicato antecedente, il termine *finale* dell' 'assestamento' dell'evento coinciderà pertanto con il termine *iniziale* della prescrizione, vanificando le preoccupazioni di un intervento giurisdizionale inefficace o 'col fiato alla gola' perché condotto nei confronti di un illecito prescritto o 'semiprescritto'.

Al contrario, non sembrano immotivati i timori in relazione al tentativo, dandone per scontata l'applicazione, tutta invece da dimostrare: mancando l'evento, la prescrizione decorre « dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole » (art. 158 c. 1 c.p.), vale a dire l'azione contagiante. Quindi da un momento spesso cronologicamente remoto dalla 'scoperta' che attiva il procedimento penale. Così quando la malattia si sia esternata a distanza di anni, ma non si sia contemporaneamente raggiunta la prova del contagio, ripiegandosi pertanto sull'incriminazione per tentate lesioni. Non a caso la struttura del delitto tentato viene distortamente impiegata nella dottrina d'oltralpe per aggirare le difficoltà provenienti dalla dimostrazione del nesso causale.

14. — Tornando agli aspetti sostanziali, la questione si complica sotto il profilo dell'interruzione del nesso causale, assunto in veste naturalistica.

La scienza non è ancora riuscita a chiarire, infatti, i meccanismi che danno luogo al deterioramento del quadro clinico del paziente. Le congetture esposte (tra le quali la contemporanea insor-

(168) Criticamente PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, 1982, 162 ss.; FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, 2ª ed., 1989, 333 nota 1: « nella pretesa differenziazione dei due predetti concetti si annida un equivoco: si confonde cioè il profilo della integrazione della fattispecie con quello della valutazione della gravità dell'offesa, giudizio quest'ultimo rilevante in sede di dosimetria della pena ex art. 133 ».

genza di infezioni debilitative dell'organismo, per cui la malattia non incontrerebbe ostacoli nell'avanzata) non sono certo immuni da smentite. È insomma impossibile stabilire quale condotta (o comunque la sua percentuale di 'cooperazione') abbia effettivamente cagionato l'evento finale. I riflessi sistematici sono evidenti: è in ballo il secondo comma dell'art. 41 c.p., dovendosi accertare se le cause sopravvenute « sono state da sole sufficienti a determinare l'evento ». Non si può negare *a priori* che la comparsa dei sintomi acuti del male (o il decesso) siano da ricondurre al successivo rapporto sessuale rischioso della vittima col terzo sieropositivo e che dunque senza detto atto l'infezione sarebbe rimasta confinata entro sponde tranquillizzanti. Di più: poiché evidentemente la persona contagiata non è 'ricontagiabile', il comportamento sessuale dell'ipotetico terzo che *successivamente* ponesse in pericolo (anche *intenzionalmente*) la salute della persona offesa sfuggirebbe all'intervento penale; di esso potrebbe certificarsi l'*idoneità astratta* al contagio, ma dovrebbe ammettersi l'*impossibilità concreta* di trasmettere l'infezione (169), stante l'indimostrabilità dell'influenza posseduta.

Alla luce di un orientamento statico quanto consolidato, per la giurisprudenza queste cause sopravvenute non fanno breccia nel muro della causalità per la loro insufficienza a cagionare l'evento. Costituendo il normale sviluppo della situazione precedente, non raggiungono i parametri dell'*eccezionalità* ed *atipicità*, gli unici validi ai fini dell'interruzione (170). Né la sperequazione tra le conseguenze penali cui verrebbe esposto il primo soggetto di fronte alla impunità del secondo garantiscono circa la capacità di scuotere la magistratura e di invoglierla all'uso di criteri alternativi, visto che il canone dell'*eccezionalità* ha incontrato fortuna proprio per la va-

(169) Mancando un istituto analogo al tentativo inidoneo dello *StGB*, il fatto rientrerebbe nel reato impossibile (art. 49 c. 2 c.p.).

(170) La massima-guida della Cassazione, secondo la quale causa interruttiva è quella che « agisce per esclusiva forza propria nella produzione dell'evento, sicché la condotta dell'imputato, pur costituendo un antecedente necessario per l'efficacia della causa sopravvenuta, ha, rispetto all'evento, non il ruolo di fattore causale, ma quello di semplice occasione » (Cass. 17.4.1979, *RP* 1980, 188), permette di non interrompere il rapporto di causalità intervenendo il comportamento illecito del terzo (cfr. C. App. Bologna 11.6.1986, *RP* 1986, 973).

ghezza e dunque per l'adattabilità e plasmabilità al caso concreto (171).

Senonché la problematica non è liquidabile in poche battute. L'errore di fondo nell'interpretazione dell'art. 41 c. 2 c.p. è, a nostro avviso, la commistione tra il piano d'indagine naturalistico con quello teleologico. In sostanza la norma viene letta in chiave 'ontologica', impiegando un metodo *funzionalistico* (grazie al requisito dell'eccezionalità). La difettosa separazione delle direttrici di ricerca è però fonte di equivoci: l'interruzione del nesso causale come concetto scientificamente valido si riduce in verità alle ipotesi in cui il fattore sopravvenuto inneschi una nuova spirale causale, sicché l'enunciato normativo appare superfluo, mentre acquista spessore autonomo mediante il ricorso allo strumento dell'imputazione oggettiva, cioè delle condizioni di attribuibilità dell'evento all'autore (172).

Quali siano tali condizioni non è possibile indicarlo nel corso della presente indagine: ma sicuramente non è equiparabile alla condotta causalmente diretta al risultato il verificarsi del medesimo effetto attraverso il contributo di forze mediate. Segnatamente, quando l'intervento dell'anello intermedio della catena, che rende tecnicamente realizzabile l'esito finale, appartenga alla scelta libera di un individuo pienamente capace. Abbiamo spesso ricordato il *topos* dello scopo di protezione; al di là di sovrabbondanze concettuali o di una sua esatta specificazione nella prevedibilità e dominabilità, la non imputazione di eventi, realizzati con il contributo rilevante di forze estranee all'opera dell'agente, risponde a motivi logici: il precetto normativo viene trasgredito, ed il comando eluso, quando l'evento tipico sia *causato* grazie al 'potere di controllo' esercitato dal soggetto attivo. Sul versante politico-criminale non è plausibile la comparazione con gruppi di situazioni in cui la produzione del fenomeno è meccanicamente riconducibile all'autore, ma sfugge alla sua dominabilità. In un sistema che nonostante tutto si mantiene fedele al disvalore d'evento, e dunque al primato del bene giuridico (173), la spiegazione del trattamento divergente trova così un appiglio dommatico.

(171) Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, 1987, 346.

(172) Per lo sviluppo della tesi, CASTALDO, cit. (nota 130), 14 ss., 86 s.

(173) Si veda MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.

15. — Da non confondere con quanto detto il problema della realizzazione dell'evento a distanza di anni, senza però intervento di cause esterne, in forza dell'originario apporto causale. Evenienza piuttosto concreta, visto che l'AIDS si sviluppa in un arco di tempo considerevole (fino a dieci anni).

Fermo restando gli intoppi disseminati nell'accertamento del nesso causale, l'imputazione dell'evento è ammissibile, poiché l'effetto dell'azione originaria non si è mai esaurito, ed ha prodotto lentamente — *in fieri* — il risultato.

La distanza temporale dell'evento dalla causa non ci sembra, con riferimento all'AIDS, nemmeno pertinente agli effetti della commisurazione della pena, come indice di un minore *Unrechtsgehalt* (174). Non si può negare che talvolta lo slittamento dello evento denoti un'affievolita potenzialità offensiva dell'azione aggressiva (esempio: una ferita che sfiori un organo vitale, determinando un indebolimento progressivo che conduce dopo anni alla morte, è certamente — *ex ante* — meno pericolosa del colpo d'arma da fuoco in direzione del cuore, responsabile del decesso istantaneo). Senonché la realizzazione dell'evento (come collocazione temporale) è una variabile dipendente da numerose combinazioni (la costituzione fisica della vittima, il trattamento terapeutico, l'osservanza scrupolosa delle indicazioni mediche, il tenore di vita), tali da non legittimare la creazione di uno standard. Meno che mai per l'AIDS, dove il rapporto regola-eccezione si inverte: la sopravvenienza, immediata o dopo anni, del morbo non è minimamente influenzata dal comportamento di base, identico nella carica aggressiva o addirittura inoffensivo (non contagiante).

Per chiudere il discorso sul nesso causale: la dottrina mette in luce l'inopportunità di seguire la strada dell'accertamento del legame eziologico non solo per i relativi disagi pressoché insormontabili, ma anche perché, dovendosi seguire l'evoluzione della malattia nella vittima allo scopo di fissare l'imputazione (eventualmente modificando l'originaria contestazione) e ciò richiedendo tempo, si rischia di procedere penalmente nei confronti del contagiante quando sia ormai gravemente colpito dal male, non in grado di

(174) È l'argomentazione di fondo di SILVA-SANCHEZ, cit. (nota 166), 212 ss. Inoltre, CASTALDO, cit. (nota 130), 238 s.

difendersi o di comprendere il 'messaggio' affidato alla condanna. Condanna, se a pena detentiva, del resto impossibile a scontare per le precarie condizioni di salute (175).

Il rilievo si aggancia ad una valutazione di opportunità. Sia consentito lasciare per il momento impregiudicato il punto. La risposta presuppone infatti che risulti chiaro lo strumentario penale a disposizione e la capacità complessiva da parte dell'organizzazione giudiziaria di attivarlo.

I costi ed i benefici dell'abbandono del nesso causale sono perciò, in una visuale ampia, i vantaggi e gli svantaggi di una nuova fattispecie di pericolo, ed è lì che andranno soppesati.

(175) Cfr. EBERBACH, cit. (nota 78), 13; BOTKE, cit. (nota 77), 180; DANTI-JUAN, cit. (nota 146), 639.

CAPITOLO SECONDO

IL RISCHIO 'GIURIDICAMENTE RILEVANTE'

SOMMARIO: I. La componente oggettiva e soggettiva del *Tatbestand* come fattore acquisito della sistematica contemporanea. — II. Il rischio 'significativo' quale presupposto della sussistenza del fatto tipico. Alcuni esempi. La sua 'personalizzazione'. — 1. La valutazione differenziata del rischio in base all'elemento psicologico. — 2. La concretizzazione del concetto. Il sintagma 'utilità sociale' e la chiave di decifrazione. — 3. Il condizionamento incrociato degli elementi costitutivi. — 4. La correzione del giudizio in presenza di offese intenzionali. Soluzione dei casi prospettati. — III. L'ambito dell'*erlaubtes Risiko* e le modalità diffusive dell'AIDS: a) le fonti 'minori' di contagio; b) AIDS-carrier e procreazione naturale o artificiale: responsabilità eventuale della coppia o del medico; c) attività sessuali e pericoli connessi. Il dato statistico... d) e quello sociale. — IV. La combinazione binata sesso sicuro/non sicuro come discriminante della irrilevanza/rilevanza del rischio.

I. — « Il reato è un fatto (umano), antigiuridico e colpevole. Ne deriva, se la premessa è esatta, che lo studio del reato può ripartirsi in tre indagini distinte: una dedicata al reato come ente di fatto, la seconda all'antigiuridicità, la terza alla colpevolezza » (176). In questo celebre 'attacco' dell'opera è racchiusa la professione di fede verso un sistema 'classico', formalizzato, nel quale elemento oggettivo e soggettivo trovano le rispettive sedi all'interno dell'*Unrecht* e della colpevolezza (177).

L'insegnamento ha retto all'usura del tempo e delle mode; la teoria della tripartizione, nel nucleo concettuale, rappresenta una costruzione solida nel panorama della letteratura penalistica. Al contrario, la tipicità si è arricchita in seguito di nuovi contenuti: dolo e colpa, anticipati nel *Tatbestand*, si spogliano di connotazioni esclusivamente psicologizzanti, bilanciando in prospettiva 'nor-

(176) DELITALA, *Il « fatto » nella teoria generale del reato*, 1930, ora in *Diritto Penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, 11.

(177) Cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

mativa' il dogma della causalità. Il merito indiscusso della rivitalizzazione del fatto è da ascrivere al finalismo, con la correlata sistematizzazione del *personales Unrecht*, mentre la consapevolezza dell'interpretazione delle categorie del reato secondo giudizi di valore spetta al 'funzionalismo' (178).

Dopo aver esaminato l'evento e il nesso causale, resta così da trattare, nell'ambito del fatto, l'azione (non *sic et simpliciter* ma) *dolosa* (la preferenza accordata al dolo, senza peraltro rinunciare ai profili di responsabilità colposa, discende dalla moltitudine di problemi che si affaccia in questo settore, come dimostrano le sentenze d'oltralpe occupatesi del punto).

Tale 'colorazione' dell'azione, che perde il carattere neutrale assegnatole dalla scuola di pensiero tradizionale, spiega il perché della posposizione nello studio della tipicità: dovendosi definire contenuto ed oggetto del dolo, nonché la sua fisionomia specifica nella prospettiva in esame, pareva indispensabile una ricognizione preliminare sui profili del risultato lesivo e del rapporto di causalità. Ovvio peraltro che la rigida schematizzazione dei momenti d'indagine è ammissibile soltanto sulla carta; nella mente dell'operatore del diritto il processo logico segue modalità di sintesi e di intersecazione.

Per valutare dunque il comportamento di A che contagi B dopo un rapporto sessuale insicuro occorre partire dall'atteggiamento psicologico dell'agente. La gamma potenziale è molto estesa: dal confine superiore del comportamento posto in essere 'al fine di' si passa al limite inferiore dell'accettazione dell'evento non preso di mira. La terminologia giuridica è solita distinguere in dolo specifico e dolo eventuale.

Senonché lo studio del dolo nel fatto tipico non si esaurisce nelle circostanze indicate, di per sé già nebulse, ma risulta ulteriormente complicato dall'intreccio con la dimensione *oggettiva* del *Tatbestand*. E cioè: la sussistenza del tipo è garantita dalla mera essenza 'ontologica' della triade azione dolosa, causalità, evento, o è subordinata — in aggiunta — alla previa verifica della crea-

(178) Per un riepilogo della storia (recente) del pensiero giuridico, cfr. SCHÜNE-MANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, in *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, a cura di SCHÜNE-MANN, 1984, 18 ss.; CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, RIDPP 1987, 883 ss.

zione di un pericolo ritenuto 'significativo' dall'ordinamento giuridico? Per chiarire immediatamente con un celebre quanto abusato esempio: risponde di omicidio volontario chi vuole l'evento e lo cagiona servendosi di mezzi assolutamente leciti (A spinge B a recarsi nel bosco mentre infuria il temporale, nella speranza — ripagata — che sia colpito dal fulmine) (179)?

Si badi: qui non sono in gioco le modalità con cui si perviene al risultato (indifferenti, essendo il reato a decorso causale libero), ma il rischio di realizzazione insito nella loro scelta. In altre parole, è necessario studiare se restino fuori dall'area penale condotte dotate di un coefficiente di pericolosità irrilevante.

II. — L'emersione della problematica è senza dubbio recente, almeno nell'impostazione moderna, e sul versante doloso. Nello ambito del reato colposo, sotto le vesti del rischio consentito o dell'adeguatezza sociale, una ricca tradizione di pensiero aveva costantemente sottolineato l'appartenenza di molti eventi lesivi all'*allgemeines Lebensrisiko*, ad una sorta di ineluttabile destino preventivamente messo in conto dal legislatore per arginare la dilatazione della responsabilità.

La teoria dell'imputazione oggettiva ha oggi definitivamente preso piede nella dottrina tedesca ed italiana. Per l'appunto però nella *sedes naturalis*, l'illecito colposo, dove il fine perseguito (la selezione *teleologica* degli avvenimenti naturalisticamente riconducibili all'agente) non appare un elemento di grosso disturbo nella economia del *Tatbestand*, essendo assente la *volontà* di porsi contro l'ordinamento giuridico. Ma la creazione di un pericolo giuridicamente disapprovato, requisito cardine della *objektive Zurechnung* nella colpa, è in grado di funzionare nel fatto doloso?

Una qualsiasi risposta non può che formularsi in base a considerazioni politico-criminali, mediante giudizi normativo-funzionali, che si servono (come spunto) delle leggi dell'essere, senza restarne condizionati. Se torniamo per un attimo all'esemplificazione welzeliana, è sintomatico notare come la dottrina neghi decisamente la responsabilità per omicidio. Il dilemma è se per la mancanza del dolo o del pericolo rilevante, insomma se per un requi-

(179) Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., 1969, 66.

sito soggettivo e oggettivo di fattispecie. La questione non ha sapore scolastico, perché, secondo la scelta pratica, la ricostruzione del tipo si orienta in una direzione psicologica o (parzialmente) spersonalizzata, per certi versi più agevole, recuperando in quest'ultimo caso nel rischio giuridicamente rilevante l'*Oberbegriff* della fattispecie dolosa e colposa (180).

L'unitarietà della soluzione prospettata, seppure con diversità di vedute, non è da sottovalutare. Essa indica che non è avvertita l'esigenza della punizione. Sul piano sistematico deriva perciò da questa unità di traguardi la preferenza verso quella strada meglio armonizzantesi con l'assunto finale. Altrettanto indubbio che le argomentazioni di stampo soggettivo, tendenti ad escludere il dolo, risultano poco convincenti. La volontà di realizzare l'evento è fuori discussione, ed il nesso di causalità è abbracciato nella rappresentazione dell'accadimento da parte dell'autore. Tant'è vero che ha buon gioco Roxin (181), criticando l'affermazione di Armin Kaufmann secondo la quale verrebbe meno il dolo per l'inesistenza di un « giudizio di adeguatezza psicologicamente realizzato » (182), nel denunciare come in definitiva il giudizio di adeguatezza si regga sul presupposto dell'irrelevanza oggettiva del pericolo creato.

Tiriamo allora una prima, sommaria conclusione: se si parte dall'idea che il 'volere' l'offesa non comporti automaticamente l'attribuzione dell'evento all'autore, la spiegazione più congeniale dello scarto tra volontà ed imputazione si rinviene nella cornice oggettiva anziché nel momento intellettuale o volitivo.

E questa spiegazione risale all'inutilità di perseguire penalmente la messa in opera di rischi non 'significativi' (giuridicamente irrilevanti). Prima di analizzare in dettaglio il concetto, è opportuno illustrare la tematica mediante alcuni esempi, generali e specifici per l'AIDS.

(180) Così WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus und objektiven Strafbarkeitsbedingung*, in *Grundfragen* (nota 178), 106.

(181) ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, Relazione al Seminario di Napoli (1-3/10/1987) su « Prospettive attuali di teoria generale del reato: il diritto penale tra dommatica e politica criminale », 5 (dattiloscritto).

(182) ARMIN KAUFMANN, « Objektive Zurechnung » beim Vorsatzdelikt?, *Festschrift für Jescheck*, 1985, I, 266.

Generali: 1) il medico vuole 'dare una lezione' al paziente, che lo infastidisce continuamente con richieste di medicinali; gli prescrive così una cura di cui questi ha effettivamente bisogno, confidando negli effetti collaterali piuttosto rari del farmaco, i quali si verificano secondo i desiderata; 2) la donna delle pulizie lucida con particolare zelo il pavimento di casa, compito affidatole dall'anziana proprietaria dell'appartamento, sperando che la stessa scivoli, cosa che puntualmente avviene.

Specifici: 1) la prostituta, pur sapendo della propria contagiosità, continua ad esercitare la professione, e, per non perdere la 'competitività' sul mercato, accetta rapporti sessuali non protetti, nella consapevolezza del rischio della trasmissione dell'*Hiv* (variante: la prostituta, per un sentimento di livore maturato verso la società, osserva un tale comportamento con l'intenzione precisa di contagiare altri); 2) il sieropositivo, venuto a conoscenza del suo stato, non interrompe la relazione con il partner, ma si premunisce usando le dovute precauzioni, pur conoscendo la non totale eliminazione del pericolo di contagio, 'messo in conto' (variante: il sieropositivo ha un rapporto sessuale protetto con il partner, volendo il contagio, né può agire in modo diverso — più pericoloso — data la resistenza di costui a prestazioni non rientranti nel *safer sex*).

Diciamo subito che problemi reali non sorgono nell'ambito della colpa: a nessuno verrebbe in mente di rimproverare la violazione di una regola cautelare alla donna delle pulizie o al medico (183). E una negligenza, imprudenza, imperizia sarebbe impossibile da rintracciare perché i soggetti attivi si sono mantenuti nell'alveo del rischio consentito, predelimitato *ex ante*.

Naturalmente la valutazione è in origine *spersonalizzata*, ma immediatamente corretta *in concreto* e tarata sulle conoscenze del singolo. Così se la padrona di casa aveva raccomandato alla solerte cameriera di non passare la cera sentendosi in quei giorni malferma sulle gambe, o qualora il paziente nell'anamnesi avesse puntualizzato l'ipersensibilità a medicinali simili, il giudizio cambierebbe: la negligenza, o la grossolana imperizia emergerebbero dal sostanziale incremento del pericolo di verificazione dell'evento. Il che conferma il parallelismo tra rilevanza del rischio e regola cautelare.

(183) Ambiguità si registrano per il caso della prostituta.

1. — Nell'illecito doloso la significatività del rischio è, ovviamente, su base statistica, inalterata; non perché l'evento sia voluto o 'accarezzato' si ottiene uno spostamento dell'indice di probabilità. L'argomento è senz'altro esatto. Purtroppo però non risolutivo, poiché il parametro alla stregua del quale va decisa la rilevanza è di natura squisitamente 'normativa', cosicché il fattore quantitativo potrebbe cedere il passo ad un *topos* differente, stante la gravità del disvalore dell'azione. In altri termini, lo spostamento dell'equilibrio tra disvalore d'azione e d'evento nel reato doloso (nel senso dell'accentuazione del primo) avrebbe come effetto l'imputazione di lesioni dal basso coefficiente di realizzazione. Il vero ostacolo all'accoglimento integrale della nozione unitaria di rischio 'significativo' riposa infatti sull'istintiva ribellione al perché debba 'farla franca' chi ha voluto l'offesa (184).

Si consideri la seguente situazione: il tiratore scelto si apposta per uccidere la vittima designata con un colpo di fucile; causa le pessime condizioni atmosferiche, la vetustà dell'arma, la lontananza del bersaglio ed il suo movimento, le probabilità di andare a segno sono esigue; nonostante ciò l'individuo viene colpito mortalmente. Il rischio è dunque statisticamente basso; una ripetizione dell'azione molto probabilmente non sortirebbe effetti; nondimeno, non si vede perché lo si dovrebbe qualificare come irrilevante e 'premiare' l'assassino.

È tempo allora di fornire una chiave di lettura che si sforzi di prospettare una soluzione fondata dommaticamente e convincente nelle implicazioni politico-criminali.

Le tappe obbligate sono, a nostro avviso, la concretizzazione del rischio 'giuridicamente rilevante' e la correzione nel reato doloso.

2. — Quando si parla di rischio giuridicamente rilevante (o significativo) si fa riferimento ad una condotta che per le modalità di realizzo implica un elevato coefficiente di produzione di risultati

(184) Si veda MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, 1988, 217: «Nessuno però è riuscito a dimostrare che il livello di rischio adeguato ad una condotta non diretta alla produzione dell'offesa sia accettabile anche per quelle attività che sono realizzate programmaticamente per compiere un danno o porre in pericolo il bene tutelato».

‘sgraditi’ all’ordinamento. La decisione sull’indice di gradimento è frutto di un’analisi statistica, proveniente da massime d’esperienza o acquisizioni scientifiche, utilizzate dal legislatore. Il superamento di una certa soglia, ossia l’osservazione (empirica o simulata mediante tecniche ‘di laboratorio’) della ricorrente associazione di un fenomeno con altri fenomeni dannosi, determina preoccupazione e la necessità di tenere sotto controllo il tutto.

La *frequenza* non è però l’unico parametro. In funzione bilanciante interviene l’*utilità sociale* dell’azione dante-causa. È intuitivo che la condotta è guardata con maggior favore (cioè il tasso di tollerabilità è elevato) se è socialmente utile. Per il principio logico di non contraddizione lo Stato non può perseguire una politica repressiva di attività varie, laddove se ne serve per il raggiungimento di obiettivi generali. L’energia nucleare è utile; al tempo stesso rischiosa (dall’attività possono scaturire danni); ma non si può vietarla senza rinunciare ad un programma di sviluppo.

Come si nota, la condotta in sé non è pericolosa; è il collegamento con l’evento a renderla tale e poiché al legislatore interessa l’effetto finale è costretto a rivalersi sulla causa. In ciò risiede la difficoltà della manovra legislativa: non si tratta di far fronte ad un *quid* realmente verificatosi, ma di agire a monte sull’*antedecedens*, immaginando quali esiti deriverebbero da esso se non fosse neutralizzato.

Naturalmente, il concetto di utilità è un ‘sistema’ comprensivo all’interno di molteplici variabili. Parlare di utilità resta perciò vago se non si precisa il metro di giudizio. Il punto è solitamente trascurato; in questa sede è possibile soltanto un accenno sommario.

L’utilità è l’idoneità reale o presunta, ossia oggettiva o ritenuta dal soggetto, di una cosa a soddisfare un bisogno; a sua volta il bisogno è definibile, in una terminologia elementare, come lo stato di disagio che spinge l’individuo a procacciarsi il mezzo per far cessare o prevenire la sensazione dolorosa accompagnata alla sensazione di scontento. Queste nozioni di microeconomia, volutamente generiche, spiegano che l’utilità non è fissa, ma oscilla tra minimi e massimi secondo il periodo storico. Le scelte di un preciso momento conducono a ritenere prioritario un traguardo realizzabile mediante quella specifica attività, magari successivamente accantonato per l’obsolescenza tecnologica del programma o per la politica differenziata dei gruppi al potere.

Prima conseguenza: l'utilità sociale è (*cronologicamente e personalmente*) *relativa*.

L'utilità non è sinonimo di indispensabilità: poiché le opzioni (soggettive e collegiali) si orientano sulla nota formula del tornaconto individuale, il pericolo associato all'attività utile fa scemare proporzionalmente l'intensità del bisogno collegato. Nella scala dei valori diminuisce psicologicamente lo scontento per il mancato conseguimento di un bene se si sa che comporta incrinature della sicurezza sociale.

Seconda conseguenza: l'utilità rispetta la *legge del minimo mezzo* (cioè, l'allettabilità della realizzazione di un fine cresce quanto minore è il sacrificio per ottenerla).

Strettamente collegati, inoltre, i coefficienti della *surrogabilità*, dell'*economicità* e della *differibilità* dell'attività. Risulta più gradita una condotta dai costi non elevati; d'altra parte la sostituibilità con mezzi meno pericolosi o la possibilità di procrastinarla nel futuro data la non urgenza influenzano in maniera lapalissiana il giudizio.

Terza conseguenza: l'utilità è (globalmente) *opportunità condizionata*.

Dall'analisi svolta esce fuori un diverso rapporto tra utilità sociale e pericolosità della condotta: mentre infatti si è soliti spiegare la loro contiguità in senso *monodirezionale* (l'utilità influenza la pericolosità, consentendo di accettare l'incidenza statistica della produzione di danni), il condizionamento è viceversa reciproco (non soltanto l'*utilità elevata* permette di 'giustificare' il rischio della condotta, ma anche il *rischio elevato* incide sull'utilità, diminuendone il grado di ofelimità).

Quarta conseguenza: *legge di reciprocità tra utilità e pericolosità*.

Accanto alla frequenza e all'utilità, un terzo parametro concorre a definire l'ambito del rischio giuridicamente rilevante. Il timore di effetti nocivi spinge i centri del controllo sociale a considerare congiuntamente al numero probabile di lesioni producibili il *tipo* delle stesse. Che da una specifica attività (utile) derivino statisticamente numerosi 'incidenti' di poco conto ha un peso equivalente o forse minore di un unico effetto di ragguardevole intensità. È difficile infatti far passare sotto silenzio il rischio di un danno di proporzioni notevoli seppure di rara verifica.

Ricapitolando, l'area dei rischi tollerati è formata dalla simultanea rilevazione mediante tre 'sensori': la *quantità*, l'*utilità*, la *qua-*

lità (come *gravità*) (185). Si noti che il primo e l'ultimo hanno come referente l'effetto e un fondamento *naturalistico* (*empirico*); il secondo concerne la *causa* e si orienta su basi *normative*. Invero la quantità e la gravità riguardano il numero e la *species* delle offese, mentre l'utilità sociale riflette *valutazioni* sociopolitiche inerenti al comportamento sospettato di produrre guasti al sistema.

3. — E questa una (non l'unica) ragione che complica le relazioni tra i fattori indicati. Essi appaiono strettamente connessi; in particolare, come accennato, l'utilità dipende dalla qualità e quantità. Chiaro invece che l'utilità — in sé considerata — non influenza le altre due grandezze, di ordine fisico e non valutativo.

Ritorniamo all'esempio del nucleare, per molti versi paradigmatico: abbiamo un'attività astrattamente utile, ma pericolosa per il

(185) Diffusamente sull'ultimo aspetto W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundlagen des tabestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*, 1983, 156 ss.

Si veda inoltre GROSSO, cit. (nota 8), 8, dove si rimarca l'importanza della *gravità*.

Solo di riflesso emerge un ultimo fattore, la *diffusività* dell'attività. Certamente importante è la conoscenza dell'incidenza di un accadimento nella vita quotidiana, la sua ripetitività in larghi o definiti strati della popolazione, ma non ci sembra che il canone concorra alla definizione del rischio rilevante.

Un esempio può servire da chiarimento. Immaginiamo che studi medici evidenzino il pericolo di infezioni batteriche particolarmente accanite e resistenti, propagabili con rapidità, come effetto della pratica di tatuaggio. Ammettiamo inoltre che l'indagine 'teleologica' porti a scoprire una probabilità dell'insorgenza di dette infezioni statisticamente esigua e comunque la loro non eccessiva gravità a fronte di un'utilità sociale prossima allo zero della causa-tatuaggio. Ne conseguirà il riconoscimento della rilevanza del rischio, poiché i costi sono superiori ai benefici (inesistenti). Dobbiamo ritenere che la conclusione muti segno perché la pratica è scarsamente diffusa? Questo implicherebbe un'automatica cancellazione del diritto alla tutela di quanti subirebbero gli effetti della decisione lassista, sulla base di un giudizio fondato non sulla reale pericolosità della condotta, bensì sulla confinabilità in settori ridotti.

In verità il criterio della diffusività assume un ruolo nella fase successiva dell'eventuale creazione di una norma penale che incrimini l'attività ingenerante il rischio giuridicamente rilevante (per assurdo, il tatuaggio). È qui infatti che l'opportunità dello strumento repressivo va calcolata alla luce di svariati elementi, tra cui quello non secondario del prevedibile numero di azioni del genere nel corpo sociale. Un quoziente risicato potrebbe dunque legittimare il disinteresse del legislatore penale, senza cedere alla dichiarazione di principio dell'inadeguatezza sociale della condotta, e nel contempo far spostare l'attenzione su armi idonee per combattere il fenomeno. Evitando tra l'altro risultati scomodi come l'ineffettività della norma o la tabuizzazione e criminalizzazione di certune minoranze.

tipo di evento (incidente nucleare). Bassa invece la probabilità dello accadimento.

In dettaglio, ripercorrendo i passaggi in tema di concretizzazione dell'utilità, è facile accorgersi che l'impiego a fini pacifici del nucleare è contestato e dunque fortemente *relativizzata* è la sua necessità (la esperienza referendaria lo conferma); il nucleare è contemporaneamente indispensabile (nella misura dei risultati che tramite esso vengono garantiti), ma surrogabile attraverso fonti alternative (186). In estrema sintesi, nel bilanciamento tra *utilità* e *qualità* dell'effetto ha il sopravvento il secondo elemento, non presentandosi il primo particolarmente 'agguerrito'. La conseguenza è un notevole condizionamento alla libertà di esplicazione dell'attività, condizionamento che si traduce in una fitta ragnatela di norme preventive.

Stabilire il 'peso' di ciascun fattore e fornire indicazioni analitiche sulle scelte del legislatore sarebbe un *non-senso*; ove mai fosse possibile, si rivelerebbe comunque arbitrario decidere *una volta per tutte* quale consistenza possegga, esemplificando, la gravità dell'evento, o quale percentuale di rischio lasci scattare l'annullamento dell'utilità della condotta, e via dicendo. In poche parole, la valutazione finale è frutto di una delicata alchimia di processi contrapposti, di condizionamenti non dosabili con precisione scientifica; come ogni giudizio di merito, è controllabile il procedimento logico, nel senso della corretta utilizzazione delle categorie; una censura è pertanto esprimibile sul metodo, vale a dire sull'omissione o sulla scorretta utilizzazione di un dato, poco viceversa sulla preferenza accordata ad un elemento al posto di un altro.

Dal punto di vista teorico, peraltro, certamente è prospettabile una 'scala' semplificata: il gradino più basso è occupato dalle attività dal rischio prossimo allo zero e socialmente utili; qui non sussistono preoccupazioni di sorta, anzi la strategia adottata è nel segno di una politica di implementazione. Seguono quelle sempre non pericolose, ma 'indifferenti' in termini di utilità, per le quali si registra una linea di astensione (187). All'estremità opposta, anche come conseguenze, le attività pericolose e inutili o 'neutre'. Nel mezzo

(186) Sulla legislazione (ed i riflessi penali) in materia di energia nucleare, MUCCIARELLI, (voce) *Energia nucleare nel diritto penale*, DDP, 4ª ed., 1990, IV, 240 ss.

(187) Così vanno integrate le osservazioni svolte in CASTALDO, cit. (nota 130), 65 ss., sulla ricostruzione per gradi del sistema dell'imputazione oggettiva.

una serie di combinazioni (*non pericolosità-inutilità*, dove nuovamente si assiste ad un freno nell'esercizio della condotta, freno che cresce proporzionalmente con il carattere controproducente dell'attività; *pericolosità-utilità*, che rappresenta la situazione 'classica' di analisi *cost-benefits*: il grado di rilevanza di ognuno dei due parametri decide la soluzione, impossibile da descrivere su basi unitarie).

Da notare incidentalmente che, mentre l'utilità conosce, oltre il contrario, l'aspetto della neutralità (un oggetto è utile, inutile, indifferente), il pericolo non assume tale connotazione (un oggetto è pericoloso o no: *tertium non datur*).

Se dall'angolazione astratta si passa ai profili concreti, la schematizzazione tracciata rivela la matrice alquanto artificiale. Le categorie in gioco si prestano limitatamente, causa la natura poliedrica e i condizionamenti con terzi fattori, ad essere studiate 'a tavolino'. È opportuno perciò insistere nuovamente sul lato metodologico della ricerca.

Beninteso, la decisione definitiva, completata l'indagine *incrociata* sull'idoneità sociale della condotta e su *quantum* e *species* dei rischi connessi, non attribuisce una patente di illiceità penale alla condotta, anche qualora sia di nessuna utilità e dagli alti rischi. Più semplicemente viene dato il via libera all'imputazione dell'evento, all'attribuzione dello stesso all'autore: si fissa cioè l'area del rischio *giuridicamente rilevante*. La non coincidenza tra la sfera della illiceità e quella del rischio significativo è intuitiva: con l'operazione descritta il legislatore stabilisce l'impatto sociale dell'attività; un riscontro sfavorevole (come pericolosità e/o inutilità) lo induce ovviamente ad imbrigliare la condotta e, sul piano penale, a lasciar emergere un settore dove le conseguenze sono addossabili all'autore. La penalizzazione è tuttavia rimandata ad un esame successivo (il 'filtro' della *objektive Zurechnung* è presupposto necessario ma non sufficiente), essendo subordinata alla delineazione dell'elemento soggettivo e al soddisfacimento — ad un livello più generale — del principio di sussidiarietà e di meritevolezza di pena.

Il sistema è così ricostruibile: nella prospettiva della creazione dell'illecito penale un'iniziale scrematura consente l'eliminazione della risposta criminalizzatrice per le operazioni giuridicamente non significative; una seconda verifica, se la prima è positiva, concerne la dimensione personalistica; l'ultima, l'opportunità politico-criminale dell'introduzione della fattispecie.

Se il raggiungimento della soglia di 'rilevanza passiva' della condotta non equivale all'illiceità penale, non è neppure esatto che il legislatore osservi impotente il fenomeno. Il giudizio di pericolosità determina infatti l'insorgenza di regole cautelari atte a disciplinare quel campo d'azione (188): la violazione di dette norme interessa il settore della colpa. Lasciando da parte le tormentate ipotesi di responsabilità oggettiva, la cui nascita risente della notevole carica di offensività insita nel comportamento vietato, è senza dubbio sul terreno del dolo che l'indagine acquista importanza.

4. — Occorre dunque appurare se la nozione di *rischio rilevante* quale base dell'imputazione oggettiva conservi validità di fronte all'offesa intenzionale di beni giuridici.

A nostro avviso, l'intenso disvalore d'azione condiziona — ma non elimina — l'area del rischio significativo. La misura ed i limiti del condizionamento possono essere sintetizzati nella formula *in dubio pro imputatione*. Sia consentito chiarirne il senso.

Chi teorizza un concetto *unitario* di rischio giuridicamente rilevante muove da una separazione tra fattispecie oggettiva e soggettiva nel *Tatbestand* doloso alquanto artificiosa. Vero che il pericolo è un'entità la cui quota non risente del volontario esercizio dell'attività (189), ma l'assunto è valido solo nella prospettiva teorica. Nulla vieta invece, poiché l'*apprezzabilità* dei confini del rischio sottostà a *giudizi di valore*, che essi vengano corretti in basso ogni qualvolta il rischio sia 'sollecitato' dalla condotta dolosa. Anzi, è fortemente consigliabile una tale modificazione.

Se l'autore vuole sfruttare la pericolosità dell'azione per realizzare il risultato vietato, il *quorum* di rischio che la società è disposta ad accettare si abbassa inevitabilmente. Proprio perché, come si è cercato di dimostrare, la valutazione dell'entità del rischio obbedisce a criteri funzionali, è pienamente giustificabile un'operazione di ritocco. Non si tratta di una politica intimidatoria a sfondo repres-

(188) Si veda ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930 (rist. 1964), 283 ss.

(189) Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983, 7/40.

Del pari irrilevanti le motivazioni del soggetto attivo, quando questi si mantenga nell'ambito della normale diligenza, per KRAUß, *Erfolgsumwert und Handlungsumwert im Unrecht*, ZStW 76 (1964), 48.

sivo, bensì del giusto temperamento dell'aspetto oggettivo con l'*Handlungsunwert*.

Bisogna guardarsi però dall'eccesso opposto, pronto a negare cittadinanza all'istituto nel reato doloso; esistono pur sempre accadimenti la cui realizzazione è talmente improbabile da non destare timori.

La ragione della mancata incriminazione è quindi politico-criminale e risiede nell'irrilevanza del rischio, che non raggiunge il tetto necessario per consentire l'imputazione dell'evento. Se si analizzano a fondo le radici del fenomeno, si deve convenire sul fatto che il legislatore, in definitiva, è disposto a non perseguire offese intenzionali in quanto si rende conto del loro coefficiente di pericolosità meramente 'scolastico'. Ed in realtà basterebbe l'osservazione scontata che chi agisce dolosamente ricorre a mezzi adeguati e non ad evenienze pressoché irrealizzabili (si ricordi l'invio nel bosco durante il temporale) ed inoltre che, qualora l'autore intraprendesse una simile iniziativa, la prova della sua intenzionalità lesiva apparterrebbe al filone immaginifico della letteratura (190).

Quali che siano le reali motivazioni, esce confermata l'opportunità di mantenere uno sbarramento iniziale all'imputazione dell'evento, di stampo oggettivo, caratterizzato dal contenuto inapprezzabile del rischio, e preliminarmente (anche se influenzato da questo) all'indagine sull'elemento soggettivo.

La necessità di non ridurre il fatto doloso all'intenzionalità lesiva emerge da altra angolazione: chi agisce allo scopo di arrecare al terzo un danno, viceversa provocando un miglioramento delle sue condizioni di salute (o lasciandole inalterate) — l'infermiera che somministra un medicinale in dosi elevate al paziente per farlo morire, contravvenendo alle prescrizioni del medico, e lo salva invece da una complicazione intervenuta nel frattempo, oppure chi con intento omicida fa ingerire grosse quantità di zucchero all'individuo ritenuto diabetico per un'errata diagnosi medica (191) —, dovrebbe essere

(190) Le enormi difficoltà processuali sono sottolineate da PRITZWITZ, *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS-Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken* - (Teil I), JA 1988, 439 nota 121.

(191) Un esempio simile in KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, 17.

punito a titolo di tentativo, se si guardasse unicamente alla finalità. L'ancoraggio del sistema all'evento, e ancor prima all'*effettività* della minaccia apportata, getta una luce diversa.

Tornando alla tesi di partenza, resta da dimostrare in cosa consista la correzione che subisce il concetto di rischio significativo.

Innanzitutto si registra un abbassamento del limite di rilevanza: una condotta accettabile in relazione a fatti colposi non lo è più rispetto al dolo. La quantificazione della riduzione è ovviamente impossibile, trattandosi di un giudizio normativo: poiché il bilanciamento tra vantaggi e svantaggi conseguenti all'espletamento dell'attività è raro che si ponga in essere, in quanto è arduo riconoscere riflessi positivi nell'azione di chi deliberatamente agisce contro lo ordinamento giuridico, il criterio che informa la decisione è di altra natura. Come già chiarito, è in linea di massima l'inutilità pratica di perseguire comportamenti non rischiosi, stante l'esigua probabilità del conseguimento degli obiettivi criminosi. Ed il presupposto è pur sempre — laddove esiste — l'utilità o la neutralità sociale del programma attuato.

La rigidità nell'accertamento delle zone di rischio irrilevante ci sembra inoltre condizionata dalla *forma* del dolo, tuttavia con oscillazioni modeste: la figura del dolo eventuale, che esprime la non direzionalità della volontà verso la lesione ma il suo 'accollo', comportando un minor disvalore d'azione, permette una rigidità non accentuata nella statuizione dei confini del rischio non imputabile.

Una differenziazione è evidenziabile inoltre a proposito della causalità ipotetica (e della subcategoria della c.d. *Risikoverringerung*). Il fatto che l'evento si sarebbe egualmente verificato (alle medesime condizioni e nello stesso tempo) o che addirittura sarebbe stato più grave (sicché *ex post* la condotta risulta persino diminutiva del pericolo) acquista rilievo nei casi di comportamento colposo; l'ingresso ai decorsi alternativi — e dunque ad una nozione slargata di rischio significativo — è invece sbarrato nelle ipotesi dolose, per la prevalenza delle intenzioni lesive dell'agente sull'*inoffensività sostanziale* dell'accadimento (192).

Come regola ermeneutica di chiusura vale infine, nelle situazioni dubbie, la propensione all'imputazione dell'evento, considerando il rischio giuridicamente rilevante (*in dubio pro imputatione*). Le incer-

(192) Per un approfondimento, CASTALDO, cit. (nota 130), 84 ss.

tezze vanno sciolte cioè a favore dell'interpretazione meno traumatica per l'ordinamento, visto che l'alternativa sarebbe rappresentata dall'impunità di chi agisce intenzionalmente.

La ricorrente tentazione della costruzione unitaria del sintagma rischio tollerato non convince, per la specificità irriducibile del dolo e della colpa all'interno del fatto tipico; poco credibile perciò la pretesa di considerare il momento del pericolo come base comune della imputazione, dato il condizionamento subito ad opera dell'elemento psicologico.

Da notare soltanto come il codice penale tedesco assecondi in certa misura l'aspirazione di autorevole dottrina a fare del rischio un requisito indifferenziato (193). E la previsione del tentativo inidoneo consente di punire una gamma slargata di comportamenti *in concreto* inoffensivi ma sintomatici della pericolosità dell'autore; tra l'altro la mancata definizione codicistica del dolo facilita lo sganciamento della componente volitiva e l'accentuazione del contenuto

193) Ricordiamo tra gli altri, ciascuno da premesse diverse, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Festschrift für Honig, 1970, 135 s.; ID., *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, Festschrift für Klug, 1983, 310 s.; ID., cit. (nota 181), 4 ss.; W. FRISCH, cit. (nota 185), 74 s., 346 s.; ID., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, 33 ss., 71 ss. (un riepilogo delle conclusioni sostenute nella voluminosa monografia si legge nella recensione di MEURER, NJW 1990, 106); WOLTER, cit. (nota 180), 106.

Nella letteratura italiana una posizione simile è teorizzata da DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, Parte II*, RIDPP 1989, 1125 ss., secondo il quale non mancherebbero indicazioni di diritto positivo rafforzanti la tesi (1131, 1141).

Spetta a MILITELLO, cit. (nota 184), 220ss., 231ss., 252ss., il merito di aver analizzato a fondo il concetto di rischio nell'ambito della responsabilità dolosa.

Le conclusioni dell'Autore, in parte analoghe a quelle tracciate, tendono alla svalutazione del rischio adeguato nel reato doloso, tranne che nelle «attività normalmente lecite e socialmente utili». Il criterio decidente si sembra però poggiare per Militello non tanto sull'aspetto oggettivo, quanto sulla mancata esistenza di un vero dolo («il rischio adeguato mantiene una sua funzione operativa anche in relazione a situazioni in cui può esservi l'apparenza di una forma dolosa»: 254), e quindi su di un fattore soggettivo.

Una soluzione completamente personalizzata, che nega qualsiasi spazio alla *objektive Zurechnung* (e naturalmente al rischio) si ritrova nei (pochi) seguaci del finalismo. Cfr. HIRSCH, cit. (nota 25), 68.

Si veda infine MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, IP 1990, 534ss.

rappresentativo, diminuendo l'impronta psicologizzante e rendendo meno traumatica la non incriminazione.

A questo punto si possono risolvere gli esempi precedentemente illustrati (*supra*, cap. 2, II).

Nel caso del tiratore scelto l'attività è addirittura vietata; il basso coefficiente di realizzazione è annullato dalla dannosità sociale e dall'intenzionalità lesiva. Dunque, nessun rischio tollerato.

Diversamente per il medico. La prescrizione terapeutica serve al miglioramento delle condizioni di salute del paziente, è utile socialmente, mentre il rischio di effetti collaterali è esiguo. La 'finalità oggettiva' del comportamento (normalmente, la guarigione a mezzo farmaco) prevale sulla finalità soggettiva lesiva. Assenza, pertanto, dell'imputazione oggettiva.

Quanto alla donna della pulizie, l'attività di lucidatura rientra nel novero delle azioni ' neutre '; il pericolo connesso appare sporadico, specie se si pensa che il lavoro era stato commissionato dalla vittima, la quale — si presume — avrebbe dovuto prestare maggiore attenzione. Rischio quindi lecito, che esclude l'imputazione.

III. — È tempo di concentrare l'attenzione sui margini di rischio giuridicamente rilevante nel contagio da AIDS. Il metodo generale non subisce alterazioni: la combinazione dei tre fattori in gioco (quantità e qualità degli eventi, utilità sociale della condotta) e la correzione del giudizio verso il basso per la volontarietà dell'azione lesiva circoscrivono l'area all'interno della quale l'imputazione oggettiva è assente data l'adeguatezza del rischio. L'impostazione è naturalmente suscettibile di modifica qualora l'autore versi in colpa, essendo ammissibile una riespansione dell'*erlaubtes Risiko* per la carenza dell'intenzionalità offensiva.

Tra le vie di propagazione dell'infezione il contagio sessuale rappresenta la modalità più diffusa, ma certamente non l'unica. Cominciamo dalle rimanenti.

a) Non creano problemi le ipotesi di trasmissione del virus mediante aghi o strumenti contaminati, frequenti tra tossicodipendenti; la relativa condotta è infatti altamente pericolosa e senza utilità (il contesto in cui si svolge l'azione è anzi materia di intervento penale); analogamente quando il contagio intenzionale avvenga tramite l'omessa disinfezione di materiale idoneo a veicolare il virus (bisturi, accessori per le cure estetiche, ecc.), poiché la liceità delle pra-

tiche menzionate è consentita allorquando siano rispettate misure precauzionali igienico-sanitarie volte ad eliminare il pericolo di infezioni. Un'utilità sociale dell'attività, o la contenuta probabilità di contagio in simili occasioni, non valgono come fattori di compensazione, visto che l'agente ha violato gli iniziali *standard* di cautela (sorti del resto allo scopo di abbassare il rischio legato all'attività). Il caso darebbe luogo — non sussistendo l'intenzione di ledere il bene della salute — ad una responsabilità colposa.

Immaginiamo ora, con la doverosa premessa del carattere irreal della situazione, che qualcuno convinca altri, emofiliaco, a recarsi presso un centro trasfusionale diverso dal consueto, nella speranza che lì contragga il virus da un campione di sangue erroneamente testato o nel quale non emergono ancora le tracce dell'*Hiv*, oppure che l'infermiere inietti sangue contaminato senza saperlo, ma augurandosi che lo sia (naturalmente l'evento si realizza). Come si sa, il rischio di contagio per emotrasfusioni oscilla tra 1/39.000 e 1/125.000 (*supra*, cap. 1, II,a); oltre all'eventualità remota, la quota residua di pericolo è esplicitamente accettata dal legislatore, che non ha alternative tra il vietare l'attività (cosa praticamente impossibile data la sua imprescindibilità) ed il regolamentarla (obbligo di testare il sangue, pur nella consapevolezza dei margini di incertezza). La soluzione opposta (rischio non consentito) sarebbe sostenibile qualora lo agente fosse stato avvertito di flaconi di sangue infetto in distribuzione presso quella struttura ospedaliera: la pericolosità della condotta è calcolata infatti non in astratto ma grazie al patrimonio conoscitivo di chi la pone in essere (*supra*, cap. 2,II) (194).

b) Complesso e delicato per i risvolti etici e sociali un caso

(194) Una variante significativa è la seguente: A dona il sangue ad un conoscente alcune settimane dopo un rapporto sessuale insicuro, tacendo della circostanza ai sanitari; il test non riesce a scoprire il virus (fase-finestra); B viene contagiato. Indipendentemente dal fatto che A agisca o no al fine di cagionare la malattia, il rischio creato rileva ai fini dell'imputazione: se statisticamente il numero di falsi negativi testati non cambia, le peculiarità concrete innalzano la pericolosità dell'azione. L'inadeguatezza sociale della condotta non muterebbe neppure qualora il soggetto non avesse avuto di mira il contagio, lasciando intravedere un fatto colposo: la regola di prudenza consigliava — salvo che si versasse in una situazione necessitata — di non donare il sangue o comunque di avvertire il personale della possibile contaminazione, delegando ad essi il compito di più sofisticati accertamenti.

non appartenente al solco della *Lehrbuchkriminalität*, se non altro perché realmente verificatosi (ovviamente non nei riflessi giuridici).

Cosa succede se la coppia sieropositiva (entrambi o uno soltanto) decida in piena consapevolezza di mettere al mondo un figlio, accettando l'eventualità dell'infezione, che porta successivamente alla morte il neonato (195)?

Utilizzando i criteri elaborati dalla dommatica tradizionale si dovrebbe ammettere la tipicità oggettiva. L'atto di procreazione costituisce l'*antecedens* dell'evento, il nesso di causalità appare solidamente provato, le lesioni (o la morte) riguardano la persona umana vivente. Quanto all'elemento soggettivo, quasi sempre la coppia è perfettamente consapevole del rischio di contagio, perché normalmente la comunicazione ad essi della sieropositività viene accompagnata dalle precauzioni da adottare per scongiurare la diffusione del morbo a terzi. Sul piano psicologico è però poco credibile che i genitori agiscano con dolo eventuale; essi confidano sulla non trasmissione del male, rifiutando implicitamente l'idea del contagio. L'evenienza non è tuttavia da scartare *in toto*, potendo prelevare il desiderio di maternità su ogni altra considerazione, fino a spingersi all'accettazione dello evento. La mancanza del dolo lascia comunque scoperta la colpa cosciente, sicché il quesito iniziale sulla rilevanza del rischio creato equivale in definitiva al quesito sulla commissione del reato.

Prima di rispondere è opportuno ricordare che la richiesta di avere figli da parte di sieropositive, o il cui partner è tale, non è rara; notizie giornalistiche attestano la consistenza del fenomeno in specie tra gli ex-tossicodipendenti. La conoscenza dei pericoli cui si va incontro, che comunque non scoraggia la coppia, è poi inequivocabilmente evidenziata dalla pratica, messa in atto presso alcuni centri ospedalieri di ostetricia e ginecologia, di trattare lo sperma infetto da *Hiv* mediante un delicato intervento di centrifugazione e filtrazione allo scopo di isolare ed allontanare le cellule malate.

(195) Si osservi come in tale situazione la causa è da ricercare nella fase della gravidanza o del parto (non è provata attualmente la trasmissibilità del virus con l'allattamento), ma l'evento (lesioni o morte) si ha durante l'esistenza terrena, cioè in un momento in cui il soggetto passivo gode della protezione dell'incolumità individuale.

La consumazione slitta temporalmente e non solleva problemi circa la configurabilità astratta della fattispecie penale, come invece in ipotesi diverse nei confronti del feto (*supra*, cap. 1, V, 10).

Successivamente il liquido seminale viene inseminato artificialmente nella donna: finora, su circa venti esperimenti, non si sono registrati casi di sieroconversione, ma nemmeno di gravidanza, sembra a causa del ridotto potenziale fecondante del sieropositivo.

Analizziamo allora con i consueti parametri la 'significatività' del rischio. La probabilità del contagio durante la gravidanza o il parto si attesta intorno al 35%; quella di una successiva evoluzione del morbo nei primi due anni di vita è invece considerevolmente alta.

In un caso su tre le statistiche affermano dunque che si produce un contagio sicuro. Ma decisivo ci sembra soprattutto, al di là del parametro *quantitativo*, il fattore *qualitativo*: la pericolosità della condotta colpisce perché le conseguenze concernono il decorso letale della malattia nei confronti — da non sottovalutare a livello emozionale — di un bambino. Sul versante opposto l'utilità della condotta non è in grado di bilanciare l'impatto negativo evidenziato, dove per utilità ci riferiamo non ai profili demografici, quanto ai vantaggi di ordine psichico e psicosomatico che la gravidanza andrebbe ad innescare. La maternità è un processo di responsabilizzazione, di acquisizione di un nuovo ruolo (non solo sociale) che potrebbe portare ad un riscatto dalla condizione di emarginazione e comunque condurre ad un rinnovato interesse per la vita, alleviando la sofferenza.

Far passare però questa nozione di utilità, di cui non si contesta la validità motivazionale, significherebbe premiare nel diritto penale l'egoismo (o il cinismo) del malato, disposto a sacrificare la salute del nascituro in cambio del tornaconto individuale.

In breve: il rischio insito nella condotta si mantiene alto, giuridicamente rilevante per fondare l'imputazione a titolo doloso o colposo. E ciò anche quando sieropositivo sia l'uomo, e dunque debba ipotizzarsi un doppio contagio, da questi alla donna, e poi al nato. Il fatto è certamente improbabile; nondimeno conta sempre la *gravità* dell'evento e la non indispensabilità della condotta (196).

(196) La condanna per omicidio volontario o colposo suscita d'altro canto interrogativi sull'utilità della pena nei confronti di una persona malata che ha agito allo scopo di esaudire un desiderio legittimo. Una finalità specialpreventiva della sanzione penale è poco credibile; scopi di stabilizzazione sociale (prevenzione generale positiva) sembrano maggiormente richiamabili, ma resta da dimostrarne l'accettabilità, specie alla luce delle accuse di strumentalizzazione dell'individuo condannato.

Quanto infine al personale medico prestatosi al trattamento del seme maschile, e riuscito ad instaurare la gravidanza senza impedire il contagio, il rischio prodotto resta, per le ragioni enunciate, oltre i limiti del consentito. Circa le conseguenze pratiche, se il contagio è avvenuto sulla donna, e la gravidanza non si è avuta, oppure il nato non è infetto, viene meno l'imputazione dell'evento per la decisione autonoma e consapevole della futura madre che ha accettato l'intervento medico (assenza dello scopo di protezione sotto il profilo della non 'dominabilità' dell'accadimento); quando viceversa viene colpito dall'infezione il neonato, occorre ulteriormente distinguere. Se tutti hanno agito con dolo eventuale (ipotesi improbabile), la responsabilità concorsuale del medico discende dal tipo di contributo richiesto per la punibilità del concorrente, e, qualora si opti per la teoria della c.d. *causalità agevolatrice*, dal come si consideri il comportamento del ginecologo (se facilitante o no il contagio, in quanto la donna avrebbe egualmente messo in atto il proposito di restare incinta); se invece siamo di fronte ad un caso di colpa cosciente, il discorso si sposta sulla portata e l'esatta interpretazione dell'art. 113 c.p. (197).

c) Il rapporto sessuale è il *leading-case* tra le modalità di trasmissione dell'*Hiv*, sia per la frequenza, sia per le implicazioni sociali. La delimitazione del pericolo di contagio diventa pertanto il cuore dell'indagine, non solo ai fini immediati della definizione del rischio giuridicamente rilevante, ma per le questioni collegate, quali l'accettazione dell'evento nel dolo eventuale (enucleabile pure dal livello statistico della verifica del contagio), l'insorgenza di una regola cautelare che imponga l'uso del profilattico per i gruppi esposti, misure sanitarie nei confronti dei tossicodipendenti o delle prostitute.

Purtroppo, però, la risposta non è semplice. Ammesso che fosse possibile fornire numeri precisi, avrebbero poco senso, se non si facesse riferimento nel contempo alle circostanze concrete, o alla ripetizione del rapporto, per citare alcuni tra gli elementi che contribuiscono a focalizzare la probabilità del contagio. Non bisogna tut-

(197) Una difformità dell'elemento soggettivo tra i compartecipi (partecipazione dolosa a delitto colposo nonché partecipazione colposa a delitto doloso) rende estremamente problematica l'applicazione della disciplina del concorso.

tavia eccedere in un'esemplificazione minuta, in una casistica eccessiva quanto dispersiva: l'improduttività della ricerca non tarderebbe a manifestarsi, poiché il sapere scientifico su aspetti non secondari è alquanto nebuloso.

Tenuto conto dei *pro* e *contro*, ci soffermeremo quindi sulla situazione classica, considerando peraltro le varianti più interessanti. Non senza un'avvertenza: le cifre differiscono sensibilmente tra gli scienziati; la linea comune è comunque quella, dopo le iniziali allarmistiche previsioni, di una correzione all'ingiù della percentuale di contagio.

Un *unico* rapporto sessuale vaginale, con immissione del liquido seminale, comporta una probabilità di trasmissione del virus dall'uomo sieropositivo alla donna stimata tra 1/100 e 1/1.000 (198). Ciò significa che — nella valutazione meno ottimistica — se la persona infetta ha cento rapporti sessuali, vi è la sicurezza di un solo contagio. Altre fonti propendono per un'oscillazione cospicua, da 1/20 a 1/1.000 (199), oppure per un margine meno ampio, da 1/100 a 1/200 (200), o da 1/200 a 1/500 (201).

Le cifre subiscono ritocchi per una serie di variabili.

Anzitutto se sieropositiva è la donna: il contagio del partner è meno frequente per molteplici ragioni, di carattere biologico-morfologico. Le secrezioni vaginali sono meno infettanti rispetto allo sperma, il che determina una minore concentrazione virale in cir-

(198) Cfr. REITZ-SCHUH, in *Die Zeit* 26.6.1987, 64, che si rifanno ai dati di uno studio condotto dai ricercatori dell'Università di Berkeley; HERZBERG, *Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten* — *AG München*, *NJW* 1987, 2314, *JuS* 1987, 779 (1/100); WEYER-SCHMIDT-KÖRNER, *AIFO* 1988, 218s.; RENGIER, *Aids und Strafrecht*, *Jura* 1989, 228 nota 8 (con ulteriori citazioni); PRITZWITZ, cit. (nota 78), 127, critico rispetto ai numeri allarmistici (1/2 o 1/3) avanzati in alcune decisioni giudiziarie; W. FRISCH, cit. (nota 77), 364. In giurisprudenza, *LG München* 20.7.1987 (nota 132), 288.

(199) KREUZER, cit. (nota 153), 798.

(200) EBERBACH, *AIDS und Strafrecht*, *MedR* 1987, 270, e ivi bibliografia; ARLOTH, *Nota a LG München* 20.7.1987, *MedR* 1987, 290.

(201) Così *AG Kempten* 1.7.1988 (nota 74), 2314. La sentenza cita studi secondo i quali la percentuale di contagio dall'uomo alla donna in coppie sposate, dopo anni, sarebbe attestata tra il 7 e il 68%.

Si veda inoltre MEIER, cit. (nota 80), 210 nota 15, che richiama numeri divergenti (da 1/60 sino a 1/600).

colazione durante il rapporto. Inoltre è abbastanza difficile che l'uomo si procuri microlesioni invisibili all'occhio umano, facilitanti la recezione del virus, al contrario della donna, sia per un fattore fisiologico (lo svolgimento dell'atto sessuale), sia per uno quantitativo (la superficie di mucosa esposta all'aggressione dell'*Hiv* è maggiore nella donna). *Mutatis mutandis*, ciò spiega perché la donna sia particolarmente vittima anziché responsabile della diffusione dell'AIDS (202).

Naturalmente il picco di pericolo si innalza con la ripetizione dell'atto sessuale, specialmente se con diversi sieropositivi e non sempre con lo stesso: non si conoscono cifre esatte in proposito, ma l'accrescimento del rischio avviene in misura tendenzialmente esponenziale, esprimibile mediante il ricorso alla figura della progressione geometrica anziché aritmetica. La spiegazione del fenomeno, apparentemente anomalo, va ricercata secondo alcuni in un'iperstimolazione delle capacità diffusive ed offensive del virus; la promiscuità trova invece ragioni meno complesse, vale a dire la non familiarità con le abitudini sessuali del partner, tale da provocare più facilmente microlesioni.

Sinora si è fatto riferimento al rapporto sessuale 'normale', dove l'aggettivo va inteso nell'ottica della mera fisiologia riproduttiva; i numeri subiscono modifiche percettibili allontanandosi dalla situazione *standard*.

Così il *coitus interruptus*, proprio perché il virus contenuto nello sperma non entra a contatto con la mucosa, è pratica meno rischiosa, con esiti contagianti calcolati da 1/10.000 a 1/100.000

(202) L'OMS prevede nei prossimi due anni il raggiungimento del tetto di 200.000 donne con AIDS in fase evoluta e nel 1994 la parità tra sessi nel numero dei sieropositivi (il rapporto attuale è di tre maschi contro una persona di sesso femminile).

Studi del *Center for Diseases Control* hanno appurato del resto che già nel 1988 la principale causa di morte negli Stati Uniti per le donne in età riproduttiva era rappresentata dall'AIDS, che ha superato tumori e cardiopatie. Particolarmente colpita la fascia d'età tra i 25 e i 34 anni e la razza nera (tasso di mortalità 9 volte superiore).

Per alcuni immunologi il passaggio del virus dalla donna all'uomo avverrebbe ogni dieci rapporti sessuali (ma la percentuale è sovrastimata, e comunque bilanciata con l'ipotesi inversa — dall'uomo alla donna —, ove il rischio è valutato in 1/4).

(203); il rapporto orale è più rischioso del vaginale, ma non di molto; estremamente pericoloso il rapporto anale, per la frequente produzione di microlesioni (204).

Altri fattori rivestono un ruolo non secondario: accenniamo ad alcuni.

La capacità di trasmissione del virus sembra essere particolarmente attiva durante stadi specifici: nelle prime settimane di insediamento cellulare, o nella fase di gravità massima (205). Un rischio maggiore è collegato all'esistenza di lesioni pregresse nel soggetto passivo, quale l'ulcera genitale (aumento da cinque a dieci volte) o ad infezioni che abbiano indebolito la risposta immunitaria (206). Il rischio di contagio non è sinonimo infine di rischio di sviluppo sicuro del male e di esito letale: è intorno al 35% la quota di coloro nei quali l'infezione progredisce sino all'AIDS conclamata, in un tempo variabile (*supra*, nota 139); nuovamente sfavorite sono le donne per la predisposizione ad essere colpite da tumori alla sfera genitale (207).

L'interesse probatorio si concentra però sul rischio in occasione di un rapporto protetto, vale a dire con uso di profilattico (*safer sex*). Sarebbe logico attendersi una drastica riduzione dei pericoli di contagio, ma così non è. Stando ai risultati di ricerche americane, nel caso di rapporti sessuali ripetuti in un cospicuo arco di tempo e sempre protetti, la trasmissione del virus si attesterebbe sulla quota del 18% (208). In generale si parla di un decremento del pericolo di 1/10 rispetto al valore iniziale (209). Non è invece

(203) Cfr. PRITZWITZ, cit. (nota 78), 125; LÜDERSSEN, *Die im strafrechtlichen Umgang mit Aids verborgenen Motive — Hypermoral oder Gesinnungsethik?*, StrV 1990, 85.

(204) Cfr. la relazione peritale richiamata in AG Kempten 1.7.1988 (nota 74), 2314; KREUZER, cit. (nota 153), 798.

(205) Cfr. BGH 4.11.1988 (nota 73), 783; con accenti leggermente differenti AG Kempten 1.7.1988 (nota 74), 2314.

(206) Cfr. LAUFS-LAUFS, *Aids und Arztrecht*, NJW 1987, 2259s.; MEIER, cit. (nota 80), 210.

(207) Il periodo di sopravvivenza della persona di sesso femminile è di circa la metà inferiore a quello osservato nell'uomo.

(208) Cfr. M. G. KOCH, cit. (nota 8), 95.

(209) Ad esempio, W. FRISCH, cit. (nota 77), 364 nota 25; in giurisprudenza AG Kempten 1.7.1988 (nota 74), 2314; LG Kempten 20.1.1989 (nota 75), 2070.

ancora appurato se la protezione tutto sommato modesta sia dovuta ad una « insicurezza ‘ immanente al sistema ‘ (materiale difettoso) o ad un uso semplicemente sbagliato » (210).

d) Fin qui il calcolo statistico. Pur nell'accavallarsi delle cifre, nella loro confusione, la probabilità del contagio mediante la via sessuale appare bassa. Il parametro quantitativo (numerico) è però un indicatore prezioso, non risolutivo per inferire l'adeguatezza complessiva del rischio legato alla condotta. In primo luogo dobbiamo rammentare la *gravità* dell'evento, che neutralizza la sporadicità dell'effetto. Ci sembra peraltro decisiva l'argomentazione inerente la utilità sociale dell'attività sessuale. In una veste singolare.

Indubbiamente il comportamento sessuale, in quanto istinto primario, appartenente alla sfera dei bisogni fisiologici, occupa una rilevanza non collaterale. In questo senso può fungere da valvola di sfogo delle pulsioni del singolo e da regolatore delle tensioni conflittuali. Insomma l'utilità sociale della condotta sarebbe molto alta.

Ora, reale o sopravvalutata che sia questa funzione, non si deve cadere in equivoci. L'allontanamento del rischio del contagio non è condizionato al divieto dell'atto sessuale, ma alla sua protezione.

E ciò influisce sulla precisazione dell'utilità. Quando infatti una specifica attività può continuare ad esercitarsi, raggiungendo una (relativa) tranquillità mediante la schermatura dal pericolo, il contraccolpo è immediato sulla determinazione del concetto di utilità; utile resta l'attività protetta, non l'attività in sé, libera. In poche parole, la vita sessuale del soggetto sieropositivo (o sospetto) non viene coartata, ma regolamentata per incanalarla nell'alveo di una maggiore sicurezza sanitaria (epidemiologica). Trasposta nell'ambito del rischio giuridicamente rilevante la conclusione è intuitiva: un rapporto sessuale di qualsiasi natura, *non protetto*, della persona infetta, costituisce rischio significativo. L'attività è inadeguata socialmente, causa l'elevata (*sub specie* del tipo di evento) pericolosità della condotta non controbilanciata dall'utilità, nel senso chiarito della non indispensabilità di tali modalità pericolose, e della conservazione della sua funzione a costo di trascurabili sacrifici (impiego del profilattico). Per i motivi opposti, il *safer sex* si muove nei binari del rischio giuridi-

(210) Così EBERBACH, cit. (nota 200), 270.

camente irrilevante (legge del minimo mezzo: *supra*, cap. 2, II,2). Lo schema delineatosi è indipendente dall'elemento psicologico dello infettante: dolo e colpa non modificano il piano della rilevanza/irrilevanza del rischio, neppure *in peius* (211).

IV. — Una conferma indiretta del quadro tracciato si ricava dall'osservazione di ulteriori attività potenzialmente pericolose. Per il nucleare si è già detto che le disposizioni in materia si preoccupano di circoscrivere l'ambito dell'*erlaubtes Risiko* entro spazi 'innocui' per consentirne l'utilizzo (*supra*, cap. 2, II,3). Analogamente gli infortuni sul lavoro vengono visti come una componente inevitabile della realtà dell'impresa, cosicché la normativa prevenzionale (in primo luogo il D.P.R. 27.4.1955 n. 547) si sforza di contenerli in limiti accettabili. Il parallelismo con l'atto sessuale è evidente: il rischio è rilevante non osservando le precauzioni tali da permettere una riduzione in zone di tollerabilità.

Che poi la statistica sia solo un *Hilfsmittel* nel tracciare il concetto di 'apprezzabilità' del rischio, lo comprovano altri esempi.

La probabilità di un incidente aereo, secondo dati aggiornati, è valutata in 1-2/1.000.000 di ore di volo. Se il traffico aereo non fosse però necessario, una così esigua carica di offensività potrebbe costituire rischio rilevante, specie se accompagnato dall'intenzionalità. Viceversa, nemmeno la presenza del dolo è in grado di correggere la valutazione iniziale, per cui il rischio creato non supera la soglia dell'irrilevanza (212).

(211) Cfr. HERZBERG, cit. (nota 68), 1462, che parla di pericolo «schermato» o meno.

L'autore appartiene però alla corrente (cfr. nota 193) che ritiene sempre sganciata la definizione dell'*erlaubtes Risiko* dalla volontà lesiva, cioè in sostanza identico il rischio nel *Tatbestand* doloso e colposo. In proposito, HERZBERG, *Vorsatz und erlaubtes Risiko — insbesondere bei der Verfolgung Unschuldigen* (§ 344 StGB), JR 1986, 6ss.

(212) Ecco dunque la soluzione del caso di scuola di chi convinca la vittima a servirsi frequentemente del mezzo aereo, sperando nella catastrofe. Indipendentemente dal dolo, la *objektive Zurechnung* è tagliata fuori per l'assenza di un rischio significativo.

Conviene sull'impossibilità di precisare il concetto di *erlaubtes Risiko* esclusivamente sulla scorta di «parametri tecnico-statistici», avvalendosi perciò del criterio del 'dominio dell'accadimento' («*Tatherrschaft*») e risolvendo casi simili sul

La diffusione del virus del raffreddore o dell'influenza, data la propagazione nell'aria, è enormemente facilitata. Tuttavia l'elevata quota di rischio svanisce di fronte alla trascurabilità sul piano medico delle conseguenze prospettabili (*qualità* degli effetti), cosicché le condotte di base rientrano nell'adeguatezza, a prescindere dalle motivazioni personali (213).

L'eventualità di complicanze (letali o meno) dovute alla narcosi è stimata in 1/100.000 (214), un rischio simile a quello di alcune pratiche sessuali (*supra*, cap. 2, III, c). Ma la differenza sta nell'utilità della condotta (e nel secondo termine di paragone nella *facilità* della prevenzione del pericolo), tant'è vero che se un soggetto narcotizzasse il terzo sperando nelle reazioni collaterali, la significatività del rischio andrebbe valutata in base alla necessità *in concreto* della narcosi: in caso affermativo, il rischio rimarrebbe irrilevante; in caso negativo, no.

Per finire, la probabilità di contagiarsi con aghi contaminati è dello 0,5% (cfr. nota 10), analoga secondo certe stime al rischio insito nell'unico rapporto sessuale normale non protetto (*supra*, cap. 2, III, c). *A fortiori* nella prima evenienza il rischio supera il confine del tollerato, visto che lo scambio di siringhe concerne un'attività non soltanto inutile, ma addirittura vietata (215).

modello dell'istigazione non punibile per l'autoesposizione al pericolo della vittima, SCHÜNEMANN, cit. (nota 166), 488 nota 162.

Il richiamo è improprio (anche se non del tutto errato): in realtà la *Selbstgefährdung* del soggetto passivo escluderebbe il fatto tipico (assenza dello scopo di protezione), se non fosse per la mancanza *a monte* del requisito-base, la creazione del rischio significativo. In maniera conforme ROXIN, *Zum Schutzzweck* (nota 166), 241ss., 246ss.

(213) Analogamente EBERBACH, cit. (nota 77), 231; HERZBERG, cit. (nota 68), 1462. Per l'irrilevanza delle intenzioni del soggetto agente, PRITTWITZ, cit. (nota 190), 438.

(214) Si veda M. G. KOCH, cit. (nota 8), 104.

(215) La L. 26.6.1990 n. 162 («Aggiornamento, modifiche ed integrazioni della legge 22 dicembre 1975, n. 685, recante disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza»), all'art. 16, introduce una nuova disposizione («abbandono di siringhe»): «Chiunque in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero in un luogo privato ma di comune o altrui uso, getta o abbandona in modo da mettere a rischio l'incolumità altrui siringhe o altri strumenti pericolosi utilizzati per l'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire centomila a lire un milione».

Originariamente si trattava addirittura di una fattispecie penale.

La doppia valenza del rischio (corrispondenza della coppia rilevanza/irrilevanza al binomio sessualità non protetta/protetta) appare convincente sul piano dommatico. Il filtro dell'*erlaubtes Risiko* consente di scremare dal novero degli eventi imputabili quelli frutto di una condotta in definitiva indifferente al diritto penale, permettendo un'operazione di bonifica preliminare senza ricorrere all'analisi dell'elemento soggettivo. Ne guadagna il sistema in termini di efficienza, di snellimento e di 'semplicità d'uso', nonché — laddove possibile, laddove cioè il dolo non condizioni il rischio (*supra*, cap. 2,II,4) — in unitarietà di soluzione.

Anche la dottrina tedesca mostra di credere allo sviluppo lineare di tale ricostruzione (216).

Un'opinione dissimile, comunque minoritaria, si registra invece in relazione al rapporto sessuale protetto, secondo alcuni costitutivo pur sempre di un' 'azione conforme al tipo', causante un rischio rilevante (217).

La tesi non è esente da censure.

Se l'asserto fosse vero, ne dovrebbe scaturire la punibilità per dolo di chi si congiunge con il partner con l'intenzione di contagiarlo pur sapendo dell'esiguità del rischio connaturato all'atto sessuale *protetto*. Si è già osservato a quali condizioni l'intenzionalità offensiva non modifichi il giudizio di valore preliminare sul rischio. Tutto sommato, però, proprio perché si tratta dell'applicazione di criteri valutativi, la divaricazione delle conclusioni potrebbe addossarsi ad una divergente lettura dei compiti dello Stato sociale e della politica di prevenzione.

Ma se si passa al versante colposo la sfasatura di indirizzi interpretativi non è più giustificabile alla luce di un orientamento alternativo — *lato sensu* — politico-criminale. Dunque, la rilevanza del rischio non creerebbe ostacoli quanto alla responsabilità penale per il malaugurato contagio ad opera del sieropositivo che avesse fatto

(216) Tra i tanti, GEPPERT, cit. (nota 68), 670s.; PRITZWITZ, cit. (nota 190), 439s.; SCHLEHOFER, cit. (nota 74), 2021, che insiste soprattutto — ai fini di delimitare esattamente la nozione di pericolo — sulla necessità di determinare *quanti* rapporti sessuali non protetti sono da prevedersi (cfr. però sul punto la nota 185); in giurisprudenza, LG Nürnberg-Fürth 16.11.1987 (nota 73), 2311.

(217) Così W. FRISCH, cit. (nota 77), 364; conformemente SCHÜNEMANN, cit. (nota 166), 488s.; RENGIER, cit. (nota 198), 231.

uso del profilattico. Non sussistendo il dolo, la colpa andrebbe ricavata dalla violazione di una regola cautelare (218); nella specie il precetto dovrebbe essere congegnato nel modo seguente: 'Costituisce comportamento imprudente il rapporto sessuale, pur protetto, da parte del sieropositivo a conoscenza del suo stato', cosicché, per converso, la prudenza dell'individuo medio si attesterebbe un gradino in giù, nella forma (inevitabile, non sussistendo alternative) della rinuncia al rapporto. Tuttavia una tale disposizione contrasterebbe con le indicazioni mediche, condivise dalle forze politiche che si sono battute per la diffusione del profilattico come efficace mezzo di lotta alla propagazione dell'AIDS. Insomma, è giusto riconoscere l'avvenuta formazione di una norma cautelare (non scritta) che fissa lo *standard* di diligenza nell'uso del profilattico per la categoria dei sieropositivi (219). A parte che — per tornare ad aspetti valutativi — una campagna imperniata sulla castità generalizzata o sulla proibizione del rapporto *tout court* avrebbe effetti controproducenti.

In breve: la nascita di una disposizione preventiva nei limiti, liberali, descritti, implica — per il principio di non contraddizione — la formazione di un'area di adeguatezza sociale corrispondente al *safer sex* anziché al *no sex*.

(218) Per la nostra giurisprudenza rintracciare profili colposi sarebbe pressoché automatico, visto che la misurazione del livello di diligenza è fatta discendere dalla verificazione dell'evento e non rintracciata *a priori*.

Cioè: poiché l'evento è stato causato dall'azione umana, ciò indicherebbe la pericolosità della stessa e l'impedibilità del risultato mediante una maggiore diligenza; dunque ci sarebbe colpa! Questo metodo argomentativo, scopertamente viziato, che giunge alla deduzione assiomatica dell'esistenza della regola cautelare dalla produzione della lesione, è più frequente di quanto si possa immaginare, specie in alcuni settori. Inutile aggiungere che la responsabilità colposa scivola così in una responsabilità oggettiva.

(219) Conformità di vedute in PRITZWITZ, cit. (nota 78), 127; KUNZ, cit. (nota 155), 50s., sulla base di una strategia politica condotta in Germania in maniera identica.

In Italia la situazione è per certi versi ambigua. Nel 'decalogo' predisposto dalla *Commissione nazionale per la lotta contro l'AIDS* (nota 16) si consiglia al sieropositivo di « evitare rapporti sessuali o almeno fase uso del preservativo ». Il modello comportamentale ci sembra perciò fissato nel rapporto sessuale *protetto*, anche se esso viene accettato, per così dire, 'controvoglia'. Le raccomandazioni inserite nel manuale informativo predisposto dall'*Anlaids* fanno esplicito riferimento all'impiego del profilattico.

Come di consueto, rivolgiamo l'attenzione agli esempi enunciati in precedenza (*supra*, cap. 2,II).

La prostituta, a conoscenza dell'infezione contratta, che si congiunge col cliente senza protezione, crea un rischio illecito; sul versante soggettivo risponderà nelle due situazioni prospettate a titolo di dolo eventuale o diretto (220).

Quanto al rapporto sessuale *protetto* del sieropositivo, esso costituisce una barriera alla *objektive Zurechnung*, quali che siano le finalità dell'agente.

Pur potendo sembrare cinico, il contagio — persino ricercato — è ascrivito al solco dell'indistinto *Lebensrisiko*. L'opzione è immorale; ma la politica criminale segue ragioni prettamente utilitaristiche; la scelta dei mezzi più opportuni è la strategia di campo per raggiungere gli obiettivi prefissati, ed i primi non sempre coincidono con l'etica tradizionale.

Il *leit-motiv* dell'indagine si riduce così a poche proposizioni: pratiche sessuali a rischio compiute dal sieropositivo a conoscenza del suo stato rappresentano un pericolo significativo per l'ordinamento, che si premunisce consentendo l'imputazione degli eventi producibili; al contrario, l'attività sessuale 'sicura' rende irrilevante il rischio, senza pregiudizio dei riflessi soggettivi dell'azione. La sussistenza del rischio significativo elimina l'ostacolo di base ad una ricognizione — successiva — precisa del *Tatbestand*: se doloso (verifica del momento conoscitivo e volitivo) o colposo (verifica dell'inosservanza della regola cautelare, incentrata non sull'*astratta* mancanza di precauzioni durante l'atto sessuale, bensì sulla loro necessità in relazione alla vicenda *concreta*).

(220) La mera continuazione dell'esercizio della professione non costituisce però di per sé un travalicamento dell'*erlaubtes Risiko*: criterio risolutore sono infatti le *modalità* con cui essa viene svolta. La conclusione opposta comporterebbe la stigmatizzazione di un'attività che nell'ordinamento positivo non è vietata, creando una discriminazione ingiusta tra due categorie di cittadini: il malato con un residuale spazio di sessualità ed il deviante-malato privato di tale ambito in forza della finalità mercificatoria da lui attribuita al sesso. Cfr. PRITZWITZ, cit. (nota 190), 437.

Naturalmente il discorso è diverso circa l'opportunità di misure sanitarie interdittive ex artt. 254, 260 R.D. 27.7.1934 n. 1265, giustificabili sotto il profilo della prevenzione di malattie infettive (l'AIDS è tra queste: art. 3 D.M. 28.11.1986), e sulle conseguenze scaturenti.