

La Banca dati nazionale del DNA: il sottoinsieme di dati genetici per l'identificazione di persone scomparse

Paola Felicioni*

THE DNA DATABASE: THE SUBSET OF GENETIC DATA FOR THE IDENTIFICATION OF MISSING PERSONS

ABSTRACT: One characteristic of the Italian DNA database derives from the legislative choice to create a specific subset of genetic profiles, with the purpose of identifying missing persons, corpses and unidentified human remains kept for some time in forensic institutes without being associated with a name. In this case the technology enables the identification of unknown corpses and human remains, allowing relatives to give homage to their loved ones.

KEYWORDS: database; DNA; missing persons; identification; consensual sampling

SOMMARIO: 1. Le persone scomparse e vittime non identificate: considerazioni introduttive – 2. Identificazione personale su tracce biologiche e processo penale – 3. L'istituzione della Banca dati nazionale del DNA: le due anime della legge n. 85 del 2009 – 3.1. L'acquisizione di dati genetici tra coazione e consenso – 3.2 L'archiviazione dei profili genetici – 4. I principi che regolano l'attività della Banca dati nazionale del DNA – 5. Un peculiare canale di alimentazione della Banca dati: i profili genetici di persone scomparse o loro consanguinei e di cadaveri o resti cadaverici non identificati – 5.1. Impiego processuale ed extraprocessuale dei dati genetici – 5.2. I limiti alla conservazione dei dati genetici – 5.3. La cancellazione dei dati genetici: il criterio dell'utilità in concreto.

1. Le persone scomparse e vittime non identificate: considerazioni introduttive

Nel 2007 l'Ufficio del Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse ha istituito il Registro nazionale dei cadaveri non identificati che raccoglie le informazioni più significative inerenti le caratteristiche fisiognomiche e le circostanze del rinvenimento dei corpi, nonché i riferimenti relativi alle Procure e alle Forze di polizia che hanno in carico il caso. Il complesso di tali dati, speculari a quello concernenti le persone scomparse, forma il nucleo di base del sistema informativo, denominato Ri.Sc., operativo presso il Dipartimento della pubblica sicurezza dal 1° aprile 2020¹.

Il fenomeno riguarda tragicamente soprattutto donne, soggetti ultrasessantacinquenni malati di Alzheimer o minorenni spesso scomparsi dai centri di accoglienza dopo sbarchi clandestini. Secondo l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) dal 1993 al 2018 sono morte in mare almeno

* Professoressa associata di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Firenze. Mail: paola.felicioni@unifi.it. Il contributo è stato sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Sul sito del Governo (<http://www.interno.gov.it/it/ministero/commissario-straordinario-governo-persone-scomparse>) è possibile reperire dati statistici. Ad esempio, nel giugno 2016 i resti delle persone scomparse non identificate in Italia erano 1.283 a fronte di 29.763 persone scomparse ancora da rintracciare al 30 giugno 2014. Solo nel 2012 sono scomparse due donne al giorno: in media, dal 1974, più di 200 l'anno.

20.000 persone. Si pensi che sulla base del primo censimento dei cadaveri non identificati avviato dal 2007 dall'Ufficio, con riferimento alla Sicilia i corpi non identificati dal 2002 al 2014 erano 588 e tra questi molti erano corpi senza vita recuperati in mare a seguito di naufragi.

Il riconoscimento delle salme, oltre a rispondere, sul piano etico, alle aspettative dei familiari che interpellano l'Ufficio governativo anche tramite le autorità diplomatiche africane, assume rilievo sul piano giuridico per i risvolti di ordine civilistico, amministrativo e penale.

Infine, si rammenta che la necessità di identificazione delle vittime emerge anche nei casi di disastri di massa (*mass disaster*) causati, ad esempio, da incidenti (industriale, stradale ecc.) calamità naturali, atti criminali o terroristici. Sono casi caratterizzati dalla difficoltà delle operazioni di identificazione a causa dello stato di conservazione dei corpi, notevolmente deteriorato dai danni causati dall'evento o dal tempo di esposizione del cadavere agli agenti atmosferici e ambientali. Perciò si privilegiano i metodi di identificazione cosiddetti primari come il confronto tra impronte digitali o tra caratteristiche odontologiche e, per quanto qui più interessa, tra profili del DNA, rispetto ai metodi cosiddetti secondari quali riconoscimento fotografico o visione diretta dei corpi.

Appare significativo ricordare che, proprio con riguardo alla problematica delle persone scomparse e dei cadaveri senza identità, il Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse ha emanato il 22 novembre 2017 la circolare n. 7608 inviata all'attenzione di tutti i procuratori capo della Repubblica, dei procuratori generali presso le Corti di appello e dei prefetti. Il documento contiene una chiara direttiva tesa a favorire su tutto il territorio nazionale un'applicazione più omogenea del regolamento di attuazione della Banca dati nazionale del DNA con riferimento ai dati dei reperti biologici delle persone scomparse, dei cadaveri e dei resti cadaverici non identificati (art. 6 d.P.R. n. 87 del 2016).

In sostanza il Commissario lascia in capo agli organi investigativi, alla polizia scientifica e ai reparti operativi dei Carabinieri la decisione di prelevare il DNA degli scomparsi e di repertare elementi identificativi della persona stessa o degli oggetti da lei esclusivamente utilizzati. In specie, e a prescindere dalle ipotesi di reato, devono essere repertati i profili di persone scomparse qualora: si tratti di casi allarmanti; sia possibile che gli scomparsi siano vittime di reato; siano persone affette da disturbi neurodegenerativi o da disabilità psico-fisica; siano persone che potrebbero trovarsi in situazione di pericolo anche se l'allontanamento appare volontario.

L'oggetto del presente contributo impone una breve premessa metodologica. La normativa sulla conservazione nella Banca dati nazionale del DNA dei profili genetici di persone scomparse o loro consanguinei e di cadaveri o resti cadaverici non identificati è caratterizzata sia da un modesto margine descrittivo nei testi normativi e regolamentari, sia da una limitata attenzione da parte della dottrina processuale penale. Viceversa è ampio il quadro bibliografico riferibile al "macrocosmo" dell'impiego della prova del DNA nel procedimento penale, entro il quale occorre contestualizzare la riflessione più specifica qui d'interesse. Pertanto, le considerazioni che seguono scontano il riferimento al tema più generale seppure nei termini strettamente funzionali ad evidenziare le specificità dell'identificazione di persone scomparse nella prospettiva processualpenalistica.

2. Identificazione personale su tracce biologiche e processo penale

È ormai nota l'utilità delle indagini genetiche in ambito giudiziario quale settore in cui l'impiego della biologia molecolare ha consentito il raggiungimento di insperati risultati in materia di identificazione da tracce biologiche. Più specificamente nel procedimento penale si fa riferimento all'identificazione personale su tracce biologiche come tecnica che impiega il test genetico per l'identificazione degli individui sulla base del confronto del loro DNA. Lo scopo precipuo, consistente nel provare un fatto dal quale inferire la reità o meno di una persona sulla base del confronto tra il DNA tratto da quella persona e quello tipizzato da un reperto biologico raccolto dal *locus commissi delicti*, si raggiunge qualora le sequenze geniche ricavate dal reperto e quelle della persona sottoposta alle indagini coincidano. In caso di coincidenza tra sequenze geniche si passa a calcolare le probabilità che il *match* sia occasionale: in altri termini, si confrontano i risultati con i dati ottenuti dalla popolazione generale per verificare la frequenza di quel particolare gene²: il calcolo statistico/probabilistico è un elemento essenziale della elaborazione della prova del DNA da parte del genetista, mentre è marginale o addirittura irrilevante in altre discipline della scienza forense³. Appare evidente che la formazione della prova del DNA rivela la necessità di una relazione di corrispondenza biunivoca tra giuristi e scienziati. Trattandosi di una prova che presenta complessi aspetti metodologici e statistici⁴, occorre: individuare l'inquadramento dogmatico-normativo dell'accertamento genetico previamente scandito sotto il profilo tecnico-scientifico⁵; isolare determinati aspetti critici della prova del DNA; stabilire se le specifiche disposizioni prevedano, alla luce dell'evoluzione tecnico-scientifica che incrementa l'efficienza delle indagini, limiti (funzionali alla tutela dei diritti inviolabili della persona garantiti dalla Costituzione) e garanzie (necessarie in presenza di un imputato del quale va assicurato il diritto di difesa).

Rispetto a tale *species* di prova scientifica le principali aree problematiche attengono sia a questioni di ordine tecnico-scientifico, riguardanti tra l'altro l'attendibilità delle prassi di laboratorio e dell'accertamento fondato sul DNA, sia a questioni di carattere giuridico relative all'ingresso e all'utilizzazione dei risultati probatori nel processo in una prospettiva di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona. Dunque, il migliore approccio alla materia richiede una mediazione⁶ tra atteggiamento scienziata da un lato, e avversione alla scienza, da un altro lato⁷. In definitiva, in un'ottica di bilanciamento tra i

² A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1320.

³ S. PRESCIUTTINI, R. DOMENICI, *La valutazione probabilistica della prova del DNA nella genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2016, 267 ss.

⁴ C. PARZIALE, S. SPITALERI, *Croce e delizia del processo penale: il DNA e le criticità della buona scienza*, in *ilPenalista.it*, 24 novembre 2017.

⁵ È stata delineata una sequenza procedurale tecnica, un vero e proprio "metodo", che è volto al confronto fra due frammenti di materiale biologico umano ossia fra tracce opportunamente trattate che rivelano, ognuna, le caratteristiche ereditate dai cromosomi materni e paterni: Alla raccolta del materiale organico segue l'estrazione del DNA utile per il successivo raffronto tra profili genetici. Si vedano U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità. Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Milano, 2006, 120 ss.; U. RICCI, *D.N.A. Oltre ogni ragionevole dubbio*, Firenze, 2016, 195.

⁶ A tale proposito, P. FELICIONI, *La prova del DNA nel procedimento penale. Profili sistematici, dinamiche probatorie, suggestioni mediatiche*, Milano, 2018, 25.

⁷ Appare illusorio ritenere che la prova scientifica sia idonea a fornire una garanzia di assoluta certezza nella ricostruzione del fatto storico: così E. AMODIO, *Il diritto delle prove penali nel pensiero di Mirjan Damaska*, in *Riv.*

due differenti approcci sopra esposti, il punto di equilibrio riposa sulla consapevolezza che le investigazioni scientifiche debbono comunque essere affiancate dai tradizionali strumenti d'indagine; appare indubitabile, però, che la prova scientifica possa contribuire significativamente a ridurre lo scarto esistente tra verità storica e verità processuale. In altri termini, l'architettura del sistema deve essere individuata nell'incontro tra differenti saperi allo scopo di instaurare un'effettiva comunicazione tra processo penale e scienza, necessariamente caratterizzati da linguaggi, finalità e metodi diversi. Il giudice e il pubblico ministero, si è sottolineato⁸, devono divenire fruitori consapevoli di scienza; è dunque necessario creare un ponte tra sapere scientifico e sapere giuridico al fine di elaborare un linguaggio ed un patrimonio metodologico comuni.

L'articolazione dell'accertamento tecnico-scientifico fondato sul DNA si riflette sulla complessità dell'inquadramento giuridico dell'indagine genetica e rivela alcuni profili critici. Infatti, soltanto in parte la sequenza tecnica dell'accertamento genetico è esplicitamente disciplinata: per il resto le disposizioni codicistiche entro cui è possibile inquadrare l'accertamento fondato sul DNA sono disposizioni generali rivelatesi non sempre idonee a recepirne il contenuto tecnico-scientifico.

Occorre ricordare che in materia di acquisizione al procedimento penale di contributi tecnico-scientifici vengono in rilievo due attività: la raccolta di dati e la elaborazione critico-valutativa dei dati raccolti. Con specifico riguardo alla prova del DNA, la fase di raccolta dei dati consiste nell'acquisizione di materiale biologico della persona oppure nella raccolta di tracce biologiche da cose, luoghi o persone. Mentre la raccolta ora indicata non è regolata esplicitamente da norme apposite, ma è suscettibile di essere inquadrata in vari schemi giuridici quali le ispezioni disposte dall'autorità giudiziaria (artt. 244-246 c.p.p.), gli accertamenti tecnici del pubblico ministero ripetibili o non ripetibili (artt. 359 – 360 c.p.p.) l'intervento urgente della polizia giudiziaria con riferimento agli accertamenti e ai rilievi urgenti (art. 354 c.p.p.), l'intervento sull'individuo è disciplinato espressamente dal codice di rito vigente con disposizioni *ad hoc*, ma soltanto qualora occorra acquisire coattivamente il materiale biologico di una persona identificata (artt. 224-bis e 359-bis c.p.p.).

Neanche la successiva fase di studio e di valutazione critica dei dati raccolti, alla quale si riconducono sia la tipizzazione dei profili genetici, sia il raffronto tra profili del DNA, è espressamente disciplinata da disposizioni a ciò specificamente dedicate. In altri termini, l'analisi del DNA rientra tra le attività tecnico-scientifiche che compongono la perizia, la consulenza tecnica o l'accertamento tecnico del pubblico ministero.

Con riferimento alla prova del DNA trovano evidenza reciproche interferenze tra evoluzione tecnico-scientifica, modalità di ricerca della prova e diritti fondamentali della persona: si tratta di implicazioni che riportano l'attenzione sulla tematica dell'efficienza del processo intesa come funzionalità dei meccanismi processuali rispetto al conseguimento dello scopo proprio del processo penale: la ricostruzione dei fatti e l'accertamento di responsabilità.

Quanto alla salvaguardia dei diritti di libertà, frutto della tradizione liberal-democratica, se ne evidenzia una netta contrapposizione con l'impiego nel procedimento penale di strumenti tecnico-scientifici

it. dir. proc. pen., 2007, 15; *Id.*, *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010, 174. In argomento, inoltre, A. SCALFATI, *La deriva scienziata dell'accertamento penale*, in *Processo penale e giustizia*, 5, 2011, 144 ss.

⁸ G. GENNARI, *Prefazione*, in U. RICCI, *D.N.A. Oltre ogni ragionevole dubbio*, cit., 6.



che risulta esacerbata da nuove forme di aggressione tecnologica alla sfera dell'individuo rispetto alle quali l'ordinamento giuridico non riesce sempre ad apprestare forme di tutela adeguate.

In particolare, si consideri la prova penale scientifica mediante il *test* del DNA: essa comporta un'aggressione alla sfera individuale della persona coinvolta nell'accertamento penale con riferimento sia alla libertà personale, sia alla riservatezza che nel nostro ordinamento giuridico trova tutela normativa nell'alveo della protezione dei dati personali. In altri termini, l'uomo come entità fisica diviene oggetto di ricerca probatoria anche a prescindere dalla sua collaborazione: qualora non occorra alcuna sua attivazione fisica per lo svolgimento dell'indagine, non può impedire l'emergere di elementi di prova dal proprio corpo. Peraltro, qualora tali elementi probatori siano rappresentati da dati sensibili – come nel caso di dati genetici scaturenti dalla prova del DNA – la loro utilizzazione schiude altre prospettive di tutela con riguardo alla riservatezza dell'individuo latamente intesa come valore a cui ricondurre il diritto di mantenere la propria sfera personale indenne da aggressioni arbitrarie, nonché di contenere la rivelazione e l'uso di dati personali.

Sul versante della tutela dei diritti processuali, qualora la ricostruzione del fatto storico si avvalga della prova del DNA, il problema di fondo consiste nel verificare se il ricorso alle leggi scientifiche possa avvenire nel rispetto dei principi del giusto processo e, in specie, del diritto di difesa.

Peraltro, mette conto evidenziare che oltre alla tutela dei diritti difensivi esiste un altro fronte della riflessione riferibile all'esigenza di attendibilità dell'accertamento apprezzabile con riguardo a tre aspetti: le modalità di acquisizione e di conservazione degli elementi di prova; la qualificazione in termini di ripetibilità o irripetibilità dell'atto investigativo; la necessità di assicurare il contraddittorio in quanto metodo strumentale al controllo delle parti e del giudice sullo strumento scientifico.

Sul piano dei principi è opportuno sottolineare che l'attuale disciplina della prova del DNA è frutto della combinazione di tre elementi: elaborazione giurisprudenziale, interventi legislativi, provvedimenti amministrativi di attuazione.

Il tema della tutela dei diritti inviolabili della persona impone un sintetico riferimento alla giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente chiarito il contenuto della libertà personale precisandone, conseguentemente, l'ambito di tutela: in particolare, occorre tener conto della graduale specificazione delle concettualizzazioni operate dalla Consulta con riferimento agli accertamenti corporali coattivi, attraverso tre pronunce che, in tempi non recenti, hanno affrontato il tema della coercibilità del prelievo ematico.

Innanzitutto, resta valido il criterio distintivo tra misure incidenti e misure non incidenti sulla libertà personale elaborato dalla nota sentenza della Corte costituzionale 27 marzo 1962, n. 30⁹. La Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 4 t.u.l.p.s. nella parte in cui consentiva alla polizia di effettuare rilievi segnaletici, ha distinto tra rilievi riguardanti l'aspetto esteriore della persona e rilievi che si concretizzano in ispezioni personali. I primi, non comportando alcuna menomazione della libertà personale, vengono qualificati come forme di prestazione imposta per ragioni di giustizia e di prevenzione dei reati (ad es. i rilievi dattiloscopici o quelli compiuti su parti del corpo normalmente esposte all'altrui vista); i secondi, invece, sono rilievi suscettibili di incidere sulla libertà fisica o morale della

⁹ C. cost., 27 marzo 1962, n. 30, in *Giur. cost.*, 1962, 241 ss., con nota di R. G. DE FRANCO, *Ancora in tema di rilievi segnaletici di p.s.*: la Consulta dichiarò l'illegittimità dell'art. 4 t.u.l.p.s., in riferimento all'art. 13 Cost., nella parte in cui prevede rilievi segnaletici implicanti ispezioni personali.

persona (così il prelievo ematico, le indagini psicologiche o psichiatriche, i rilievi su parti interne o, comunque, non normalmente esposte del corpo) e rientrano nell'ambito delle ispezioni personali, con conseguente applicabilità dell'art. 13 Cost.

Successivamente i Giudici delle leggi hanno messo in luce, entro una prospettiva più moderna e a fronte dell'evoluzione scientifico-tecnologica, i concetti di dignità, integrità fisica e salute della persona quali limiti della coercizione probatoria¹⁰. Infatti, la Corte costituzionale ha affermato l'intangibilità dei medesimi valori, pur pervenendo, a distanza di dieci anni, a due pronunce dal contenuto opposto: ad esse va ricondotta la genesi dell'attuale disciplina della prova del DNA.

Nel 1986 la Corte¹¹ ha salvato dalla censura di incostituzionalità alcune norme del previgente codice di procedura penale in tema di perizia, ritenendo rispettata la duplice garanzia della riserva di legge e di giurisdizione ex art. 13 Cost. Più precisamente, si è considerata legittima l'esecuzione coattiva del prelievo ematico disposta dal giudice, attraverso lo strumento della perizia medico-legale, per ragioni relative all'accertamento penale. La sentenza in esame ha chiarito che il giudice penale nell'esercizio dei suoi poteri istruttori incontra determinati limiti; la disciplina processuale dei poteri dispositivi e coattivi del giudice, infatti, va letta nel contesto della Costituzione e dei suoi principi fondamentali. Tali limiti sono stati individuati dalla Consulta nella vita, nell'incolumità, nella salute, nella dignità e nell'intimo della psiche della persona. Conseguentemente il giudice il quale disponesse mezzi istruttori tali da mettere in pericolo i predetti beni violerebbe l'art. 2 Cost. che tutela i diritti fondamentali della persona e l'art. 32 Cost. che salvaguarda il diritto alla salute.

Nel 1996 la Corte costituzionale ha confermato l'intangibilità dei medesimi valori dell'uomo (integrità fisica, salute psichica e fisica, dignità), indicati in precedenza, pur rendendo incoercibile il prelievo ematico come momento dell'attività peritale, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 224 comma 2 c.p.p. in relazione all'art. 13 Cost.¹²; infatti, è stato ritenuto lesivo della libertà personale in quanto tecnica invasiva, pure se in minima misura, della sfera corporale e, perciò, non riconducibile all'ispezione intesa quale osservazione esterna della persona. In altri termini, bisogna evidenziare il peculiare rilievo assunto dalla nozione di sfera corporale: l'invasione, seppur minima, di quest'ultima, anche se in concreto non risulta lesiva dell'integrità fisica e della salute, costituisce comunque una restrizione della libertà personale: è questo il caso del prelievo ematico. Dunque, l'invasività dell'accertamento, evocata ma non definita dalla Corte costituzionale, è modalità di lesione della libertà tutelata dall'art. 13 Cost.

Si impone a questo punto una precisazione: secondo la Consulta la tutela dei diritti fondamentali della persona deve essere bilanciata con «l'esigenza di acquisizione della prova del reato» la quale costituisce un «valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità». Tale affermazione è espressione di un principio fondamentale: stante il diritto alla prova nel processo penale non esiste una materia di per sé non indagabile¹³.

¹⁰ Gli artt. 2, 13 e 32 Cost. delineano la dimensione costituzionale del corpo; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, cit., 143 ss.

¹¹ C. cost., sent. 24 marzo 1986, n. 54, in *Giur. cost.*, 1986, 387 ss.

¹² C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, 2142 ss.

¹³ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno alla legge*, cit., 885.

È noto come per ricomporre il quadro di tutela dei diritti fondamentali che vengono in gioco rispetto alla formazione della prova del DNA importanti indicazioni provengano dalla giurisprudenza europea che, per ragioni di economia espositiva, non è possibile ora analizzare. Tuttavia, si consideri che dalla riflessione dottrinale è emerso un legame, tra Costituzione e diritto europeo, che rinvia la copertura costituzionale del principio di proporzionalità, già vessillo del diritto europeo, nella clausola del giusto processo: non si potrebbe definire giusto un processo che dovesse comprimere i diritti fondamentali coinvolti nell'indagine genetica in misura eccedente la stretta necessità¹⁴. Il principio di proporzionalità, di matrice giurisprudenziale nell'ordinamento giuridico tedesco¹⁵, è oggetto di esteso interesse dottrinale con riferimento ai più diversi contesti in cui si esplica la potestà pubblica, compreso quello penale. Per quanto qui interessa, viene in considerazione la dimensione applicativa maggiormente estesa del principio, ossia la prospettiva, consolidata in ambito sovranazionale, della proporzionalità come criterio di controllo delle limitazioni imposte dalla pubblica autorità ai diritti fondamentali¹⁶. Il *test* di proporzionalità si è radicato nel ragionamento della Corte di giustizia dell'Unione europea assumendo la struttura tripartita concettualizzata dalla Corte costituzionale tedesca nell'ambito di giudizi di costituzionalità relativi alla tutela di diritti fondamentali¹⁷. È necessario osservare che il canone della proporzione ricorre anche nel modo di argomentare della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma spesso trova una più sfumata espressione nel bilanciamento tra diritti individuali e interesse generale¹⁸. In definitiva, il *test* di proporzionalità, da modello interpretativo germinato dal diritto europeo è divenuto un modello globale applicabile dalle Corti europee e nazionali per valutare la legittimità delle ingerenze dei pubblici poteri limitative dei diritti fondamentali della persona. Quanto all'operatività del principio nel diritto processuale penale interno, l'unica previsione espressa della

¹⁴ Così, con riferimento all'art. 224-bis comma 5 c.p.p. che, in caso di prelievo processuale, impone il rispetto della dignità e del pudore del soggetto passivo nonché la scelta delle tecniche meno invasive, A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigativa e regole processuali*, in *Proc. pen. e giust.*, 6, 2015, 168-169. Sull'esigenza che vengano rispettate le clausole del giusto processo ed in specie l'equità processuale in quanto parametro creato dalla Corte europea adottato anche dagli organi legislativi dell'Unione come clausola aperta, v. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R.E. KOSTORIS, (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2017, 70.

¹⁵ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Padova, 2017, 29 ss.

¹⁶ A sostegno della valenza generale del principio in questione basti ricordare l'art. 52 CDFUE che ha elevato la proporzionalità a metodo di controllo per la tutela dei diritti fondamentali nel processo penale. Un'altra disposizione fondamentale è l'art. 8 CEDU che subordina la legittimità delle misure che derogano al divieto di interferenze da parte delle autorità nazionali nella vita privata dei singoli, accanto al rispetto della riserva di legge e alla sussistenza di uno scopo legittimo, alla necessità della misura in una società democratica: è questo il parametro su cui si fonda lo scrutinio di proporzionalità da parte dei giudici di Strasburgo. Su tali temi V. MANES, *Il giudice nel suo labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 144 ss.; V. MARCHESE, *Principio di proporzionalità, diritti fondamentali e processo penale*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, 386; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela progressiva dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1139 ss.

¹⁷ In altri termini, lo scenario sovranazionale appare dominato dal modello tedesco che assume la proporzione come criterio di valutazione della legittimità dell'intervento dei pubblici poteri declinato, secondo la teoria dei tre gradini, in sotto-criteri riguardanti l'idoneità, la necessità e la adeguatezza o proporzionalità in senso stretto della misura.

¹⁸ M. GIALUZ, P. SPAGNOLO, sub art. 5, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBLESKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012, 145; V. MARCHESE, *Principio di proporzionalità, diritti fondamentali e processo penale*, cit., 384.



proporzionalità si rinviene in materia di misure cautelari personali (art. 275 comma 2 c.p.p.), ma l'applicabilità del principio è stata recentemente estesa in via interpretativa alle cautele reali¹⁹ per poi coprire tutte le ipotesi in cui esigenze di accertamento giurisdizionale giustifichino la compressione di un diritto inviolabile dell'individuo: la proporzionalità diventa corollario dell'invulnerabilità delle sfere di libertà protette dalla Costituzione e implica un ripensamento della disciplina del procedimento penale ogni volta in cui sia necessario operare un bilanciamento tra diritto individuale e interesse della comunità. Peraltro, anche se sul piano giurisprudenziale il test di proporzionalità non è stato ancora teorizzato compiutamente come modello interpretativo²⁰, il canone di proporzione costituisce un fattore di coerenza dell'intero diritto processuale penale. Così, il canone di proporzione informa di sé la disciplina della prova del DNA sia con riferimento alla misura della coercizione probatoria, in ordine al prelievo di materiale biologico, sia con riguardo alla salvaguardia della riservatezza rispetto alla conservazione dei dati genetici e alla cooperazione informativa.

3. L'istituzione della Banca dati nazionale del DNA: le due anime della legge n. 85 del 2009

La legge 30 giugno 2009, n. 85 è intervenuta a disciplinare una materia complessa caratterizzata dalla necessitata convivenza tra diritto e categorie concettuali mutuata dalla medicina legale, dalla genetica e dalla biologia²¹. La novella, che ha trovato esplicitazione in un contesto giuridico – operativo caratterizzato da «ritardi legislativi e culturali»²² nell'ottica di un necessario adeguamento a determinati atti delle istituzioni europee e a specifici accordi internazionali, ha autorizzato il Presidente della Repubblica ad aderire al Trattato di Prüm del 27 maggio 2005 e, a tale scopo²³, ha previsto l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA e del Laboratorio centrale, due nuovi organismi strumentali alla identificazione personale per l'autorità giudiziaria e alla collaborazione internazionale tra forze di polizia.

La legge in esame ha determinato alcune modifiche del codice di procedura penale nel quale è stata finalmente introdotta la disciplina degli accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale con specifico riferimento all'acquisizione del profilo genetico di una persona: si è attribuito al giudice il potere di disporre il prelievo forzoso (o accertamenti medici coattivi) in sede di perizia dibattimentale o in incidente probatorio; si è delineata altresì l'iniziativa del pubblico ministero sottoposta, però, alla autorizzazione o alla convalida del giudice per le indagini preliminari, palesando l'intento di ripristinare, in materia di accertamenti corporali la centralità del giudice²⁴. Il legislatore, per dare attuazione alla

¹⁹ Ampiamente G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., 37 ss.

²⁰ V. MARCHESE, *Principio di proporzionalità, diritti fondamentali e processo penale*, cit., 382 ricorda come, particolarmente nella giurisprudenza costituzionale, il principio di proporzionalità sia evocato quale espressione del canone generale della ragionevolezza (sent. 1 giugno 1995, n. 220).

²¹ A. PRESUTTI, *L'acquisizione forzosa dei dati genetici tra adempimenti internazionali e impegni costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 551.

²² G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, 1220.

²³ L'adesione al Trattato di Prüm pone due distinte condizioni a carico di ciascuna Parte contraente: l'obbligo di istituire una banca dati nazionale del DNA prima del deposito dello strumento di ratifica (artt. 2.1 e 2.3) e l'onere di alimentare la banca dati (artt. 2.2 e 7): F. GANDINI, *Il Trattato di Prüm articolo per articolo. Ecco le nuove frontiere per la sicurezza*, in *Dir. giust.*, 2006, 37, 56.

²⁴ C. GABRIELLI, *La decisione del "prelievo" torna al giudice*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 68; EAD., *Il prelievo coattivo a fini peritali*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1227.

riserva dell'atto motivato dell'autorità giudiziaria che l'art. 13 Cost. prescrive quale condizione di legittimità delle limitazioni della libertà personale, accanto alla specifica indicazione dei casi e modi della coercizione, ha delineato una disciplina ispirata al principio del minimo sacrificio necessario per la libertà personale e corporale del soggetto passivo e ha imposto il canone della proporzionalità come metodo generale da seguire per adeguare la tutela costituzionale dei diritti individuali a fronte delle aggressioni derivanti dall'evoluzione tecnico-scientifica.

Bisogna sottolineare che la novella del 2009, prevedendo l'istituzione della Banca dati del DNA e disciplinando l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici, è subito apparsa caratterizzata dalla ricerca di nuovi equilibri tra sfera individuale e impiego processuale di strumenti tecnico-scientifici. Proprio dall'impianto normativo emergono nettamente due differenti ambiti di disciplina, ciascuno dei quali esprime un determinato bilanciamento tra l'esigenza di ricostruzione del fatto storico e alcuni valori determinati: la riservatezza, in relazione all'archiviazione nella Banca dati nazionale di profili genetici tipizzati dal Laboratorio centrale (artt. 5-20); la libertà personale, con riguardo al prelievo di materiale biologico e agli accertamenti medici coattivi disposti dall'autorità giudiziaria nel procedimento penale (artt. 24-29)²⁵.

In sostanza, si è previsto l'ingresso nella Banca dati nazionale di determinati flussi di dati genetici di varia provenienza i quali, strumentali rispetto al perseguimento di differenti finalità, configurano collegamenti di intensità diversificata tra Banca dati e procedimento penale. In altri termini si delineano determinati canali di approvvigionamento della Banca dati nazionale del DNA: di questi solo uno, ossia la fattispecie relativa ai profili genetici tratti dal materiale biologico prelevato da persone scomparse, da loro consanguinei o da cadaveri non identificati²⁶, come vedremo, non condivide con gli altri canali una diretta finalità processuale di ricostruzione del fatto storico di reato e di individuazione del colpevole; la conseguente carenza, di regola, di un collegamento probatorio con il processo penale incide sulla relativa disciplina, assai asciutta, delineata nella legge e nel provvedimento di attuazione in ordine alla acquisizione del materiale biologico e alla tutela della riservatezza dei consanguinei fornitori di campioni biologici per il raffronto.

Ebbene, proprio questo canale di immissione di dati genetici nella Banca dati nazionale del DNA conferisce peculiarità all'archivio genetico del nostro Paese: esso costituisce uno dei pochi *database*²⁷ che consentono la raccolta dei profili genetici delle persone scomparse e dei loro consanguinei, per agevolare il riconoscimento dei resti cadaverici, permettendo di identificare il corpo di una persona scomparsa anche dopo anni dalla data della sparizione.

Si consideri inoltre che lo strumento del database genetico risulta particolarmente efficiente proprio nei casi di rinvenimento di cadaveri o resti umani non identificati perché lo sfruttamento dei vantaggi

²⁵ Per una sintesi della disciplina sia consentito il rinvio a P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in TONINI, FELICIONI, SCARCELLA, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, DPP 2009, 11, *Speciali Banche dati*, 6.

²⁶ L. CALIFANO, *Trattamento di dati genetici e tutela della riservatezza*, in AA. VV., *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, in SCAFFARDI (a cura di), Bologna, 2019, 91.

²⁷ Sulle biobanche o *database* si rinvia alla sintesi di G. NOVELLI, I PIETRANGELI, *Le biobanche per uso forense*, in F. Boem, L. Marelli (a cura di), *Elementi per una genetica forense*, Milano, 2012, 107. Per un quadro più generale entro una prospettiva comparatistica si veda L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona. Uno studio comparato sull'uso (e abuso) delle Banche dati del DNA a fini giudiziari*, Milano, 2017.

dell'archivio informatico consente un continuo e importante scambio di dati tra le varie forze di polizia anche al di fuori del territorio nazionale e con la magistratura. Peraltro, se la finalità ordinaria del riconoscimento di cadaveri o di resti biologici presenta necessariamente una ricaduta socialmente rilevante, pur a fini diversi dal contributo alla soluzione di casi giudiziari, può comunque recare in sé una *notitia criminis* finendo con il confluire, quindi, anche in una finalità di giustizia²⁸.

3.1. L'acquisizione di dati genetici tra coazione e consenso

Il legislatore del 2009 ha disciplinato l'acquisizione coattiva del campione biologico mediante differenti modelli di prelievo: viceversa, rimane non regolamentata l'ipotesi di prelievo di materiale biologico su consenso del soggetto passivo (indagato, imputato o una terza persona) nella vicenda processuale penale.

Prevalentemente teso alla tutela della libertà personale il modello di prelievo di materiale biologico con finalità probatoria processuale trova collocazione nel codice di rito penale ed è riconducibile alla disciplina degli accertamenti incidenti sulla libertà personale in sede dibattimentale o nelle indagini preliminari: si tratta della disciplina del prelievo avente ad oggetto il materiale biologico di persona, identificata e vivente (indagato, imputato, persona offesa, terzi), non ristretta nella libertà personale. Tale attività si inserisce nell'*iter* formativo della prova del DNA in quanto accertamento necessitato dallo sviluppo della vicenda processuale per la ricostruzione del fatto: si può qualificare come prelievo "processuale"²⁹ quando si verifica in sede dibattimentale, ed "investigativo" qualora venga effettuato durante le indagini preliminari. Si noti che questa disciplina trova applicazione anche nel caso in cui l'Italia venga richiesta da un altro Stato europeo di effettuare il prelievo di materiale biologico di un soggetto che si trovi nel territorio italiano (prelievo "transnazionale"³⁰). In altri termini, qualora si tratti

²⁸ G. LAGO, *Banche dati nazionali del DNA a fini forensi: impatto operativo e parametri di efficacia*, in AA. Vv., *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, in SCAFFARDI (a cura di), Bologna, 2019, 126.

²⁹ Così definito da P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, cit., 886.

³⁰ L'art. 7 del Trattato e della decisione Prüm garantiscono la mutua assistenza tra gli Stati anche con riguardo al prelievo di materiale biologico dalla persona. L'autorità giudiziaria di uno Stato, qualora nell'ambito di un procedimento penale in corso, abbia necessità di acquisire il profilo del DNA di una persona che si trova in un altro Stato, ne fa richiesta a quest'ultimo presentando un apposito mandato, emesso dall'autorità competente, dal quale risulti che prelievo e analisi del DNA sarebbero ammissibili in un analogo caso interno. L'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, se non dispone di tale profilo, dovrà procedere al prelievo di materiale genetico, alla tipizzazione del profilo del DNA e alla trasmissione dello stesso. Si tratta di un vero e proprio obbligo di assistenza giudiziaria: lo Stato richiesto, qualora sussistano le condizioni previste dall'art 7, non può opporre un rifiuto. Tutte le attività riconducibili allo strumento di cooperazione informativa *de quo* devono svolgersi secondo le modalità previste dalla legislazione interna dello Stato richiesto e con le forme di tutela dei diritti fondamentali del titolare del profilo genetico compresi da tali attività. Su tali temi, F. GANDINI, *Il Trattato di Prüm articolo per articolo. Ecco le nuove frontiere per la sicurezza. Banche dati antiterrorismo e interventi congiunti in 7 Stati Ue*, cit., 60

di indagato o imputato liberi, o di un terzo³¹, l'acquisizione³² del campione biologico³³ è collocata nell'ambito della perizia (art. 224-*bis* c.p.p.) o dell'accertamento tecnico del pubblico ministro (art. 359-*bis* c.p.p.) secondo uno schema procedimentale basato sull'alternativa tra consenso³⁴ dell'interessato e coazione esplicabile, nel caso in cui risulti assolutamente indispensabile³⁵, solo con provvedimento del giudice.

Si tratta di dati genetici appartenenti a persone identificate che servono (e debbono restare) all'interno del procedimento penale nel quale esauriscono la propria strumentalità alla ricostruzione del fatto storico, senza necessità di inserimento ai fini di conservazione nella Banca dati nazionale del DNA; saranno ivi archiviati soltanto nel caso di esecuzione di condanna a pena detentiva o di un provvedimento restrittivo della libertà personale.

In tale ultima evenienza si attiva la procedura riconducibile al secondo modello: si tratta del prelievo "istituzionale"³⁶ relativo all'indagato o all'imputato ristretti nella libertà personale durante il procedimento penale o dopo la condanna definitiva. In questa ipotesi la disciplina, extracodicistica, delinea un modello di prelievo di materiale biologico con finalità extraprocessuale individuando, altresì, il principale canale di alimentazione della Banca dati del DNA: non vi è la finalità di ricostruzione del fatto storico nel procedimento penale in corso, trattandosi di un prelievo di materiale biologico strumentale

³¹ Sulla legittimità del prelievo coattivo di materiale biologico nei confronti di terzi non indagati, Cass., sez. I, 17 gennaio 2019, n. 28538, in *Dir. & Giust.*, 121, 2019, 6, con nota di A UBALDI. Nel caso di specie, nell'ambito di un procedimento penale per omicidio, il p.m. ha ottenuto dal g.i.p. l'autorizzazione a disporre un prelievo coattivo di materiale biologico nei confronti di un uomo ritenuto vicino all'indagato o, comunque, frequentatore di quest'ultimo nel giorno del delitto: il p.m. aveva fondato la richiesta sul rinvenimento sull'arma utilizzata nel crimine, di materiale biologico non attribuibile all'accusato. Inoltre, secondo Cass., sez. I, 8 marzo 2019, n. 37830, in *Cass. pen.*, 2020, 3, 1207, «L'ordinanza che dispone l'acquisizione coattiva di materiale biologico nei confronti di un terzo non sottoposto ad indagini deve essere notificata soltanto a quest'ultimo e non anche al difensore di fiducia che il medesimo abbia eventualmente nominato».

³² Cass., sez. II, 27 novembre 2014, n. 2476, in *CED*: «In tema di accertamenti tecnici su materiale biologico, ove nell'attività di estrazione dei campioni sia necessario l'intervento coattivo sulla persona, al prelievo può provvedere direttamente il pubblico ministero attraverso la nomina di un consulente tecnico, previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 359-*bis* c.p.p. oppure il perito nominato dal giudice, nel caso in cui all'analisi estrattiva e comparativa del profilo genetico si proceda nelle forme dell'incidente probatorio».

³³ Il campione biologico è definito dal legislatore come la «quantità di sostanza biologica prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA» (art. 6, lett. c).

³⁴ Cass., sez. V, 7 febbraio 2017, n. 12800, in *Cass. pen.*, 2017, 10, p. 3716: «In tema di perizia o di accertamenti tecnici irripetibili sul DNA, al prelievo genetico (nella specie di un campione id saliva) effettuato con il consenso dell'indagato non è applicabile la procedura garantita prevista dal combinato disposto degli artt. 224-*bis*, 349 e 359-*bis* c.p.p. e neppure vi è la necessità dell'assistenza di un difensore».

³⁵ In giurisprudenza Cass., sez. I, 20 novembre 2013, n. 48907, in *Dir. & Giust.*, 6 dicembre 2013, con nota di A. UBALDI, *Campioni biologici reperiti all'insaputa dell'interessato: si può fare?*: «In tema di raccolta di materiale biologico non è necessario ricorrere alla procedura prevista dall'art. 224 *bis* c.p.p. se il campione biologico sia stato acquisito in altro modo, con le necessarie garanzie sulla provenienza dello stesso e senza alcun intervento coattivo sulla persona».

³⁶ Si tratta infatti di un prelievo che avviene per legge ad opera di personale specializzato della polizia giudiziaria o penitenziaria: il fondamento è ravvisato, dalla Relazione al Disegno di legge, nella considerazione secondo cui la detenzione è la massima limitazione della libertà personale ed è disposta dal giudice; pertanto, il soggetto che si trova in tale situazione può legittimamente subire quella più blanda compressione della propria libertà che si concretizza nel prelievo di campioni di mucosa (*rectius* saliva) del cavo orale. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, (2015), cit., 532.



a tipizzare profili genetici di soggetti identificati e sottoposti a provvedimenti restrittivi della libertà personale. Tuttavia, poiché tali profili sono destinati a costituire il bacino di dati con i quali raffrontare i profili genetici ignoti provenienti da altri procedimenti penali, si individua una potenziale finalità probatoria della conservazione dei dati genetici. Conseguentemente, l'art. 9 della legge n. 85 detta una disciplina essenziale del prelievo, quasi dandone per scontata l'esecuzione coattiva che avviene senza necessità del provvedimento giudiziale: probabilmente il legislatore ha calibrato la disciplina sulla considerazione della prevalente finalità di tutela della riservatezza del titolare del profilo di DNA inserito nella Banca dati senza un immediato impiego probatorio nel processo penale in corso.

Dal quadro brevemente tracciato dei modelli coattivi di acquisizione del materiale biologico necessario al raffronto tra profili genetici a fini di giustizia esula l'unica ipotesi di prelievo consensuale esplicitata, peraltro, soltanto nel regolamento di attuazione n. 87 del 2016. Infatti, l'art. 9 della legge n. 85 del 2009 non prevedeva l'alternativa tra consenso o coazione nel caso di prelievo biologico finalizzato alla tipizzazione dei profili del DNA di persone scomparse o di cadaveri (o resti cadaverici) di sconosciuti, volta all'identificazione. Viceversa, il regolamento di attuazione, ribadita la finalità strettamente identificativa della conservazione di tali profili in un sottoinsieme della Banca dati, prevede la possibilità del prelievo di materiale biologico da un consanguineo per incrementare il potere identificativo del profilo di DNA (art. 6, comma 1, reg. att.) e subordina esplicitamente l'operazione alla disponibilità del soggetto passivo.

L'espressa previsione della volontarietà del prelievo, dunque, colma una lacuna della disciplina del 2009 attinente, appunto, alla mancanza di disposizioni legislative sulle modalità dell'eventuale prelievo e sulle relative garanzie a fronte della compressione della libertà personale dei consanguinei³⁷. Evidentemente il legislatore del 2009 si è occupato di regolare le ipotesi di prelievo di materiale biologico soltanto in termini di coercizione a fini probatori nell'ambito di un procedimento penale³⁸: le relative disposizioni codicistiche, per intendersi, non si applicano ai profili genetici volontariamente forniti dai consanguinei allo scopo di ritrovare i propri familiari. Solo nel caso in cui si riscontri un'indiretta utilità in un procedimento penale questi profili potrebbero essere utilizzati in indagini penali, applicandosi la disciplina generale; altrimenti restano conservati in uno specifico segmento del *database* nazionale, consultabile in caso di ricerche di scomparsi, ma non per esigenze di giustizia³⁹.

3.2. L'archiviazione dei profili genetici

Allo scopo di consentire la comparazione tra profili del DNA da prelievo "istituzionale" e profili del DNA tratti da tracce biologiche rinvenute sul luogo del delitto e non attribuiti ad alcuno⁴⁰, il legislatore del 2009 ha previsto l'istituzione di organismi distinti sul piano strutturale e funzionale, la Banca dati

³⁷ A. D'AMATO, *La banca-dati nazionale del DNA e le modifiche al codice di procedura in tema di prelievi coattivi di materiale biologico a fini di prova*, cit., 221; P. FELICIONI, *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici*, cit., 159.

³⁸ Volendo, P. FELICIONI, *La prova del DNA nel procedimento penale. Profili sistematici, dinamiche probatorie, suggestioni mediatiche*, cit., 143 ss.

³⁹ L. SCAFFARDI, *L'impiego processuale del DNA fra giustizia genetica e garanzie costituzionali: quali sfide per il diritto (e per la Costituzione)*, in *Biolaw Journal, Special Issue*, 2, 2019, 517

⁴⁰ *Camera dei Deputati, Servizio Studi, Documentazione per l'esame dell'AG 202, Dossier n. 206 - Schede di lettura*, 12 settembre 2015.

nazionale del DNA e il Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale. In sintesi, si può evidenziare che il legislatore, mediante l'istituzione di tali organi, ha iniziato a esplicitare le reciproche relazioni tra protezione dei dati personali e procedimento penale⁴¹ ed, inoltre, ha tracciato nuove dinamiche nei rapporti internazionali⁴², creando un sistema capace di assicurare il controllo sia sulle procedure di immissione dei dati, sia sul corretto impiego degli stessi⁴³.

La creazione delle due strutture presso differenti amministrazioni ha permesso di tenere distinti il luogo di raccolta e di confronto dei profili del DNA, ai quali provvede la Banca dati (presso il Ministero dell'interno, Dipartimento della pubblica sicurezza), dal luogo in cui vengono conservati i campioni biologici e tipizzati i profili dei soggetti *in vinculis* per ragioni processuali, ossia il Laboratorio centrale (presso il Ministero della giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria) (art. 5). La distinzione logistica e gestionale delle due strutture risponde ad una *ratio* garantista⁴⁴.

Più precisamente l'attività della Banca dati comprende la raccolta e il raffronto di profili genetici a fini di identificazione. Infatti, l'archivio genetico deve contenere, per future comparazioni, tre tipologie di profili genetici: quelli attribuiti a persone identificate ristrette nella libertà personale (soggetti arrestati o fermati, indagati, imputati, condannati o internati) (art. 9), quelli appartenenti a persone scomparse o loro consanguinei, a cadaveri e resti cadaverici non identificati (art. 7 lett. c) e, infine, quelli tipizzati da reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali (art. 10).

Il Laboratorio centrale, invece, ha il compito di tipizzare i profili del DNA da prelievo "istituzionale", ossia dei soli soggetti ristretti nella libertà personale individuati dall'art. 9 e, successivamente, di inviarli con un *file* alla Banca dati: i relativi campioni biologici sono conservati dal medesimo Laboratorio (art. 8). Dunque, alla Banca dati nazionale i profili genetici differenti da quelli ora menzionati giungono, al fine di essere ivi conservati, da altri laboratori specializzati. In definitiva, la legge stabilisce che soltanto i laboratori delle forze di polizia e quelli di elevata specializzazione accreditati si occupano di tipizzare il DNA estratto dai reperti reperiti sulla scena del crimine, da resti cadaverici e da campioni biologici appartenuti a individui scomparsi o loro consanguinei⁴⁵.

⁴¹ Vale la pena di evidenziare che la maggior parte delle disposizioni del Codice della *privacy* del 2003 non si applica ai settori della polizia, della sicurezza e della giustizia, quasi che, per questi aspetti, il Codice fosse indifferente al processo penale. Da tempo, dunque, si attendeva un intervento legislativo a cominciare proprio dalla previsione di un archivio centrale dei dati genetici.

⁴² Per un approfondimento, v. F. CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 2009, 4440; G. DI PAOLO, *La circolazione dei dati personali nello spazio giudiziario europeo dopo Prüm*, in *Cass. pen.*, 5, 2010, 1969 ss.; C. FANUELE, *Lo scambio di informazioni a livello europeo*, in L. FILIPPI, P. GUALTIERI, P. MOSCARINI, A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, 2010, 19 ss.; M. GIALUZ, *La tutela della privacy nell'ambito del trattamento domestico dei dati genetici e della cooperazione informativa*, in A. SCARCELLA (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., 176 ss.

⁴³ P. RIVELLO, *Alcune osservazioni in ordine alla banca dati nazionale del DNA*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2016, 1525.

⁴⁴ Volendo, P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, cit., 8; P. RIVELLO, *Alcune osservazioni in ordine alla banca dati nazionale del DNA*, cit., 1526.

⁴⁵ S. PELOTTI, *L'accreditamento dei laboratori di genetica forense: l'inizio di una nuova fase storica, non senza vittime*, in AA. VV., *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, a cura di L. SCAFFARDI, Bologna, 2019, 144.

Si consideri la finalità della nuova disciplina, esplicitata dal legislatore⁴⁶: si tratta dell'identificazione degli autori dei reati (artt. 5 e 12, comma 2) attraverso il raffronto che è compiuto mediante l'accesso alla Banca dati nazionale⁴⁷. La consultazione dell'Archivio nazionale oltre a ridurre i tempi delle indagini⁴⁸ è utile per i seguenti motivi: 1) si può individuare l'autore di un reato, al momento sconosciuto, mediante la comparazione tra il profilo genetico, che questi ha lasciato sul luogo del delitto o sulla vittima, ed i profili genetici archiviati nella Banca nazionale del DNA; 2) possono essere messi in relazione più fatti di reato al fine di accertare se sono stati commessi dalla medesima persona; 3) si può produrre un effetto di contenimento della recidiva considerando la facilità di individuazione del colpevole il cui profilo sia conservato nell'archivio genetico⁴⁹; 4) si può procedere alla identificazione di persone scomparse o ignote o delle quali sono disponibili resti cadaverici.

Ebbene, se nei primi tre casi menzionati, l'esito del raffronto può essere l'acquisizione di un elemento di prova utile sia per affermare, sia per escludere la responsabilità di un imputato di un reato⁵⁰, con riguardo all'ultima ipotesi, qui d'interesse, si deve precisare meglio che accanto alla finalità – immediata – di identificazione di persone scomparse o ignote può aggiungersi una strumentalità – mediata – rispetto all'accertamento del fatto storico nel procedimento penale ogni volta in cui l'identificazione di un corpo senza nome rilevi processualmente, come, ad esempio, nel caso di delitti di criminalità mafiosa: si pensi alla necessità di verificare l'attendibilità delle dichiarazioni di un collaboratore di giustizia che riveli la presenza di cadaveri di persone scomparse in fondo ad un pozzo artesiano in campagna; si pone la necessità di identificare le persone cui appartengono i resti ossei mediante il confronto con materiale biologico fornito dai familiari.

⁴⁶ Peraltro, qualsiasi impiego difforme è penalmente sanzionato (art. 14 l. n. 85 del 2009. Si vedano MARCHESE, CAENAZZO, RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, n. 85*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1882. Il quadro è completato dalla previsione di istituzioni di garanzia (art. 15) in funzione di tutela sia della riservatezza, sia dell'attendibilità del dato scientifico: al Garante per la protezione dei dati personali è assegnato il ruolo di vigilanza e controllo sulla Banca dati nazionale scandito in poteri istruttori, prescrittivi e sanzionatori secondo le modalità delineate dal Codice *privacy* e dal GDPR (Regolamento generale sulla protezione dei dati personali UE 2016/679 attuato con d.lgs. 2018/101); al Comitato nazionale per la biosicurezza e le biotecnologie e le scienze della vita (CNBBSV) è attribuito il compito di garantire l'osservanza dei criteri e delle norme tecniche per il funzionamento del Laboratorio centrale e di eseguire, sentito il Garante, verifiche presso il medesimo laboratorio e i laboratori che lo alimentano. In argomento L. CALIFANO, *Trattamento di dati genetici e tutela della riservatezza*, in AA. VV., *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, in L. SCAFFARDI (a cura di), Bologna, 2019, 91; A. LENZI, P. GRAMMATICO, *Il Comitato di biosicurezza, biotecnologia e scienze della vita e il suo compito di verifica per la Banca dati nazionale del DNA*, in AA. VV., *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, in L. SCAFFARDI (a cura di), Bologna, 2019, 100.

⁴⁷ A proposito degli effetti prodotti dall'impiego di database genetici a fini di giustizia, si sottolineano, anche sulla base dell'esperienza di altri Paesi, riflessi in termini di tutela della sicurezza, incremento della cooperazione internazionale, incremento della fiducia nelle istituzioni, risparmio di risorse investigative, deterrenza e prevenzione del crimine. Così G. LAGO, *Banche dati nazionali del DNA a fini forensi: impatto operativo e parametri di efficacia*, cit., 125

⁴⁸ R. BIONDO, *Il DNA come prova di innocenza e la Banca dati nazionale del DNA*, in AA. VV., *L'errore giudiziario*, in LUPARIA (a cura di), Milano, 2021, 707; G. LAGO, *Banche dati nazionali del DNA a fini forensi: impatto operativo e parametri di efficacia*, cit., 123.

⁴⁹ R.V. O. VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano, 2013, 410

⁵⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 2020, 591.

Infine, come accennato, la regolamentazione legislativa della prova del DNA è integrata da alcuni provvedimenti amministrativi. Innanzitutto, Banca dati e Laboratorio centrale sono divenuti operativi a seguito dell'emanazione del Regolamento attuativo (d.p.r. 7 aprile 2016, n. 87)⁵¹, il cui oggetto è delimitato con riferimento alle modalità di funzionamento e di organizzazione della Banca dati e del Laboratorio centrale, nonché allo scambio di dati sul DNA per finalità di cooperazione transfrontaliera di cui alle Decisioni 2008/615/GAI⁵² e 208/616/GAI del 23 giugno 2008 (art. 1 reg. att.). In altri termini, il provvedimento di attuazione è volto a regolare: le attività di raccolta e di raffronto automatizzato di profili genetici effettuate dalla Banca dati mediante un *software* organizzato su due livelli rispettivamente impiegati a fini investigativi in ambito nazionale e per finalità di collaborazione internazionale; le attività di tipizzazione del DNA svolte da parte del Laboratorio centrale. Bisogna evidenziare che dal testo del provvedimento di attuazione emergono determinate linee di tendenza che, entro una prospettiva di tutela sia della riservatezza dei titolari dei profili del DNA, sia dell'attendibilità dell'accertamento genetico, costituiscono aspetti innovativi rispetto al testo legislativo del 2009⁵³.

Si deve sottolineare che la raccolta dei profili del DNA di persone scomparse o loro consanguinei, di cadaveri e resti cadaverici non identificati analizzati dai laboratori della Scientifica della Polizia di Stato e dell'Arma dei Carabinieri è iniziata il 19 gennaio 2017, con l'entrata in vigore del decreto del Ministro dell'Interno 8 novembre 2016 e il conseguente inizio di attività della Banca dati nazionale del DNA.

4. I principi che regolano l'attività della Banca dati nazionale del DNA

La disciplina della Banca dati nazionale si ispira ad alcuni principi fondamentali che costituiscono i "fari" della materia⁵⁴, riguardando tutte le tipologie di dati genetici che confluiscono nell'Archivio.

Si tratta dei principi di pertinenza, di tracciabilità, di riduzione del rischio di un uso scorretto, del minimo sacrificio della riservatezza, di proporzionalità e di non eccedenza rispetto al fine.

In base al principio della "pertinenza del dato", la raccolta di un profilo genetico deve perseguire soltanto una finalità di identificazione personale; e, infatti, ai sensi dell'art. 11, comma 3, l. n. 85, «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».

Il principio della "tracciabilità" è tutelato nel momento del trattamento e dell'accesso ai dati; e, infatti, l'art. 12, comma 3, l. n. 85, dispone che «il trattamento e l'accesso ai dati [...] sono effettuati con

⁵¹ C. FANUELE, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela*, in *Proc. pen e giust.*, 1, 2017, 121 ss.; P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2016, p. 724 ss.; P. RIVELLO, *Alcune osservazioni in ordine alla banca dati nazionale del DNA*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2016, 1521 ss.

⁵² Nota come "decisione Prüm", si colloca nella direttrice tracciata dal Programma de L'Aia adottato dal Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004 il quale ha fissato il "principio di disponibilità delle informazioni". La decisione 615 recepisce l'indicazione optando in favore di uno scambio diretto incentrato sull'accesso *on line* delle banche dati straniere. Così G. DE AMICIS, *La cooperazione orizzontale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., 249.

⁵³ Volendo, P. FELICIONI, *La prova del DNA nel procedimento penale. Profili sistematici, dinamiche probatorie, suggestioni mediatiche*, cit., 299.

⁵⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 2020, 596.

modalità tali da assicurare la identificazione dell'operatore e la registrazione di ogni attività» (v. art. 3 reg. att.).

Il principio della “riduzione del rischio di un uso scorretto” è perseguito assicurando l'anonimato iniziale tra il dato genetico e la identificazione del soggetto a cui è riferito (altri lo definiscono “separatazza” dei dati). Infatti, ai sensi dell'art. 12, comma 1, l. n. 85 «i profili del DNA e i relativi campioni non contengono le informazioni che consentono la identificazione diretta del soggetto, cui sono riferiti»⁵⁵. Il principio del “minimo sacrificio della riservatezza” è assicurato mediante la cancellazione del profilo genetico in presenza di una sentenza definitiva di assoluzione con formula ampiamente liberatoria, e cioè perché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato, o il fatto non è previsto dalla legge come reato (art. 13, comma 1, l. n. 85). Si tratta di provvedimenti che chiudono in modo definitivo il processo penale; mentre tutte le differenti pronunce liberatorie lasciano aperta la possibilità che il processo prosegua in presenza di nuove prove o di esigenze investigative: si pensi al provvedimento di archiviazione o alla sentenza di non luogo a procedere, pronunciata nell'udienza preliminare. Parte della dottrina ha ritenuto non ragionevole tale opzione legislativa, poiché troppo sbilanciata sul terreno delle esigenze di sicurezza pubblica e poco attenta alla posizione dei soggetti “archiviati” o prosciolti, per i quali dovrebbe valere il principio di presunzione di innocenza⁵⁶. Il principio della “proporzionalità” tra il sacrificio della riservatezza e la gravità del delitto limita l'inserimento istituzionale al profilo genetico prelevato da tutti coloro che sono stati ristretti nella libertà personale (in base a una condanna definitiva o ad un provvedimento cautelare) per i soli delitti dolosi o preterintenzionali che consentono l'arresto in flagranza.

Il principio della “non eccedenza dello strumento rispetto al fine perseguito” riguarda il momento in cui interviene la cancellazione; peraltro, l'impossibilità di una conservazione *sine die* dei dati genetici, per violazione dell'art. 8 C.e.d.u., è stata affermata a chiare lettere dalla Corte europea⁵⁷. La disciplina normativa tende a proteggere l'ordinamento rispetto alla possibile recidiva del reo. A tale proposito il riferimento va all'art. 13, c. 4, impone di cancellare, al termine di 40 anni «dall'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento», quei profili genetici che sono conservati nella Banca dati nazionale, salvo il termine più breve previsto nel regolamento di attuazione. Detto termine, secondo la Relazione governativa, rappresenta un lasso di tempo congruo per superare il periodo di plausibile recidiva. Successivamente l'art. 25 reg. att. ha precisato che i profili ottenuti attraverso il prelievo istituzionale (art. 9 l. n. 85) sono conservati per 30 anni dalla data dell'ultima registrazione, elevati a 40 sia in caso di persone condannate con sentenza irrevocabile per uno o più dei reati per i quali la legge prevede l'arresto obbligatorio in flagranza, o per taluno dei reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., sia in caso di recidiva risultante da condanna irrevocabile.

Differente è la normativa che concerne i campioni biologici ottenuti dal prelievo istituzionale. I campioni biologici sono conservati dal Laboratorio centrale per venti anni “dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo” (art. 13, c. 4, l. n. 85), salvo il minor tempo stabilito nel regolamento di

⁵⁵ R. BIONDO, *Il DNA come prova di innocenza e la Banca dati nazionale del DNA*, cit., 709.

⁵⁶ A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, cit., 160; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 2020, 591;

⁵⁷ Corte EDU, Grande Camera, sent. 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*: v. A. SANTOSUOSSO, M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2021, 166.

attuazione. Tale durata si rende indispensabile per consentire nuove analisi ogni qual volta si renda utilizzabile una innovazione scientifica che permetta una migliore tecnica di tipizzazione.

5. Un peculiare canale di alimentazione della Banca dati: i profili genetici di persone scomparse o loro consanguinei e di cadaveri o resti cadaverici non identificati

Il regolamento si occupa delle modalità di raccolta del profilo del DNA nell'ipotesi di reperto biologico acquisito nel corso di procedimenti penali; nel caso di denuncia di persone scomparse e nel caso di rinvenimento di cadaveri e resti cadaverici non identificati (art. 6 reg. att.).

La previsione regolamentare, complessa e di non agevole lettura⁵⁸, si articola in nove commi: alcuni specificamente dedicati al caso della persona scomparsa (art. 6 commi 1-3 reg. att.), altri relativi al caso del reperto biologico tipizzato nel corso di procedimenti penali ma estendibili alle altre ipotesi (art. 6 commi 4-8 reg. att.); l'ultimo comma prevede l'applicabilità delle disposizioni, contenute nei commi precedenti e in quanto compatibili, al caso di rinvenimento di cadaveri e resti cadaverici non identificati.

Dunque, è prevista la conservazione dei dati genetici delle persone scomparse, dei loro consanguinei e dei resti cadaverici non identificati: esso ha lo scopo di giungere all'identificazione delle persone scomparse, a partire da resti umani non identificati che magari sono custoditi da anni negli Istituti di medicina legale, senza poter essere associati ad un nome.

Il regolamento di attuazione precisa che si tratta di un "sottoinsieme" della Banca dati nazionale: la previsione di un tale archivio speciale di dati genetici caratterizza la Banca dati italiana nel panorama internazionale⁵⁹. Si delinea una base dati autonoma, connotata dalla esclusiva finalità di identificazione di persone scomparse; ciò significa che in tale sottoinsieme della Banca dati non possono entrare profili del DNA per la comparazione a fini di individuazione dell'autore del reato.

Occorre evidenziare la disciplina specifica del sottoinsieme scandita in disposizioni relative ai due aspetti dell'alimentazione dello stesso e della tutela della riservatezza.

Con riguardo al primo aspetto, attinente alla tipologia dei profili di DNA di persone scomparse o loro consanguinei e di profili di DNA di cadaveri o resti cadaverici non identificati, il regolamento, ribadita la finalità strettamente identificativa⁶⁰ della conservazione degli stessi nella Banca dati, prescrive che

⁵⁸ In sostanza, l'art. 6 reg. att. disciplina, sul piano tecnico, la raccolta dei profili di DNA di persone scomparse o loro consanguinei e di profili di DNA di cadaveri o resti cadaverici non identificati (art. 7 lett. c l. n. 85 del 2009), nonché la raccolta di profili di DNA tipizzati da reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali (art. 7 lett. b l. n. 85 del 2009).

⁵⁹ R. BIONDO, *La Banca dati nazionale del DNA italiana*, cit., 229: il software CODIS in uso alla Banca dati consentirà di comparare i dati genetici delle persone scomparse con quelli riferibili ai consanguinei ed ai resti cadaverici non identificati mediante l'applicativo software *PopStat* che consente di effettuare i calcoli biostatistici necessari all'identificazione del cadavere.

⁶⁰ La necessità dell'archiviazione di tali dati genetici si svela tragicamente nei casi di catastrofi o di conflitti armati rispetto ai quali i tradizionali metodi di identificazione (piastrine di riconoscimento per i militari, documenti identificativi, impronte digitali e dentarie) si rivelano insufficienti a causa dello scempio dei corpi: si pensi all'impossibilità di risalire alle impronte digitali per distruzione delle dita, oppure alla eccessiva frammentazione delle impronte o, ancora, all'impossibilità di interpretare le impronte dentarie: v. L. ANDREWS, D. NELKIN, *Il mercato del corpo*, Milano, 2002, 181 ss.; J.D. WATSON, *DNA. Il segreto della vita*, Milano, 2004, 289 ss.

la polizia giudiziaria acquisisca i necessari elementi informativi della persona scomparsa e gli oggetti in uso della stessa per ricavarne il profilo genetico per eventuali successivi raffronti con altri profili già tipizzati (per esempio estrapolati da un cadavere non identificato in modo da accertare una corrispondenza tra profilo genetico dello scomparso e profilo genetico del corpo ritrovato)⁶¹.

Si delinea inoltre, come già accennato, la possibilità del prelievo consensuale di materiale biologico da un consanguineo per incrementare il potere identificativo del profilo di DNA (art. 6 comma 1 reg. att.): si tratta dell'unica ipotesi normativa che non prevede l'impiego della coazione in caso di indisponibilità del soggetto passivo del prelievo. In altri termini, il prelievo sui "consanguinei", in quanto persone viventi, avviene esclusivamente su consenso degli interessati (art. 6 reg. att.)⁶².

Quanto al secondo aspetto, relativo all'esigenza di salvaguardia della riservatezza, vengono in considerazione altre disposizioni, ad iniziare dalla previsione dell'inserimento da parte della polizia giudiziaria dei dati anagrafici dei consanguinei in un sottoinsieme dell'AFIS. Inoltre, i dati sono conservati in un "sottoinsieme" della Banca dati e sono consultabili solo ai fini dell'identificazione delle persone scomparse (art. 6, comma 2, Reg. att.); in seguito alla identificazione di cadavere o di resti cadaverici, nonché del ritrovamento di persona scomparsa, è disposta d'ufficio la cancellazione dei profili del DNA appena menzionati (art. 13 comma 2).

Più precisamente, sul piano dell'oggetto dell'inserimento, occorre evidenziare che l'art. 10 comma 1 reg. att. fa riferimento alla trasmissione per la raccolta e il raffronto dei soli profili del DNA provenienti dal prelievo istituzionale (art. 9 legge n. 85 del 2009) e da reperti biologici raccolti in procedimenti penali (art. 10 legge n. 85 del 2009). Si individua così una delle due distinte basi dati in cui avviene la comparazione tra profili genetici: il confronto avviene tra profili da prelievo istituzionale e profili da reperto. L'altra base di comparazione riguarda i profili del DNA di persone scomparse da un lato, e i profili genetici di consanguinei e resti umani non identificati, da un altro lato. Peraltro, si noti che il regolamento vieta la ricerca di un profilo del DNA in entrambe le basi dati; vi è una sorta di vincolo di non intercambiabilità determinato dalla distinzione di finalità: di identificazione dell'autore di un reato nell'un caso, di identificazione di una persona scomparsa, nell'altro caso⁶³.

5.1. Impiego processuale e extraprocessuale dei dati genetici.

L'uso processuale dei dati personali, in linea di principio, non si può considerare lesivo della riservatezza stante l'esigenza di acquisizione della prova del reato: viceversa, la riservatezza è sicuramente violata dall'uso extraprocessuale delle informazioni personali per scopi diversi dall'accertamento del fatto storico. In altri termini, la *privacy* potrebbe essere lesa dalla circolazione di informazioni personali processualmente non pertinenti⁶⁴.

⁶¹ Si pensi alla necessità di effettuare il raffronto tra le impronte genetiche ricavate da frammenti umani provenienti dal luogo della catastrofe e i profili genetici di persone disperse ricavati sia da campioni biologici forniti da parenti, sia da oggetti appartenuti alla persona (es. spazzolini da denti o spazzole per capelli).

⁶² P. FELICIONI, *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici*, cit., 160.

⁶³ R. BIONDO, *La Banca dati nazionale del DNA italiana*, cit., 227.

⁶⁴ Viene alla mente il riferimento normativo alla riservatezza che compare nella disciplina delle intercettazioni secondo la quale, a tutela del valore in esame, il giudice che ha autorizzato o convalidato le operazioni, su richiesta degli interessati, può distruggere la relativa documentazione ritenuta non necessaria per il procedimento (art. 269 comma 2 c.p.p.).

Peraltro si deve sottolineare come determinate interpretazioni che hanno prospettato rischi per la riservatezza che sarebbero insiti nella disciplina Banca dati nazionale del DNA, facciano riferimento a prassi che sono riconducibili a disfunzioni dell'archivio genetico. Anzi, più precisamente sono state evocate operazioni non contemplate dalla legge n. 85 del 2009. All'interno di ogni archivio si svolgerebbe un'attività dinamica in base alla quale il profilo genetico del soggetto presente nel *database* non sarebbe utilizzato solo per le comparazioni rispetto all'accertamento di un reato, ma sarebbe sottoposto ad un confronto costante con tutti gli altri profili accumulati nella banca dati che renderebbe l'individuo un sospettato permanente⁶⁵.

Tale considerazione evidenzia aspetti patologici rispetto all'attività della Banca dati che risultano anche di difficile esemplificazione⁶⁶; viceversa, riteniamo che si tratti di un problema di adeguatezza delle misure di sicurezza delineate dal legislatore e puntualizzate, oggi, dal regolamento di attuazione.

In definitiva, l'inserimento nella Banca dati di quei profili del DNA che ne consentono l'approvvigionamento va ricondotto a ipotesi tassative, espressamente previste in quanto eccezionali rispetto alla regola della riservatezza: si tratta dei collegamenti normativi e delle fattispecie di raffronto tra dati genetici vincolate nel fine, già individuati.

5.2. I limiti alla conservazione dei dati genetici

La disciplina della conservazione dei campioni biologici e dell'archiviazione dei profili genetici impone una riflessione sul panorama internazionale⁶⁷. In esso si possono distinguere differenti modelli organizzativi e gestionali delle informazioni genetiche. Tra i parametri fondamentali su cui si basano le diverse opzioni ideologiche, oltre al novero dei soggetti il cui profilo genetico può essere archiviato e all'individuazione dei reati per cui si può procedere alla schedatura genetica, vi è la previsione o meno di termini di cancellazione dei dati immagazzinati. Così dalla estrema opzione di una conservazione pressoché indefinita dei dati genetici, si passa alla più garantista definizione dei relativi tempi di conservazione.

La lesione della riservatezza sembra riconducibile non tanto alla mera permanenza dei profili genetici nella Banca dati (e dei campioni biologici nel Laboratorio centrale) quanto alla permanenza senza limiti. Con riguardo al nodo problematico del termine massimo di conservazione, resta essenziale il riferimento al principio, sancito dalla raccomandazione R(92) emessa dal Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa il 10 febbraio 1992⁶⁸, in base al quale i dati genetici devono essere conservati nella banca

⁶⁵ G. GENNARI, *Privacy, genetica e zanzare indiscrete, indiscrete*, cit., 503.

⁶⁶ Si è paventato addirittura il rischio di usi illeciti dei dati genetici: la previsione stessa di essenziali meccanismi di controllo aumenterebbe la possibilità di frodi. Così sarebbe sempre possibile che vengano corrotte le persone che hanno accesso agli archivi genetici per acquisire informazioni da rivendere successivamente: non è apparsa inverosimile, anzi, la diffusione sul mercato di società fornitrici di servizi di "conoscenza". Così C. FANUELE, *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, cit., 10 ss.

⁶⁷ Si veda l'analisi di C. FANUELE, *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in di A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., 303 ss.

⁶⁸ Il provvedimento, relativo all'utilizzazione delle analisi del DNA in ambito giudiziario penale, prevede le linee guida della raccolta di materiale biologico e dell'uso delle tecniche d'identificazione genetica. Nel Preambolo, evidenziati i benefici dell'indagine genetica rispetto al sistema giudiziario, si sottolinea la necessità che l'introduzione e l'utilizzazione delle tecniche di analisi del DNA tengano «pienamente conto di principi fondamentali quali la dignità propria di ciascuna persona ed il rispetto del corpo umano, il diritto di difesa e il principio di

dati per un periodo proporzionato alle finalità per le quali sono stati archiviati. Dal provvedimento, quindi, si trae al principio di proporzionalità tra i termini temporali e la finalità della conservazione dei dati genetici. Conseguentemente, la regola è che i risultati dell'accertamento genetico e le relative informazioni devono essere cancellati quando la loro conservazione non è più necessaria rispetto allo scopo per cui sono stati utilizzati. Sono altresì indicate ipotesi eccezionali di conservazione, pur limitata temporalmente, in caso di condanna per gravi delitti (contro la vita, l'integrità fisica e la sicurezza delle persone) o nell'ipotesi di reperti biologici rinvenuti sul luogo del delitto e non riconducibili ad un soggetto identificato.

Il principio è stato riaffermato da una nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁹ emana con riferimento al particolare contesto della banca dati inglese quale attuazione del modello estremo della schedatura di massa: in essa attualmente, a fronte di ampie possibilità di prelevare campioni biologici, i profili di DNA dei condannati per un reato, ma anche quelli appartenenti a semplici sospettati e a persone che hanno consentito al prelievo, vengono conservati senza limiti di tempo e non ne è imposta la distruzione in caso di assoluzione o non esercizio dell'azione pubblica⁷⁰. In sostanza, i Giudici di Strasburgo hanno evidenziato che il punto di maggiore criticità in materia di banche dati «non è chi entra, ma chi esce»⁷¹, stigmatizzando la conservazione illimitata di profili genetici appartenenti a persone non riconosciute responsabili di una condotta illecita, in quanto ingerenza sproporzionata nel diritto al rispetto della vita privata e, perciò, non necessaria in una società democratica⁷². Tale interpretazione è stata ribadita poco tempo dopo dalla Corte europea, con riguardo alla Banca dati del DNA olandese⁷³,

Con riferimento alle ipotesi non riconducibili ai casi tassativi di cancellazione dei profili del DNA delineate dall'art. 13 commi 1-3 legge n. 85 del 2009, il legislatore ha fissato i limiti massimi di conservazione dei profili del DNA, stabilendo che questi dovessero rimanere inseriti nella Banca dati per il tempo stabilito nel regolamento di attuazione d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e, comunque, non oltre i quaranta anni dall'ultima circostanza che ne aveva determinato l'inserimento; analogamente, in ordine al periodo di conservazione del campione biologico nel Laboratorio centrale, il legislatore ha rinviato al provvedimento attuativo indicando il termine non superabile di venti anni a decorrere dalla circostanza che ne aveva determinato l'inserimento (art. 13 comma 4 legge

proporzionalità». Si veda S. ALLEGREZZA, *Prova scientifica e dimensione europea*, in G. CANZIO, L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2018, 125.

⁶⁹ Corte eur., Grande camera, sent. 4 dicembre 2008 n. 880, *S. e Marper c. Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 345. Su tale pronuncia si vedano le riflessioni di G. CANZIO, *Prova del DNA e revisione del processo*, in A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., 293.

⁷⁰ F. CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 2009, 4441; C. FANUELE, *Un archivio centrale per i profili del DNA nella prospettiva di un "diritto comune" europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 386 ss.

⁷¹ Così G. GENNARI, *Privacy, genetica e zanzare indiscrete*, cit., 507; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., 164 ss.

⁷² M. BARGIS, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 59.

⁷³ Corte eur., sent. 20 dicembre 2009, n. 20689/08, *W. C. Paesi Bassi*, ricordata da P. RIVELLO, *Alcune osservazioni in ordine alla banca dati nazionale del DNA*, cit., 1522.

n. 85 del 2009). Si è evidenziato in proposito che la previsione di termini massimi di conservazione è volta ad attuare il principio della “non eccedenza dello strumento rispetto al fine perseguito”⁷⁴. Il regolamento attuativo, adempiendo all’invito legislativo, ha distinto due aspetti: i tempi di conservazione dei campioni biologici e dei profili del DNA; la cancellazione dei profili e la distruzione dei campioni biologici. Le relative disposizioni appaiono volte esclusivamente alla tutela della riservatezza del titolare del profilo genetico. Con riferimento alla conservazione dei campioni biologici, si sottolinea la novità della previsione contenuta nell’art. 24 del regolamento secondo il quale, dopo la sua completa tipizzazione, il DNA estratto dai campioni biologici deve essere distrutto; le relative operazioni devono essere verbalizzate da parte del personale del laboratorio operante. La parte di campione biologico non utilizzata e il secondo campione di riserva sono conservati per otto anni decorsi i quali, dovranno essere distrutti da parte del personale in servizio presso il Laboratorio centrale, previa verbalizzazione delle operazioni. L’avvenuta distruzione viene poi comunicata per via telematica all’AFIS a fini di aggiornamento del dato relativo all’esistenza di un precedente prelievo. Relativamente alla conservazione dei profili del DNA, la disciplina tende a tutelare l’ordinamento giuridico rispetto all’eventuale recidiva del condannato in ossequio al principio della non eccedenza dello strumento rispetto al fine perseguito⁷⁵.

5.3. La cancellazione dei dati genetici: il criterio dell’utilità in concreto

Anche la disciplina relativa alla cancellazione dei profili del DNA, contenuti in Banca dati e alla distruzione dei campioni biologici contenuti nel Laboratorio centrale o conservati presso laboratori diversi, è tesa a salvaguardare la riservatezza dell’individuo: vengono in considerazione alcune disposizioni (artt. 29-32 reg. att.) relative ai casi contemplati dall’art. 13 legge n. 85 del 2009.

In proposito si osserva che il legislatore italiano ha disciplinato espressamente, secondo vari moduli temporali, la materia, delineando un sistema articolato che pare improntato ad una sorta di criterio dell’utilità in concreto⁷⁶, legato alla cessazione della causa del prelievo⁷⁷, nella prospettiva di un bilanciamento tra gli opposti interessi della repressione del reato e della riservatezza dell’individuo. D’altro canto, il regolamento di attuazione ha operato scelte precise nella definizione concreta dei tempi di conservazione dei dati genetici e delle modalità di soppressione dei dati, nonché di distruzione dei campioni biologici, sciogliendo uno dei nodi più spinosi della materia.

La riflessione riguarda le due basi dati in ognuna delle quali avviene la comparazione tra differenti profili del DNA.

Innanzitutto, è prevista la cancellazione di ufficio dei profili genetici e la distruzione dei relativi campioni a seguito della identificazione di cadavere o di resti cadaverici nonché del ritrovamento di persona scomparsa (art. 13 comma 2 legge n. 85 dl 2009).

⁷⁴ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, cit., 884.

⁷⁵ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 574.

⁷⁶ P. FELICIONI, *L’Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l’acquisizione e l’utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 15.

⁷⁷ I. ABRUSCI, *Cancellazione dei profili e distruzione dei campioni*, in L. MARAFIOTI, L. LUPARIA (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., 115: in concordanza con le indicazioni fornite dalla Corte europea, la conservazione dei profili del DNA e dei campioni biologici non può oltrepassare i limiti di una assoluta necessità.

In secondo luogo, è disciplinata la sorte dei dati genetici e del materiale biologico riferibili ai soggetti ristretti nella libertà personale; sono stabilite due cause di epurazione della Banca dati e del Laboratorio centrale legate alla violazione delle disposizioni sul prelievo (art. 13 comma 3 legge n. 85 del 2009) o alla definizione del procedimento penale che vede coinvolti tali soggetti (art. 13 comma 1 legge n. 85 del 2009). È opportuno ricordare che nei tre casi di cancellazione dei dati finora considerati il regolamento di attuazione delinea una clausola di garanzia che prevede la redazione del verbale delle operazioni e inoltre, la comunicazione del codice prelievo all'AFIS, a fini di aggiornamento del dato, operata dal personale in servizio presso il Laboratorio centrale (o presso il laboratorio delle forze di polizia oppure altro laboratorio di elevata specializzazione) deve comunicare⁷⁸.

A chiusura del sistema, si pone la disciplina dei casi residuali di cancellazione dei dati genetici e distruzione dei campioni biologici (art. 13 comma 4 legge n. 85 del 2009) con riferimento ai termini massimi di conservazione delle informazioni genetiche e del materiale biologico cui dianzi si è accennato

A fini della presente riflessione, occorre evidenziare quanto previsto dal legislatore del 2009 in ordine ai tempi di conservazione dei profili genetici di persone scomparse o loro consanguinei e di cadaveri o resti cadaverici non identificati. La cancellazione d'ufficio dei profili genetici e la distruzione dei relativi campioni avviene a seguito di identificazione del cadavere o di resti cadaverici nonché del ritrovamento di persona scomparsa (art. 13 comma 2). Il raggiungimento della finalità identificativa determina la cessazione della causa che aveva originato il prelievo di materiale biologico e l'inserimento del profilo del DNA in un sottoinsieme della Banca dati al fine del raffronto. Nell'evenienza di un esito positivo del raffronto tra profilo del DNA di persona scomparsa e profilo del DNA di consanguinei o di resti umani non identificati, le operazioni di cancellazione in questione sono effettuate dal personale del laboratorio delle Forze di polizia che ha proceduto all'identificazione del cadavere oppure al ritrovamento di resti cadaverici o della persona scomparsa (art. 30 reg. att.). Peraltro i consanguinei che abbiano consentito al prelievo e alla tipizzazione del DNA per la ricerca di una persona scomparsa possono sempre chiedere alla Direzione centrale della Polizia criminale del Ministero dell'interno la cancellazione dalla Banca dati del proprio profilo genetico (art. 33 reg. att.).

Nel caso in cui la persona scomparsa non sia ritrovata, né il cadavere sia identificato, i dati genetici sono conservati nella banca dati nazionale e i relativi campioni biologici nel Laboratorio nazionale, si afferma, fino al termine massimo stabilito dalla legge (art. 13 comma 4)⁷⁹ e dal regolamento di attuazione (art. 25 reg. att.). Tuttavia, occorre segnalare che l'ultima disposizione citata riguarda espressamente i tempi di conservazione dei profili del DNA da prelievo istituzionale: invero, non essendo automatica la rilevanza dell'identificazione di persona scomparsa nell'ambito processuale penale, si evidenzia una carenza di regolamentazione sul punto. La lacuna è superabile facendo rientrare in via interpretativa i termini massimi della conservazione dei profili degli scomparsi nella clausola di salvezza con cui si apre il comma 4 dell'art. 13 della legge n. 85 del 2009.

⁷⁸ C. FANUELE, *Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e persistenti vuoti di tutela*, in *Proc. pen. e giust.*, 1, 2017, p. 128; P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., 741.

⁷⁹ I. ABRUSCI, *Cancellazione dei profili e distruzione dei campioni*, cit., 118.