

# CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

INCONTRO DI STUDIO PAOLO BORSELLINO

N. 5346 – ROMA – 4-8 LUGLIO 2011

## IL PRELIEVO COATTIVO DI MATERIALE BIOLOGICO

LA LEGGE N. 85 DEL 2009 – GLI ACCERTAMENTI MEDICI COATTIVI – QUESTIONI  
CONCERNENTI LA BANCA DATI ED IL LABORATORIO NAZIONALE DEL DNA

Appunti per la relazione – Testo provvisorio

GUGLIELMO LEO

Discorrendo del «prelievo coattivo di materiale biologico» e del principale problema posto sullo sfondo – cioè la **schedatura genetica** di una persona quale strumento per una **indagine attuale** e al tempo stesso quale premessa per il coinvolgimento indiscriminato in **innumerevoli indagini successive** – non possiamo che prendere le mosse dal tema dei diritti.

Diritti che sul nostro terreno sono numerosi e fondamentali, e segnano un limite invalicabile per la disciplina delle investigazioni mediche e biologiche. Mai come nel caso di specie dobbiamo partire da una premessa, e cioè che i **diritti inviolabili** della persona costituiscono un **limite all'attività investigativa** del potere pubblico, non potendosi considerare risolutivo, in termini di prevalenza assoluta, alcun concorrente interesse a carattere sociale o individuale.

**La nostra Costituzione riconosce diritti inviolabili.** Li «riconosce», quasi che preesistano (salvo poi stabilire se prevalsero, nell'Assemblea costituente, considerazioni giusnaturalistiche, o convinzioni di carattere religioso o filosofico), senza menzionarne l'oggetto, nell'**art. 2**. E poi ne definisce alcuni, espressamente qualificandoli «inviolabili», non a caso, nella massima misura, regolando i rapporti civili, e dunque anche la sfera di protezione dell'individuo rispetto all'esercizio della potestà pubblica: **inviolabilità della libertà personale (13), del domicilio (14), delle comunicazioni (15), del diritto di difesa (24)**.

Sono le norme fondamentali sul volto costituzionale del processo penale, riguardato nella sua fase di acquisizione della base cognitiva (fermo restando il tema dell'influenza esercitata anche dall'**art. 111** sulla fase delle indagini).

Attenzione, perché i diritti inviolabili **non sono un *numerus clausus***, come pure la Corte costituzionale, unitamente a parte autorevole della dottrina, aveva ritenuto fin circa alla metà degli anni '80.

In realtà, come si è notato a partire dall'espressione «riconosce», si tratta di compiere un lavoro di «**scoperta ed estrazione**» di elementi interni alla trama costituzionale, sebbene non esplicitati in quella sede. Discorso che vale, a maggior ragione, a fronte dell'apertura della Costituzione alle fonti sovranazionali.

La Corte costituzionale, in seguito, ha definitivo **inviolabili** – o, in diversi casi, fondamentali – **diritti ulteriori della persona umana**. Così ad esempio per la **libertà sessuale**, inquadrata espressamente tra i diritti inviolabili che l'art. 2 impone di garantire, e poi **diritto alla formazione culturale, al nome, ecc. .**

Il fenomeno ha riguardato anche e specialmente diritti che sono potenzialmente suscettibili di compressione o lesione nello svolgimento di una indagine penale: **il diritto alla salute**. Può citarsi ad esempio **la sentenza 432 del 2005**<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ove si è riconosciuta la illegittimità di una norma della Regione Lombardia che, disponendo l'accesso gratuito di tutti gli invalidi civili al 100% ai servizi pubblici di trasporto, aveva escluso gli stranieri dal beneficio.

Anche la **riservatezza** - nozione che per altro impegna gli interpreti in un sforzo di definizione aggravato dal forte carattere evolutivo degli interessi coinvolti - **è oggetto di un «diritto inviolabile» dell'uomo.**

Il dibattito su questo argomento, com'è noto, è stato lungo ed estremamente complesso. Per quanto con tono incidentale, la riservatezza era stata definita un diritto inviolabile già all'inizio degli anni '70 (**sentenza 38 del 1973**). Certo, il percorso successivo della stessa Consulta è stato complesso, tanto che qualcuno l'ha definito «ondivago». Ma il percorso sembra ormai chiuso dalla **sentenza 173 del 2009**.

*Ritiene questa Corte che la finalità di assicurare il **diritto inviolabile alla riservatezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione**, tutelato dagli artt. 2 e 15 Cost. (ex plurimis, sentenze n. 366 del 1991, n. 81 del 1993, n. 463 del 1994, n. 372 del 2006), **cui deve aggiungersi uguale diritto fondamentale riguardante la vita privata dei cittadini nei suoi molteplici aspetti**, non giustifichi una eccessiva compressione dei diritti di difesa e di azione e del principio del giusto processo.*

È appena il caso di ricordare che la riservatezza costituisce comunque l'oggetto di **norme europee** di garanzia dei diritti dell'uomo. L'art. 8 della **C.e.d.u.** recita che «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria **vita privata e familiare**, del proprio domicilio e della propria corrispondenza» e che «2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia **prevista dalla legge** e costituisca una misura che, in una **società democratica**, è **necessaria** alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Per inciso, la **Corte di Strasburgo** ha già avuto modo di stabilire, con la **sentenza Marper vs. United Kingdom (infra)**, che la memorizzazione di profili genetici per finalità di indagine penale costituisce «ingerenza» nella vita privata delle persone, ed è dunque attività soggetta ai limiti ed alle garanzie di cui al citato art. 8 della Convenzione,

Su queste direttive, come tutti sanno, devono **parametrarsi le leggi nazionali**, per la loro interposizione rispetto al **primo comma dell'art. 117 Cost.**, secondo cui il legislatore deve conformarsi agli impegni internazionali assunti dall'Italia ed al diritto comunitario (Corte Cost., sentenze n. 348 e 349 del 2007, n. 311 e 317 del 2009, n. 80 del 2011).

E, a proposito del **diritto dell'Unione**, è appena il caso di ricordare come il Trattato di Lisbona, modificando l'**art. 6 del TUE**, abbia introdotto la norma per la quale «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che **ha lo stesso valore giuridico dei trattati**». Dunque la **Carta di Nizza** impegna i legislatori ed i giudici nazionali quale fonte di diritto comunitario (sull'argomento, in generale, Corte cost., sentenze n. 28 e 227 del 2010).

Ebbene, come tutti ricorderanno, l'**art. 7** della Carta stabilisce che «ogni persona ha diritto al rispetto della propria **vita privata e familiare**, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

Conformemente all'**art. 52, paragrafo 3**, della stessa Carta, il significato e la portata di questi diritti sono identici a quelli del corrispondente articolo della CEDU. Le limitazioni che vi possono legittimamente essere apportate sono pertanto quelle autorizzate ai sensi del suddetto articolo 8.

Insomma, la corrispondenza delle norme italiane agli **standard europei del diritto alla riservatezza** – e la Corte di Strasburgo ha già naturalmente confermato che la materia dell'identità genetica e delle relative banche dati è riconducibile alla **riservatezza della vita privata e familiare** – può essere sindacata sia nell'ormai classica prospettiva della «**illegittimità convenzionale**», sia nella prospettiva del contrasto coi principi generali dell'Unione, e dunque in termini di «**incompatibilità comunitaria**».



Ho fatto queste premesse perché – com'è ovvio – il tema del **prelievo coattivo di campioni biologici** genera un *vulnus* per molteplici **diritti inviolabili della persona**, e dunque deve essere

regolato in chiave di accuratissimo bilanciamento tra i diritti medesimi e le esigenze di rilievo costituzionale che devono essere assicurate con forme di parziale compressione.

Come vedremo tra breve, per lungo tempo la discussione su questi temi ha individuato specificamente il **diritto alla libertà personale** ed il **diritto alla salute** come le posizioni soggettive opponibili ad un potere pubblico di **esercizio della forza** a fini di prelievo. Questa prospettiva di osservazione è stata a lungo conservata anche quando il materiale biologico ha cominciato ad essere usato per **indagini di tipo genetico**, soprattutto a fini di **comparazione del Dna**.

Solo a grazie ai limiti – oggi evidenti – di una impostazione siffatta, abbiamo potuto dare per scontato, così ha fatto soprattutto la nostra giurisprudenza (*infra*), che l'**esplorazione del patrimonio genetico individuale a fini di indagine penale fosse del tutto priva di limiti**, una volta risolto il problema dell'acquisizione del reperto. Di talché, quando il reperto veniva acquisito con il consenso dell'interessato, o comunque senza la necessità di una azione fisica sulla sua persona, l'indagine genetica si avviava in una situazione di **sostanziale anomia**. Oltretutto, essendo ovvio che tutti lasciamo tracce biologiche ovunque, si è affermata facilmente la prassi del ricorso alle usuali tecniche di **ricerca e assicurazione** delle prove. In pratica, perquisizione domiciliare e sequestro (indumenti intimi, spazzole per capelli, bicchieri sporchi, ecc.) portavano all'acquisizione del reperto, poi liberamente sottoposto ad analisi, e altrettanto liberamente conservato, al pari delle analisi medesime. Quasi si trattasse di gestire un documento contabile od una partita di droga, invece che materiale capace di dare le informazioni le più intime e rilevanti sulla persona umana, sui suoi parenti, sulla sua *gens*.

La novità è data dall'irruzione su questo terreno del tema della **riservatezza**, chiaramente stagliato fin dai primi studi sull'affermazione della genetica forense, ma divenuto ineludibile con la creazione di **banche dati del Dna**. È del tutto ovvio che occorre chiedersi come questi fenomeni interferiscano con il **diritto alla riservatezza**, anche nei limiti in cui questo può essere opposto alle esigenze di indagini penali. Un diritto vulnerabile dalla raccolta, dalla conservazione, dall'accesso ai dati, dalla possibilità che i campioni vengano utilizzati per ottenere un numero enorme di informazioni sulla persona.

Cercherò allora di ricostruire la **doppia evoluzione** dei due temi fondamentali evocati dalla nostra materia: **i mezzi per l'acquisizione** dei reperti biologici (che oggi la legge regola anche quando il prelievo non è finalizzato ad indagini genetiche), e le **regole di gestione** dei materiali, soprattutto nella prospettiva della loro utilizzazione nella costituenda **Banca dati** dei profili genetici.



Cominciamo dal primo aspetto, quello della **acquisizione del materiale genetico** utile per l'estrazione del profilo genetico della persona interessata.

Dovremo utilizzare un **metodo storico di approccio al problema**, e non solo per ragioni di ordine culturale. Gli interventi demolitori della **Corte costituzionale** lungo l'arco degli ultimi 50 anni spiegano perché il nostro Paese sia rimasto per oltre un decennio senza una disciplina dei prelievi coattivi, ma soprattutto costituiscono i **parametri per una interpretazione costituzionalmente orientata** della normativa introdotta nel 2005 e nel 2009. Le stesse decisioni mettono in evidenza, inoltre, profili davvero problematici della disciplina vigente, che secondo alcuni si trasformano in vere e proprie questioni di legittimità costituzionale.

Se la Costituzione pone dei limiti al potere pubblico di comprimere i diritti fondamentali della persona, anche quando si tratta di reprimere reati, ebbene la tensione diviene massima considerando gli atti di indagine che coinvolgono **il corpo** della persona umana. Sovvengono qui molteplici parametri:

- **art. 32**: la salute è un diritto dell'individuo, che non può essere compromesso in nessun caso
- **art. 2**: l'integrità fisica è indiscutibilmente un diritto inviolabile dell'uomo, e l'attacco recato con la forza offende certamente la sua dignità

- **art. 13**: nel caso delle persone private della libertà, che è quello di gran lunga ed importante, è vietata ogni violenza fisica e morale. Inoltre, l'uso prolungato della forza su qualunque persona si risolve, *ex se*, in una privazione della libertà personale. Un **prelievo coattivo** implica una pur transitoria restrizione della libertà, che come tale deve essere – sempre in forza dell'art. 13 – essere disposta dall'**Autorità giudiziaria** ed essere attuata nei soli casi e modi **previsti dalla legge**.

La materia è stata impostata, nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, dalla **sentenza n. 30 del 1962**, relativamente alla norma che consentiva all'autorità di P.S. l'effettuazione di **rilievi fotosegnalatici e antropometrici** senza le garanzie dell'art. 13 Cost.

La Corte ribadì quanto già emergeva dalla propria giurisprudenza, e cioè che *«la garanzia dell'habeas corpus non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere»*.

Con singolare premonizione, la Corte osservò: *«I rilievi descrittivi, fotografici e antropometrici possono richiedere talvolta complesse indagini che potrebbero incidere sulla libertà fisica o morale della persona: si pensi ai casi, non cervellotici di fronte allo sviluppo della scienza e della tecnica, di rilievi che richiedessero prelievi di sangue o complesse indagini di ordine psicologico o psichiatrico»*. A questa categoria di accertamenti, la Corte ne contrappose un'altra, ove non vi sarebbe coercizione della libertà personale, anche nel caso si imponga *«una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali»*.

La differenza *«non consiste tanto nella momentaneità o nella levità della eventuale coercizione quanto, essenzialmente, nel fatto che nel secondo ordine di casi i rilievi, pur avendo per oggetto la persona, riguardano l'aspetto esteriore della persona, la cui sfera di libertà resta integra, mentre nel primo i rilievi importano una menomazione della libertà della persona pari a quella dell'arresto»*.

Si è giustamente osservato in dottrina come la Corte, fin da questa risalente decisione, abbia escluso per il **prelievo coattivo di sangue** o di altro materiale organico la qualificazione di **violenza sulla persona**. Il problema individuato è solo quella della **limitazione di libertà** necessaria per l'esecuzione del prelievo, la quale, per il disposto dell'art. 13, secondo comma, Cost., richiede le garanzie della **espresa previsione di legge** e del **provvedimento giurisdizionale**.

I rilievi antropometrici e fotosegnaletici furono «salvati» in quanto atti non limitativi della libertà personale, ma era stato anticipato il giudizio esattamente contrario quanto ai prelievi di sangue.

Di questo la Corte si ricordò qualche anno dopo, ammettendo la pertinenza del richiamo all'art. 13 Cost., ma considerando assicurate la riserva di legge e la garanzia giurisdizionale attraverso la **generica previsione dei poteri del giudice nella direzione della perizia** (soprattutto art. 317 del codice abrogato). Si tratta della **sentenza n. 54 del 1986**.

In via preliminare la Corte aveva escluso la possibilità di adottare mezzi istruttori «*che mettessero in pericolo la vita o l'incolumità o risultassero lesivi della dignità della persona o invasivi dell'intimo della sua psiche*», o tali da porre in pericolo la salute del periziando. Ed a questo proposito, anche perché operava nel contesto normativo antecedente all'introduzione del codice in vigore, aveva invocato direttamente **gli art. 2 e 32 Cost.**, così sostanzialmente ribadendo che le norme costituzionali articolate al punto da consentirne l'applicazione nei casi concreti dettano precetti immediatamente applicabili, ed anche divieti probatori immediatamente vevoli.

Poi però la Corte aveva negato che un prelievo ematico avesse tali caratteristiche, riconducendo nuovamente la fattispecie ad **un problema di limitazione della libertà personale**, rilevante ex art. 13 Cost. E, nel caso della perizia e dei connessi provvedimenti ordinatori del giudice, non sarebbero mancati né la previsione della legge né il provvedimento giudiziale.

Ecco il cuore argomentativo della decisione: «*il prelievo ematico, ormai di **ordinaria amministrazione nella pratica medica**, talché può essere persino effettuato da infermiere professionali, né lede la dignità o la psiche della persona, né mette in alcun modo in pericolo la vita, l'incolumità o la salute della*



*persona, salvo casi patologici eccezionali che il perito medico-legale sarebbe facilmente in grado di rilevare».*

Ed ecco, ancora una volta, il tema degli adempimenti di indagine come violenza sulla persona: « *le violenze cui quel comma (il quarto dell'art. 13 Cost.) fa riferimento sono evidentemente quelle illecite, anche nel senso sopra specificato e non le minime prestazioni personali imposte all'imputato o a terzi, da un normale e legittimo mezzo istruttorio.*

Questo ragionamento è stato ribaltato – ma non per quanto riguarda la **compatibilità del prelievo ematico coattivo con la dignità e la sicurezza della persona** - con la **sentenza 238 del 1996**.

Era stata sollevata questione di legittimità costituzionale - in riferimento agli artt. 3 e 13, secondo comma, della Costituzione - dell'art. 224, comma 2, del codice di procedura penale nella parte in cui prevedeva la possibilità per il giudice delle indagini preliminari di disporre coattivamente - in sede di incidente probatorio per l'esecuzione di perizia ematologica - il prelievo ematico nei confronti tanto dell'indagato quanto di terzi.

Ecco l'essenza del ragionamento che fu seguito nell'occasione: «*Il **prelievo ematico** comporta certamente una **restrizione della libertà personale** quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo. E tale restrizione è tanto più allarmante - e quindi bisognevole di attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione dei "casi e modi" in cui può esser disposta dal giudice - in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona - pur **senza di norma comprometterne, di per sé, l'integrità fisica** o la salute (anche psichica), **né la sua dignità**, in quanto **pratica medica di ordinaria amministrazione** (cfr. sentenza n. 194 del 1996) - e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla»<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> La Consulta ha confermato per l'ennesima volta la propria opinione sul prelievo ematico anche valutando la fattispecie prevista dall'art. 186 del codice della strada, relativamente all'accertamento della guida in stato di intossicazione da stupefacenti. Più che il ragionamento che ha escluso l'illegittimità della previsione di «accompagnamento» a cura del personale di polizia presso una struttura sanitaria

In sintesi: i prelievi coattivi non sono vietati come atti di violenza sulla persona, ma sono il frutto di provvedimenti restrittivi, che la legge deve regolare analiticamente nei casi e nei modi. Certamente questa funzione non poteva essere assolta da norme «vuote di contenuto», che si limitavano a conferire al giudice poteri direttivi per l'esecuzione della perizia.

Dunque era stata dichiarata l'**illegittimità costituzionale** dell'art. 224, comma 2 (seconda proposizione) del codice di procedura penale, nella parte in cui consentiva misure restrittive della libertà personale finalizzate alla esecuzione della perizia, ed in particolare il prelievo ematico coattivo, senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi ed i modi in cui esse possono essere adottate.

La Corte avvertì chiaramente che, fino all'introduzione di una disciplina legislativa, quella modalità investigativa restava preclusa. Qualcosa di simile a quel che si è verificato, in tempi più recenti, per le **videoriprese in ambito domiciliare**. Inoltre la Corte era andata ben oltre il prelievo ematico in corso di perizia, fissando una nozione di «**accertamento corporale coattivo**», che prescinde da ogni connotato di pericolosità per la persona e da ogni apprezzabile lesione della sua dignità, e che nondimeno, rientrando sotto il precetto dell'art. 13, richiede una specifica previsione normativa.

Probabilmente la Corte immaginava che il legislatore avrebbe prontamente stabilito con legge i casi di ammissibilità e le forme del provvedimento autorizzativo. Cosa che invece non avvenne fino almeno al 2005 (*infra*).

C'è da dire che gli effetti dell'inerzia sono stati contenuti dal fatto che la giurisprudenza non ha mai dubitato della **libera**

---

(sostanzialmente fondato sulla possibilità di rifiuto dell'interessato), rileva qui, appunto, la nuova asserzione sul prelievo ematico. Si tratta della sentenza n. 194 del 1996: «*Palesamente priva di fondamento è, infine, la censura mossa con riferimento all'art. 32, secondo comma, Cost. (...) basti considerare che, stante l'espressa previsione di essi in una disposizione di legge, la prospettata incostituzionalità potrebbe ritenersi solo ove si potesse riscontrare una violazione, da parte di quest'ultima, dei "limiti imposti dal rispetto della persona umana". E questa Corte ha già precisato che il prelievo ematico - ormai di ordinaria amministrazione nella pratica medica - non lede la dignità o la psiche della persona, così come di norma non ne mette in alcun modo in pericolo la vita, l'incolumità e la salute (v. sentenza n. 54 del 1986)*». Sull'argomento si veda anche la ordinanza n. 306 del 2001.

**utilizzabilità del materiale biologico**, una volta superato il problema di un intervento coattivo sulla persona. I limiti posti dalla Costituzione, e dalla sentenza costituzionale in questione, sono «*correlati alla tutela della libertà personale, e dunque non riguardano modo l'impiego di materiali che, legittimamente prelevati, non fanno più fisicamente parte della "persona" e non richiedono alcun intervento manipolatorio su di essa o, comunque, limitativo della sfera di libertà del soggetto*». Ovvio dunque che si considerassero lecite le indagini condotte, ad esempio, su materiale sequestrato senza alcun contatto personale con l'interessato (tracce su bicchieri, capelli su pettini, ecc.). Mi limito ad indicare una delle decisioni più recenti sul tema: Cass., 12 febbraio 2009, n. 25918, Di Paola, rv. 244224<sup>3</sup>.



Come è stato sinteticamente osservato, la giurisprudenza costituzionale aveva chiarito che il **corpo della persona** «appare assoggettabile al potere legittimo dell'autorità nel processo penale nei **solì casi e modi stabiliti dalla legge** e salvi i limiti assoluti della salute e della dignità» (CONTI).

Il bilanciamento è difficile e di incerta generalizzazione (specie, e per esempio, riguardo ad una valutazione normativa di pericolosità per la salute). Tanto questo è vero che per **almeno nove anni** siamo rimasti **senza una forma legittima di prelievo coattivo**.

Veniamo comunque alla **produzione normativa sopravvenuta** sull'argomento. Almeno un riferimento deve farsi ad una previsione concernente tecniche invasive di indagine «biologica», che si rinviene nel corpo della **legge sulla violenza sessuale** (legge 15 febbraio 1996, n. 66). Il comma 1 dell'art. 16 prescrive: «*L'imputato per i delitti di cui agli articoli 600-bis, secondo comma, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale*

---

<sup>3</sup> La nostra giurisprudenza ha potuto stabilire anche, e ad esempio, che norme estere disciplinanti il prelievo coattivo non violano i principi essenziali della nostra Costituzione, cosicché non poteva dirsi inibita, a norma dell'art. 2 della legge sul mandato di arresto europeo (n. 69 del 2005), l'esecuzione di provvedimenti emessi in base a prove ottenute mediante coercizione nel senso indicato (Cass., 28 agosto 2008, n. 34571, Velcovic, rv. 240914).

*è sottoposto, con le forme della perizia, ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime»*

Ove fosse intesa nel senso che consente anche indagini coattive, la norma sembrerebbe aver sofferto, almeno fino all'estate del 2009, dello stesso vizio di illegittimità costituzionale che la Corte aveva già riscontrato nella normativa generale sulla perizia. Tanto questo è vero che, secondo parte della dottrina, la previsione si sarebbe riferita solo ad indagini effettuate con il consenso dell'interessato. Per altro verso, qui c'è una *ratio* almeno concorrente - qualcuno in dottrina dice esclusiva, ma è chiaro che l'accertamento della malattia influisce anche sulla qualificazione giuridica del fatto - di tutela della salute di terzi, ed in particolare della vittima, con conseguente "copertura" costituzionale ex art. 32. In ogni caso, proprio la specifica **finalizzazione giudiziaria** dell'indagine, sia essa esclusiva o non, consente di ricondurre la fattispecie alle **nuove norme** di cui stiamo finalmente per occuparci.

Non vale lo stesso discorso, mi pare, quanto ad un **tipo ulteriore di accertamento sanitario** finalizzato all'accertamento di un reato (la guida in stato di ebbrezza), previsto dall'**art. 186** del **codice della strada**, che pure ha subito diverse modifiche, qui non rilevanti.

Si tratta in effetti di un caso di accertamento **obbligatorio** (perché il rifiuto è penalmente sanzionato), ma **non coercibile**, posto che non può essere effettuato contro la volontà dell'interessato (TONINI). Né sembra possano soccorrere le norme processuali del 2009, posto che l'esecuzione in forma coattiva degli accertamenti non può essere disposta per reati contravvenzionali.

Come si accennava, proprio a far tempo dal 1996, l'esecuzione coattiva di prelievi doveva considerarsi vietata, e comunque produttiva di prove inutilizzabili. E così, nonostante qualche tentativo incompiuto in sede parlamentare, siamo arrivati fino al **2005**.

Quell'anno, come tutti ricorderanno, l'Europa fu scossa da terribili attentati, con molte decine di vittime. Questo fenomeno, sul piano delle norme giuridiche per il contrasto al fenomeno del terrorismo, produsse enormi conseguenze su un **duplice livello**.

Quello delle **legislazioni nazionali**, che con le differenze del caso produssero norme di irrigidimento dei sistemi penali sul piano sostanziale e su quello processuale; quello del **diritto internazionale e poi «comunitario»**, con l'adozione di strumenti utili al **coordinamento sovranazionale** delle indagini e dell'azione repressiva delle attività terroristiche.

Il **nostro legislatore** si mosse anzitutto, mediante decretazione di urgenza, con l'inserimento nell'**art. 349 c.p.p. di un comma 2-bis** (decreto-legge n.144 del 2005, conv. dalla legge n. 155 del 2005).

La norma citata, com'è noto, riguarda l'**identificazione di polizia** delle persone soggette alle indagini e di altre persone, e consentiva tra l'altro, al fianco di rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici, anche il ricorso a non meglio precisati **«altri accertamenti»**. Naturalmente, non poteva trattarsi di prelievi coattivi, sia perché non espressamente regolati dalla legge, sia perché non disposti dall'autorità giudiziaria e non necessariamente effettuati in caso di urgenza.

Ebbene, ecco la **norma emergenziale**:

*«Se gli accertamenti indicati dal comma 2 comportano il prelievo di capelli o saliva e manca il consenso dell'interessato, la polizia giudiziaria procede al prelievo coattivo nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero».*

Nelle intenzioni del legislatore, ed al contrario di quanto assunto in alcuni dei pochi commenti, il prelievo coattivo non era esclusivamente finalizzato alla identificazione dell'imputato, posto che il testo riformato del **comma 3 dell'art. 354 c.p.p.** – norma che riguarda tra l'altro **ogni genere di accertamento urgente** sulle persone – stabiliva: *«se ricorrono i presupposti di cui al comma 2 (urgenza dell'accertamento) gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sulle persone diversi dalla ispezione personale. Se gli accertamenti comportano il prelievo di **materiale biologico**, si osservano le disposizioni del comma 2-bis dell'art. 349».*

È sorprendente che non si siano determinati **incidenti di costituzionalità** di fronte ad un intervento tanto **illiberale**.

Si configurava una limitazione della libertà personale rimettendola alla polizia giudiziaria, a prescindere – per ciò che concerne le finalità di identificazione – da ogni requisito di urgenza, e senza alcuno specifico meccanismo di convalida da parte dell'autorità giudiziaria. I casi di ricorso all'accertamento non erano in alcun modo specificati, se non forse nella proiezione meno garantita del meccanismo, cioè quella pertinente alla identificazione di polizia. Paradossalmente, restava scoperta l'ipotesi più ricorrente, e cioè che un prelievo fosse necessario a fini di indagine sul fatto **in assenza del requisito di urgenza** che caratterizza l'intero articolo 354 c.p.p. Che dire poi della almeno apparente carenza di potere per il *dominus* della indagine preliminare, e cioè il pubblico ministero? E della completa esclusione di un meccanismo di controllo giudiziale sull'adempimento?

Una osservazione più generale. È evidente che il legislatore pensava alla **ricostruzione del DNA**, ed aveva dunque formalizzato un riferimento all'ammissibilità di questa prova, della quale del resto la giurisprudenza non aveva mai dubitato. Da allora, senza reazioni adeguate all'importanza del tema, sembra essersi formalizzato anche a livello normativo l'assunto che il profilo genetico di ciascuno tra noi, pure ovviamente pertinente alla sfera della riservatezza più stretta, non goda in qualche modo di una protezione eccedente quella della salvaguardia della dignità, della salute e della libertà personale in fase di prelievo del materiale da comparazione. In altre parole: avevamo ed abbiamo diritto alle garanzie nel caso di **prelievo forzoso**, ma nessuna garanzia ci veniva data circa la **qualità e la quantità delle informazioni tratte dal nostro DNA**, circa la pubblicità che sarà loro data nel processo e fuori, il tempo in cui resteranno a disposizione dell'Autorità pubblica e, magari, di fabbricatori privati di *dossier*.

Insomma, una normativa frammentaria e tecnicamente fallace, che tuttavia aveva introdotto uno strumento di acquisizione coattiva di materiale biologico che probabilmente ha risolto, sul piano pratico, numerose situazioni di difficoltà.

La questione del **prelievo a fini identificativi** è ancora di attualità, sia riguardo alle **garanzie di procedura**, sia riguardo all'**uso investigativo** che può intervenire, nei fatti, sul materiale

genetico prelevato (art. 349 comma 2-*bis*). Torneremo quindi, tra breve, sull'argomento.

Non è invece più attuale il problema degli «**accertamenti coattivi urgenti**» ad iniziativa della polizia giudiziaria, perché la norma corrispondente, sopra descritta, è stata abrogata dall'art. 27 della **legge 85 del 2009**.

E veniamo allora **alla genesi della legge appena citata**, il che ci introduce al tema **del diritto internazionale e comunitario** che rileva per la nostra materia.

Un ruolo essenziale, e per varie ragioni, l'ha avuto il **trattato firmato a PRUM** (Germania), il **27 maggio 2005**, da soli sette Stati dell'Unione (oltre alla Germania, Belgio, Spagna, Francia, Lussemburgo, Olanda e Austria).

Questi Stati, evidentemente, non ritenevano utile o necessario attendere una elaborazione in sede comunitaria delle direttive per i legislatori nazionali e degli strumenti per la cooperazione internazionale. E anzi si erano mossi proprio per **elaborare in proprio** regole e principi destinati a divenire parte integrante del **diritto comunitario**.

Nel preambolo del Trattato si parla espressamente del desiderio di svolgere «ruolo pioneristico» nella dimensione dell'ordinamento comunitario. Anzi, si annuncia chiaramente, nell'art. 1, che le parti contraenti assumeranno l'iniziativa per una «*trascrizione delle disposizioni del presente Trattato nell'ambito giuridico dell'Unione europea ... di concerto con la Commissione europea o su proposta della Commissione europea*».

Per la verità l'ordinamento comunitario non era rimasto insensibile all'esigenza di regolare ed incentivare l'uso del DNA nelle indagini penali, e di promuovere in proposito lo scambio di informazioni. Possiamo segnalare la **Risoluzione del Consiglio del 9 giugno 1997** sullo scambio di risultati di analisi del DNA, anche perché contiene *in nuce* molti dei criteri che in seguito saranno adottati a livello comunitario e nazionale.

1. Gli Stati membri sono invitati a prevedere la costituzione di banche dati nazionali relative al DNA.

2. Ai fini d'uno scambio di risultati di analisi del DNA tra gli Stati membri, questi ultimi sono incoraggiati a costituire tali banche dati secondo gli stessi standard e in modo che siano compatibili tra loro. **Le possibilità di scambio ai dati concernenti la parte non codificante della molecola del DNA**, di cui si può ritenere che non porti alcuna informazione su proprietà ereditarie specifiche.

3. Spetta a ciascuno Stato membro stabilire a quali condizioni **e per quali reati** i risultati di analisi del DNA possono essere memorizzati in una banca dati nazionale.

4. Lo scambio di informazioni dovrà essere organizzato in modo da essere limitato ai risultati di analisi del DNA che, confrontati tra loro, possa indicare **se una persona compare in un archivio** e se si può stabilire un nesso tra una persona e le tracce rilevate a seguito della commissione di un reato.

Non pare per altro che la risoluzione avesse avuto seguito particolare, tanto ed appunto che gli Stati riuniti a Prum, dopo l'11 settembre 2001 e gli attentati del 2005, potevano rivendicare un **ruolo pionieristico**, e prefigurare un diretto impulso per la trasposizione della normativa in sede comunitaria.

Vediamo dunque di che si tratta.

L'accordo prevede scambi di informazioni relativamente a **tre mezzi fondamentali**: informazioni concernenti il **DNA**, informazioni concernenti le **impronte digitali**, informazioni concernenti la **immatricolazione di veicoli**.

Qui ci interessa, naturalmente, la questione del DNA.

È ovvio che un trattato finalizzato allo scambio di informazioni sul DNA costituisce implicita sollecitazione agli Stati aderenti perché creino banche dati. In tal senso, comunque, è esplicito il primo comma dell'art. 2: «le parti contraenti si impegnano a **creare e a gestire degli schedari nazionali** di analisi DNA al fine di perseguire le violazioni penali»



Ma ecco subito la principale direttiva: creare unicamente **profili anonimi**, che possano essere riferiti ad un singolo solo attraverso operazioni ulteriori di elaborazione. Oltre che per le esigenze “interne” di cui dirò tra breve, la direttiva è funzionale al meccanismo di cooperazione tra Stati, che vorrebbe limitare al massimo il trasferimento internazionale di dati sensibili.

I “**punti di contatto**” delle varie polizie possono consultare direttamente le banche dati, ma l’informazione ottenibile, in via automatica, è solo quella dell’esito positivo o negativo della ricerca comparativa. Quando l’esito è positivo, la parte richiedente sollecita ed ottiene le informazioni concernenti l’identità del soggetto secondo le regole ordinarie dello Stato richiesta e gli **strumenti internazionali di cooperazione** (art. 5).

Come anticipavo, queste direttive hanno assunto ben presto una **dimensione comunitaria**. Nel corso del 2007 gli Stati contraenti del Trattato di Prum, e **otto ulteriori Stati** dell’Unione, compresa l’Italia, si sono attivati in tal senso.

La cosa ha provocato non poche **polemiche**, perché la procedura è parsa in qualche modo elusiva del procedimento di normazione comunitaria relativo al cd. III pilastro, *Giustizia e affari interni*. In pratica, gli Stati di Prum sono stati accusati d’aver voluto imporre le proprie scelte, senza consentire che l’ordinario svolgimento delle procedure concernenti il III Pilastro consentisse una elaborazione meditata e partecipata dei principi relativi alla nuova e delicatissima materia<sup>4</sup>

Ad ogni modo il **Consiglio europeo**, di concerto con la Commissione, ha provveduto ad adottare la **decisione 2008/615/GAI**, allo scopo dichiarato di «**incorporare la sostanza delle disposizioni del trattato di Prum nel quadro giuridico dell’Unione europea**» (punto 2 del considerando).

---

<sup>4</sup> Queste ed altre osservazioni furono formalizzate, tra l’altro, in un duro comunicato del Garante europeo per la protezione dei dati personali, in data 4 aprile 2007. Occorre considerare che, all’epoca, l’ordinamento comunitario non aveva neppure elaborato direttive per la protezione dei dati raccolti con finalità di indagine penale. Lo stesso Parlamento europeo, nel giugno del 2007, aveva approvato una risoluzione che impegnava il Consiglio ad adottare alcune modifiche ed integrazioni rispetto alla disciplina del Trattato.

L'art. 1 prevede l'impegno degli Stati membri a creare e gestire schedari nazionali del DNA, per l'esclusivo fine di condurre indagini penali. Gli schedari devono contenere solo informazioni provenienti dalla **parte non codificante del DNA**, e non devono consentire l'**identificazione immediata** dell'interessato.

Per parte non codificante del DNA si intende, secondo la definizione fissata nella **decisione 2008/616/GAI** del Consiglio, relativa all'attuazione della 615, un segmento della catena che non contiene alcuna espressione genetica (*rectius*, alcuna espressione decrittabile in base alle attuali conoscenze scientifiche), cioè «non fornisce alcuna proprietà funzionale di un organismo». La norma ha un importantissimo scopo di garanzia. Si vuole che il sistema funzioni per la identificazione dei responsabili di reati, e non per lo studio delle caratteristiche genetiche di un individuo o di una popolazione.

È importante notare che la Decisione, al pari del Trattato, non contempla la creazione di **magazzini del materiale biologico** utilizzato per la creazione dei profili DNA. Non si tratta di un particolare. L'esistenza di «magazzini» del DNA raddoppia il rischio di trattamenti ed accessi indebiti. Soprattutto, tiene a disposizione quelle **sequenze codificanti** che potrebbero essere utilizzate per mappare un individuo od un gruppo da un punto di vista genetico.

Non a caso l'adozione era stata apertamente sconsigliata dal Garante italiano della privacy, con una nota segnalazione risalente al 19 settembre 2007:

Appare inoltre essenziale che nella banca dati a livello nazionale figurino solo profili del Dna di cui è necessaria la tenuta, registrati con modalità non direttamente connesse all'identità delle persone interessate. **Il menzionato Trattato di Prum e la correlata proposta di Decisione del Consiglio dell'Unione europea si riferiscono appunto ai soli profili.**

Nella banca dati **non dovrebbero quindi figurare campioni biologici**, dei quali –nei casi in cui dovessero essere indispensabilmente preservati per il periodo strettamente necessario–dovrebbe essere comunque evitata, per quanto possibile, una gestione dei campioni biologici ovunque collocati che assuma la forma di banca dati. Peraltro, andrebbe colta l'occasione per verificare l'idoneità delle previsioni che regolano attualmente, anche sul piano processuale, le modalità di conservazione e di distruzione dei campioni biologici in sede locale. Ciò, tenendo anche conto di quanto previsto dal d.d.l. governativo AC. n. 1967, già in discussione alla Camera dei deputati.

Sul piano della cooperazione, i **punti di contatto** nazionale **accedono automaticamente agli schedari**, per consultazioni e comparazioni, e vengono informati solo dell'esito positivo o negativo del raffronto. In caso di esito positivo, la trasmissione avviene secondo le norme dello stato richiesto e quelle sovranazionali in materia di cooperazione.

La decisione prevede (art. 7), a condizioni determinate, che uno Stato possa richiedere ad altro Stato il **prelievo di materiale genetico** di persona che si trovi sul territorio del secondo, e l'invio del profilo DNA

Ma è importante fare almeno cenno anche alle «condizioni» concernenti la protezione dei dati trasmessi a livello transnazionale. Ogni Stato deve garantire, dice l'art. 25 della decisione, livelli di protezione pari almeno a quelli enunciati nella Convenzione del Consiglio di Europa del 1981 sulla protezione delle persone rispetto ai trattamenti automatizzati dei dati<sup>5</sup>, nonché ad un protocollo addizionale del 2001 e ad una raccomandazione del Comitato dei Ministri del 1987.

Aggiungo subito che dopo la decisione 615, e precisamente in data 27 novembre 2008, è intervenuta la **decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio**, che concerne la «protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale». Al punto 39 del *Considerando* il provvedimento riconosce che diversi atti comunitari disciplinano la cooperazione penale tra Stati dell'Unione, in diversi casi regolando compiutamente e congruamente la materia della

---

<sup>5</sup> “Articolo 5 – Qualità dei dati

I dati a carattere personale oggetto di elaborazione automatica devono essere...

b. registrati per fini determinati e legittimi e non devono essere utilizzati in modo incompatibile con tali fini;

c. adeguati, pertinenti e non eccessivi in rapporto ai fini per i quali sono registrati;

...

e. conservati sotto una forma che permetta l'identificazione delle persone interessate per un periodo non superiore a quello necessario per i fini per i quali essi sono registrati.

Articolo 6 – Categorie speciali di dati

I dati a carattere personale che rivelano l'origine razziale, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o altre convinzioni, nonché i dati a carattere personale relativi alla salute o alla vita sessuale, non possono essere elaborati automaticamente a meno che il diritto interno non preveda garanzie appropriate. Lo stesso vale per i dati a carattere personale relativi a condanne penali.

Articolo 7 – Sicurezza dei dati

Idonee misure di sicurezza vengono adottate per la protezione dei dati a carattere personale registrati nelle collezioni automatizzate contro la distruzione accidentale o non autorizzata, o la perdita accidentale, nonché contro l'accesso, la modificazione o la diffusione non autorizzati”.

protezione dei dati trasmessi in esecuzione degli atti medesimi. In questo caso la decisione 977 «dovrebbe lasciare impregiudicata la pertinente serie di disposizioni». È fatta espressa menzione, in questo contesto, della decisione 615.

Tornando quindi a tale ultimo provvedimento, va detto che, a norma del comma 2 dell'art. 25, la trasmissione dei dati non potrà avvenire se non quando lo Stato avrà adeguato all'esigenza la propria legislazione, adeguamento che deve essere «certificato» con valutazione unanime dal Consiglio<sup>6</sup>.

L'utilizzo dei dati trasmessi è tendenzialmente limitato all'identificazione per fini penali. I dati illegittimamente ricevuti vanno cancellati. Così pure quelli legittimamente detenuti, una volta cessata la necessità della loro utilizzazione. In alternativa, lo Stato richiesto può indicare il termine di cancellazione previsto dalla propria legislazione interna, e lo Stato richiedente provvede entro quel termine (art. 28).

Queste disposizioni vanno comunque ricollegate ai principi espressi nell'art. 3 della già citata decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (principi di legalità, proporzionalità e finalità nella raccolta e nel trattamento dei dati).

**Il termine assegnato agli Stati membri per l'adeguamento alla decisione 615**, per la parte che ci interessa (capo 2), è di **tre anni** e dunque scadrà alla fine dell'agosto del 2011.

C'è da dire, però, che l'Italia, con una mossa che ha sorpreso alcuni, ha deciso nell'estate del 2009 di **aderire al Trattato di Prüm**. È da presumere che, anche con le ulteriori previsioni della legge relativa, si consideri «eseguita» anche la decisione del Consiglio.

La ratifica è stata autorizzata con la **legge 30 giugno 2009, n. 85**, della quale andiamo finalmente ad occuparci.

---

<sup>6</sup> L'art. 20 della legge n. 85 del 2009, chiamata ad operare l'adeguamento alla decisione (*infra*), indica nel TU privacy (196 del 2003) la normativa nazionale nella cui osservanza devono svolgersi le comunicazioni transnazionali.



La legge 85 del 2009 ha una **triplice funzione**, e nasce dalla fusione di diversi disegni di legge discussi, ma non approvati, nel corso della legislatura precedente a quella in corso. Si è notato in dottrina che la mancanza di una concezione unitaria ha prodotto sfasature di rilievo nella logica di bilanciamento tra esigenze della prova e diritti fondamentali della persona, da un lato riguardo alla disciplina dei prelievi coattivi (ove è assoluta l'indifferenza per i problemi di tutela della riservatezza) e dall'altro nell'organizzazione della banca dati, che non assicurerebbe pienamente il diritto alla prova per effetto di una feroce protezione del diritto alla riservatezza (TONINI).

- a. Autorizzare l'adesione al Trattato di Prum**
- b. Regolare la materia del prelievo coattivo di materiale biologico**
- c. Istituire la banca DNA e regolare in proposito la cooperazione internazionale**

Mentre sul primo punto non v'è molto da rilevare, dobbiamo prendere in considerazione analitica, anzitutto, la **nuova disciplina dei prelievi coattivi**.

**Ecco il nuovo testo dell'art. 224-bis c.p.p.**

*«Art. 224-bis. - (Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale). –*

*1. Quando si procede per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni e negli altri casi espressamente previsti dalla legge, se per l'esecuzione della perizia è necessario compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su*

*persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici, e non vi è il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito, il giudice, anche d'ufficio, ne dispone con ordinanza motivata l'esecuzione coattiva, se essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti.*

*2. Oltre a quanto disposto dall'articolo 224, l'ordinanza di cui al comma 1 contiene, a pena di nullità:*

*a) le generalità della persona da sottoporre all'esame e quanto altro valga ad identificarla;*

*b) l'indicazione del reato per cui si procede, con la descrizione sommaria del fatto;*

*c) l'indicazione specifica del prelievo o dell'accertamento da effettuare e delle ragioni che lo rendono assolutamente indispensabile per la prova dei fatti;*

*d) l'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore o da persona di fiducia;*

*e) l'avviso che, in caso di mancata comparizione non dovuta a legittimo impedimento, potrà essere ordinato l'accompagnamento coattivo ai sensi del comma 6;*

*f) l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora stabiliti per il compimento dell'atto e delle modalità di compimento.*

*3. L'ordinanza di cui al comma 1 è notificata all'interessato, all'imputato e al suo difensore nonché alla persona offesa almeno tre giorni prima di quello stabilito per l'esecuzione delle operazioni peritali.*

*4. Non possono in alcun caso essere disposte operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità.*

*5. Le operazioni peritali sono comunque eseguite nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto. In ogni caso, a parità di risultato, sono prescelte le tecniche meno invasive.*

*6. Qualora la persona invitata a presentarsi per i fini di cui al comma 1 non compare senza addurre un legittimo impedimento, il giudice può disporre che sia accompagnata, anche coattivamente, nel luogo, nel giorno e nell'ora stabiliti. Se, pur comparendo, rifiuta*

*di prestare il proprio consenso agli accertamenti, il giudice dispone che siano eseguiti coattivamente. L'uso di mezzi di coercizione fisica è consentito per il solo tempo strettamente necessario all'esecuzione del prelievo o dell'accertamento. Si applicano le disposizioni dell'articolo 132, comma 2.*

*7. L'atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato».*

La norma, nel suo complesso, è civile, e si muove chiaramente nella prospettiva segnata dalla sentenza n. 238 della Corte costituzionale.

Il procedimento è **giurisdizionalizzato** e prevede l'assistenza tecnica del difensore. È adottato un criterio di **proporzionalità**, perché l'accertamento coattivo è limitato a reati di gravità medio alta. È applicato un criterio di **residualità**, perché l'accertamento è disposto solo quando sia «**assolutamente indispensabile per la prova dei fatti**». È imposto un criterio di **gradualità**, perché il giudice deve privilegiare l'accertamento consentito dall'interessato e, se questo non è possibile, l'accertamento meno invasivo.

A questo proposito occorre aprire un ampio inciso, per chiedersi quale sia la disciplina dei **prelievi consentiti** dall'interessato. Le disposizioni limitative, ad esempio in tema di **gravità del reato perseguito**, sono dettate per assicurare proporzionalità quanto al ricorso all'uso della forza.

Pare dunque che le disposizioni in questione non si applichino all'acquisizione consentita, il procedimento relativo alla quale si iscriverà, di volta in volta, nella disciplina dei **rilevi della polizia giudiziaria**, oppure degli **accertamenti tecnici disposti dal pubblico ministero**, o ancora della **perizia** (CONTI, TONINI).

Si è sostenuto anche che al materiale biologico in questione non sia applicabile la disposizione dell'art. 72-*quater* delle disposizioni di attuazione, di talché non sarebbe obbligatoria la **loro distruzione**, e la loro conservazione sarebbe lecita all'infinito (TONINI).

Dobbiamo però ritenere validi i principi focalizzati nel quarto e forse nel quinto comma dell'art. **224-bis**, perché esprimono limiti

**non rimessi alla disponibilità** dell'interessato, o non rimessi interamente. Qui sovrviene essenzialmente il principio fissato nell'**art. 5 del codice civile**, ma la materia è scivolosissima, se non altro per la particolare declinazione che segna i parametri della **dignità**, o della **sofferenza fisica**, quando la pratica posta in essere dall'autorità pubblica è consentita dall'interessato. Si è inoltre notato, acutamente, come sia curioso – in un sistema che ha dato diretto riscontro al principio della **indisponibilità della libertà morale** da parte dell'interessato (art. 188) – che nel momento in cui si è messa mano ad una disciplina della **disposizione del corpo** per fini di indagine penale, non siano stati posti limiti espressi all'**oggetto ed al valore del consenso** (CONTI).

Non parliamo poi dei **presupposti** per l'espressione del consenso, tra i quali primeggia la base cognitiva minima da attribuire all'interessato. Se sul versante delle possibili **conseguenze «mediche»** può forse farsi qualche riferimento alla materia del «consenso informato», resta la grandissima questione del grado di **controllo** che si intende riconoscere all'interessato, almeno quando consente, a **modi ed obiettivi di utilizzo** del materiale genetico rilasciato. Se si dovesse aver riguardo alla nota giurisprudenza sulla piena utilizzabilità del **materiale biologico già «distaccato»**, potrebbe sostenersi che non siano necessarie spiegazioni all'interessato sull'uso che si intende fare del campione e degli elementi cognitivi tratti dalla sua osservazione scientifica. Ma è una «dottrina» che possiamo trasporre «tale e quale» su un campo nel quale, se il materiale è «distaccato», ciò si deve proprio al consenso dell'interessato?<sup>7</sup>

Quest'area immane di imprecisione ed incertezza è particolarmente grave, tenuto conto della **sanzione di inutilizzabilità** che colpisce a norma dell'art. 191 c.p.p. (e, se si vuole, anche nella prospettiva cd della «prova incostituzionale») le prove assunte in violazione della legge.

Probabilmente la risposta esatta nell'attuale contesto, ma tutt'altro che soddisfacente, è che il **consenso concerne il**

---

<sup>7</sup> Deve ricordarsi sinteticamente che la **Convenzione di Oviedo** del 1997, relativa alla protezione della dignità e dei diritti dell'uomo riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, esprime alcuni principi fondamentali, che non possono essere non apprezzati sul terreno, pur diverso, delle pratiche mediche attuate per fini di indagine penale. Si consideri soprattutto (art. 5) che ogni prelievo ed intervento «in materia di salute» richiede **consenso informato sulle** conseguenze e sui rischi connessi, consenso che può essere **revocato** in qualunque momento. Esiste anche un **divieto assoluto di utilizzo** del materiale biologico per **fini diversi da quelli consentiti** (art. 22).



**prelievo** (e richiede informazione e consapevolezza circa le possibili implicazioni sulla salute dell'interessato), ed a tutto concedere la **finalizzazione investigativa dell'atto**, mentre sembra difficile ipotizzare che l'interessato abbia diritto ad una informazione di dettaglio sulle tecniche di investigazione, sulla sorte del campione, ecc. È perfettamente concepibile, però, che il consenso venga subordinato ad una **determinata utilizzazione** del materiale prelevato. In questo caso, forse, l'Autorità che intendesse procedere ad accertamenti diversi dovrebbe far ricorso alla procedura coattiva di prelievo.

E torniamo, appunto, al **prelievo coattivo**. Si discute se l'elencazione contenuta nel 1° comma – peli, capelli, saliva – sia tassativa. Penserei di no, posto tra l'altro che la norma si riferisce anche, ed in generale, ad «accertamenti medici». Si è già visto, d'altra parte, che il prelievo di sangue non è considerato pratica contraria alla dignità ed alla salute della persona. Vedo però un problema nella prospettiva della **tassatività**, che come sappiamo deve riguardare anche le tipologie di atti restrittivi della libertà personale. E c'è da dire che nel corso dei lavori parlamentari concernenti un disegno di legge poi confluito in quello approvato la questione è risultata controversa.

Il problema è addirittura drammatico per quanto riguarda gli **accertamenti medici**. Qui la funzione specificatrice non è data dalla **finalità dell'indagine genetica**, sia perché quest'ultima è ormai assicurata dagli adempimenti elencati nella prima parte della norma, sia perché gli accertamenti medici sono contemplati in alternativa ai prelievi, cui vengono accomunati solo dalla **necessità di limitazione della libertà personale** per una esecuzione senza consenso.

Va chiarito che la norma si riferisce ad accertamenti con obiettivi di ricostruzione del fatto contestato, di talché non sono ad essa riconducibili, ad esempio, le verifiche circa la compatibilità di determinate restrizioni con le condizioni di salute dell'interessato. Ciò detto, si ribadisce (conf. CONTI) che la coazione può essere utilizzata anche per **indagini non consistenti nella ricostruzione della identità genetica**, e che la fantasia può sbizzarrirsi (ad esempio, verifica dell'idoneità fisica a tenere certi comportamenti, sussistenza di determinate patologie, anche genetiche, ecc.). Tornerò tra breve sull'argomento, anche con particolare riguardo alle indagini radiologiche per l'identificazione di corpi estranei nell'organismo dell'indagato.

Quel che è certo è che la norma sembra mancare di **tassatività**, quanto al finalismo del provvedimento coercitivo demandato al giudice e quanto al tipo di accertamento ritenuto utile allo scopo. Alcuni autorevoli Autori (TONINI) ne deducono che, alla luce del criterio di interpretazione costituzionalmente orientata, sarebbero ammissibili solo accertamenti «espressamente previsti dalla legge». Una preoccupazione comprensibile, dalla quale per altro deriverebbe una sostanziale vanificazione del *novum* introdotto nella materia.

Va considerata, comunque, la chiara prescrizione del **comma 4** (*Non possono in alcun caso essere disposte operazioni che contrastano con **espresi divieti** posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità*), norma secondo me applicabile, come già detto, anche nel caso di consenso prestato **per fini investigativi** dalla persona interessata.

È ora di aprire un nuovo inciso, a proposito della ammissibilità di **prelievi coattivi su persone diverse dall'indagato**. Non è dubbio che tale ammissibilità sussista. Basti dire, ad esempio, che il comma 3 dell'art. 224-*bis* distingue tra la persona interessata al prelievo e l'imputato. Più in generale, in nessun passaggio letterale o logico della norma in esame si rinviene un collegamento tra l'esistenza di indizi a carico della persona da sottoporre all'esame e l'esperibilità della procedura di prelievo coattivo.

L'unico limite è dunque dato dalla **assoluta indispensabilità dell'adempimento**. Non è tuttavia un limite capace di assicurare un uso corretto, e tendenzialmente restrittivo, dello strumento.

È ancora troppo presto ai fini di una organica e consapevole riflessione, almeno per quel che concerne la giurisprudenza, sui filtri logici o «costituzionali» sui quali parametrare il concetto di indispensabilità, che attiene ovviamente al **bilanciamento tra gli interessi contrapposti**. Non è più un problema solo teorico, per quel che si legge sulla stampa, quello del ricorso al cosiddetto **screening di massa**, cioè della profilazione di tutti gli appartenenti ad un determinato gruppo sociale o territoriale, al fine di «pescare» il possibile autore di un reato. La tecnica può essere efficace, ma ben si vede che comporta programmaticamente il coinvolgimento di un elevatissimo numero di persone estranee al

reato, e la raccolta di innumerevoli informazioni genetiche non pertinenti.

Altro problema cui si deve fare almeno un cenno è dato dalla pratica della cd. **familial searching**, cioè della indagine genetica condotta a carico di un individuo valendosi di materiale biologico proveniente dai suoi più stretti congiunti<sup>8</sup>.

In epoca successiva alla sentenza 238, ed antecedente alla legge 85, suscitava forte perplessità la contraddizione insita nel riconoscere all'indagato il **diritto a rifiutare** il prelievo, e però la possibilità che il materiale genetico fosse rilasciato da un parente. Tuttavia anche il parente non poteva essere costretto al prelievo, e dunque v'era qualche assimilazione del contesto in esame a quello dell'esame diretto di reperti «abbandonati» dall'imputato.

In epoca nella quale il **prelievo coattivo è consentito**, i termini della questione sono mutati. In assenza dell'indagato (ad esempio per latitanza), l'inquirente può essere indotto ad un atto di forza nei confronti del figlio o del padre dell'interessato. Ma è tollerabile una disciplina che **costringa ad un atteggiamento «informativo»** il prossimo congiunto, sebbene a questi sia riconosciuto il **diritto di astenersi** dal fornire dichiarazioni o testimonianza nei confronti dell'indagato (artt. 351, 362, 199 c.p.p.)?

Prevale in dottrina una conclusione negativa. In senso contrario potrebbe osservarsi che la stessa limitazione del **privilegio contro l'autoincriminazione** si riproduce per lo stesso imputato, al quale si riconosce la libertà morale di mentire o di tacere a proposito della propria responsabilità, ma non quella di sottrarsi all'uso del suo stesso corpo per la ricerca delle prove a suo carico.

Temi di immenso respiro, cui in questa sede poteva farsi solo un cenno.

---

<sup>8</sup> Una variante cui conviene far cenno, già sperimentata in Inghilterra, consiste nel perlustrare le banche dati con un numero ristretto di marcatori, in guisa da aumentare le possibilità di riscontro positivo. Se anche il profilo dell'individuo ricercato non è presente, può essere individuato un suo parente, il che, con l'ausilio di mezzi diversi di indagine, può comunque condurre ad una rapida identificazione. Il problema è che risulta del tutto inutile **selezionare gli inserimenti** in base a criteri di pertinenza e pericolosità quando poi l'inserimento di un individuo finisce per determinare la presenza «virtuale» di tutti i suoi congiunti.



Tutto questo attiene alla **perizia**. Ma a noi interessa anche, e forse soprattutto, il prelievo coattivo come **atto di indagine**. Ed in tal senso interviene il **nuovo art. 359-bis** c.p.p.

*«Art. 359-bis. - (Prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi). - 1. Fermo quanto disposto dall'articolo 349, comma 2-bis, quando devono essere eseguite le operazioni di cui all'articolo 224-bis e non vi è il consenso della persona interessata, il pubblico ministero ne fa richiesta al giudice per le indagini preliminari che le autorizza con ordinanza quando ricorrono le condizioni ivi previste.*

*2. Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato contenente i medesimi elementi previsti dal comma 2 dell'articolo 224-bis, provvedendo a disporre l'accompagnamento coattivo, qualora la persona da sottoporre alle operazioni non si presenti senza addurre un legittimo impedimento, ovvero l'esecuzione coattiva delle operazioni, se la persona comparsa rifiuta di sottoporvisi. Entro le quarantotto ore successive il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari la convalida del decreto e dell'eventuale provvedimento di accompagnamento coattivo. Il giudice provvede con ordinanza al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone avviso immediatamente al pubblico ministero e al difensore.*

*3. Nei casi di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni degli articoli 132, comma 2, e 224-bis, commi 2, 4 e 5, si applicano a pena di nullità delle operazioni e di inutilizzabilità delle informazioni così acquisite. Si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 191».*

La norma emula le dinamiche del procedimento cautelare personale, imponendo la convalida giudiziale per le iniziative assunte d'urgenza dal pubblico ministero, ed altrimenti rimettendo il provvedimento coercitivo al giudice.

La norma regola le «operazioni di cui all'art. 224-bis», e dunque non avrei dubbi che l'**accertamento è riservato alle sole indagini per i delitti con pena superiore ai tre anni**.

Non avrei dubbi neppure, in forza dell'art. 27 della legge (abrogazione dell'ultimo inciso del comma 3 dell'art. 354 c.p.p.), che **i prelievi coattivi a fini di accertamento del fatto non possano essere compiuti d'iniziativa dalla polizia giudiziaria.**

Meno immediata, ma sufficientemente affidabile, è la conclusione che, ad onta della sua rubrica, la norma non regoli solo il **prelievo coattivo** ma anche gli **accertamenti medici** svolti contro la volontà dell'interessato. In alternativa non potrebbe che concludersi per la **inammissibilità di indagini «mediche» coattivamente disposte dal pubblico ministero.**

La soluzione affermativa può fondarsi, oltre che su ragioni sistematiche, sul testo della norma in esame, che allude, precisamente, al compimento delle «operazioni di cui all'articolo 224-bis», tra le quali sono compresi, appunto, gli «accertamenti medici.

In questa prospettiva può forse risolversi anche l'annosa questione dei **controlli radiologici coattivi**, che hanno vissuto, dopo il 1996, in una specie di limbo. Una parte della giurisprudenza li qualificava come modalità esecutiva della **perquisizione**, mentre in altri casi veniva evocata la disciplina della **ispezione** (ad esempio, Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2005, n. 6284, Euchì, rv. 232959). Nell'un caso e nell'altro, evidentemente, l'attività coercitiva in ipotesi necessaria per disporre il corpo dell'indagato con modalità utili all'effettuazione della radiografia trovava la copertura costituzionale dell'art. 13 Cost., a condizione naturalmente che fossero osservate le norme della legge ordinaria che assicurano la conformità al precetto costituzionale.

Si discuteva, però, se la somministrazione di radiazioni rendesse l'esame «invasivo», nel senso indicato dalla giurisprudenza costituzionale. Problema che veniva risolto in genere, anche a livello di legittimità, con vari argomenti: la corrispondenza dell'esame ad una pratica medica corrente, la minima quantità delle sostanze «inserite» nel corpo della persona, l'assoluta necessità medica dell'accertamento nel caso di buon fondamento dei sospetti che lo suggeriscono (è risaputo che la radiografia è utilizzata, in genere, per verificare la presenza di confezioni di droga nelle viscere o negli orifizi dell'indagato: si veda in proposito Cass., Sez. VI, 11 luglio 2005, n. 33988, Hombang, rv. 232234).

Oggi sembra chiaro, comunque, che pratiche del genere costituiscono un «**accertamento medico coattivo**», e che dunque possono svolgersi soltanto secondo le procedure della **perizia** o dell'**accertamento tecnico disposto dal pubblico ministero**. A tale ultimo proposito, quando per la natura dell'indagine o per altre ragioni l'accertamento si presenti come non ripetibile, all'imputato andranno assicurate le **garanzie di cui all'art. 360 c.p.p.** (TONINI).

In accordo con autorevole dottrina (CONTI), possiamo dire che le **nozioni di ispezione e di perquisizione** devono essere ricondotte in un alveo anche linguisticamente più confacente, escludendone ogni prospezione del corpo umano che richieda il ricorso a tecniche mediche. La conseguenza è che accertamenti radiologici **non svolti secondo la procedura dell'art. 359 c.p.p.** conducono all'acquisizione di prove **inutilizzabili**.

Tornando alla fisionomia generale del **procedimento «invasivo» messo a disposizione del pubblico ministero**, va detto che l'efficacia delle relative garanzie resta pregiudicata dall'inciso iniziale della norma: «**fermo quanto disposto all'art. 349 comma 2-bis**».

Quindi la polizia giudiziaria può ancora prelevare materiale biologico coattivamente, **fuori da ogni necessità urgente**, in base alla mera autorizzazione del PM e senza alcuna convalida giudiziale.

C'è da chiedersi quale sarebbe la disciplina dell'atto di indagine compiuto su materiale prelevato in tal modo.

Senza alcuna pretesa di offrire soluzioni certe, in una materia che sta di fatto strutturandosi da pochi mesi, mi sentirei di negare una possibile applicazione della logica della **libera disponibilità per indagini genetiche di materiale biologico già separato** dal corpo della persona. Ammesso e non concesso che questa logica sia tuttora proponibile, è chiaro come una cosa sia la considerazione di materiali «**abbandonati**» **volontariamente o involontariamente** dal diretto interessato, ed altra cosa sia la considerazione di materiale **prelevato coattivamente**, ed a fini diversi da quelli dell'identificazione personale.



Ammettere la libera utilizzazione del materiale biologico prelevato a norma dell'art. 349 c.p.p. varrebbe tra l'altro a consentire una **diretta elusione delle severe sanzioni processuali** che il legislatore ha inteso porre a protezione degli interessi pregiudicati dall'esercizio della coazione fisica a fini di indagine. Sanzioni penetranti nella maggior misura quanto agli **accertamenti del p.m.**, al punto di dar vita ad una vera e propria **sproporzione tra gli «arsenali»** che segnano da un lato l'art. 224-*bis*, cioè il procedimento in ambito peritale, e dall'altro l'art. 359-*bis*, cioè la «perizia» del pubblico ministero.

La prima norma pone unicamente **due ipotesi speciali di nullità**. La prima è posta al comma 2, e concerne la necessaria indicazione degli **elementi** che devono caratterizzare l'**ordinanza coercitiva** in discussione (avvisi, indicazione del reato, ecc.). La seconda è posta al comma 7, e concerne la **necessaria presenza del difensore** al compimento dell'atto coercitivo.

Come si accennava, l'apparato sanzionatorio dell'art. 359-*bis* è molto più severo. Al comma 3 è stabilito che la violazione del **comma 2 dell'art. 132** (accompagnamento coattivo e trattenimento non oltre 24 ore), nonché dei **commi 2, 4 e 5 dell'art. 224-*bis***, comporta l'applicazione delle sanzioni che subito diremo. È curioso, perché lo stesso art. 224-*bis* non sanziona la violazione dei «suoi» commi 4 e 5.

Spettacolare poi la scelta degli strumenti sanzionatori, espressione, come qualcuno ha detto, d'una sorta di emotività del legislatore. Le disposizioni citate si applicano a pena di **nullità** e anche di **inutilizzabilità** (sanzione non prevista dall'art. 224-*bis*), con l'ulteriore e superflua specificazione che si applicano anche le disposizioni del **comma 2 dell'art. 191** (rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento).

Le **nullità** concernenti gli avvisi dovuti alla **persona indagata** dovrebbero essere riconducibili all'art. 178, lettera **c**, del codice di rito e dunque classificarsi come di **carattere intermedio**. Il che per altro non può essere detto per atti concernenti **persone**

**diverse dall'indagato**, con la conseguenza che dovrebbe trattarsi, in questi casi, di **nullità relative** (CONTI. Secondo TONINI la nullità è intermedia quando riguardi le parti private diverse dall'indagato).

La **presenza del difensore è obbligatoria**, di talché la relativa nullità va considerata di **carattere assoluto**, sempre che l'accertamento riguardi l'imputato, a norma dell'art. 179 c.p.p.

Il riferimento alle **inutilizzabilità** richiede una valutazione più complessa. A tale genere di sanzione non viene fatto cenno, come si è visto, nell'art. 224-*bis*, mentre il riferimento è insistito nell'art. 259-*bis*. C'è un problema di carenza ed uno di ridondanza.

A proposito di quest'ultima, non si comprende bene il senso della **previsione concomitante ed indiscriminata** di nullità e inutilizzabilità riguardo alla medesima violazione. Si è perfino immaginato che la norma abbia creato un **tertium genus**, nascente appunto dall'abbinamento, cosa che potrebbe trovare conferma nel richiamo espresso al secondo comma dell'art. 191 c.p.p., palesemente inutile qualora la fattispecie costituisca una applicazione particolare della sanzione tipica delineta nel citato art. 191 c.p.p.

Più ragionevole è però la posizione di chi individua nel richiamo la conferma che l'inutilizzabilità sancita dalla norma appartiene al *genus* regolato dall'art. 191 c.p.p. (CONTI), sebbene da ciò derivi la constatazione di una tecnica legislativa desolante. Il legislatore ha probabilmente inteso **eliminare dal mondo cognitivo** del giudice l'esperienza probatoria viziata, sotto ogni profilo e per qualunque aspetto. Salvo dimenticarsi quanto dovrebbe essere ovvio, ed infatti è praticato per altri casi di **illegittima violazione della riservatezza** dell'indagato, e cioè che la sanzione più sicura consiste nella **distruzione del reperto** (si pensi alla disciplina delle intercettazioni illegittime ed a quella, più recente, dei *dossier* illegali, di cui al testo novellato dell'art. 240 c.p.p.).

Nonostante questa dimenticanza, non resta da ribadire che **nessun uso potrebbe essere fatto**, ancorché nel rispetto delle norme a tutela del contraddittorio, del materiale prelevato in violazione dell'art. 359-*bis*.



Si diceva che la disciplina si segnala anche per una carenza: non si parla di **inutilizzabilità** nella norma sulla **perizia**. E poiché le sanzioni espresse di nullità riguardano in quella sede solo i doveri motivazionali del giudice e l'assenza del difensore all'atto del prelievo, il **nucleo «forte» dei divieti**, cioè i commi 4 e 5 (pratiche pericolose, che offendono la dignità, ecc.), sembra addirittura sprovvisto di sanzione. Soluzione che potrebbe essere accreditata, data l'unità del contesto normativo che ha generato la norma in esame, dall'argomento dell'*ubi voluit, dixit*.

Una soluzione del genere è però **inaccettabile**, e non solo per ragioni sostanziali, che pure hanno il loro peso: davvero potrebbe tollerarsi l'**uso probatorio** di materiali ottenuti con metodi **pericolosi per la vita o la salute** dell'interessato? E, in ogni caso, come potrebbe essere spiegato – anche nella specifica prospettiva dei **principi di uguaglianza e ragionevolezza** – che un determinato metodo di indagine sia vietato al pubblico ministero ed invece consentito al giudice?

Non resta che accogliere, nonostante la messe dei problemi che ne derivano, la sollecitazione dottrinale secondo la quale le norme in considerazione pongono dei **divieti probatori** (non incidono cioè solo sul *quomodo* della prova, ma anche sull'*an*), cosicché la relativa violazione è comunque sanzionata da **inutilizzabilità a norma dell'art. 191 c.p.p.** In altre parole, fuori dai limiti fissati nell'art. 224-bis, il giudice darebbe «**carente di potere istruttorio**» (TONINI).



Abbiamo già visto che i prelievi coattivi sono regolati indipendentemente dalla loro finalizzazione ad indagini genetiche per fini di identificazione, ma l'**estrazione dei profili DNA** costituisce il fine largamente prevalente nella pratica. È opportuno rilevare – anche a seguito di specifici rilievi dottrinali sul punto (TONINI) – che la legge 85, conformemente del resto ad una tradizionale disattenzione del legislatore italiano, non regola le tecniche di prelievo e accertamento e soprattutto, non prevedendo la **documentazione della catena di custodia**, non assicura che

nei singoli casi concreti possa essere verificata la cura tecnica e scientifica nella manipolazione, e dunque, in ultima analisi, l'attendibilità della prova.

La dottrina, invocando tra l'altro l'intervenuta valorizzazione normativa del principio del ragionevole dubbio, giunge a sostenere che **spetterebbe all'accusa** l'onere di provare le condizioni utili per valutare positivamente l'attendibilità dell'indagine genetica (non manomissioni, non contaminazioni, ecc.). Francamente non credo che basti alla difesa **allegare** un dubbio aspecifico per costringere il pubblico ministero a ricostruire la catena di custodia ed a verificarne ogni anello. Tuttavia mi pare **palese l'opportunità** che le forze di polizia ed i consulenti vengano responsabilizzati non solo e non tanto affinché eseguano a regola d'arte il proprio lavoro, ma anche e soprattutto perché sia accurata la documentazione redatta al proposito.

Viene invocata talvolta una sentenza inedita della Cassazione (16 dicembre 2009, n. 2388 del 2010, ric. Pirrotta), effettivamente riconducibile al tema della catena di custodia. Nella specie era stata annullata una sentenza di condanna per l'omessa motivazione sui rischi di inquinamento della prova derivanti dalla conservazione di un reperto (nella specie, supporti digitali recanti immagini pedopornografiche) senza alcuna apposizione di sigilli.

Va osservato che nella specie la circostanza era stata **esplicitamente segnalata dal perito**, e soprattutto che questi aveva riscontrato **sensibili differenze** tra il materiale rinvenuto e quello descritto nei verbali della polizia giudiziaria. Inoltre, la difesa aveva specificamente posto il problema di attendibilità della prova, senza riuscire ad attirare l'attenzione del giudice.

Condizioni particolari, dunque, che tuttavia inducono a ripetere che una **marcata attenzione** per le tecniche di rilievo e conservazione, e per la documentazione al proposito, pare assolutamente doverosa per gli inquirenti.



Due rapidissime notazioni ulteriori.

Curiosamente il legislatore, che non protegge la riservatezza di un arrestato per furto (*infra*), protegge quella della persona

sottoposta a prelievo per una specifica necessità di indagine. Infatti ecco il nuovo **art. 72 quater disp. att.**

*Art. 72-quater. - (Distruzione dei campioni biologici). - 1. All'esito della perizia su campioni biologici, ai sensi dell'articolo 224-bis del codice, il giudice dispone l'immediata distruzione del campione prelevato, salvo che non ritenga la conservazione assolutamente indispensabile. La distruzione è effettuata a cura del perito il quale ha proceduto alla relativa analisi, che ne redige verbale da allegare agli atti.*

*2. Dopo la definizione del procedimento con decreto di archiviazione o dopo che è stata pronunciata sentenza non più soggetta ad impugnazione, la cancelleria procede, in ogni caso e senza ritardo, alla distruzione dei campioni biologici prelevati ai sensi degli articoli 224-bis e 359-bis del codice».*

Si ritiene che la stessa disciplina sia applicabile anche ai campioni prelevati a norma degli artt. **359-bis** e **392**, comma 2, c.p.p. (BARGIS).

C'è da dire, per altro, che l'obbligo di distruzione riguarda i **campioni**, mentre, alla luce della disposizione che in seguito sarà illustrata, deve ritenersi che i **profili** siano destinati alla Banca nazionale del DNA.

Molto opinabile infine, anche nella prospettiva segnata dalla sentenza Marper della CEDU, della quale diremo tra breve, la **sostanziale omologazione del trattamento dei minori**. Vi sono disposizioni speciali solo per la prestazione del consenso, che esautorano completamente l'interessato (potestà genitoriale, e curatore speciale in caso di conflitto di interessi).



Ma veniamo da ultimo al **terzo “pilastro” essenziale della legge n. 85 del 2009**, cioè la **Istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA** (così recita l'art. 5).

1. Al fine di facilitare l'identificazione degli autori dei delitti, presso il **Ministero dell'interno**, Dipartimento della pubblica sicurezza, è istituita la **banca dati nazionale del DNA**.

2. Presso il **Ministero della giustizia**, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, è istituito il **laboratorio centrale** per la banca dati nazionale del DNA.

In prima approssimazione, la **Banca dati** contiene **profili genetici**. La legge contiene una espressa definizione, a tale proposito, alla lettera b) del comma 1 dell'art. 6: si tratta della «**sequenza alfa numerica ricavata dal DNA e caratterizzante ogni singolo individuo**».

Il **Laboratorio** è il luogo ove si compiono le operazioni tecniche di estrazione del profilo DNA, ma è anche, come accennato, un **magazzino** per la conservazione del materiale biologico utilizzato a fini di tracciamento.

Primo **commento**. La scelta duplica le **centrali di rischio**, ma concentra le operazioni di estrazione del DNA e di tracciamento dei profili presso una struttura pubblica ed unitaria, cui le forze di polizia accedono solo previa autorizzazione dell'Autorità giudiziaria, e presso la quale dovrebbero essere tenuti i dati identificativi.

Il problema non è tanto la **istituzione del laboratorio**, quanto la sua utilizzazione anche quale **magazzino del materiale biologico** (art. 8). Come accennavamo, questa istituzione non è prevista dalla normativa sovranazionale.

D'altra parte la disponibilità del materiale consente in ipotesi la **violazione del divieto di compiere indagini non finalizzate** all'identificazione, ed in particolare di indagini concernenti l'etnia, le malattie genetiche, ecc. Si è avuta notizia, ad esempio, del sospetto che in alcuni Paesi stranieri sia stato consentito l'accesso a società assicurative, che avrebbero sfruttato le informazioni per politiche discriminatorie nella stipulazione di polizze sanitarie o di assicurazione sulla vita.

Lo stesso legislatore si è accorto del **maggiore potenziale lesivo** connesso alla disponibilità di materiale genetico utile non

solo per il tracciamento identitario, ma per qualunque tipo di indagini.

Infatti l'art. 12 della legge, dopo aver stabilito che i profili del DNA e i relativi campioni **non contengono le informazioni** che consentono l'**identificazione diretta** del soggetto cui sono riferiti, seleziona coloro che possono accedere alle informazioni.

Per quanto riguarda la **banca dati**, l'**accesso** è consentito alla **polizia giudiziaria** e all'autorità giudiziaria esclusivamente per fini di identificazione personale, nonché per le finalità di collaborazione internazionale di polizia. Invece l'accesso ai dati contenuti nel **laboratorio centrale** per la banca dati nazionale del DNA, pur essendo consentito ai medesimi soggetti e per le medesime finalità, richiede la **previa autorizzazione** dell'autorità giudiziaria. Tutti i soggetti in questione non accedono direttamente al sistema, ma interloquiscono per le proprie ricerche con **personale autorizzato**, che è tenuto al **segreto** circa le operazioni compiute.

Naturalmente ogni accesso deve essere **tracciato** (comma 3).

La dottrina ha puntualmente posto il problema dell'**accesso difensivo**, che è questione naturalmente diversa da quella, pure assai seria, del diritto dei singoli di conoscere quale informazioni sulla propria persona sono raccolte, ed a che fine (diritto cd. all'*auto-determinazione informativa*, che in altri Paesi ha assunto rango costituzionale). Il **materiale biologico**, secondo alcuni, dovrebbe essere accessibile, come ogni altro reperto in **sequestro**, a norma del **comma 1-bis dell'art. 253 c.p.p.** Quindi, il pubblico ministero dovrebbe consentire l'accesso di fronte ad una argomentata richiesta difensiva, e nel caso di rigetto il difensore avrebbe possibilità di proporre ricorso al giudice (TONINI).

Quanto ai **profili genetici**, altri (FANUELE) hanno ritenuto applicabile la norma sulla richiesta di dati alla pubblica amministrazione per finalità di **indagini difensive (art. 391-quater)**. Naturalmente si tratta di riflessioni ancora molto embrionali e – mi limito ad aggiungere – estremamente problematiche.

Per quanto riguarda **l'acquisizione ed il trattamento dei dati**, sono state tendenzialmente riprodotte le **norme di garanzia** previste dalla normativa sovranazionale, non senza qualche sfasatura di rilievo.

Si parla di principio di «**pertinenza del dato**», ad esempio, per significare che l'indagine genetica compiuta a fini di archiviazione nella banca dati deve riguardare solo gli elementi sufficienti per la **identificazione** dell'individuo. Gli strumenti internazionali **vietano di tracciare**, come abbiamo visto, **i profili codificanti del DNA**. La nostra legge invece, al comma 3 dell'art. 11, stabilisce che «*I sistemi di analisi sono applicati esclusivamente alle sequenze del DNA che non consentono la identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato*». **Non è la stessa cosa ...** (TONINI).

Vedremo che anche i principi di «**minimo sacrificio della riservatezza**», di «**proporzionalità**», di «**non eccedenza rispetto al fine**» sono stati applicati secondo criteri almeno discutibili.

Ma vediamo subito che cosa deve essere raccolto nella banca dati.

Prima di tutto è disposto che tutti i vari archivi esistenti presso **single forze di polizia**, sviluppatasi in una situazione di anomia, se non addirittura di discutibile legittimità (qui rilevano le norme sul trattamento dei dati personali, con la speciale disciplina concernente appunto le forze di polizia), vengano trasferiti alla **Banca dati nazionale del DNA** (art. 17, che per altro non indica direttamente «gli archivi», riferendosi piuttosto a singoli profili estratti nel corso di procedimenti penali, così da lasciare spazi per la conservazione di banche dati «parallele» presso le stesse forze di polizia o presso i laboratori più frequentemente incaricati delle indagini genetiche)<sup>9</sup>.

È opportuno ricordare come il **garante per la privacy** avesse segnalato l'opportunità di una regolamentazione delle banche dati formate dalle forze di polizia. Ciò non è accaduto, e si registrano

---

<sup>9</sup> Art. 17. (Norme transitorie)

1. I profili del DNA ricavati da reperti acquisiti nel corso di procedimenti penali anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, previo nulla osta dell'autorità giudiziaria, sono trasferiti dalle Forze di polizia alla banca dati nazionale del DNA **entro un anno** dalla data della sua entrata in funzione.

solo interventi del Garante, come quelli ad esempio effettuati riguardo alla banca dati DNA del **Ris Carabinieri di Parma**<sup>10</sup>

Ma veniamo alla disciplina «**a regime**» per la implementazione della Banca dati (art. 7), la quale deve provvedere alla

a) *raccolta del profilo del DNA dei **soggetti** di cui all'articolo 9, commi 1 e 2;* cioè in sostanza persone accusate o condannate per determinati reati.

---

<sup>10</sup> Ecco un comunicato stampa dell'Autorità: « **Banca dati dna: conclusi gli adempimenti per la messa in sicurezza dell'archivio dei Ris.**

Si sono concluse positivamente le procedure tecniche e organizzative per la messa in sicurezza della banca dati del Ris di Parma. L'archivio raccoglie **migliaia di profili genetici e campioni biologici acquisiti negli anni** nel corso di indagini penali e conservati su disposizione della magistratura.

Le misure, prescritte dal Garante privacy a partire dal 2007, sono volte a rafforzare il livello di protezione di dati personali particolarmente delicati come quelli genetici.

Presso il Ris sono detenuti in un archivio informatico profili genetici (costituiti da sequenze alfanumeriche) estratti da reperti rinvenuti in luoghi dove risultavano commessi reati o appartenenti a persone identificate nel corso di indagini (persone sospettate, vittime di reato, operatori di polizia), ma **anche campioni biologici**, in forma di "estratti di Dna", che residuano dalle analisi effettuate.

Profili e campioni biologici, se non disposto diversamente dall'autorità giudiziaria, sono **conservati a tempo indeterminato** per eventuali, ulteriori esigenze investigative.

Le misure prescritte dal Garante e adottate dal Ris per la messa in sicurezza dei dati sono particolarmente rigorose. Tra le principali figurano l'obbligo di conservare **traccia di ogni accesso** al database e delle operazioni effettuate dal personale autorizzato che ha accesso ai campioni; l'adozione di sistemi di autenticazione per il personale che accede al database nonché sistemi elettronici (almeno con riconoscimento biometrico) per **controllare l'ingresso ai locali** dove sono conservati i campioni biologici; l'individuazione preventiva del personale autorizzato alla loro consultazione; l'adozione di soluzioni tali da **non rendere i campioni conservati direttamente riconducibili** a persone identificate.

Al Ris è stato infine prescritto che l'eventuale **ulteriore uso** dei profili e dei campioni biologici, compresa l'attività di comparazione tra i profili genetici, deve essere effettuato attenendosi alle disposizioni delle competenti autorità giudiziarie.

Il Comando generale dell'Arma dei Carabinieri ha comunicato, infine al Garante, che le stesse misure sono state applicate, oltre che al Reparto di Parma, anche agli altri Ris di **Roma, Messina e Cagliari.**

Roma, 25 maggio 2009

b) raccolta dei profili del DNA relativi a **reperiti biologici** acquisiti nel corso di procedimenti penali (artt. 10 e 17)<sup>11</sup>;

c) raccolta dei profili del DNA di **persone scomparse** o loro consanguinei, di **cadaveri** e resti cadaverici non identificati;

Le ipotesi di implementazione **sub c)** non richiedono spiegazioni particolari e appaiono del tutto congrue.

A proposito delle fattispecie **sub b)** va condiviso il rilievo dottrinale (BARGIS, GENNARI, FANUELE, TONINI) secondo cui il legislatore **non ha tenuto nel debito conto il principio di proporzionalità**. La necessità cioè, alla luce del bilanciamento imposto dalla nostra Costituzione e dalla stessa Convenzione europea per la tutela del diritto alla riservatezza, il *vulnus* sia consentito e contenuto nei soli casi in cui concorre la necessità di accertare e prevenire gravi fatti, lesivi di beni di rilievo costituzionale.

Questo principio, come vediamo tra breve, è stato in qualche misura rispettato attraverso una selezione dei «**fatti sintomatici**» che comportano la schedatura del DNA per i singoli individui. Ma la trasmissione dei **reperiti** e dei **tracciati** acquisiti nei singoli procedimenti penali prescinde completamente dalle ragioni dell'indagine e dalla qualità del fatto perseguito nell'ambito del procedimento. Basti pensare all'eventualità, frequentissima, che vengano raccolti materiali biologici pertinenti alla **persona offesa**.

---

<sup>11</sup> Art. 10. (Profili del DNA tipizzati da reperiti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali)

1. Se, nel corso del procedimento penale, a cura dei laboratori delle Forze di polizia o di altre istituzioni di elevata specializzazione, sono tipizzati profili del DNA da reperiti biologici a mezzo di accertamento tecnico, consulenza tecnica o perizia, l'autorità giudiziaria procedente dispone la trasmissione degli stessi alla banca dati nazionale del DNA, per la raccolta e i confronti.

2. Se non sono state effettuate le analisi di cui al comma 1, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, ovvero in seguito all'emanazione del decreto di archiviazione, il pubblico ministero competente ai sensi dell'articolo 655, comma 1, del codice di procedura penale può chiedere al giudice dell'esecuzione di ordinare la trasmissione dei reperiti ad un laboratorio delle Forze di polizia ovvero di altre istituzioni di elevata specializzazione per la tipizzazione dei profili e la successiva trasmissione degli stessi alla banca dati nazionale del DNA.



Per i **tracciati del DNA** estratti nel corso del giudizio penale è infatti previsto a carico della polizia giudiziaria, su disposizione dell'A.G., un obbligo generalizzato di trasmissione alla Banca dati.

Quanto al **materiale biologico** – può trattarsi di **tracce del reato**, oppure di campioni concernenti **persone indagate**, acquisiti col consenso di queste o con il prelievo forzoso di cui abbiamo discusso – il comma 2 dell'art. 10 prevede che, quando non sia stato estratto il profilo del DNA, su **richiesta del pubblico ministero** il materiale stesso possa essere trasmesso al **Laboratorio**. Qui verrà estratto il profilo dell'identità genetica, che verrà poi direttamente trasmesso alla Banca dati. L'iniziativa del Pubblico ministero può essere assunta dopo la conclusione del processo, ed in particolare **in fase di esecuzione**, o dopo il decreto di **archiviazione**.

Sembra, in ogni caso, che solo i **profili** (eventualmente estratti presso il laboratorio) debbano essere conservati: questo almeno pare risultare dal raccordo tra la norma in questione ed il nuovo testo dell'art. 72-*quater* delle disposizioni di attuazione c.p.p., del quale già abbiamo detto<sup>12</sup>.

La cosa, come accennavo, è **del tutto incompatibile** col principio di proporzionalità. L'autore di una contravvenzione o la persona offesa di un delitto sessuale si trovano schedato senza avere in alcun modo manifestato la **pericolosità «qualificata»** che è richiesta, invece, per l'altro canale di implementazione della Banca dati.

E c'è molto da riflettere, comunque, anche sulla **ipotesi sub a)**.

---

<sup>12</sup> Art. 10. (Profili del DNA tipizzati da reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali)

1. Se, nel corso del procedimento penale, a cura dei laboratori delle Forze di polizia o di altre istituzioni di elevata specializzazione, sono tipizzati **profili** del DNA da **reperti biologici** a mezzo di accertamento tecnico, consulenza tecnica o perizia, l'autorità giudiziaria procedente dispone la trasmissione degli stessi alla banca dati nazionale del DNA, per la raccolta e i confronti.

2. Se non sono state effettuate le analisi di cui al comma 1, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, ovvero in seguito all'emanazione del decreto di archiviazione, il pubblico ministero competente ai sensi dell'articolo 655, comma 1, del codice di procedura penale può chiedere al giudice dell'esecuzione di ordinare la trasmissione dei reperti ad un laboratorio delle Forze di polizia ovvero di altre istituzioni di elevata specializzazione per la tipizzazione dei profili e la successiva trasmissione degli stessi alla banca dati nazionale del DNA.

La scelta di fondo è quella di non attendere che la banca dati si riempia del DNA di persone accusate di un reato del quale debba essere identificato l'autore, ma di «schedare» **in via preventiva** una parte della popolazione, sia pure in base ad una – più o meno ragionevole – presunzione di pericolosità, indipendentemente da ogni concreta ed attuale esigenza di identificazione dell'autore di un reato.

In sintesi, deve essere assoggettato al prelievo di materiale biologico **chiunque venga sottoposto ad una misura restrittiva della libertà**, sia a titolo cautelare che a titolo di esecuzione, per un **delitto non colposo** per il quale la legge consenta l'**arresto facoltativo in flagranza**.

Segnalo la curiosa esclusione delle persone accusate o condannate per reati tipici dei «colletti bianchi».

I soggetti indicati al comma 1 dell'art. 9<sup>13</sup> sono sottoposti a **prelievo di campioni di mucosa del cavo orale** a cura del

---

<sup>13</sup> Art. 9. (Prelievo di campione biologico e tipizzazione del profilo del DNA)

1. Ai fini dell'inserimento del profilo del DNA nella banca dati nazionale del DNA, sono sottoposti a prelievo di campioni biologici:

a) i soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari;

b) i soggetti arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto;

c) i soggetti detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;

d) i soggetti nei confronti dei quali sia applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;

e) i soggetti ai quali sia applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva.

2. Il prelievo di cui al comma 1 può essere effettuato esclusivamente se si procede nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 per delitti, non colposi, per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza. Il prelievo non può essere effettuato se si procede per i seguenti reati:

a) reati di cui al libro II, titolo III, capo I, tranne quelli di cui agli articoli 368, 371-bis, 371-ter, 372, 374 aggravato ai sensi dell'articolo 375, 378 e 379, e capo II, tranne quello di cui all'articolo 390, del codice penale;

b) reati di cui al libro II, titolo VII, capo I, tranne quelli di cui all'articolo 453, e capo II, del codice penale;

c) reati di cui al libro II, titolo VIII, capo I, tranne quelli di cui all'articolo 499, e capo II, tranne quello di cui all'articolo 513-bis, del codice penale;

d) reati di cui al libro II, titolo XI, capo I, del codice penale;

personale specificamente addestrato delle Forze di polizia o di **personale sanitario ausiliario** di polizia giudiziaria. Le operazioni sono eseguite nel rispetto della dignità, del decoro e della riservatezza di chi vi è sottoposto. Delle operazioni di prelievo è redatto verbale. Il campione prelevato è immediatamente inviato, a cura del personale procedente, al **laboratorio centrale** di cui all'articolo 5, comma 2, per la tipizzazione del relativo profilo e la successiva trasmissione alla banca dati del DNA.

Come si vede, l'occasione del prelievo – definito in dottrina «**istituzionale**» (TONINI), anche per distinguerlo da quello «mirato» nell'ambito di una specifica indagine penale – è un **progresso «incidente» giudiziario**, che viene evidentemente utilizzato come **elemento prognostico negativo circa la futura commissione di reati**. La scelta si fonda dunque su una presunzione di pericolosità e su una logica che, per quanto discutibile, sul piano generale è accreditata dagli strumenti internazionali.

Che la schedatura esprima uno **stigma**, una perdita di *chance*, risulta per altro chiaro anche dalla previsione che i dati ed i materiali acquisiti vengano distrutti in caso di **persone innocenti**<sup>14</sup>. Il legislatore per altro – a parte il silenzio tenuto sui

---

e) reati di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

f) reati previsti dal codice civile;

g) reati in materia tributaria;

h) reati previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

3. Nel caso di arresto in flagranza di reato o di fermo di indiziato di delitto, il prelievo è effettuato dopo la convalida da parte del giudice.

<sup>14</sup> Art. 13. (Cancellazione dei dati e distruzione dei campioni biologici)

1. A seguito di assoluzione con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste, perché l'imputato non lo ha commesso, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, è disposta d'ufficio la cancellazione dei profili del DNA acquisiti ai sensi dell'articolo 9 e la distruzione dei relativi campioni biologici.

2. A seguito di identificazione di cadavere o di resti cadaverici, nonché del ritrovamento di persona scomparsa, è disposta d'ufficio la cancellazione dei profili del DNA acquisiti ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e la distruzione dei relativi campioni biologici.

3. Quando le operazioni di prelievo sono state compiute in violazione delle disposizioni previste dall'articolo 9, si procede d'ufficio alla cancellazione del profilo del DNA e alla distruzione del relativo campione biologico.

reperiti e sui profili pervenuti da singoli procedimenti penali – non menziona tra i presupposti della cancellazione il **decreto di archiviazione** e la **sentenza di non luogo a procedere**. Vero che questi provvedimenti sono revocabili. Ma vengono adottati proprio nei confronti di persone delle quali l'innocenza è stabilita in modo più rapido ed incontrovertito.

Secondo le prescrizioni sovranazionali, i dati acquisiti illegittimamente vanno distrutti, e quelli acquisiti legittimamente vanno conservati per un **periodo di tempo predeterminato**, che trascende le necessità del processo. Ciò sembra consentito dalla normativa sovranazionale – come vedremo anche nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo con la sentenza della **Grande Camera**, 4 dicembre 2008, **Marper v. UK** – ed è resto congruo con l'utilità della banca dati, anche se l'opzione esattamente opposta era stata formalizzata una quindicina di anni prima (1992), con una raccomandazione del Consiglio d'Europa citata nella anche sentenza Marper.

Ma è sorprendente la scelta compiuta a quest'ultimo proposito dal legislatore italiano: **quaranta anni per i profili e venti per i materiali biologici**. Si tratta, secondo alcune indicazioni dottrinali (FANUELE), dei termini più lunghi previsti in Europa (*ex aequo* con quelli francesi).

Vediamo allora più da vicino la **Sentenza Marper**, appena citata, che rappresenta il primo precedente di Strasburgo sui temi che stiamo trattando.

La Corte ricorda che il concetto di “vita privata” è un termine ampio, non suscettibile di definizione esaustiva [...] Le informazioni sulla salute della persona sono un elemento importante della vita privata [...] La Corte ritiene inoltre che l'identità etnica di un individuo debba essere considerata come un altro elemento [...] **La semplice memorizzazione di dati relativi alla vita privata di una persona equivale a un'ingerenza ai sensi dell'articolo 8 [...]**

---

4. In ogni altro caso, il profilo del DNA resta inserito nella banca dati nazionale del DNA per i tempi stabiliti nel regolamento d'attuazione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, e comunque non oltre quaranta anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento, e il campione biologico è conservato per i tempi stabiliti nel regolamento di attuazione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, e comunque non oltre venti anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo.

tutte e tre le categorie di dati personali conservati dalle autorità nei casi di specie, ovvero impronte digitali, **profili DNA** e campioni cellulari, **costituiscono dati personali ai sensi della Convenzione sulla protezione dei dati** in quanto collegati a individui identificati o identificabili. [...]

[...] Considerata la natura e la quantità di informazioni personali contenute nei campioni cellulari, **la loro conservazione di per sé deve essere considerata come un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata** delle persone interessate. Il fatto che solo una parte limitata di queste informazioni sia effettivamente estratta o utilizzata dalle autorità tramite la profilazione del DNA, e che non vi sia pregiudizio immediato in un caso particolare, non incide su questa conclusione [...]

Dunque – posto che **si tratta di ingerenza** – occorre stabilire se sia giustificata a norma del secondo comma dell'**art. 8 della Convenzione**.

La Corte ricorda la propria giurisprudenza consolidata, secondo cui la formulazione **“in conformità con la legge”** prevede che la misura impugnata abbia qualche fondamento nel diritto nazionale e sia compatibile con lo stato di diritto, che è espressamente citato nel preambolo della Convenzione e implicito nel contenuto e nelle finalità dell'articolo 8. La legge, pertanto, deve essere facilmente accessibile e prevedibile, ovvero formulata con precisione sufficiente da consentire ai singoli se necessario con consulenza adeguata – di conformarvi la loro condotta. Perché il diritto interno soddisfi tali requisiti, esso deve garantire una sufficiente protezione legale contro l'arbitrarietà e, di conseguenza, indicare con sufficiente chiarezza la portata della discrezionalità riconosciuta alle autorità competenti e le modalità del suo esercizio.

Quanto alla **necessità in una società democratica** la Corte osserva:

La sola questione posta all'attenzione della Corte riguarda il fatto che la conservazione delle impronte digitali e del DNA dei ricorrenti, in **qualità di persone sospettate di reati ma non condannate**, fosse giustificata ai sensi dell'articolo 8, § 2 della Convenzione .

[...] Per quanto riguarda, più in particolare, i campioni cellulari, **la maggior parte degli Stati contraenti consente il prelievo di questi materiali nel quadro di procedimenti penali solo da individui sospettati di aver commesso reati che rispondano a requisiti di gravità minima.** Nella grande maggioranza degli Stati contraenti in cui siano raccolte e utilizzate anche dati del DNA, i campioni e i profili del DNA da essi ricavati devono **essere rimossi o distrutti o immediatamente, oppure entro un lasso di tempo limitato dopo l'assoluzione o il proscioglimento.** Alcuni Stati contraenti ammettono un numero limitato di eccezioni a questo principio [...] Tuttavia, la Corte non può trascurare il fatto che, nonostante i vantaggi recati da un'espansione della banca dati del DNA, altri Stati contraenti hanno optato per porre dei limiti alla conservazione e all'uso di tali dati al fine di raggiungere un giusto equilibrio con l'esigenza contrastante di tutelare il rispetto della vita privata. La Corte osserva che la protezione offerta dall'articolo 8 della Convenzione risulterebbe inaccettabilmente indebolita se l'uso delle moderne tecniche scientifiche nel sistema di giustizia penale fosse ammesso a qualsiasi costo e senza soppesare attentamente i potenziali benefici dell'uso di tali tecniche rispetto agli importanti interessi inerenti al rispetto della vita privata. A parere della Corte, il forte consenso esistente tra gli Stati contraenti in questo senso è di notevole importanza e **restringe il margine di apprezzamento** lasciato allo Stato convenuto ai fini della valutazione dei limiti ammissibili per l'ingerenza nella vita privata in questo ambito. La Corte ritiene che qualsiasi Stato che vanti un ruolo pionieristico nello sviluppo di nuove tecnologie abbia importanti responsabilità nella definizione di un giusto equilibrio in questo ambito.

[...] In conclusione, la Corte rileva che la natura onnicomprensiva e indiscriminata del potere di conservare impronte digitali, campioni cellulari e profili genetici di **persone sospettate di reati, ma non condannate**, come applicato nel caso dei ricorrenti, non assicura un giusto equilibrio tra contrastanti interessi pubblici e privati e che lo Stato convenuto è andato al di là di qualsiasi accettabile margine di apprezzamento in questo senso. Di conseguenza, la conservazione dei dati in questione costituisce un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti e non può essere considerata necessaria in una società democratica.

Come si vede, il discorso oscilla tra la «pericolosità» come presupposto per la schedatura e la gravità del reato come presupposto dell'accesso all'informazione schedata.

La scelta italiana è stata quella di fondare sulla **condizione detentiva per un fatto già accertato**, almeno a livello di gravità

indiziaria, l'occasione di schedatura, e tra l'altro, come già si è visto, questo è **solo uno dei canali di approvvigionamento** della Banca dati, che viene implementata anche con profili riguardanti persone del tutto «incolpevoli». Vale la pena richiamare ancora una volta i reperti acquisiti nell'ambito di qualunque procedimento penale, che non riguardano necessariamente l'indagato (che a sua volta potrebbe essere assolto), e che perfino nei confronti dei terzi possono essere acquisiti coattivamente.

Dunque una **proporzionalità «zoppicante»**, della quale per altro si smarrisce ogni traccia sul secondo versante, cioè quello della **importanza del fatto da accertare** mediante la ricerca del profilo del DNA.

Il legislatore **non ha posto alcun limite** per l'accesso all'informazione schedata nell'ambito di indagini su un reato successivo. L'unico limite è indiretto, ed è dato dalla selezione dei reati che consentono un **prelievo coattivo di materiale** utile per eventuali confronti con profili genetici già conservati nella banca dati. Del che si è già detto, ma vale ancora la pena di ricordare che questo filtro parziale **non vale per i campioni «distaccati» dalla persona e per quelli «ceduti» volontariamente** dall'interessato.

Insomma, **l'accesso alla banca dati è in sé consentito per l'indagine su un qualunque reato**, e può contare su profili raccolti in base a criteri estremamente eterogenei.

Oltretutto, una volta che un profilo è entrato in un **procedimento penale**, la legge non sembra porre limiti alla sua **circolazione extraprocessuale**, il che rappresenta davvero un paradosso, considerato che limiti del genere sono invece previsti in materia di comunicazioni interpersonali.



La legge n. 85 del 2009, comunque, è ancora largamente inattuata. Esiste una cospicua **disciplina transitoria**, che rende anche contro della sfiducia nel Parlamento circa la rapidità di costituzione effettiva della Banca e del Laboratorio.

Intanto l'**art. 16** della legge<sup>15</sup> prevedeva l'adozione entro quattro mesi dalla sua entrata in vigore del **Regolamento** o dei regolamenti necessari a disciplinare in concreto l'organizzazione ed il funzionamento della **Banca** e del **Laboratorio**, le procedure tecniche di analisi e comparazione dei profili, l'identificazione dei responsabili, ecc. Sebbene il termine sia ampiamente scaduto, non ho trovato **traccia** dei provvedimenti. Posso solo dire che la «*istituzione della banca dati nazionale del dna in attuazione degli impegni assunti in campo internazionale*» è indicata come **Target**

---

<sup>15</sup> Art. 16. (Regolamenti di attuazione)

1. Con uno o più regolamenti adottati, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, ai sensi dell' articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro della giustizia, del Ministro dell'interno e del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro della difesa, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali e il CNBBSV, sono disciplinati, in conformità ai principi e ai criteri direttivi della presente legge:

a) il funzionamento e l'organizzazione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, le modalità di trattamento e di accesso per via informatica e telematica ai dati in essi raccolti, nonché le modalità di comunicazione dei dati e delle informazioni richieste;

b) le tecniche e le modalità di analisi e conservazione dei campioni biologici, nonché, nel rispetto delle disposizioni di cui all' articolo 13, comma 4, i tempi di conservazione dei campioni biologici e dei profili del DNA;

c) le attribuzioni del responsabile della banca dati nazionale del DNA e del responsabile del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, nonché le competenze tecnico-professionali del personale ad essa addetto;

d) le modalità e i termini di esercizio dei poteri conferiti dall' articolo 15 al CNBBSV;

e) le modalità di cancellazione dei profili del DNA e di distruzione dei relativi campioni biologici nei casi previsti dall' articolo 13;

f) i criteri e le procedure da seguire per la cancellazione dei profili del DNA e la distruzione dei relativi campioni biologici, anche a seguito di riscontro positivo tra i profili del DNA oggetto di verifica, al fine di evitare la conservazione, nella banca dati e nel laboratorio centrale, di più profili del DNA e più campioni biologici relativi al medesimo soggetto.

2. Gli schemi dei regolamenti di cui al comma 1 sono trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni competenti per materia. I pareri sono resi entro il termine di quindici giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i regolamenti sono adottati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei quindici giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dall'alinea del comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di trenta giorni.



(...) da realizzare al 100% nel 2011 nella **Direttiva generale** che definisce le priorità politiche ed i risultati attesi del Ministero dell'interno per il 2011, firmata dal Ministro il 1° aprile scorso.

È stato invece adottato, a norma dell'**art. 18** della legge n. 85 del 2009, il provvedimento di **Istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di Polizia penitenziaria** necessari alla gestione del **Laboratorio nazionale** da istituire, come abbiamo visto presso il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria: si tratta del **d.lgs. 9 settembre 2010, n. 162**.

In estrema sintesi può dirsi che il personale viene organizzato in **quattro ruoli fondamentali**, che muovono dalla figura (a sua volta distinta in ben quattro qualifiche) dell'**operatore tecnico**, cui sono affidate le mansioni esecutive (pur essendo previste funzioni più significative in corrispondenza alla crescita di livello interna al ruolo). Tanto per dare un elemento, il titolo di studio richiesto è quello della scuola dell'obbligo. Sono previsti naturalmente corsi di formazione.

Il ruolo dei **revisori tecnici** è a sua volta articolato in tre qualifiche. I revisori sono chiamati a mansioni esecutive che richiedano però cognizioni ed abilità specialistiche, e svolgono un ruolo di coordinamento e formazione del personale sottoposto

Salendo di grado, è previsto il ruolo dei **periti tecnici**, ed anzi si tratta di un ruolo duplice che riguarda (in ciascun caso con quattro qualifiche interne) i **biologi** e gli **informatici**. A costoro spettano compiti direttivi ed organizzativi che richiedano elevate competenze specialistiche, anche se, per l'accesso alla qualifica di ingresso, è sufficiente un diploma di scuola media superiore.

Infine i **direttori tecnici**, anch'essi organizzati secondo due sequenze di quattro qualifiche, a seconda che si tratti di **biologi** o **informatici**. A costoro spetta il compimento (in ruolo di direzione ed organizzazione) di attività che richiedano cognizioni specialistiche di livello universitario, e la facoltà di prendere decisioni sull'uso di sistemi e tecnologie. Devono ovviamente essere laureati con titoli pertinenti alle due specializzazioni indicate.

Il personale appartenente al ruolo di **direttore tecnico** assume la qualifica di **ufficiale di p.g.**, mentre gli appartenenti ai ruoli ulteriori sono qualificati come **agenti di p.g.** (art. 32). Tutti

possono essere impiegati **in operazioni di polizia**, limitatamente alle pertinenti mansioni tecniche.

Per avere una idea precisa della situazione è opportuno sapere che, a fronte della previsione di **23** qualifiche funzionali è previsto un ruolo organico di **37** persone, molto meno di due per qualifica. Ricordiamo comunque che si tratta del solo personale destinato ad operare presso il **Laboratorio** afferente al DAP. Non ho controllato se siano state avviate le complesse procedure concorsuali e di formazione previste dallo stesso decreto legislativo

Siamo insomma assai lontani dalla effettiva realizzazione del disegno.

Assume un ruolo decisivo, in questa prospettiva, la cospicua **disciplina transitoria**. È significativo che siano stati previsti, in fase di avvio , contratti **triennali** con **laboratori esterni**. Occorre prendere atto che il materiale genetico di moltissimi cittadini viene e sarà messo ancora nelle mani dei privati.

Roma, 5 luglio 2011

**GUGLIELMO LEO**