



BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto

1 22

Special Issue

*a cura di M. Rizzuti e
E. Pilli*



**Special Issue || Missing persons e nuove
tecnologie tra antropologia forense e
diritto**

The online Journal about law and life sciences

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Editor in chief: Carlo Casonato

Steering Committee: Roberto Bin, Antonio D'Aloia, Alessandro Pajno

Scientific Committee:

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Maria Chiara Carrozza, Paolo Carrozza (†), Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Cingolani, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vauchez, Juan Alberto Lecaros, Sheila McLean, Laura Palazzani, Marco Pandolfi, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Maria Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà (†), Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi (†), Paolo Zatti.

Associate Editors: Lucia Busatta and Marta Tomasi

Editorial Boards:

Trento: Lucia Busatta, Marta Fasan, Paolo Guarda, Antonio Iannuzzi, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Mariassunta Piccinni, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Elena Scalcon, Marta Tomasi.

Ferrara: Paolo Veronesi, Giuseppina Barcellona, Fabio Ferrari, Migle Laukyte, Benedetta Liberali, Nicola Lucchi, Irene Pellizzone, Silvia Zullo.

Parma: Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Maria Chiara Errigo, Simone Gabbi, Valentina Gastaldo, Gabriele Maestri, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Michele Tempesta, Paola Torretta, Veronica Valenti.

Napoli: Lorenzo Chieffi, Gianvito Brindisi, Claudia Casella, Gianpiero Coletta, Emilia D'Antuono, Luca Di Majo, Luigi Ferraro, Maria Pia Iadicicco, Carlo Iannello, Raffaele Manfrellotti, Ferdinando Menga, Franca Meola, Andrea Patroni Griffi, Virginia Zambrano.

E-mail: biodiritto@gmail.org

Website: rivista.biodiritto.org/ojs

Peer review system: All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

June 2022

ISSN 2284-4503

© Copyright 2022



UNIVERSITY
OF TRENTO - Italy

Università degli Studi di Trento
Via Calepina, 14 – 38122 Trento

Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

In collaborazione con



Front cover: Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5th century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Special issue n. 1/2022

Table of contents

| | |
|--|-----|
| Bíos e diritti umani | 1 |
| <i>Marta Tomasi</i> | |
| Introduzione | 3 |
| <i>Elena Pilli, Marco Rizzuti</i> | |
| L'Associazione Penelope e la ricerca di verità in una scomparsa | 5 |
| <i>Emanuela Zuccagnoli</i> | |
| Il ruolo dell'antropologo forense nei casi di persone scomparse | 9 |
| <i>Elena Pilli</i> | |
| How judges (should) deal with scientific evidence | 15 |
| <i>Marco Cecchi</i> | |
| Legal and ethical issues of research on the bones of unidentified persons: a comparative perspective | 27 |
| <i>Caterina Mugelli</i> | |
| Il campione biologico di unindetified person. Profili di sistema | 45 |
| <i>Stefano Deplano</i> | |
| Dati e ricerca genetica. Dalla tutela individuale alla gestione procedurale . | 67 |
| <i>Alessandro Bernes</i> | |
| Biobanche di ricerca e banca dati nazionale del DNA: un difficile bilanciamento tra interessi contrapposti | 83 |
| <i>Chiara Paris</i> | |
| La Banca dati nazionale del DNA: il sottoinsieme di dati genetici per l'identificazione di persone scomparse | 107 |
| <i>Paola Felicioni</i> | |
| Effetti patrimoniali del sopravvenuto accertamento della morte sulla successione dello scomparso, dell'assente e del morto presunto | 129 |
| <i>Alessandro Marchini</i> | |
| L'anonimato materno tra autodeterminazione soggettiva e disvelamento identitario indotto | 167 |
| <i>Mario Renna</i> | |
| New missing persons identification methods and paternity disputes | 173 |
| <i>Letizia Coppo</i> | |

Bíos e diritti umani

Marta Tomasi

Ricercatrice di diritto pubblico comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento

Mail: marta.tomasi@unitn.it

Nel giro di poco più di un anno, questo è il secondo fascicolo speciale che la *Rivista di BioDiritto – BioLaw Journal* sceglie di dedicare ai temi dello studio del DNA umano. La ragione di tale attenzione si rinviene nelle caratteristiche proprie di una disciplina scientifica che, in termini paradigmatici, è in grado di sollecitare riflessioni cruciali che ruotano intorno ai temi dell'identità individuale e delle relazioni umane, imponendo al diritto continue rivalutazioni dei propri assunti teorici e delle proprie regole applicative.

L'incontro fra diritto e analisi genetiche difficilmente può essere descritto e considerato in chiave unitaria, trattandosi invero di una serie di relazioni che si dipanano in ambiti differenti – quello della clinica, dell'identificazione, della ricerca scientifica e quello processuale – seguendo logiche e principi orientatori diversi. Ed è proprio la pluralità delle prospettive dalle quali il tema può essere indagato che spiega la ricorrenza dello stesso nelle pagine di questa *Rivista*.

La Special Issue n. S1/2021 era stata dedicata alle origini e agli sviluppi applicativi delle conoscenze genetiche nell'ambito biomedico. Questo nuovo fascicolo, collocandosi in una linea di continuità editoriale con il precedente, prende le mosse da un argomento più specifico e meno frequentemente indagato: quello antropologico dell'identificazione dei resti delle cd. *missing persons*, affrontata per mezzo di tecniche di biologia molecolare sempre più avanzate.

L'analisi proposta in questa sede mette in luce lo stretto e problematico collegamento fra la vita e la morte, evidenziando come quest'ultima non

sia di per sé sufficiente a far cessare e risolvere le questioni identitarie e quelle di relazione prodotte dalle indagini sul DNA.

Un tema poco studiato, quello dell'identificazione della vittima, che risulta però di drammatica attualità. Gli scenari presenti, dominati dalla riemersione del conflitto armato in Europa, dal progressivo e sempre più celere degrado della situazione ambientale, dall'acuirsi delle catastrofi naturali, dall'intensificarsi dei movimenti migratori di massa, rappresentano un terreno purtroppo idoneo a radicarvi queste riflessioni.

Già nel 2015, nel corso della prima fase delle operazioni militari in Ucraina, quelle quasi invisibili al mondo occidentale, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa aveva manifestato seria preoccupazione per il crescente numero di persone scomparse segnalate nelle regioni di Donetsk, Luhansk e della Crimea; una situazione che è andata drammaticamente aggravandosi nel corso degli ultimi mesi.

Secondo i dati delle Nazioni Unite, a partire dal 2013, sono più di 19.000 gli uomini, le donne e i bambini morti o dispersi nel Mediterraneo centrale. E ancora, fra i 17 obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, elaborata dalle Nazioni Unite, compare quello delle azioni per il clima, basato, fra gli altri, su un indicatore intitolato "Number of deaths and missing persons attributed to disasters".

La cronaca delle crisi umanitarie contemporanee, insomma, mostra bene la rilevanza critica della riflessione tematica avviata in questo fascicolo, rendendo evidente come gli orizzonti che si profilano sembrano ricollegare saldamente le questioni del *bíos* al discorso sui diritti umani.

L'intuizione, nata dall'incontro e dal confronto fra le competenze giuridiche e quelle biologiche/antropologiche dei due curatori del fascicolo (Marco Rizzuti e Elena Pilli) e sviluppata in una serie di contributi intra e inter-disciplinari,

trova perfetta collocazione all'interno di *BioLaw Journal*.

Il percorso che si delinea, che – come si è detto – prende avvio da un tema puntuale e poco investigato, finisce per interessare una pluralità di ambiti (il diritto processuale, il diritto di famiglia e quello successorio, la regolamentazione della ricerca scientifica, i possibili impieghi dell'intelligenza artificiale...), mostrando la labilità dei confini disciplinari e la permeabilità delle aree del diritto.

Questa Special Issue costituisce, in conclusione, un altro importante tassello nelle riflessioni sulle feconde relazioni che intercorrono fra diritto e studi del DNA e che, inesorabilmente, riportano la dimensione della tecnologia a contatto con questioni profondamente umane nella loro natura, come la salvaguardia dell'identità individuale e la ricostruzione di relazioni interpersonali.

Introduzione

Elena Pilli

Docente di Antropologia Forense, Dipartimento di Biologia, Università degli Studi di Firenze

Mail: elena.pilli@unifi.it

Marco Rizzuti

Ricercatore di Diritto privato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze

Mail: marco.rizzuti@unifi.it

I contributi che costituiscono uno dei principali prodotti del progetto di ricerca “*Missing persons* e nuove tecnologie tra antropologia forense e diritto privato”, risultato tra i vincitori del Bando di Ateneo per il finanziamento di progetti competitivi per ricercatore a tempo determinato (rttd) dell’Università degli Studi di Firenze, con valutazione di eccellenza, vengono di seguito presentati.

L’innovativa attività di studio interdisciplinare ha affrontato le problematiche concernenti l’identificazione delle *missing persons* (i cosiddetti “scheletri senza nome”) grazie alla messa a punto di un innovativo pannello per inferire le relazioni di parentela anche complesse/distanti, integrando la ricerca biomolecolare con l’analisi critica delle sue ricadute giuridiche.

Alla realizzazione di questa *Special issue* è stato possibile pervenire grazie ad un costante dialogo tra studiosi di diverse discipline e differenti affiliazioni accademiche, di cui riconosciamo l’impronta nella natura collettiva di una pubblicazione che è bensì dedicata in via principale ai profili giuridici, ma che trova il suo ineludibile presupposto nella ricerca in campo antropologico molecolare forense che sta alla base del progetto.

Un ulteriore arricchimento della prospettiva nasce dall’incontro con la concreta esperienza associativa dei parenti delle persone scomparse, una cui testimonianza, a firma di Emanuela

Zuccagnoli, presidente di Penelope Toscana O.d.V., trova infatti coerentemente accoglienza in apertura della *issue*.

Il fondamentale ruolo che la nuova professionalità dell’antropologo forense, grazie al ricorso alle tecniche più avanzate, può oggi svolgere con riferimento all’identificazione dei resti delle persone scomparse viene quindi illustrato dal saggio di Elena Pilli.

Venendo dunque ai contributi più specificamente tecnico-giuridici, ci limiteremo in questa sede introduttiva a delineare brevemente le linee di fondo del percorso, rinviando, com’è inevitabile, alla proficua lettura di ciascuno di essi per ogni approfondimento.

Il percorso prende le mosse dalla riflessione di Marco Cecchi su come l’operatore giuridico dovrebbe approcciarsi, in sede anzitutto processuale, alla valutazione di metodologie scientifiche innovative, per calare quindi il ragionamento nella dimensione di quegli ambiti che sono concretamente interessati dal progetto, attraverso una vera e propria intervista del giurista alla antropologa.

Viene, quindi, in rilievo il peculiare campo della ricerca avente ad oggetto ossa di persone non identificate, che Caterina Mugelli inquadra in una prospettiva comparatistica aperta alla considerazione degli aspetti etici e di *soft law*, superando un paradigma legicentrico che sarebbe fatalmente inadeguato a regolare la complessità dell’ipotesi.

Focalizzando l’attenzione sull’ordinamento nazionale, sempre beninteso nell’ottica della sua integrazione sistematica con il livello europeo, Stefano Deplano affronta la sfida di una costruzione dal punto di vista civilistico dello statuto dei campioni biologici e della connessa dialettica tra il profilo informativo e quello “cosale”, che implica un profondo ripensamento di certi paradigmi della materia dei diritti reali.

Correlativamente, il contributo di Alessandro Bernes si occupa dello statuto giuridico dei dati genetici, da elaborare equilibrando le imprescindibili esigenze di tutela del singolo individuo con gli interessi collettivi sottesi alle attività di ricerca scientifica.

Alla luce di tali risultati si procede dunque con la attenta analisi della disciplina delle biobanche e delle relative problematiche condotta da Chiara Paris, approfondendo sia il dato normativo interno sia la disciplina europea sulla protezione dei dati personali, nel tentativo di bilanciare differenti interessi, individuali e collettivi, tutti meritevoli di tutela.

Diviene così possibile restringere ulteriormente il focus sulle problematiche concernenti quel particolare sottoinsieme di dati genetici, conservati nella banca dati nazionale del DNA, che atengono per l'appunto allo scopo di identificazione delle *missing persons*, cui è dedicato il contributo di Paola Felicioni.

Delineato in questi termini lo statuto dei campioni e dei dati, tale attività di identificazione viene quindi riguardata da Alessandro Marchini nella prospettiva offerta dalla casistica del diritto successorio, in quanto è proprio l'evoluzione delle tecniche in discorso a consentire oggi la sopravvenienza di un accertamento del decesso del soggetto scomparso, assente o presunto morto, che può incidere significativamente sull'assetto degli interessi patrimoniali attinenti alla successione della stessa *missing person*.

Ulteriori scenari nel campo del diritto delle relazioni familiari vengono infine dischiusi dai contributi di Mario Renna, che riflette sulla "scomparsa", in un senso atecnico, della madre rimasta anonima dalla vita del figlio, ponendola in relazione con il successivo accertamento della morte della stessa, e di Letizia Coppo che si sofferma invece sull'impatto che le nuove tecnologie di analisi del DNA possono avere con riferimento al

contenzioso in punto di accertamento della paternità in quelle ipotesi che coinvolgano delle *missing persons*.

Emerge dalla complessiva analisi delle problematiche e della casistica, interna e transnazionale, la necessità di un bilanciamento assiologico da condurre caso per caso, assieme con la rilevanza sempre più ineludibile di un dialogo fra saperi diversi, che i partecipanti al progetto intendono ad ogni modo proseguire con ulteriori iniziative di ricerca.

L'Associazione Penelope e la ricerca di verità in una scomparsa

*Emanuela Zuccagnoli**

«Se non mi trovi subito non scoraggiarti,
se non mi trovi in un posto cerca in un altro.
da qualche parte starò fermo ad aspettare te»
(Walt Whitman)

Special Issue

La citazione di Walt Whitman, rappresenta uno dei tanti aspetti emotivi legati al fenomeno della scomparsa di una persona e dell'attesa di un suo rientro.

Come spiegare che un giorno, persone a noi care, sembrano essersi trasformate in polvere nell'aria. Varcano la soglia della propria casa, della propria esistenza senza lasciare traccia, senza dire una parola, senza lasciare un messaggio.

Ecco che si è presi dall'angoscia, dal senso di impotenza, dal dolore, dallo smarrimento e chiediamo aiuto perché qualcuno non si trova o non ha fatto rientro a casa.

Tutto questo è "troppo" difficile da sopportare da soli.

La scomparsa di una persona è una profonda ferita sempre aperta. Attesa e speranza si confondono nel dramma della sospensione di vita, un limbo di incertezza che costringe i familiari a vivere nel solco di una condanna.

I familiari ed amici vengono catapultati in quella che viene chiamata la Terra del Niente, dove sono confinate le vite di chi rimane nella ricerca quasi "spasmodica" di un segno, di una traccia, di un segnale. Insomma, di un qualcosa che possa "far capire" cosa sia successo.

Sono stati questi sentimenti di sofferenza a far nascere l'esigenza della condivisione, a far sì che nascesse in Italia un'associazione di volontariato formata dai familiari ed amici delle persone scomparse: l'Associazione Penelope Italia.

Fu Gildo Claps, fratello di Elisa Claps, scomparsa nel 1993 il cui corpo è rimasto nascosto per 17 anni nella soffitta della chiesa della Santissima Trinità di Potenza, ad avere l'idea di riunire nel 2002 alcune famiglie di persone scomparse alla ricerca di risposte comuni.

Questi familiari sottoscrissero nello Statuto di Penelope Italia gli obiettivi di creare momenti di incontro tra le famiglie per condividere le esperienze di dolore che accompagnano la scomparsa di un proprio caro, per comprendere dalle esperienze personali le criticità legate alla scomparsa di una persona e farsi promotori di istanze presso le istituzioni centrali e locali perché venissero messe in atto linee di comportamento condivise, dalla raccolta delle denunce, alle ricerche, alle indagini e all'archiviazione dei fascicoli dei tanti volti che riempiono solo l'archivio della trasmissione "Chi l'ha visto?".

* *Presidente di Penelope Toscana O.d.v. Mail: penelopetoscanaonlus@gmail.com. Testimonianza su invito.*

Hanno creato in questi anni momenti formativi ed informativi per far comprendere quale fosse il dramma della scomparsa di un proprio congiunto e perché le persone non fossero dimenticate.

La “mission” principale di Penelope è andare in soccorso delle famiglie che si trovano a vivere l’esperienza di una scomparsa.

«Perché accada che come Penelope qualcuno all’improvviso, quando meno se lo aspetterà, quando anche l’ultima goccia di speranza lo avrà abbandonato, si troverà a godere il ritorno di Ulisse o almeno di qualcuno che ci dica dove è finita la sua storia e per mano di chi». (Don Marcello Cozzi)

Penelope si fa carico di sostenere le famiglie delle persone scomparse, perché chi ne fa parte ha vissuto per primo l’attesa, il dolore, la disperazione e la speranza.

In Penelope c’è determinazione e speranza. Le mamme, i padri, i fratelli, le sorelle, i figli, le figlie, gli amici non si arrendono mai, vogliono sapere, capire e sperare, e credere anche, certe volte, nell’impossibile. Non si addormentano mai senza dare uno sguardo verso la porta di casa con la speranza di ritrovarsi davanti il proprio caro.

Quando si legge sul giornale o si sente la notizia di una scomparsa dalla TV, si pensa che tutto ciò possa riguardare solo la vita di altri, senza però pensare che può colpire chiunque, inaspettatamente e improvvisamente come un terremoto, come uno tsunami.

Non scompaiono solo i senza dimora, gli emarginati dalla società, o come nelle ormai storie di tanti anni fa, chi scende per comprare un giornale o un pacchetto di sigarette.

Scompaiono bambini, anziani, donne, adulti. Scompare chi va a fare una passeggiata, chi ha un incidente e non si trova, chi vive un momento di difficoltà, chi prende la decisione di porre fine alla sua esistenza, chi invece è vittima di un reato e oggetto di occultamento o distruzione del proprio corpo.

Ma non scompaiono le loro cose, i loro oggetti personali, non scompare la loro identità.

Le persone scomparse hanno un vissuto ancora vivo che resterà tale finché non saranno ritrovate.

Penelope Italia è un’associazione particolare, importante, attiva e combattiva.

Pian piano, grazie alla tenacia e allo spirito puro del volontariato, Penelope ha iniziato a vedere i primi risultati.

La presentazione, nel 2006, del testo di Legge in Campidoglio e l’incontro con il Presidente della Repubblica On. Giorgio Napolitano al Quirinale con le famiglie.

«Non vi scoraggiate, lo stare insieme, il condividere i problemi è importante, questa Associazione, spero e sono certo vi conforti e vi aiuti: continuate in questa vostra battaglia privata che combattete con la consapevolezza di avere le Istituzioni al vostro fianco, come d’altronde dimostrano anche recenti iniziative di carattere legislativo» (On. Giorgio Napolitano)

Nel Gennaio 2007 le famiglie di Penelope incontrano il Ministro dell’Interno Giuliano Amato e, attraverso i racconti delle loro storie, mettono in evidenza le criticità ed esternano le loro istanze al Ministro.

Fu grazie alla promessa mantenuta del Ministro Giuliano Amato che in Italia è presente l’ufficio del Commissario Straordinario di Governo per le persone scomparse ed il primo Commissario incaricato fu il Prefetto Gennaro Monaco.

Sempre nel 2007 una piccola rappresentanza dell’Associazione Penelope Italia viene audita dalla 1^a Commissione Affari Costituzionali. Nell’audizione si evidenziano le criticità delle ricerche, la necessità di avere una banca dati delle persone scomparse, una banca dati degli obitori.

Intanto nel 2010, il nuovo Commissario Straordinario, il Prefetto Penta, dirama a tutte le Prefetture d'Italia le prime "Linee guida per favorire la ricerca delle persone scomparse", un vademecum che ha come obiettivo quello di fornire le specifiche tecniche per la predisposizione di un documento di pianificazione territoriale, finalizzato alla definizione dell'assetto organizzativo, dei ruoli operativi e delle attività connesse alle battute di ricerca.

La proposta di Legge stenta ad essere approvata; il testo viene ricomposto, tagliato, smussato dalle varie commissioni di Camera e Senato. L'approvazione arriverà solo a novembre del 2012 (Legge 203/2012). Soddisfazione per i familiari e l'Associazione, ma anche delusione. Dopo anni di attesa, di sensibilizzazione, la legge si compone di un solo articolo. Quasi, a detta dei familiari, si volesse tentare di cancellare e dimenticare che esistono gli scomparsi, o di non avere capito a fondo il fenomeno.

Si attivano, da una parte, i piani provinciali di ricerca, ma dall'altra, dopo una settimana al massimo dieci giorni le ricerche si chiudono e la famiglia si ritrova sola. L'unica a dar voce a chi non ha voce è l'Associazione.

Ad inizio 2013 Penelope Italia viene insignita dal Presidente della Repubblica della medaglia celebrativa per i 10 anni di attività associativa.

In questi 20 anni della sua esistenza, Penelope Italia ha visto e ottenuto dei risultati, ma molto altro resta da fare.

Fino a quando la società civile non si renderà conto che la scomparsa è un fenomeno sociale, non si troveranno misure di contrasto e di prevenzione, ed i numeri degli scomparsi non caleranno.

Occorrono tavoli di confronto tra istituzioni e associazioni, occorre far rete per trovare soluzioni.

Vi è quindi la necessità di creare nuove sinergie e nuovi percorsi di studio e di ricerca.

La scomparsa può essere scaturita da vari fattori: un fatto costituente reato, un mancato rientro, un allontanamento di una persona affetta da disturbi neurodegenerativi, da vittime di incidenti, da fughe da strutture, da sottrazione di minori ed altro ancora.

Ecco perché il fenomeno va studiato a 360 gradi e nella sua peculiarità per arrivare a ridurre il numero delle persone scomparse ed aumentare il numero delle persone ritrovate.

Penelope Toscana, di cui sono Presidente, ha da sempre compreso l'importanza di coinvolgere il mondo universitario.

Partendo dalla statistica, dalla sociologia, dalla psicologia, dall'antropologia, dalla chimica, dalla biologia, dalla medicina, all'ingegneria, dalla giurisprudenza e non meno dalle altre discipline.

È necessario arrivare a creare figure professionali in grado di sapere decodificare il fenomeno, di capirlo e di affrontarlo.

Solo una professionalità preparata sul fenomeno della scomparsa permetterà di indirizzare le ricerche su un corretto percorso di ricerca garantendo un miglior utilizzo di risorse umane e di tecnologie disponibili. Se si sbaglia questo percorso non sempre è possibile tornare indietro ed iniziare di nuovo, e non sempre si riesce a riparare da eventuali errori, sottovalutazioni o mancanze.

Fondamentale è il mondo della ricerca.

La ricerca scientifica come strumento di innovazione sul campo investigativo e delle indagini quanto sul piano dell'identificazione di resti cadaverici.

L'impiego dell'intelligenza artificiale potrebbe essere, a nostro modesto giudizio, un ulteriore strumento innovativo di grande utilità per analizzare il fenomeno.

Nel mondo della scomparsa ci sono anche degli aspetti “pratici” che vengono sottovalutati nei primi tempi della scomparsa ma diventano degli ostacoli spesso insormontabili e impediscono ai familiari di persone scomparse di avere una “vita familiare normale”, se di normale ci fosse qualcosa nella Terra del Niente.

Si tratta di tutti quegli aspetti civilistici che ruotano attorno alla persona dello scomparso e della sua famiglia. Parliamo di curatela dei beni, parliamo di reversibilità della pensione. parliamo di permessi retribuiti per i familiari per dedicarsi alle ricerche, parliamo della presenza (ma in realtà assenza) genitoriale che produce effetti amministrativi e legali sui figli minori ed altro ancora.

Ecco da qui le proposte di Penelope Toscana.

Permettere ai familiari di primo e secondo grado di poter avere permessi retribuiti nell’anno per dedicarsi alla ricerca del proprio congiunto

Snellire la procedura di accesso alla curatela dei beni della persona scomparsa, soprattutto in presenza di coniuge e figli minori.

Permettere l’accesso anticipato, con percentuale ridotta fino alla dichiarazione di morte presunta, della pensione di reversibilità.

Anticipare a 5 anni la dichiarazione di morte presunta.

Creare la figura anagrafica dell’assente. Ciò per permettere di accedere a strumento di sostegno alle famiglie quali assegni familiari e modello ISEE, escludendo la presenza anagrafica della persona scomparsa e i redditi ancora a questa in essere (pensione, rendite, ecc).

Ringrazio gli autori di questa pubblicazione per la sensibilità dimostrata nei confronti di questa tematica e della nostra associazione e per avermi permesso di far conoscere ai lettori il mondo degli scomparsi e le loro famiglie.

«Come spiegare al mondo che ti trasformasti in polvere nell’aria.

Non fu come esco, non ti preoccupare, torno subito.

Fu come entrare in un’invisibile prigionia.

Come spiegare che la tua storia si riassume oggi nelle cose semplici della vita.

Il tuo libro preferito ancora sul letto

Le tue scarpe sparse per la stanza

Il tuo odore su ogni maglione.

Il suono della tua risata.

L’ultima cosa che toccasti

Io e te siamo entrati nella terra del niente, la terra dove vanno a finire le vite di chi scompare e dove sono confinate le vite di chi rimane.

Lo scomparso lascia segni indelebili nella memoria di chi lo ha conosciuto e amato:

Sono bambini, donne, uomini di cui ignoriamo il destino.

Hanno una storia da raccontare e un passato ancora vivo.

Lo scomparso non è un fantasma, non è un interrogativo

Tutti noi potremmo essere una persona scomparsa»

Il ruolo dell'antropologo forense nei casi di persone scomparse

Elena Pilli*

ROLE OF THE FORENSIC ANTHROPOLOGIST IN MISSING PERSONS CASES

ABSTRACT: Human remains identification, that is, the ability to allocate a name to an unidentified person, is an important part of a wider and complex multidisciplinary process and represents, in forensic and humanitarian contexts, a need for the society as a whole but also a fundamental right of all individuals and their families to avoid the flail of ambiguous loss for relatives seeking for their loved ones. Forensic Anthropologist plays a central role in positive identification of human remains both for the construction of a general identity, i.e., the biological profile, where an identikit is built from the remains and for the process of personal identification, i.e., that of identifying the remains as those of a known person and of attributing the correct name to the person.

KEYWORDS: Forensic Anthropology; Human Remains Identification; DNA; Phenotyping; Biogeographical ancestry

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il processo di Identificazione – 3. Ruolo dell'antropologo molecolare forense – 4. Conclusioni

1. Introduzione

La scienza forense o criminalistica, descritta come l'applicazione di metodi e principi scientifici volti all'individuazione, documentazione, raccolta e analisi delle evidenze rinvenute su una scena del crimine, è stata definita da *Paul L. Kirk* (1902-1970), uno dei maggiori esperti americani di criminalistica del XX secolo, come «*an occupation that has all of the responsibilities of medicine, the intricacy of the law, and the universality of the sciences*». Essa include diverse discipline quali per esempio la chimica, la medicina, la biologia, la fisica, la psicologia e molte altre e, nonostante si possa considerare una scienza con una storia lunga centinaia di anni, solo negli ultimi decenni l'attenzione nei suoi confronti è cresciuta in maniera considerevole grazie anche all'avvento di nuove metodologie e tecnologie di analisi. Ne è un esempio l'analisi del DNA, che ha avuto grande fortuna anche grazie all'impiego in processi di grande impatto mediatico, come è testimoniato dalla crescente proliferazione anche di programmi di intrattenimento e di serie TV che si occupano di indagini di cronaca recente e passata.

Sempre più spesso, negli ultimi anni, si ricorre a metodi scientifici per dirimere questioni di interesse giuridico quali, per esempio, l'identificazione dell'autore di un reato o l'identificazione di un rapporto di parentela di tipo padre/figlio. Tuttavia, seppur meno note, ma non di minor importanza anche in

* *Docente di Antropologia Forense, Dipartimento di Biologia; Università di Firenze. Mail: elena.pilli@unifi.it. Contributo su invito.*

termini numerici, esistono diverse situazioni in cui a dover essere identificate sono le vittime, le persone scomparse (vittime di una guerra, di disastri di massa naturali o causati dall'uomo, migranti): vittime senza volto, senza identità, con riferimento alle quali si pongono rilevanti problematiche anche di interesse giuridico.

In tali contesti, fra le diverse discipline forensi che supportano l'attività di identificazione, ruolo centrale è svolto dall'Antropologo forense.

Come definita dall'*American Board of Forensic Anthropology* (ABFA), l'antropologia forense (cioè «*the application of the science of physical or biological anthropology to the legal process*») è la disciplina che supporta la medicina legale, le forze di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta, ispezione e analisi delle ossa e dei frammenti ossei nelle indagini penali, civili, nei disastri di massa, nei casi di persone scomparse ed in tutti i casi umanitari e di violazione dei diritti umani. Nonostante l'importanza di includere la figura dell'antropologo nel processo di identificazione sia stata evidenziata già nel 1970 dall'antropologo americano *Thomas Dale Steward*, solo recentemente l'antropologo forense ha iniziato ad essere riconosciuto come una figura professionale con conoscenze e competenze specifiche e coinvolto nel rilevamento, rinvenimento e studio/analisi di resti umani scheletrizzati.

2. Il processo di identificazione

La determinazione dell'identità di una persona (e quindi l'accertamento della sua morte) è considerata un segno essenziale di rispetto nei confronti di un defunto, dei suoi familiari ed amici ed è un'attività fondamentale in ambito forense in quanto ha importanti ripercussioni in materia penale, civile ed amministrativa. In ambito penale, l'identificazione di un corpo è fondamentale per poter avviare le indagini su un reato specifico, cosa che si complica enormemente allorché non si conosca l'identità della vittima e serve ad evitare erronee/false assegnazioni di identità. Da un punto di vista civile e amministrativo l'identificazione di una persona può, per esempio, facilitare la devoluzione dell'eredità e/o a garantire il diritto del coniuge a risposarsi.

L'identità è tutto ciò che noi siamo, che ci rende unici/riconoscibili durante tutto l'arco della nostra vita e che ci permette di essere identificabili e ricordati anche dopo la morte. Il diritto all'identità personale, anche alla luce dell'elaborazione europea e sovranazionale, rientra fra quei diritti inviolabili dell'essere umano che sono protetti dall'art. 2 della nostra Costituzione. Pertanto, permettere il riconoscimento, dare cioè un'identità a chi non ce l'ha, è un dovere civico e morale, fine ultimo degli esperti forensi sia per aspetti legali che per problematiche sociali, religiose e di salute pubblica¹. Il processo di identificazione è un'attività molto complessa che coinvolge più fasi e risulta fortemente influenzata dalle condizioni in cui i corpi vengono rinvenuti, condizioni determinate dalle cause che hanno provocato la morte e da ulteriori traumi che i corpi possono aver subito successivamente. Inoltre, la complessità del processo di identificazione aumenta inevitabilmente con il numero di individui da identificare.

¹ G.J. QUIRK, L. CASCO, *Stress disorders of families of the disappeared: a controlled study in Honduras*, in *Soc sci med*, 39, 12, 1994, 1675-1679; P. BOSS, *Loss, Trauma, and resilience: Therapeutic work with ambiguous loss*, New York, 2006.

L'antropologia è la scienza che si occupa principalmente dello studio e dell'identificazione dei resti scheletrici umani; resti per i quali non è più possibile avvalersi dei metodi di identificazione tradizionali quali, per esempio, impronte digitali, cicatrici e tatuaggi. Gli aspetti tecnici dell'identificazione antropologica vengono generalmente suddivisi in due parti: 1. la costruzione di un profilo biologico, cioè la costruzione di un identikit a partire dai resti scheletrici e 2. Il processo di identificazione personale attraverso il quale è possibile attribuire un nome alla persona a cui i resti appartengono.

L'antropologo fisico, esperto conoscitore della morfologia e della struttura ossea, è in grado di fornire una serie di informazioni, utili per indirizzare l'identificazione, quali per esempio l'altezza, il sesso, l'origine biogeografica e l'età alla morte che vengono confrontate con le informazioni/descrizioni effettuate da familiari ed amici della persona scomparsa.

L'antropologo molecolare invece, esperto nell'analisi del DNA di campioni complessi (in termini di qualità e quantità di DNA analizzabile), quali quelli ossei, è in grado di supportare l'attività identificativa mediante l'ottenimento di un profilo utile alla comparazione dei resti scheletrici. In ambito molecolare, il processo di identificazione si effettua tramite comparazione fra il profilo genetico ignoto ottenuto dall'analisi dei resti scheletrici e quello noto di un campione biologico di confronto prelevato in vita alla persona da identificare (*direct reference sample*) o ai suoi familiari (parenti di primo grado preferibilmente). Una volta ottenuti, i profili ritenuti idonei vengono sottoposti a procedura di comparazione e viene condotta una valutazione statistica del peso dell'evidenza al fine di definire il significato dell'inclusione o dell'esclusione osservata².

Inoltre, situazioni sempre più complesse che l'antropologo deve affrontare, quali per esempio la frammentazione dei resti umani in seguito ad un disastro di massa e/o la combustione/immersione/mescolanza dei resti scheletrici stessi (condizioni che si riscontrano frequentemente nello studio delle vittime di crimini di guerra, in catastrofi di massa e resti di persone non identificate), possono rendere tale attività altamente complicata e di difficile risoluzione, senza la competenza/professionalità e esperienza di un antropologo molecolare e solo con il supporto di un'analisi molecolare tradizionale (analisi cioè del DNA effettuata secondo protocolli utilizzati di routine in ambito forense). Ossa, denti e formazioni pilifere rappresentano il materiale biologico più duraturo del nostro corpo e, pertanto, nella maggior parte dei casi già menzionati, rappresentano l'unica potenziale fonte di materiale genetico utile per permettere l'identificazione di una persona dopo l'esposizione del corpo a condizioni ambientali anche estreme, ad eventi traumatici importanti e in casi in cui un periodo di tempo significativo è passato dalla morte dell'individuo. Tuttavia, a causa di fattori chimici/fisici/ambientali a cui i campioni sono sottoposti nel corso degli anni, il DNA presente risulta essere altamente danneggiato/degradato e pertanto difficile da analizzare mediante l'utilizzo dei protocolli standard adottati in un laboratorio forense (la capacità di recuperare ed analizzare il DNA di resti scheletrici altamente degradati rappresenta una delle maggiori sfide per gli scienziati forensi), portando il più delle volte al fallimento dell'ottenimento di un profilo identificativo utile ai fini comparativi.

² Raccomandazioni Ge.F.I. nelle indagini di identificazione personale [http://www.gefi-isfg.org/temp/RACCOMANDAZIONI%20GeFI%20ITA_2018\(2\).pdf](http://www.gefi-isfg.org/temp/RACCOMANDAZIONI%20GeFI%20ITA_2018(2).pdf).

3. Ruolo dell'antropologo molecolare forense

L'antropologo molecolare forense sfrutta la scienza, l'*expertise*, la metodologia e la tecnologia dell'antropologia molecolare (*ancient DNA approach*) per analizzare i campioni ossei e permettere l'ottenimento di un profilo identificativo, utile a comparazione. Per questi motivi l'antropologo molecolare forense gioca un ruolo centrale nella positiva identificazione dei resti umani. L'attività dell'antropologo molecolare forense si esplica non solo nei casi singoli, in cui si è in presenza di un unico corpo da identificare, ma la sua competenza risulta fondamentale anche e soprattutto in casi di vittime di guerra, di disastri di massa e in presenza di corpi non identificati, così come risulta prezioso nell'indirizzare il trattamento del materiale osseo per prevenire le contaminazioni e l'ulteriore degradazione del DNA e nell'indirizzare la scelta dell'elemento scheletrico da sottoporre ad analisi e dell'idoneo protocollo di estrazione del DNA da utilizzare. Passaggio analitico questo ultimo che risulta di fondamentale importanza per la positiva riuscita della tipizzazione.

Quando si analizza il DNA proveniente dalle ossa, le principali problematiche che devono essere tenute in considerazione sono la sua degradazione, la scarsa quantità di molecole endogene e la presenza di possibili inibitori, molecole di varia natura che possono essere co-estratte insieme al DNA e interferire con le successive fasi analitiche. Oltre ai fattori fisici, chimici ed ambientali, anche fattori intrinseci quali la densità e la tipologia delle ossa possono giocare un ruolo cruciale nel processo di degradazione del materiale genetico influenzandone la conservazione. Dall'attività di questi fattori intrinseci ed estrinseci risulta che il DNA contenuto nelle ossa si presenta fortemente frammentato e la sua integrità parzialmente o fortemente compromessa. Per tali motivi, la contaminazione (dove per contaminazione si intende la presenza di DNA esogeno/estraneo a quello delle ossa) è un'altra delle problematiche a cui gli esperti devono dare la giusta considerazione, dal momento che, quando presente, può irrimediabilmente compromettere l'ottenimento di risultati affidabili. La contaminazione può verificarsi in qualsiasi momento dell'attività sia da parte, per esempio, di coloro i quali effettuano l'esumazione o le attività di laboratorio, che da parte di altri campioni biologici che contengono maggiori quantità di DNA di migliore qualità quali per esempio sangue, saliva e sperma provenienti da altri casi forensi. Pertanto, è buona pratica adottare tutta una serie di precauzioni atte a controllare/minimizzare la possibilità di contaminazione sia al momento del campionamento dei resti ossei che in laboratorio³.

Inoltre, al fine di proteggere le ossa dalla contaminazione e prevenire l'ulteriore degradazione del DNA endogeno è buona regola evitare di lavare le ossa sotto l'acqua corrente (l'acqua potrebbe infatti contenere batteri che potrebbero penetrare nei campioni causando un'ulteriore degradazione del DNA) e conservarle asciutte in un ambiente non umido, idoneo alla conservazione del DNA (le ossa infatti andrebbero completamente asciugate prima di repertarle o portarle in laboratorio, per evitare la proliferazione di muffe e batteri che potrebbero causare la degradazione del DNA).

Uno degli aspetti essenziali che un antropologo molecolare forense deve valutare, al fine di giungere all'ottenimento di un profilo identificativo utile ai fini comparativi, è quello della scelta dell'elemento scheletrico da sottoporre alle analisi molecolari. La scelta, fortemente dipendente dalla tipologia di

³ E. PILLI ET AL., *Neither femur nor tooth: Petrous bone for identifying archaeological bone samples via forensic approach*, in *Forensic Sci Int.*, 283, 2018, 144-149.

ossa che vengono rinvenute al momento del ritrovamento del/i corpo/i, risulta essere di vitale importanza per la buona riuscita dell'attività identificativa dal momento che non tutti gli elementi scheletrici risultano uguali in termini di resa del DNA. Le ossa più grandi tendono a sopravvivere meglio e più a lungo e pertanto sono quelle che possono risultare maggiormente disponibili per l'analisi del DNA. Fino a poco tempo fa, le porzioni corticali dense delle ossa degli arti inferiori ed i tessuti più duri dei denti erano considerati gli elementi scheletrici più idonei, rispetto a quelli spugnosi, per la generazione di profili identificativi utili per la comparazione⁴. La società internazionale di genetica forense⁵ raccomandava infatti l'utilizzo di ossa corticali dense quali, per esempio, femori e tibie come scelta primaria nell'analisi del DNA ai fini identificativi. Tuttavia, recentemente, un gruppo di ricercatori esperti di DNA antico ha dimostrato che la rocca petrosa, osso localizzato alla base del cranio fra l'osso sfenoide e le ossa occipitali, sia l'osso migliore dal quale poter ottenere un profilo identificativo completo, utile ai fini comparativi, in termini di qualità e quantità di materiale genetico. L'utilizzo della rocca petrosa come substrato biologico per le analisi molecolari è stato dimostrato con successo anche da Kulstein et al. (2018)⁶ and Pilli et al. (2018)⁷ in campioni ossei forensi.

Un ulteriore aspetto che ha anche risvolti etici, e che l'antropologo molecolare forense tiene in grande considerazione, è l'utilizzo di metodiche di campionamento che siano il meno invasive possibili. Lo scheletro è tutto quello che resta del nostro corpo dopo che i tessuti molli si sono decomposti e pertanto, al fine di restituire ai parenti ed agli amici il corpo del loro caro più integro possibile, è fondamentale porre attenzione alla salvaguardia e tutela dei resti evitando il più possibile la loro distruzione ove non strettamente necessaria. Per tale motivo, diversi ricercatori, tra cui anche il nostro laboratorio universitario fiorentino, stanno sperimentando con successo diverse metodiche di microcampionamento atte a distruggere, solo in minima parte, l'elemento scheletrico sottoposto ad analisi genetica.

Una volta scelto l'elemento scheletrico su cui poter effettuare le analisi molecolari e dopo aver proceduto alla pulizia e polverizzazione del materiale osseo, il passaggio analitico successivo consiste nella scelta del protocollo di estrazione più adatto al fine di ottenere un profilo identificativo idoneo ai fini comparativi. Anche in questo caso, diversi sono i protocolli usati in ambito forense, la maggior parte dei quali non risulta però idonea alla tipologia di campione biologico da analizzare. Recente-

⁴ J.L. BARTA, ET AL., *Mitochondrial DNA preservation across 3000-year-old northern fur seal ribs is not related to bone density: Implications for forensic investigations*, in *Forensic science international*, 239, 2014, 11-18; S.M. EDSON, ET AL., *Sampling of the cranium for mitochondrial DNA analysis of human skeletal remains*, in *Forensic Science International: Genetics Supplement Series 2*, 2009, 269-270; S.M. EDSON, ET AL., *Naming the Dead - Confronting the Realities of Rapid Identification of Degraded Skeletal Remains*, in *Forensic science review*, 16, 2004, 63-90; E. HAGELBERG, ET AL., *Identification of the skeletal remains of a murder victim by DNA analysis*, in *Nature*, 352, 1991, 427-429; M.D. LENEY, *Sampling Skeletal Remains for Ancient DNA (aDNA): A Measure of Success*. *Historical Archaeology* 40, 2016, 31-49; A. MILOS, ET AL., *Success rates of nuclear short tandem repeat typing from different skeletal elements*, in *Croatian medical journal*, 48, 2007, 486-493; A.Z. MUNDORFF ET AL., *DNA preservation in skeletal elements from the World Trade Center disaster: recommendations for mass fatality management*, in *Journal of forensic sciences*, 54, 2009, 739-745.

⁵ M. PRINZ ET AL., *DNA Commission of the International Society for Forensic Genetics (ISFG): recommendations regarding the role of forensic genetics for disaster victim identification (DVI)*, in *Forensic science international. Genetics*, 1, 2007, 3-12.

⁶ G. KULSTEIN ET AL., *As solid as a rock—comparison of CE- and MPS-based analyses of the petrosal bone as a source of DNA for forensic identification of challenging cranial bones*, in *International Journal of Legal Medicine*, 132, 1, 2018, 13-24.

⁷ E. PILLI ET AL., *Neither femur nor tooth: Petrous bone for identifying archaeological bone samples via forensic approach*, in *Forensic Sci Int.*, 283, 2018, 144-149.

mente è stato dimostrato – peraltro – come l'utilizzo di protocolli specifici per le ossa e messi a punto per i campioni antichi⁸ risultino essere i protocolli più idonei anche per i campioni ossei forensi. Grazie al recente sviluppo di una nuova tecnologia di sequenziamento (*Next Generation Sequencing*), oggi gli antropologi molecolari forensi possono supportare l'attività investigativa fornendo anche ulteriori informazioni quali per esempio l'origine biogeografica o il colore degli occhi, dei capelli e della pelle che possono essere desunte dall'analisi del DNA, utili a tratteggiare un identikit di una persona al fine di indirizzare la ricerca dei parenti (campioni di confronto) quando inizialmente non noti.

4. Conclusioni

Nonostante culture e religioni diverse considerino diversamente la morte, la maggior parte di esse è consapevole del fatto che parenti ed amici devono poter piangere i propri cari ed avere un luogo della memoria. Pertanto, il processo di identificazione delle vittime provenienti da contesti diversi (come per esempio da guerre, da disastri di massa, da violenza politica o religiosa) è un dovere morale e lo scopo principale degli antropologi forensi, sia per motivi giuridici che sociali e religiosi. Tale attività, fortemente influenzata dalle condizioni variabili in cui vengono rinvenuti i corpi, spesso risulta molto complessa anche a causa della presenza di elementi scheletrici (frammenti) di ridotte dimensioni. In tali contesti, il supporto sinergico fra antropologi fisici e molecolari risulta indispensabile durante l'attività di sopralluogo e repertamento in cui la conoscenza della struttura e della morfologia delle ossa può essere utilizzata per distinguere le ossa umane da quelle animali, rilevare eventuali segni di violenza o di patologia presenti sulle ossa e selezionare il miglior elemento scheletrico da sottoporre alle analisi molecolari e durante l'attività di laboratorio in cui le competenze relative al trattamento ed analisi delle ossa possono essere sfruttate al fine di giungere all'ottenimento di un profilo biologico e genetico delle vittime utile per una corretta identificazione delle stesse e per permettere la restituzione dei resti umani alla famiglia per una degna sepoltura.

⁸ J. DABNEY ET AL., *Complete mitochondrial genome sequence of a Middle Pleistocene cave bear reconstructed from ultrashort DNA fragments*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 110, 2013, 15758-15763.

How judges (should) deal with scientific evidence

Marco Cecchi*

HOW JUDGES (SHOULD) DEAL WITH SCIENTIFIC EVIDENCE

ABSTRACT: How should scientific evidence – or rather, a scientific hypothesis – be treated by the judge (or juror) who deals with it? Without dwelling on how this type of evidence enters the trial, the paper will expand on the judicial evaluation of scientific evidence. The Author retains that the ‘reinforced reasoning’ approach (a decision method structured by necessary steps, made up of arguments concerning salient aspects of the case under examination and which must be appreciated in order to decide) is also applicable in this matter.

KEYWORDS: Reinforced reasoning; grounds of the judgment; scientific evidence; expert witness; innovative DNA Panel

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The Paradox of Specialist (espec. Scientific) Evidence – 3. Beyond the Paradox – 4. How Judges (should) Deal with Scientific Evidence and Scientific Hypotheses. Reinforced Reasoning on Science – 5. An example. About an Innovative DNA Panel associated with New Technology named Next Generation Sequencing

1. Introduction

We live in societies where social relationships and human knowledge (of the world and of ourselves) become, year by year, more interconnected and complex. Although at different rates of development, on the one hand, relations and opportunities for encounters – and, therefore, possible clashes – between people with particular and often conflicting interests are multiplying; on the other hand, human understanding of phenomena is growing and becoming more specific, with deeper and more detailed studies that explore and explain more closely the laws and mechanisms by which human beings and the universe work. This gradual intensification of the connections between people and this tendency to ‘miniaturise’ the level of cognitive analysis of things¹ also has repercussions within the legal system. For example, new regulatory needs are flowing in – like never before – which exacerbate legislative action; sources of law are proliferating, even in previously unknown forms (*e.g. soft law*), with consequent problems of

* PhD (Criminal Procedure), University of Florence. Mail: marco.cecchi@unifi.it. The Author has also made most of these considerations in M. Cecchi, The judge in front of the scientific evidence, in Arch. pen. (web), February 14, 2022. The article was subject to a double-blind peer review process.

¹ M. PASSAROTTI, *There are no genius languages, but only genius Authors*, in *Corriere della Sera*, December 23, 2018: “One of the characterizing features of 20th century research has been the miniaturization of the level of analysis. We can think about physics, biology, or chemistry: new instruments, such as the microscope, make it possible to enter for the first time into the depths of the objects to be investigated”.

interaction between the different provisions and types of regulations; the legal issues that need to be addressed and resolved are becoming significantly more complicated; and so on.

As far as it is of interest here, with reference to the complexity of the legal issues and problems to be addressed and resolved, we note that in today's court proceedings there is a greater presence of experts than in the past. The establishment – through evidence – of the facts, to which the law is then applied, now almost always presupposes the possession of (or, at least, the ability to manage) specific technical, scientific or artistic skills.

Today, many profiles and salient aspects of legal disputes require, in order to be resolved, the involvement of a science expert – although not decisive, since the judge has the last word in any case: see below, par. 2. The voice and writings of the scientist (to be understood in a broad sense, as anyone having specific technical, scientific or artistic skills), come along with all other evidence introduced in the trial; and, added together, they constitute that body of evidence, based on which the parties argue their case and the judge takes the final decision.

Thus, more frequently than in the past, the problem arises as to how the jurist – particularly the judge – should evaluate the technical information brought by the expert into the proceedings, i.e. the so-called specialist (or, *lato sensu*, scientific) evidence.

2. The Paradox of Specialist (espec. Scientific) Evidence

The situation is, at least apparently, paradoxical.²

At first, the jurist 'asks for help' from the scientist, because the ascertainment of the facts requires specialist knowledge. Once this contribution is introduced into the proceedings, however, non-experts (i.e., the judge, the lawyer, the prosecutor) magically become able to appreciate the technical knowledge put forward by the expert, since they are *ex lege* obliged to evaluate and express their opinion on this kind of evidence.

From now on, we will focus on strictly scientific specialist knowledge.³

In this regard, we note that, in terms of evaluation, no particular problems actually arose as long as the old positivist conception of science was in force. The *ipse dixit* of the scientist – as a repository of knowledge considered unlimited (general and absolute), unique and infallible – directly founded the

² M. TARUFFO, *Considerations on Science and Civil Trial*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (eds.), *Science and Law in the Prism of Comparative Law*, Turin, 2004, 492: "The paradox lies in the fact that the consultant is appointed when, based on a rigorous self-assessment, the judge establishes that it lacks the technical or scientific knowledge required for the decision. However, and still in this situation of cultural deficiency, the judge will be in the position of having to evaluate the outcome of the expert opinion in order to determine whether it is worth using for the purpose of the findings of fact. In essence, the judge is supposed to be able to make an *ex post* assessment of technical and scientific knowledge that it did not possess *ex ante*".

³ For our purposes, by 'science' we mean "a type of knowledge characterized by the following: it has as its object the facts of nature; it is ordered according to a set of general rules called scientific laws, and linked together in a systematic way; it uses a method controllable by scholars in the formulation of the rules, and in the verification and falsifiability of the same" (P. TONINI, C. CONTI, *Criminal Evidence Law*, Milan, 2014, 164).

legal decision. The jurist had no choice but to appoint an expert and slavishly submit to the latter's conclusions.⁴

Around the middle of the 1900s, things change: post-positivism and falsificationism bring a paradigm shift. The assumption of the fallibility of science⁵ deeply transforms the jurist's approach to the evaluation of the words coming from the mouth of scientists. There is no longer any epistemological requirement to conform to the findings of the technical advice, which can now be undisputedly – if reasonably, of course – disregarded.

With reference to the judge, the figure of the *iudex peritus peritorum* is spreading.⁶ The judge is fully entitled to depart from the technical findings and the considerations of the expert witness, provided that adequate reasons support that choice. The scientific evidence is subject to the judge's autonomy of assessment, just – *mutatis mutandis* – like any other evidence.

How is this possible, in practice, without the judge's decision resulting arbitrary but, instead, scientifically supported? Given the divergence between the judicial and the scientific work,⁷ how can the

⁴ We note in passing that this way of proceeding cannot be considered completely outdated: it is still – and not so rarely – practiced both in criminal and, above all, in civil matters. In the field of criminal law, in order to curb – in general, and not just in relation to the issue at hand – this passive acceptance of the considerations of others, multiple law reforms and case-law rulings have, in time, tightened the obligation to state the reasons for the decision. For example, Law no. 47 of 2015 has introduced the obligation of "autonomous assessment" of certain prerequisites for the application of precautionary measures. It was considered necessary to make this requirement – intrinsic, in truth, to the judicial activity – explicit and reflected, on pain of nullity, in the grounds of the order. This legislative reform aimed at contrasting the distorting practice of copy-paste, through which the judicial decision became a sort of collage, given that it followed the request of the public prosecutor (which in turn may be based, in part or completely, on the police report), without making an independent assessment on the merits of the request. Similarly, in case law – starting from the Primavera case (Crim. Cass., Joint Div., June 21, 2000, no. 17, Primavera, in *Cass. Pen.*, 2001, 69) – the Court ruled that the reasoning should not slavishly refer to other acts, in order to avoid that the activity of *reddere rationem* is reduced to a mere activity of copying other people's thoughts, not personally assessed/processed. In this sense, for the reasons to be lawfully stated *per relationem*, it is necessary that "i) the decision makes reference to a lawful act of the procedure, the reasons for which are consistent with the need to justify the decision to which it relates; ii) the decision provides evidence that the judge has taken cognizance of the substantive content of the reasons of the decision of reference and has weighed and considered it consistent with its own decision; iii) the reference act, if not attached to or quoted in the decision, is however known or at least accessible to the interested party".

⁵ According to the post-positivism approach, science is seen as limited (humans cannot grasp and explain all aspects of a phenomenon), plural (there are multiple methods of scientific research and analysis) and fallible (carrying a rate of error; and, if disproved, surmountable).

⁶ On this topic, in a criminal-procedure perspective, see G. CARLUZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 27 ff. (also cited as a reference in the bibliography). According to the author, "the formula [*iudex peritus peritorum*] is the specification, in the field of 'specialist evidence', of the principle of free conviction, and it is justified not so much by (an improbable) confidence in the omniscience of the judge, as by consistency with the decisional role that the law assigns exclusively to the judiciary" (28).

⁷ The scientist empirically identifies certain (perfectly reproducible) categories of facts and studies, experimentally, their relationships and the way in which they constantly occur, in order to derive laws of general application, which are valid until proven wrong. On the other hand, the judge reconstructs – by means of evidence, including scientific evidence – a human event in the past (a historical fact that cannot be reproduced in the same terms: a *lost fact*), in accordance with the rules of procedure, in order to apply the law to the specific case and to issue a decision of individual scope, which is binding on that particular legal addressee and which, once it has become final, cannot, normally, be overturned. While the cognitive act aimed at by the scientist is purely descriptive-cognitive, the one aimed at by the judge – and achieved through the decision – is essentially per-

judge (non-specialist) communicate with the consultant (specialist) and be able to understand the latter's statements, so as to translate them into 'legal language'?

3. Beyond the Paradox

The paradox, in truth only apparent, is overcome by the so-called processualization of specialist knowledge.

When it enters the courtroom, science must follow the legal procedure – and epistemology. This does not mean that the contribution that the scientist brings to the proceedings is or should be legally influenced. The content of the technical report is – and remains – in the full and exclusive availability of the expert who drafts it. Conversely, the way in which the scientific evidence enters the proceedings and is evaluated by the jurist is definitely outside the expert's area of competence.

It is a matter of constitutional legitimacy: only the cognition (which then becomes deliberation) of the judicial authority can be the basis of a measure having binding force. This choice of field, which cannot be withdrawn except for revolutionary events, founds the legitimate use of powers on the Rule of Law that underpins our constitutional State.⁸ For this reason, the outcome of the trial assessment, and, therefore, of the judge's binding decision, cannot exclusively depend on technical evidence, which is "the result of scientific knowledge that does not, cannot and should not belong to the judge".⁹

Moreover, and in the same perspective, the court appraisal (inherent in the exercise of jurisdiction) is also indispensable for reasons of logical and material consequentiality. In fact, whilst science offers a valid support to the reconstruction of the facts, the decision ending the proceedings is, however, the result of at least one further mental step, at least one other inference that involves a complex assessment and does not automatically descend from scientific hypotheses.¹⁰ In this sense, as stated by the Italian Supreme Court (in the Cantore judgment – 2013), we can say that the judge, with the help

formative-imperative and not just descriptive-cognitive. The foundation of scientific laws lies in the 'world of being', in which relations of truth/falsity are configurable; the foundation of legislation lies in the 'world of ought-to-be', where we find relations of legitimacy/illegality and lawfulness/unlawfulness. Moreover, while a scientist can suspend judgement and declare a problem unsolvable at the moment, on the contrary, the judge must necessarily take a decision at the end of the proceedings, which take place within a well-defined time period (P. TONINI, C. CONTI, *Criminal Procedure Handbook*, Milan, 2021, 265 and nt. 78-79; *amplius*, 263-271).

⁸ The jurist – and in particular the judge – must therefore make the science introduced into the process by the expert its own, because only with the legal categories is it possible to finally complete – or contribute to completing, when the jurist is a party to the proceedings other than the judge – the activity of *ius dicere* in compliance with the Italian Constitution (Articles 101, 102, 108 and 111).

⁹ These words are taken from the Court of Cass. Criminal Div., Sec. V, September 7, 2015, case no. 36080, Knox-Sollecito, in *CED Cass.* no. 264863 (where, significantly for the purposes of this paper [see par. 4.], immediately after it is noted that this non-belonging "is all the more true with respect to genetic science, whose complex methods postulate a specific knowledge in the field of forensic genetics, chemistry and molecular biology, which belong to a wealth of knowledge that is light years away from the training, purely humanistic and legal, of the members of the judiciary").

¹⁰ These further mental passages may be related to the reconstruction 'in fact' (*quaestio facti*), in which – in addition to scientific laws and as a last inferential step – recourse is made to common experience, or to the reconstruction 'in law' (*quaestio iuris*), in which we pass from the 'world of being' to the 'world of ought-to-be' and the value judgments to be made are of a purely legal nature (see nt. 7).

of experts, is required to identify the accredited knowledge that can guide the decision and, after metabolizing its complexity, make judicious use of it and make it legally accessible: that is, understandable to anyone, conformable to reason and humanly plausible. The expert is no longer – and should never have been – the arbiter who decides the trial, but the expert who provides the scientific context in the area involved in the judgment, in the knowledge that the final word will be left to the judge.¹¹

The issue of the processualization of specialist knowledge concerns both the manner in which scientific evidence enters the proceedings (*i.e.*, the admission and taking of evidence and the role of the representatives of the parties in this process) and its evaluation. However, as mentioned above, here we will exclusively focus on the second aspect; and, more specifically, we will turn our attention to evaluation as a basis of the judge's decision. Furthermore, although our considerations stem from the developments in the criminal field,¹² they may be applicable to other branches of law as well; in particular, to civil matters. Whilst the evidentiary standards required are different (*e.g.* beyond a rea-

¹¹ We already made these considerations in M. CECCHI, *The 'autonomous evaluation' of the judge as a bulwark against uncritical use of scientific evidence*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 919 and 921-922 (where we also refer to *Crim. Cass.*, Sec. IV, January 29, 2013, no. 16237, Cantore, in *Cass. pen.*, 2014, 1670). In essence, what the jurist – in particular, the judge – is unable to transpose and manage with legal categories must remain outside of the legal world, because everything that is not legally controllable and rationally justifiable/explainable is likely to make us slide down the slippery slope that leads to the abyss of ordeal rites; which would nullify all the progress made by the “law of evidence” over the centuries, both in civil and criminal matters. In criminal proceedings, for example, the law of evidence has moved from trial by ordeal (*lato sensu* mythological evidence) to legal evidence (legal tariffs), then to inner conviction (where heart and reason combine, in the secret chamber of the human soul) and, finally, to free conviction (supported by legal and rational grounds of the decision): in a path of refinement of the rationality of the judgment (aimed at determining whether or not the guilt of the defendant has been proved beyond reasonable doubt) and of its justification (explanation / grounds of the decision).

¹² On this point, *ex plurimis*: AA. VV., *Judicial Decision and Scientific Truth*, Milan, 2005; L. DE CATALDO NEUBURGER (ed.), *“The Decisional Operation” from Divine Emanation to Scientific Evidence. Passing through Rabelais*, Padova, 2014; L. DE CATALDO NEUBURGER (ed.), *Scientific Evidence in Criminal Trial*, Padova, 2007; AA.VV., *Scientific Evidence in Criminal Trial*, in *Dir. pen. proc. – Dossier*, 2008; G. CARLIZZI, G. TUZET (eds.), *Scientific Evidence in Criminal Trial*, Turin, 2018; R. BORSARI (ed.), *Science submitted to Trial*, Padova, 2016; G. CANZIO, L. LUPÁRIA (ed.), *Scientific Evidence and Criminal Trial*, Milan, 2018; M. BERTOLINO, G. UBERTIS (eds.), *Scientific Evidence, Evidentiary Reasoning and Judicial Decision-Making*, Naples, 2015; A. AMATO, G. FLORA, C. VALBONESI (eds.), *Science, Law and Criminal Trial in the Age of Risk*, Turin, 2019; C. CONTI (ed.), *Science and Criminal Trial. New Frontiers and Old Prejudices*, Milan, 2011; F. CAPRIOLI, *Science “bad teacher”: the Pitfalls of Scientific Evidence in Criminal Trial*, in *Cass. pen.*, 2008, 3520 ff.; G. CARLIZZI, *Judge 2.0. and the Use of Specialized Knowledge in Criminal Trial*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 732 ff.; G. CARLIZZI, *The Evaluation of Scientific Evidence*, Milano, 2019; C. CONTI, *Evolution of Science and the Role of the Experts in the Criminal Trial*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, T. PADOVANI (eds.), *Medicine and Criminal Law*, Pisa, 2009, 335 ff.; C. CONTI, *Scientific Evidence*, in P. FERRUA, E. MARZADURI, G. SPANGHER (eds.), *Criminal Evidence*, Turin, 2013, 87 ff.; O. DOMINIONI, *The Italian Experience about the Use of Scientific Evidence in Criminal Proceedings*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 601 ff.; O. DOMINIONI, *Scientific Evidence (Crim. Proc.)*, in *Enc. dir.*, II, Milan, 2008, 976 ff.; G. GENNARI, *New and Old Forensic Sciences at the Test of the Courts. An International Comparison ad a Proposal for the Future*, Santarcangelo di Romagna, 2016; P. RIVELLO, *The Need to Prevent Junk Science from Entering the Courtrooms: Rethinking About some Recurring Claims*, in www.penalecontemporaneo.it, November 8, 2017; P. TONINI, *The Supreme Court upholds Daubert Criteria on Scientific Evidence. Reflections on the verification about the maxims of experience*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341 ff.; G. UBERTIS, *Scientific Evidence and Criminal Justice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1192 ff.



sonable doubt ≠ more probable than not), the reasoning technique used to approach science in the various legal fields can well be the same.¹³

4. How Judges (should) Deal with Scientific Evidence and Scientific Hypotheses. Reinforced Reasoning on Science

In order to manage scientific knowledge and translate it into legal language, it is in any case necessary to ‘understand and retain’¹⁴ such knowledge; although the specific content of the technical information remains outside and alien to the non-expert’s field of investigation.

For example, if the expert discloses the calculation method used to obtain a certain result and explains why that method was used, rather than another, then the jurist – who, in addition, may further examine the matter and discuss it with other scientists – is able to appreciate the reliability of that scientific reconstruction, despite remaining incapable of performing the technical operation under discussion.

Let’s make a simple (and limited) comparison. Let’s take a soccer match. If we know the rules and tactics of this sport, even if we cannot even kick a ball, and without being on the field, we can understand if the players are playing according to the rules, if they are arranged in a certain tactical formation, if the goals scored are valid or not, etc. Although many subtleties of the game may evade us, at the end of the match we will know if team A or team B won, or if the two teams drew, and we will even be able to say who played better, even if only by referring to the respect of the rules and tactics of this sport that we know. Well, starting from the common knowledge of the game rules and tactics, those who do not know – or better, know only this – about soccer can communicate with those who *do* know and live soccer every day.

This, indeed, is just part of our everyday experience: what makes human communication possible is a common basic language (verbal and non-verbal) that we all share.

In the relationship between science and law, the scientific method acts as the common and shared basic language, used by the scientist and the jurist to communicate. The judge’s role is, as authoritative literature put it, “that of a *gatekeeper* of the scientific nature of the evidence, through the control of the method used to form that evidence, in view of properly stating the reasons for the decision. [...] This is a fundamental step: the difficulty of handling the merits of ‘other’ knowledge, such

¹³ Therefore, the method of judgment and the justification (grounds / statement of reasons) of the decision concerning the scientific evidence – which can be summarized as ‘reinforced reasoning on science’ and will be discussed below (par. 3.) – may be applied, insofar as compatible, to all branches of the legal system: as a general doctrine of law.

¹⁴ The expressions, re-adapted to the context of course, are taken from A. DANTE, (*Divine*) *Comedy*, Paradise, V, 41-42: “For having heard [understood] without retaining doth not knowledge make” (translated by C. Langdon). In addition to the contextual readjustment, it is important to point out that the verb ‘retain’ – which in the passage quoted from the *Comedy* means ‘keep in mind, remember’ – should also be intended as [in the Italian other meaning of *ritenere*] “have a certain personal opinion about something or someone, consider”. On the other hand, both ‘(hearing and) understanding’ a concept – that is, making it one’s own through perceiving and learning – and memorizing it presuppose a more or less active and conscious participation of the person who intends/understands and memorizes (*recte* retains/holds).

as scientific knowledge, has led to focus on method, in an attempt to reach that line where the *method* and the *merits* of the theory end up meeting”.¹⁵

At this point, we have both the place of reference (*i.e.*, the legal proceedings and the relevant rules) and the subject to be discussed using the common language (*i.e.*, the scientific method) to go back to that initial question: ‘how does (should) the judge evaluate scientific evidence?’.

We have said that the judge must focus on the method: but what exactly does ‘focus on the method’ mean?

As far as new or controversial scientific theories are involved, courts have devised a scheme – which gives rise to an operative method to be followed, consisting in a grid of questions to be answered – in order to distinguish ‘good’ from ‘bad’ science. We refer to the so-called Daubert test¹⁶, as implemented and refined by the Italian Supreme Court in various judgments: Cozzini, Cantore, Sartori, Knox-Sollecito, Bordogna, Cappel, Pesenti, Cirocco, Beduschi, Palleschi, Bossetti, De Santis, Spallanzani, etc.¹⁷

In particular, to avoid the risk of using the so-called *junk science* as a basis for the decision and to establish whether the science involved is scientifically reliable (on the basis of the best knowledge available at the time of the proceedings), the judge will have to examine the new or controversial scientific theory put forward by the expert, at least in the light of i) its diffusion (*e.g.* publication in accredited scientific journals; peer review) and acceptance by experts (consensus), ii) the knowledge of its rate of error, iii) its submission to counterexamples (falsifiability) and its controllability/testability (*i.e.*, its being reproducible – obtaining the same results – in the laboratory), (iv) the source from which it comes (*e.g.* the expert’s curriculum vitae, integrity and reputation), and v) its

¹⁵ C. CONTI, *BARD as Paradigm of Method: Legalizing Judicial Conviction without Arithmetic Reductionism*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 834. We highlight that Conti is the first to apply the expression ‘reinforced reasoning’ with reference to scientific evidence (both here [833] and elsewhere [C. CONTI, C. ROSSI, *Experimental Methods and Reinforced Reasoning: The Processualist Interrogates the Scientist*, in A. NATALINI (ed.), *Agri-food Frauds: Legal Profiles and Protection Perspectives*, Milan, 2018, 191; C. CONTI, *Controversial Science and Criminal Trial: The Supreme Court and ‘Discourse on the Method’*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 848 ff.]). For a general study on the institute of reinforced reasoning, see M. CECCHI, *Reinforced Reasoning of the Decision. A new Logic-Argumentative Model of Stilus Curiae*, Milan, 2021.

¹⁶Actually, it is more accurate to speak of the ‘Daubert-Joiner-Kumho trilogy’ (Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 [1993]; General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136, 146 [1997]; Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael, 526 U.S. 137 [1999]). With these three judgments, the so-called Frye test (Frye v. United States, 293 F. 1013, D.C. Circ. 1923, a judgment according to which the scientific validity of a theory rests predominantly – or we might say, in practice, exclusively – on the consensus of the community of experts: criterion of accreditation) is developed and expanded.

¹⁷ On this point, see C. CONTI, *Controversial Science and Criminal Trial*, cit., 848 ff. The details of the judgments cited are the following: Crim. Cass., Sec. IV, September 17, 2010, no. 43786, Cozzini, in *CED Cass.* no. 248943; Crim. Cass., Sec. IV, January 29, 2013, no. 16237, Cantore, in *Giust. pen.*, 2013, 695; Crim. Cass., Sec. IV, February 13, 2015, no. 8527, Sartori, in *CED Cass.* no. 263435; Crim. Cass., Sec. V, March 25, 2015, no. 36080, Knox-Sollecito, cit.; Crim. Cass., Sec. IV, November 3, 2016, no. 12175, Bordogna, in *CED Cass.* no. 270385; Crim. Cass., Sec. IV, October 3, 2017, no. 1886, Cappel, in *CED Cass.* no. 271943; Crim. Cass., Sec. IV, November 10, 2017, no. 55005, Pesenti, in *CED Cass.* no. 271718; Crim. Cass., Sec. IV, April 16, 2018, no. 16715, Cirocco, in *CED Cass.* no. 273096; Crim. Cass., Sec. IV, May 15, 2018, no. 46392, Beduschi, in *CED Cass.* no. 274272; Crim. Cass., Sec. I, May 18, 2018, no. 11897, Palleschi, in *CED Cass.* no. 276170; Crim. Cass., Sec. I, Oct. 12, 2018, no. 52872, Bossetti, in *CED Cass.* no. 275058-04; Crim. Cass., Sec. IV, Nov. 16, 2018, no. 412, De Santis, in *CED Cass.* no. 274831; Crim. Cass., Sec. IV, June 13, 2019, no. 45935, Spallanzani, in *Sist. pen.*, February 13, 2020.

value as evidence in relation to the facts to be ascertained. These are the salient and decisive – *but not exclusive* – points that, when checking the scientific validity of new or controversial scientific evidence, the judge cannot fail to consider.

The criteria, both objective (*e.g.* the rate of error) and subjective (*e.g.* the integrity of the expert and of the research carried out), on which this model of ‘interrogation of science’¹⁸ is based, are by no means exhaustive. On the contrary, they represent a *minimum*, which can be expanded depending on the specificities of the branch of knowledge under examination. Moreover, these questions – and the arguments underlying them – do not exclude, but rather prompt an in-depth investigation of further issues and arguments.

Therefore, whilst this model is certainly and primarily valid to evaluate the quality of new or controversial science¹⁹, it is nevertheless easily extended – especially if we add other questions, gauged to the peculiarities of the subjects to be analyzed – to the evaluation of science *tout court*.

Ultimately, what is important is this particular *modus operandi*. In the trial, the judge’s line of reasoning is developed by sifting through scientific knowledge that has been formed and consolidated – or is slowly consolidating – elsewhere. This is materially possible thanks to the experts, whose help is subsequently verified – in terms of reliability (*i.e.* competence, impartiality and validity) – and tested in a sort of cross-examination among the experts themselves.

The reasons and counter-reasons circulating around that scientific law allow the judge to establish, *ex ante* and in the abstract, whether that law is reliable or not (*e.g.* because it is supported by contradictory studies; because there are still relevant unexplored aspects; because there are traditional and viable alternative techniques that lead to the same result; etc.).²⁰ When the specialist knowledge is considered to be reliable enough to be used, the judge then has to verify that it corresponds to reality. On the basis of legitimately acquired evidence, the judge must trace the signs of the actual form that such knowledge takes in the circumstances²¹ to then draw the conclusions, by combining the

¹⁸ Referring to Cozzini judgment, D. PULITANÒ, *Populism and Criminal. On the Current Spiritual State of Criminal Justice*, in *Criminalia*, 2013, 141 speaks of “rigorous path of interrogation of science”.

¹⁹ Applies the so-called Daubert test to neuroscience testing, for example, L. ALGERI, *Neuroscientific Evidence in Criminal Trial*, Padova, 2020, 202-206. And a similar proposal concerning AI and algorithm tools is supported by, for example, F. C. LA VATTIATA, *Criminal Liability for damages caused by AI at the Process Test*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (eds.), *Law in the Digital Era. Person, Market, Administration, Justice*, Milano, 2022, 708 (see 699/707-709); V. MANES, *The Algorithmic Oracle and Criminal Justice: at the Crossroads between Technology and Technocracy*, in *discrimen*, May 15, 2020, 21; A. M. MAUGERI, *The Use of Predictive Algorithms to ascertain Social Dangerousness. A Challenge between Evidence Based Practices and Protection of Fundamental Rights*, in *Arch. pen.*, 2021, 20 and nt. 78-79, as well as 23-27; E. NAGNI, *AI, the Innovative Relationship of (in)compatibility between Machina Sapiens and Criminal Proceedings*, in *Sist. pen.*, 2021, 7, 28-30; S. QUATTROCOLO, *Something better than Criminal Law (and Criminal Process)*, in *discrimen*, June 26, 2020, 8.

²⁰ In common law systems, this scrutiny only takes place only at the moment of admission of specialist evidence (to avoid the risk that the jury may take their decision under the irredeemable influence of junk science, and without stating the reasons for such decision); in civil law systems, it can also be extended beyond the moment when scientific evidence enters the proceedings, to include the subsequent evidence assessment, which must be reasonably explained.

²¹ In the context of the trial, the signs of the form taken in practice by a scientific theory are found by noting that the evidentiary element α is equivalent to the event or phenomenon of reality β . For example: from the traces of bullets on the wall, according to the ballistic reconstruction carried out using the γ method, it can be deduced that the shot was fired from the type of weapon δ .

scientific interpretation *de qua* with and within the logical-juridical argumentation of the case at hand; finally, the judge must duly state the grounds on which the decision is essentially based.

In this scenario, the judicial assessment of the (methodological) reliability of the science intersects in perfect symmetry with a method of judgment (evaluation) and justification (explanation / grounds of the decision), developed by case law and refined by specialist literature, which breaks down the reasoning behind the judgment into several necessary logical steps: that is, the duty of reinforced reasoning.

By ‘reinforced reasoning’ we mean “a formula which, on the one hand, advises caution with regard to certain specific legal profiles related to the decision-making process and, on the other hand, demands that the decision be based on more solid grounds with regard to such questions (*recte* arguments), the verification of which is considered essential for the legitimacy of the measure issued. [...] The peculiar characteristic of this method of judgment (*i.e.* evaluation) and justification (*i.e.* reasoned explanation of the reasons for the decision) lies in the fact that the judge is required to go through a series of necessary steps, made up of arguments concerning salient aspects of the case under examination and which must be appreciated (*i.e.* adapted in content to the specifics of the concrete case) in the light of parameters and criteria that are widely shared and/or consolidated, as well as inter-subjectively verifiable”.²²

In the case of ‘reinforced reasoning on science’, the arguments – oriented by shared and/or consolidated parameters and criteria, and inter-subjectively verifiable – to be necessarily appreciated are those useful to probe the reliability of the new or controversial science, which – as mentioned above – can and indeed must be extended and developed in relation to the specifics of the branch of knowledge under consideration.

True, in such a ‘procedural management of science’, the balance of the various parameters of scientificity to be evaluated remains an open issue²³; but the reliability of a theory, and its applicability in the circumstances, can only be determined *case by case*.

5. An Example. About an Innovative DNA Panel associated with New Technology named Next Generation Sequencing

Now, let’s try to transfer our theoretical considerations to practice, by applying the prototype of reinforced reasoning on science to an innovative DNA panel, developed by Forensic Molecular Anthropology Unit of Department of Biology – University of Florence, associated with new technology (called Next Generation Sequencing).²⁴

The idea of developing a new specific DNA panel to infer kinship relationship stems from the desire to also distinguish distant relationships from unrelatedness. As expected, and proposed in a recent

²² M. CECCHI, *Reinforced Reasoning*, cit., 437.

²³ C. CONTI, *Scientific Evidence on the Threshold of Twenty Years since the Franzese judgment: Peaks and Dizziness in the Age of Pandemics*, in www.sistemapenale.it, February 9, 2021.

²⁴ As anticipated at the beginning of this Special Issue (see above: E. PILLI, M. RIZZUTI, *Introduction*), the scientific theory/thesis we refer – which, in legal terms, represents a new or controversial scientific evidence – is the result of the project *Missing persons and new technologies between forensic anthropology and private law*, whose we anticipate – only in part and only for what is of our interest, here – the results.

paper,²⁵ the power for identifying the *true* relationship decays in the order of autosomal sharing: parent-child and full siblings can be robustly identified against other relationships but for half-siblings the chance of reaching a significant conclusion is already small and for more distant relationships the proportion of cases correctly and significantly identified is 10% or less. In this way, the scope of the forensic kinship analysis could be extended from simple parentage cases to more distant or complex relationships, such as unknown human remains of disaster/war victims, or missing persons.

With the contribution of the expert, we will simulate an *interrogation of science*. The jurist asks the scientist some of the main questions through which (*i.e.* by dealing with and answering to which) the judge fulfills the duty of scientific reinforced reasoning. The answers to the questions – *recte* to the arguments raised by the questions – are sketchy and merely hypothetical, as they have merely illustrative value.

Let us begin.

1) Why would this DNA panel associated with new technologies represent a progress of current science – as opposed to a pseudoscience? Is this a scientific theory being tested/validated? If so, what stage of consolidation is it at? Are there publications in scientific journals that support it?

It represents a progress of current science because actual technologies and panels let you know only first-degree kinship relations (father-son, mother-son; in truth, even second-degree relations in case of full siblings [not adopted], but): only this. With this DNA panel associated with Next Generation Sequencing technology, it is also possible to distinguish family relationships that are more distant than those of the first-degree. Anyway, this innovative theory is not yet officially validated. There are pending publications concerning the panel adopted: that is the innovative part of this technique/theory.

2) Is there a traditional science or technique that is already used to solve the same problems as this innovative technique?

No. As we said, the current technology allows us to identify – with (relative) certainty – only first-degree relationships, but it does not go beyond (except for the hypothesis of blood brothers). In this way, traditional science is not used to solve the same problems.

3) Are there any scientific interpretations that are totally in conflict with your theory? If so, why would your scientific theory offer better results, despite the criticism? Has your theory ever been subjected to falsification attempts?

No; not at this time. About falsification, yes: we are testing (also falsifying) this new scientific technique in the validation phase.

4) In which laboratories has your thesis been (and is being) tested? Are the experiments repeatable with the same results?

²⁵ E. PILLI, R. TARALLO, P. L. RICCIA, A. BERTI, A. NOVELLETTA, *Kinship assignment with the ForenSeq™ DNA Signature Prep Kit: Sources of error in simulated and real cases*, in *Science and Justice*, 2022, 621, 1.

Yes, of course the experiments are repeatable; and the results produced turn out to be the same, every time (so far). Our thesis is tested in laboratories of the University of Florence and in other certified laboratories.

5) What are the main critical aspects of your scientific theory? What is, for example, its error rate? Is it possible that in the present case, based on the available evidence, one of these adverse events occurred?

Our theory is still being validated and for this reason we don't know exactly its error rate. At the moment, by the way, we don't see criticalities; and we don't see criticalities also because the assumption on which the theory is based is the indisputable consideration that "I am more similar to those who are more related to me than those who are not". For example, obviously I am more similar to my grandfather than to my friend (unrelated).

6) By whom was (or is, as the case may be) your research funded? Can there be any co-interest such as to cast doubt on the impartiality of the entire study?

We won a public call, based on a research project we submitted. There are no co-interests, neither of public nor of private nature, in our research activity.

7) Who developed the theory that underlies this innovative DNA panel associated with new technologies? What is the qualification of this expert and of the other experts that support it?

The theory that underlies this innovative DNA panel associated with new technologies was developed by professors, researchers, and PhDs, as well as experts and practitioners in the field (whose contribution has been fundamental in bringing the theory to life).

As we said, the answers to the questions – *recte* to the arguments raised by the questions – are sketchy and merely hypothetical, as they have merely illustrative value. Many other questions could be imagined (*e.g.* Can you summarize, step by step, the various operations that you have carried out and the reference parameters to which you have adhered in carrying out the analysis?; In relation to the present case, are there other alternative traditional methods to resort to, and through which the same result can be obtained?; What is the purpose/aim of this research? Have these studies been commissioned by any public or private entities? If so, which ones?; etc. etc.); but, above all, it is the content filling of the questions, related to the specific juridical case, that is the essential aspect. In this simulation we have not referred to particular historical episodes, however it is precisely with the concretization case by case of the individual argumentative questions that we can appreciate how the quality of the judgement is enriched by this method of legal application of science to the single case.

Legal and ethical issues of research on the bones of unidentified persons: a comparative perspective

Caterina Mugelli*

ABSTRACT: This article looks at the legal and ethical issues arising from scientific advances in the fields of bioarchaeological and forensic research on human bones. While DNA-based technologies allow methods of identification that were unthinkable just decades ago, the question arises as to whether legislation and guidelines governing such research are keeping pace with developments. Similarly, new social concerns continue to emerge, as seen for example in the growth of migration and the associated cultural differences. Comparing the legal situation in two civil-law countries (Italy and Norway) and two common-law countries (the UK and the US), we come to the conclusion that – though maybe desirable – no legislation (hard law) is able to cover all legal and ethical aspects of such research, and that soft law in the form of guidelines, codes of conduct and codes of ethics will continue to fill the legislative gaps. In the same vein, enforcement of these legal and ethical frameworks in the field of research would seem to be more in the hands of ethics committees than of the courts.

KEYWORDS: Law and science; research on human bones; soft law; research ethics committees

SUMMARY: 1. Premise. – 2. Legislation governing research on human bones from a comparative perspective. – 2.1. The civil law approach: the cases of Italy and Norway. – 2.2 The common law approach: the United States and the United Kingdom. – 3. A comparative overview. – 4. How to deal with ethical issues when conducting research on the bones of unidentified persons. – 5. The search for a common approach. – 6. Concluding remarks.

1. Premise

Bioarchaeological and forensic research on human bones yields many benefits for society. Bioarchaeology has brought new knowledge to our history, making clearer, for instance, the development and impact of nutrition and diseases on populations, while forensic anthropology has, in particular, improved the resolution of crimes and missing persons' cases. The last decades have seen unprecedented growth in this research field.¹

* Post-doctoral fellow, University of Florence. Mail: caterina.mugelli@unifi.it. The article was subject to a double-blind peer review process.

¹ For a comparative perspective on the history of physical anthropology, see N. MARQUEZ-GRANT, L. FIBIGER (eds.), *The Routledge Handbook of Archaeological Human Remains and Legislation: An International Guide to Laws and Practice in The Excavation and Treatment of Archaeological Human Remains*, London-New York, 2011. The approach to physical anthropology changed in the majority of Western countries after the Second World War,

When talking about research on human bones, the major advances in DNA extraction and analysis cannot be ignored, especially as bones and teeth are less prone to deterioration than other human tissue. This in turn has led to major advances in identifying corpses, an aspect of importance not only in criminal law but also in private law. For instance, identification can have an impact on the declaration of disappearance made by a court, while certainty that a person is dead has important consequences in inheritance matters.

Obviously, as it is usually the case, law needs to deliver certainty even when factual events are not certain. Legal certainty is indeed important, sometimes to the detriment of factual certainty. This is the reason why presumed death is a legal definition in many legal systems, irrespective of whether in civil law countries or common law countries, and even outside the so-called Western Legal Tradition.²

Such legal tools are instrumental in achieving a balance between the interests of the missing person and, for instance, those of his/her heirs. Over time, heirs can be granted certain succession rights, for instance using and benefiting from the property of the missing person, while a missing person can regain access to property on reappearance. Such transient rights are a kind of legal fiction aimed at bringing stability to legal relationships regardless of the factual uncertainty. Obviously, facts remain important: the reappearance of a person will have consequences, perhaps even requiring a new court declaration.³

Notwithstanding the legal approach and the legal certainty given to a factual 'in limbo' situation to achieve a balance between the interests of the missing person and those of the heirs, an important subjective situation may persist. Being sure that a beloved person is dead can help survivors for various reasons, for instance bringing closure after an agonizing period not knowing the person's fate.⁴

with its potential becoming clearer in the 1980's. Its subsequent development, in particular in the form of forensic anthropology, lead to it still being considered a young discipline, as defined in 2018 by N.V. PASSALACQUA, M. A. PILLOUD, *Ethics and Professionalism in Forensic Anthropology*, London, 2018, 1.

² Some legal systems – as in Italy – offer a progressive procedure: from declaring a person to be disappeared, via absent to presumed death: after more than two years of disappearance, a person can be declared as absent, meaning, for instance, that potential heirs can start using that person's property (temporary possession), albeit without selling it. Succession can be finalised thanks to the presumption of death after 10 years. In the case of reappearance, the rights of bona fide third parties are to be protected. In Italy the articles of the civil code (arts. 48, 49, 58 ss.) are now supported by the Law No. 203 of 2012. In the United Kingdom, the Presumption of Death Act was adopted in 2013, simplifying a situation under which presumption of death was a rebuttable presumption that occurred when there was no evidence that the person was still alive, inquiries were useless and relatives or persons close to the missing person had no contact. In the People's Republic of China, presumption of death is regulated by Article 46 ss. of the new Chinese civil code of 2021, though remains based on the 1987 General Principles of Civil Law (Art. 23). Besides the general framework, exceptions can occur for instance when a person disappears after a plane crash, a ship sinking or in a war: events that usually makes the declaration of death a shorter process.

³ In many Western legal systems, reappearance needs to be confirmed by a court, making factual reappearance useless from a legal point of view. This is also the case in the People's Republic of China (art. 50 Chinese Civil Code).

⁴ L.I.M. LENFERINK, M.Y. VAN DENDEREN, J. DE KEIJSER, I. WESSEL, P. A. BOELEN, *Prolonged grief and post-traumatic stress among relatives of missing persons and homicidally bereaved individuals: A comparative study*, in *Journal of Affective Disorders*, 209, 2017, 1-2.

Natural disasters, wars, ship sinkings, – especially ships carrying migrants – impose a reflection on the abovementioned issues. As the International Organization for Migration made clear, for every lifeless body found in the sea and unidentified, there is a family living in anguish, uncertain whether a beloved relative is dead or alive.⁵

In light of the different but relevant impacts that research on the bones of unidentified persons can have, what are the legal and ethical issues to be considered in such research?

2. Legislation governing research on human bones from a comparative perspective

The fact that forensic and bioarchaeological anthropology have developed significantly in the last decades does not mean that the discipline has been subject to the attention of legislators. Indeed, the discipline remains characterized by several grey areas. These can arise for several reasons. The absence of specific legislation regarding research on human remains – and human bones in particular – can be due to the fact that, until recently, recovered bones were hardly considered of scientific importance.⁶ While obviously they might have had archaeological relevance, they had little legal relevance, with legislation on archaeological value and cultural heritage protection listing quite generic categories when human remains/bones were involved.⁷

In several countries, legislation regarding the dead was mainly related to the management of tombs and cemeteries, with any related legal suits tending to concern breaches of the right to burial or disturbances of buried bodies.

Few hints could be found in legislation relating to the methods used in scientific research on bones and, in particular, on the bones of unidentified persons. Indeed, in many countries, anachronistic legal rules can be found (or could be found until recently), with little relevance to research methodology, but reflecting ethical concerns.

2.1. The civil law approach: the cases of Italy and Norway

Interestingly enough, in Italy the Royal Decree No. 1592 of 1933, defining a kind of Higher/University Education Code contained Art. 32. Remaining in force until adoption of Italian Law No. 10 of 2020 on the possibility of making one's own body available *post-mortem* for research and educational purposes, this article stated that corpses not claimed by relatives (with the exception of suicide cases)

⁵ S. ROBINS, *Analysis of Best Practices on the Identification of Missing Migrants: Implications for the Central Mediterranean. Central Mediterranean Route Thematic Report Series*, Geneva, 2019, 6.

⁶ “[...] until relatively recently, certainly post-World War II, little could be done with skeletal remains; the science for identifying individuals from bones simply did not exist”. And “[...] un-fleshed bones typically were unidentifiable”. D. T. HOLLAND, *Since I Must Please Those Below: Human Skeletal Remains Research and the Law*, in *American Journal of Law & Medicine*, 41, 2015, 617, at 620 and 650.

⁷ A good example is Italian Law No. 78 passed on March 2001, aimed at protecting the historical heritage dating from World War I. For some scholars, this also covers human remains, see D. PIOMBINO-MASCALI, A.R. ZINK, *Italy*, in N. MARQUEZ-GRANT, L. FIBIGER (eds.), *The Routledge Handbook of Archaeological Human Remains*, cit., 255, though the only possible reference is in its Article 1 stating what should be considered as cultural heritage of that time: “ogni altro residuo avente diretta relazione con le operazioni belliche”. (art. 1(f)) [all the ‘remaining’ that have direct relation with the military/war operations].

were kept for education and scientific investigation.⁸ This allowed research to be conducted on abandoned corpses. However, these were usually the bodies of the poor, meaning that the dignity attached to such corpses was different from that applying to other dead bodies. On the other hand, there is nothing unethical about using a dead body for research purposes: indeed, unprecedented medical discoveries resulting in improved human well-being have stemmed from such research. What is unethical is the ‘selection system’.

Through the adoption of the abovementioned Law No. 10, donating one’s body to science is now legally regulated, though obviously still under the informed consent umbrella⁹: i) such consent has to be given in the form prescribed by law;¹⁰ ii) a fiduciary is to be nominated; and iii) the person who has given the consent is to be informed of the fact that such consent can be withdrawn at any time.¹¹ According to its Article 4, universities and (teaching) hospitals authorized by law may conduct activities in line with the scientific research projects for which the competent ethics committee has given a green light.¹²

In other words, a corpse donated to science will be handled in an ethical manner, with any activities performed on it subject to ethical review. It thus seems that, with this more ethical approach, Italy is now trying to inform people of the possible *post-mortem* scientific value of their bodies, repealing the idea that research may only be conducted on the bodies of the less lucky.

Despite its virtuous aspirations, the new legislation unfortunately neither fills all the legislative gaps nor solves all the concrete problems, especially those related to research conducted on the bones of unidentified persons. Such bones may be found by chance or recovered during planned archaeological excavations.

In the first case, the first person to be informed is the mayor of the place of the discovery. He will then inform the competent judicial authority, the police and the Department of Health. If the judicial authority does not find aspects requiring further investigation (e.g. a suspected crime), the human

⁸ Art. 32 stated that: “cadavers [...] whose transport is not performed at the expense of relatives up to the sixth degree or by confraternities or associations who may have made commitments for the funerary transport of associates and those [cadavers] coming from medico-legal investigations (apart from suicides) and not claimed by relatives in the family group, are reserved for teaching and scientific study”, this English translation can be found in M. RIEDERER et al., *The legal and ethical framework governing Body Donation in Europe - 1st update on current practice*, in *European Journal of Anatomy*, 16, 2012, 5.

⁹ The informed consent principle has its roots in the codes of ethics, *in primis* in the Nuremberg Code. Nevertheless, in Italy the principle was only codified in legislation in 2017 in the form of Law No. 219 of 2017 on Rules on informed consent and anticipatory treatment regulations [Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento].

¹⁰ As developed also in the codes of ethics, informed consent must be free and revocable at any time, and can be written or recorded, for the formalities required by the Italian law see Art. 1 of Italian Law No. 219 of 2017. For some comments on the informed consent requirements and impact in different laws related to anticipatory treatment regulations and post-mortem treatment (including organs transplants – Law No. 91 of 1999) see G. GIAIMO, *Il lascito del proprio corpo a fini didattici e di ricerca. Il nobile (ma vano) intento della legge 10/2020*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 171 ss.

¹¹ See Art. 3 subsection 5 of Italian law No. 10 of 2020.

¹² The competent ethics committees are regulated by the Italian Legislative Decree [Decreto legislativo] No. 211 of 2003, art. 12 subsections 10 and 11 of the Law Decree [Decreto legge] No. 158 of 2012 now Law No. 189 of 2012 and art. 2 of Law No. 3 of 2018. For some details on the discipline see C. MUGELLI, *Le cautele procedurali ed il richiamo ai comitati etici nel caso Cappato*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2020, 1062 ss.

remains will be examined by a forensic examiner from the Department of Health. The resulting report will then be submitted to the mayor and the same judicial authority to authorize burial in a communal cemetery. Where an archaeological interest is established, cultural heritage legislation applies.¹³

But how is the chance discovery of human bones covered in the Italian context? It would seem that activities/research on human bones are only allowed in the case of suspected crimes or archaeological interest.

Nevertheless, pursuit of such valuable interests as identification suggests something different. To avoid any discrepant treatment and allow standard procedures, research on the bones of unidentified persons is also necessary in cases other than suspected criminal offences.¹⁴ In fact, taking biological samples from unidentified bones can facilitate matching with *ante-mortem* DNA samples, thereby avoiding potential exhumations – a direction wished for by the families of missing persons.¹⁵

Norway was probably one of the first countries to adopt specific legislation concerning ethics and research integrity: the Research Ethics Act. The first act was adopted in 2007, while the current act entered into force on 1 May 2017. Besides ensuring that public and private research is conducted according to accepted research ethical principles, the statute is the legal basis for the different national Research Ethics Committees covering all disciplines. In the case of research concerning human bones, the Research Ethics Act must be considered together with the guidelines of the National Committee for Research Ethics on Human Remains, a committee established in 2008 by the Norwegian Ministry of Education and Research at the proposal of the National Committee for Medical and Health Research Ethics and the University of Oslo.¹⁶ Here again, human remains, and in particular human bones, are mainly understood as human material that might be unearthed during archaeological excavations, for instance of graves, cemeteries or are retained by museums and collections. But the Committee is also in charge of evaluating studies on human remains (including bones) stemming from “*other investigations*” (emphasis added).¹⁷ When evaluating such research, the Committee must of course take existing legislation into due consideration. As far as the protection of human remains is concerned, the 1978 Cultural Heritage Act and the 1996 Burial Act are important.¹⁸ For in-

¹³ D. PIOMBINO-MASCALI, A.R. ZINK, *Italy*, cit., 225 and the Regulation of the Mortuary Authorities, Decree of the Italian President of the Republic No. 285 of 1990. As far as the cultural heritage legislation see the Legislative Decree No. 42 of 2004.

¹⁴ The Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse [the Government Commissioner for missing persons] in the document No. 0007608 of November 22 of 2017, recalling d.P.R. n. 87 of April 7 of 2016 and in particular Article 6, explains the necessity of a standard procedure also for situations other than suspected crimes in order to make best use of the DNA database and take advantage of the experience already gained thanks to the memorandum of understanding with different Italian regions such as Tuscany, Lombardy and the Lazio region.

¹⁵ In theory, the approach of the Government Commissioner for missing persons is in line with the best practices also suggested in the humanitarian context see S. ROBINS, *op.cit.*, 48.

¹⁶ <https://www.forskningsetikk.no/en/about-us/> (last visited 05/01/2022).

¹⁷ Scope of the Guidelines for Research Ethics on Human Remains available at <https://www.forskningsetikk.no/en/guidelines/social-sciences-humanities-law-and-theology/guidelines-for-research-ethics-on-human-remains/> (last visited 10/01/2022).

¹⁸ For a more comprehensive list of relevant legal documents, see B.J. SELLEVOLD, *Norway*, in N. MARQUEZ-GRANT, L. FIGIGER (eds.), *The Routledge handbook of archaeological human remains*, cit., 322 ss. and the legislation di-

stance, Section 4 of the Cultural Heritage Act lists the monuments and sites which are automatically protected as the archaeological excavation sites of human remains from the period before the Reformation in 1537 as well as Sami finds more than 100 years old. By contrast, non-Sami archaeological remains from the period following the 1537 Reformation, and Sami remains less than 100 years old lack legal protection. Even so, any research on such material, whether protected or unprotected, requires ethical clearance from the National Committee for Research Ethics on Human Remains.

As far as chance discoveries are concerned, police involvement is required. In the event of the bones being considered less than 20 years old, a forensic case needs to be opened. If older, the competent administrative authority is contacted by the police and the site duly secured.¹⁹

2.2. The common law approach: the United States and the United Kingdom

Turning to the US as an example of a common law country, here we see that the use and handling of human bones is a state competence, meaning that practice varies from one state to the next. Any comprehensive analysis of the discipline involves looking not only at the relevant state legislation but also at the decisions of each state court. Generally speaking, a corpse is a “quasi-property”, giving the next of kin the right to burial, as well as the right to receive the deceased body in the same state as it was alive.²⁰

As far as legislation is concerned, there is no common approach in the fifty US states. Here again, the existing legislation refers to burial and cemeteries (laws protecting cemeteries and the deceased with the primary aim of preventing illicit grave-robbery). As a result, any legal suits generally concern damage related to the theft or desecration of bodies, though may also involve the improper retention of human tissues by hospitals, coroners or medical examiners.²¹ In a similar vein and with a view to remedying the disrespectful treatment of Native Americans’ bones, many states have passed laws aimed at duly protecting recovered human remains. Such laws state that attention is to be paid to the kind of bones recovered, allowing Native Americans’ descendants to eventually repatriate the bones. Generally speaking (i.e. looking at different states), when human remains are found during excavations, the coroner or other local law enforcement team establishes how old the bones/remains are and whether they are of American Indian origin. If so, possible descendants are to be contacted. Local law enforcement teams and coroners are of course also involved in the event of the chance discovery of human remains, though different legal frameworks apply, dependent on the

rectly recalled by the Guidelines for Research Ethics on Human Remains (section 8 of the Norwegian edition available at https://www.forskningsetikk.no/globalassets/dokumenter/4-publikasjoner-som-pdf/forskningsetisk_veileder_for_forskning_pa_menneskelige_levninger_a5_low.pdf last visited 10/01/2022).

¹⁹ B.J. SELLEVOLD, *op.cit.*, 323-324.

²⁰ In this context it can be of relevance to point out that, in a common law country, judicial decisions, on account of the so-called *stare decisis* principle (or doctrine of binding precedent), are sources of law. For a discussion on US common law and court decisions in different state courts please see D. T. HOLLAND, *op. cit.*, 617 ss.

²¹ For states case law see D. T. HOLLAND, *op. cit.*, 628 ss. and N.V. PASSALACQUA, M. A. PILLOUD, *op. cit.*, 53 ss.

place of discovery (private, state or federal land). At federal level this aim is covered by the Native American Graves Protection and Repatriation Act (1990).²²

As for legislation, there is no common approach to research on the bones of unidentified persons. The point of reference for scientific research on corpses, and therefore also on bones, is the Uniform Anatomical Gift Act of 1968, one of the many US uniform laws aimed at achieving uniformity in US law, notwithstanding the federal system. Revised several times, its interpretation varies from one court to the next in an attempt to achieve a balance between the next of kin's right to burial and the need for organs for transplantation. The majority of states now agree with Section 8(a) according to which "in the absence of an express, contrary indication by the donor, a person other than the donor is barred from making, amending, or revoking an anatomical gift of a donor's body or part".²³

Here again, the cornerstone of the gift is informed consent, meaning that ambiguities remain insofar as research on unidentified human bones is concerned. Taking advantage of such ambiguities, apparently "even today, medical corpses largely come from the poor and/or minority groups in the United States [...], with as many as 20% of anatomical corpses going unclaimed in the United States [...]".²⁴

Lacking specific legislation on the topic, relevant hints can be drawn from the policy on living subjects. Reference is therefore made to the so-called Common Rule of 1991 regulating the criteria for conducting research on living human subjects.²⁵ Besides ethical considerations, the Common Rule defines the function and role of Institutional Review Boards (IRBs), especially with regard to the criteria used by an IRB when approving research.²⁶

Turning to the United Kingdom, until recently the legal position of human remains could only be inferred by looking at common law, namely at court decisions according to which "there is no property in a corpse". As a consequence, a corpse cannot be owned or stolen, making any buying or selling of human bodies or parts thereof 'not unlawful' unless they were illegally obtained. Before the entry into force of the 1832 Anatomy Act, research on human bodies had to cope with a shortage of corpses,²⁷ while legislation on the deceased mainly related to burial activities. The Anatomy Act made the dead bodies of paupers available for research purposes when no relatives claimed the body.²⁸

Exhumations for research purposes became possible once a burial licence had been granted by Her Majesty's Principal Secretary of State for the Home Office. While the 1857 Burial Act did not directly regulate the use and treatment of human remains, in general terms, a burial licence called for due

²² For a general discussion on the cultural heritage protection legislation in the US see D.H. UBELAKER, *United States of America*, in N. MARQUEZ-GRANT, L. FIBIGER (eds.), *The Routledge Handbook of Archaeological Human Remains*, cit., 534 ss.

²³ D. T. HOLLAND, *op. cit.*, 640.

²⁴ See N.V. PASSALACQUA, M. A. PILLOUD, *op. cit.*, 56 and apparently this situation is replicated in Canada.

²⁵ According to the Code of Federal Regulations Subpart A 46.102 (e)(1) a human subject for the purpose of the Common Rule is only a living subject.

²⁶ 45 CFR 46.107 (IRB membership), 108 (IRB functions and operations), 109 (IRB review of research), 111 (Criteria for IRB approval of research).

²⁷ Actually, in the event of murder, the death penalty also entailed the transfer of the murderer's body to anatomists for research purposes. However, numbers of hanged criminals were less than the corpses needed in the medical schools. B. WHITE, *The United Kingdom*, in N. MARQUEZ-GRANT, L. FIBIGER (eds.), *The Routledge Handbook of Archaeological Human Remains*, cit., 483.

²⁸ For past developments of the Burial Act see B. WHITE, *op. cit.*, 482 ss.

care, attention to decency and respect to be exercised, at least during removal.²⁹ Revised several times, the Burial Act remains in force. However, its aim did not directly regulate research on human bones, instead protecting buried human remains from unauthorized disturbance, whereby scientific research was considered a justification for disturbing human remains.³⁰

Misunderstandings continued to occur in pursuing 21st-century needs and archaeological needs, with the focus remaining on buried human remains and not generally on the use and treatment of any human remains.

The chance discovery of human remains in the UK entails a coroner's inquest if they are less than 100 years old, even if, in practice, no inquest is generally necessary for the remains of a person who died at least 50 years ago: although the remains could still have forensic relevance (e.g. a murder), the persons involved (e.g. the suspected murderer and/or witnesses) would likely be dead or at least very old.³¹

Post-mortem examinations in England, Wales and Northern Ireland are now regulated by the 2004 Human Tissue Act (HTA), under which the principle of consent being given by the individual concerned (or the next of kin) and authorisation by the Human Tissue Authority (foreseen by the Act itself) are pivotal. Of course, the Act also foresees exemptions, where appropriate.³²

Different to what we have seen in the Italian and US legal systems, the UK act explicitly refers to the removal, use and storage of the human tissues of both the living and the deceased.

Consent is not legally required for research on non-identifiable samples, provided that approval has been granted by the National Health Service Research Ethics Committee (NHS REC). However, REC clearance is project-specific and must include the use of samples not subject to consent (if the samples are identifiable, consent for research is necessary).³³

Even if the bones of an unidentified person can be defined as 'identifiable', this is probably outside the scope of the HTA which refers to coded or anonymized samples, meaning that the identification case was not considered by the legislative intent. Moreover, the existence of NHS REC approval also implies exemption from the need to obtain a Human Tissue Authority license, as is also the case for human material (for the sake of this paper in the case of bones) coming from the body of a person who died more than 100 years ago.³⁴

It seems therefore that the HTA does not cover research on the remains of unidentified (but identifiable) bones. This is probably due to the fact that the HTA was adopted to restore trust and public confidence in medical research after organs and tissue were removed from persons who had died (also children) and were stored without proper consent.³⁵

²⁹ *Ivi*, 484.

³⁰ *Ivi*, 487.

³¹ *Ivi*, 483 ss.

³² See the first sections of the Act and for an early comment see D. PRICE, *The Human Tissue Act 2004*, in *Modern Law Review*, 68, 2005, 798.

³³ See section 1(9) of the 2004 Human Tissue Act. See also J. WHITBURN, G. MARSDEN, P. SOORIAKUMARAN, *The Human Tissue Act: A Guide for Clinical Researchers*, in *Journal of Clinical Urology*, 11/1, 2018, 49.

³⁴ Section 1 (5) of the 2004 Human Tissue Act.

³⁵ D. PRICE, *op.cit.*, 798-799.

This was due to the interpretation of the 1961 Human Tissue Act (repealed by the 2004 Act) under which a person or institution in lawful possession of the body (e.g. a hospital) was authorized to remove and use human material for therapeutic, educational or research purposes provided that “s/he had no reason to believe, having made such reasonable enquiries as were practicable, that either the deceased or any surviving spouse or relative objected to it”.³⁶

3. A comparative overview

On the basis of this comparative overview, we can state that every legal framework has gaps and/or ambiguities – something that is actually quite common when talking about science (understood in a broad sense) and law. Setting a legal framework for a scientific field is difficult. Scholars have underlined the difficulties encountered in establishing caring, adequate and up-to-date legislation for a scientific field³⁷. As scientific issues are prone to evolution, freezing a legal framework in a statute (written legislation) might even worsen the so-called lag-behind issue.³⁸ Different factors play a role here: there is the difficulty of establishing a dialogue between legal science and ‘the other sciences’ (such as archaeology or forensic anthropology), while some scholars even list examples where science seems to be an antagonist of the law or the law an antagonist of science. Indeed, it is not rare for science to perceive legislation as hindering or limiting scientific development.³⁹ Nevertheless, this is often due to a breakdown of dialogue between scientists and policymakers, more often than not impacting public trust/confidence in both law and science.⁴⁰

Research involving the remains of unidentified persons, even within a single legal system, lacks uniformity. The identification of missing persons obviously seems less important (and practicable) when talking about bioarchaeology, but can be relevant with regard to research on more recent unidentified bones, those suffering most from a lack of protection.

Interestingly enough, a common trait is to be found in all the legal systems analysed: the involvement of a research ethics committee.⁴¹

While the Italian legal system (in particular Law No. 10 of 2020) probably missed the opportunity to establish a framework for research on unidentified human bones and more broadly on human remains, it does now formally involve the ethics committees established within the country.⁴²

³⁶ D. PRICE, *op.cit.*, 799.

³⁷ C. CASONATO, *Le 3A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (ed.), *Bioteologie e diritto*, Ravenna, 2016, 29 ss.

³⁸ M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 318.

³⁹ See C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 3 ss.

⁴⁰ For a recent publication see W. A. THOMAS, *Science and Law: An Essential Alliance*, London, 2019.

⁴¹ For a comparative overview of ethics committees, see G. LEBEER (ed.), *Ethical function in Hospital Ethics Committees*, Bruxelles, 2002. While these committees have their roots in the exigences related to medical science and clinical experimentation, they are now common in many universities and research institutes. Their mission is to provide guidance to researchers and to authorise research in all disciplines. As far as the universities research ethics committees see A. HOECHT, *Whose ethics, whose accountability? A debate about university research ethics committees*, in *Ethics and Education*, 6, 2011, 253 ss., and R. MCAREAVEY, J. MUIR, *Research ethics committees: values and power in higher education*, in *International Journal of Social Research Methodology*, 14/5, 391 ss.



In the US, the situation is to a certain extent similar and – as explained above – relevant hints can be drawn from the Common Rule which, besides regulating the policy on conducting research on living individuals, also regulates the functioning and the criteria for Institutional Review Board (IRB) research approval. Nevertheless, research on deceased people has recently been considered as low-risk, unfortunately resulting in exemption from IRB approval.⁴³

Though the UK 2004 Human Tissue Act has deficits with regard to research on unidentified but identifiable human bones, it relies heavily on the role of the National Health Service Research Ethics Committee (NHS REC). REC approval allows research to be conducted on non-identifiable human bones/samples without consent, avoiding the need to request a licence from the Human Tissue Authority.⁴⁴

In Norway the role of the ethics committees is so important that the guidelines drawn up by them integrate the relevant legislation.

Unsurprisingly, the dialogue between hard law and soft law is nothing new. When considering legislation on living human subjects, the pivotal principle, namely informed consent and its corollaries, stems from a code of ethics, *in primis* the Nuremberg Code.⁴⁵

So, legislative gaps can be filled by looking at the various guidelines, codes of conduct and codes of ethics developed by the authorities or research institutions.⁴⁶ They form a common framework for research on human bones (regardless of whether bioarchaeological or forensic research), reflecting

⁴² In Italy the relevance of the ethics committee has been clear since 1990's through the Comitato Nazionale per la Bioetica [National Bioethics Committee]. From 1992 to now the Committee published several opinions pointing out their relevance and the practical problem to be solved (see in particular the opinions on 1992, 1997, 2001, 2017, 2021). Differences between clinical trials committees and clinical practice committees remain unclear, especially from a legislative point of view. EU Regulation 536/2014 on clinical trials on medicinal products for human use calls for European uniformity. The Italian ministerial decrees and ordinary legislation for the specific implementation of the directly applicable EU Regulation was a missed occasion for Italy to tidy up the discipline which is now scattered in Ministerial Decree of 8 February 2013 on the criteria for the composition of ethics committees and their functioning [Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici], Law No. 189 of 8 November 2012, and Law No. 3 of 11 January 2018. Moreover, the European framework programmes for funding European research also encouraged the establishment of university research ethics committees.

⁴³ N.V. PASSALACQUA, M. A. PILLOUD, *op. cit.*, 52-53.

⁴⁴ J. WHITBURN, G. MARSDEN, P. SOORIAKUMARAN, *op. cit.*, 48 ss.

⁴⁵ The Nuremberg Code is considered as the starting point of ethical principles when conducting research on human subjects. The Code is to be seen as a reaction to the experiments performed by Nazi doctors during World War II. The principles have since been further elaborated in many other documents, such as the Declaration of Helsinki and the Belmont Report. In many countries they continue to function as soft law, though are commonly accepted in the majority of legal systems. The impact of the Nuremberg Code and its developments on the human remains topic is dealt in D. T. HOLLAND, *op.cit.*, 622.

⁴⁶ Among the main codes of ethics in the bioarchaeological and forensic research on human bones there are: British Association of Biological Anthropology and Osteoarchaeology (BABAO) Code of Ethics (revised version 2019), the Scientific Working Group for Forensic Anthropology (SWGANTH) Code Of Ethics and Conduct (revised in 2013), the Guidelines for Research Ethics on Human Remains of the Norwegian Committee for Research Ethics on Human Remains (2018), the Codice di etica e deontologia per i ricercatori che operano nel campo dei beni e delle attività culturali [the ethics and deontological code for researchers working in the field of cultural goods and activities] drafted by the Commission of ethics and research integrity of the Comitato nazionale delle ricerche [Italian National Research Council] (2019).

the simple fact that the bones of a now dead person have – or at least should have – a special status. As far as forensic anthropologists (and related legislation) are concerned, it goes without saying that there are overriding interests (e.g. public security) possibly facilitating or justifying research on human bones. But even here, ethical considerations not finding a satisfactory solution in a forensic context must always be respected.

In the same vein, the ethics committees of the different legal systems should oversee the proper handling of human remains on a case-by-case basis, thereby to a certain extent obviating the law-lag issue.

4. How to deal with ethical issues when conducting research on the bones of unidentified persons

Scientific developments not only bring legal challenges, but very often also imply ethical challenges, with new biotechnologies obliging researchers to reflect on their application with a view to understanding to which point research and science can advance and still be ethically compliant.

When discussing research on human bones, the documents offering the greatest help are usually codes of ethics, codes of conduct or guidelines, in other words ‘soft law’. They are usually drawn up by ethics committees or research integrity commissions within universities or other research institutions.

In our specific case, even if a difference continues to be made between archaeological and forensic research, they generally list principles common to both disciplines.

In fact, even if archaeological and forensic research on bones appears different, the subject under study is always human bones. The only difference is their age.⁴⁷ While human dignity does not disappear with the death of a person, legislation and codes of ethics regarding research on human living subjects can help in responding to some ethical issues relating to the dead.⁴⁸

Below I will try to list the ethical principles to be taken into account when conducting research on unidentified but identifiable human bones.

Respecting human dignity should be interpreted as also showing respect for a person who has died. When talking about people still alive, this primarily entails respect for their instructions about what is

⁴⁷ The age boundaries between old and non-old bones are not uniform worldwide. For instance, in the UK a bone is considered as old if it has more than 100 years old, see section 1(5) of Human Tissue Act 2004. By contrast, age boundaries in the USA are governed by state legislation, meaning that there are different approaches in different states, for instance 50 years in Minnesota and 150 years in Iowa. D.H. UBELAKER, *United States of America*, cit., 536.

⁴⁸ For different reasoning on the topic which then arrive at the same conclusions see L. DE TIENDA PALOP, B.X. CURRÁS, *The Dignity of the Dead: Ethical Reflections on the Archaeology of Human Remains*, in K. SQUIRES, D. ERRICKSON, N. MÁRQUEZ-GRANT (eds.), *Ethical Approaches to Human Remains. A Global Challenge in Bioarchaeology and Forensic Anthropology*, 2019, corrected publication 2020, 19 ss. See also C. MOON, *What Remains? Human Rights After Death*, in K. SQUIRES, D. ERRICKSON, N. MÁRQUEZ-GRANT (eds.), *op. cit.*, 39 ss. and ODDBJØRN SØRMOEN, ‘To balance the rights of the living and the dead’: *Reflections on issues raised in the Norwegian National Committee for Evaluation of Research on Human Remains*, in H. FOSSHEIM (ed.), *More Than Just Bones. Ethics And Research On Human Remains*, 2012, 11 ss. available at [https://www.forskningsetikk.no/ressurser/publikasjoner/more-than-just-bones--ethics-and-research-on-human-remains/%20\(last%20visited%2010/01/2022\)](https://www.forskningsetikk.no/ressurser/publikasjoner/more-than-just-bones--ethics-and-research-on-human-remains/%20(last%20visited%2010/01/2022)).

to happen to them once they die, insofar as such instructions are known. If this is not the case, relatives can play an important role, but here again they must be identified.⁴⁹

When *post-mortem* instructions are impossible or impracticable to obtain (e.g. in the case of unidentified bones) either from the records of the dead or from their next of kin, it should always be borne in mind that the object of a study is also a subject of dignity and that, even if unidentified, there may be cultural and/or religious reasons influencing the *post-mortem* handling of human remains, including bones. For this reason, as soon as the (accidental or non-accidental) discovery is made, attention should be paid to the context of the discovery.⁵⁰ When information cannot be inferred directly from the deceased or from relatives, a lot can be gained by consulting (ethnic) experts in an attempt to avoid mishandling.⁵¹ Understanding and having the same consideration and respect for groups different (from a cultural and/or religious point of view) from the one to which the researcher belongs is at the core of ethical considerations,⁵² as is made clear by the Norwegian Committee for Research Ethics on Human Remains, which not only underlines the importance of respect but also that of handling remains from all countries and areas with the same respect.⁵³

This leads to another important principle: avoiding discrimination when conducting research.⁵⁴ When talking about studies involving forensic anthropologists, this principle can be divided into two main strands. The first is concerned with the scope of the research, stating that it should have no discriminatory intent (e.g. any research aimed at demonstrating the racial superiority of an ethnic communi-

⁴⁹ The Nuremberg Code made clear the centrality of dignity, important observations can be found in G. RESTA, *La dignità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (eds.), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, 259. Potential research might be focused on discovering new identification techniques, meaning that the possibility of research examinations of unidentified human bones leading to concrete identification even in non-crime situations should be considered.

⁵⁰ Guidelines for Research Ethics on Human Remains of the Norwegian Committee for Research Ethics on Human Remains (2018).

⁵¹ Consultation with experts on the presence of a particular ethnic group can be pivotal: «Sometimes the researcher will have access to the community in question through historical knowledge. Other times the community will be accessible in the form of living representatives. Even if there are many interpretative possibilities and difficult grey zones as regards differentiating between the individuals who rightfully belong to the same community, this is something that a researcher has a duty to take seriously and to be fully informed about». See the English version of the Guidelines for Research Ethics on Human Remains of the Norwegian Committee for Research Ethics on Human Remains (2018) available at <https://www.forskningsetikk.no/en/guidelines/social-sciences-humanities-law-and-theology/guidelines-for-research-ethics-on-human-remains/> (last visited 10/01/2022).

⁵² See H.J. FOSSHEIM, *Research on Human Remains: An Ethics of Representativeness*, in K. SQUIRES, D. ERRICKSON, N. MÁRQUEZ-GRANT (eds.), *op. cit.*, 63-64. In fact, the Norwegian Guidelines for Research Ethics on Human Remains (2018) states that “[t]hroughout the course of history, some groups have been oppressed, humiliated or in some other manner badly treated by the majority society or national authority. These groups may have reasons for being particularly sensitive to research which in one way or another represents a risk of this history being continued or repeated. Part of this history is often that research, too, has played a discriminatory role. Research on remains of members of these groups demands insight into history, extreme caution and willingness to communicate and hold a dialogue”.

⁵³ See <https://www.forskningsetikk.no/en/guidelines/social-sciences-humanities-law-and-theology/guidelines-for-research-ethics-on-human-remains/> (last visited 10/01/2022)

⁵⁴ See point 1(g) of the Codice di etica e deontologia per i ricercatori che operano nel campo dei beni e delle attività culturali available at https://www.cnr.it/sites/default/files/public/media/doc_istituzionali/codice-etica-deontologia-per-ricercatori-patrimonio-culturale-cnr.pdf?v=03 (last visited 20/01/2022).

ty over another).⁵⁵ The second relates to the requirement to conduct research objectively and is strictly linked to the conflict-of-interest concept (e.g. tailoring results to support one opinion to the detriment of another).⁵⁶

Respect should also be shown for future generations,⁵⁷ especially when the research involves destructive analysis. Ethically speaking, destructive analysis should only be performed when no other non-destructive methods are available and only if the research purpose warrants such. In other words, research purposes and scope should be so relevant as to justify the destruction of the specimen. The reason why this involves respect for future generations is twofold: on the one hand, future scientific developments may allow non-destructive analyses achieving the same result; yet if the specimen is no longer available, problems can arise. On the other hand, bone specimens are finite, meaning that destructive analysis may also imply the non-replicability of the experiment in question and therefore of the results. Taking all such considerations into account automatically demonstrates respect for the rarity or uniqueness of the material.⁵⁸

This can be of a certain importance. In fact, the specific ethical principles pertaining to this field need to be merged with research integrity principles.

One of the most important codes defined at European level is the European Code of Conduct for Research Integrity. Initially drawn up in 2007, it was revised in 2017, it is also used as a reference by the European Union's main research funding programme.⁵⁹

The principles above concern research methodology, but this is not the only important factor. The whole aim of research is to promote people's understanding of the context in which they live. For this reason, not only the methodology, but also the economic and professional feasibility as well as the scope, aims and impact need to be evaluated when discussing ethical issues.⁶⁰

For instance, while a project may be scientifically valuable, if the available funding is insufficient, it may be unethical to approve it. Similarly, professionalism (as well as the availability of proper infrastructures) is a key element in all disciplines: good research ideas cannot be implemented by unprepared researchers. If a project's scope and aims do not go hand in hand with an advancement in a particular discipline for the good of society, the balance between research risks/harm and benefits will always be to the detriment of the researcher and ethical approval will not be obtained. Risks and

⁵⁵ The case of the Sámi population can be one example: I. HOLAND, I. SOMMERSETH, *Ethical issues in the semi-darkness. Skeletal remains and Sámi graves from Arctic Northern Norway*, in H. FOSSHEIM (ed.), *More Than Just Bones*, cit., 21ss.

⁵⁶ N.V. PASSALACQUA, M. A. PILLOUD, *op. cit.*, 8.

⁵⁷ K. SQUIRES, T. BOOTH, C.A. ROBERTS, *The Ethics of Sampling Human Skeletal Remains for Destructive Analyses*, in K. SQUIRES, D. ERRICKSON, N. MÁRQUEZ-GRANT (eds.), *Ethical Approaches to Human Remains*, cit., 265 ss.

⁵⁸ Ethical principles can initiate a virtuous circle. In fact, respect of future generations may also entail respect of the next of kin (where they are known) when trying to preserve skeletal integrity as far as possible, see K. SQUIRES, T. BOOTH, C.A. ROBERTS, *op. cit.*, 267.

⁵⁹ Rules for the current framework programme are to be found in Regulation (EU) 2021/695 of the European Parliament and of the Council of 28 April 2021 establishing Horizon Europe – the Framework Programme for Research and Innovation, laying down its rules for participation and dissemination, and repealing Regulations (EU) No 1290/2013 and (EU) No 1291/2013.

⁶⁰ For a general reference see the Preamble of the European Code of Conduct for Research Integrity (2017).

potential harm can occur when conducting research, meaning that they need to be managed and balanced.⁶¹

A further key element is the dissemination of findings. This can imply the publication of research papers and/or the use of institutional repositories for research data.

In the field in question, any publication should, for instance, avoid undue harm: a shocking picture should only be published when it adds a relevant aspect otherwise unexplainable.⁶² Research data should as far as possible be anonymized. Following the integrity principles drawn up by the European Code of Research Integrity, «Researchers, research institutions and organisations ensure access to data is as open as possible, as closed as necessary», whatever the case, the data made available should, where appropriate, be Findable, Accessible, Interoperable and Re-usable (the so-called FAIR principle) in order to avoid any re-funding of similar research in the future. Respecting all or, where appropriate, part of this principle makes results verifiable and allows progress in research.⁶³

Notwithstanding the importance of research results, it should be pointed out that research on human bones entails privacy issues. In the event of DNA extraction from unidentified bones, privacy issues may at first sight seem less relevant. But DNA can tell us a lot about not only the deceased, but also their relatives.⁶⁴ Where research on bones is instrumental to identification, DNA data is collected in the hope of matching it with other samples, leading to identification. Such samples could be part of the *ante-mortem* data. Guidelines in the forensic field seem to be moving in the direction of an *ante-mortem* collection to improve the identification process (e.g. as soon as a person is posted as missing and a relative contacts the competent authority, it is now quite common for the latter to ask for something featuring the DNA of the missing person).⁶⁵ Of course, in the event of a natural and/or human disaster this is not always possible and *post-mortem* collection is still very important (e.g. the voluntary collection of DNA by relatives of the missing person).⁶⁶

To comply with the research integrity principle, sensitive data should be stored with limited access only for the time necessary for the research and subsequently destroyed.⁶⁷

⁶¹ Each research project application must explain how risks are addressed and eventually managed. They cannot be ignored if research integrity principles are to be respected, see point 2.4 of the European Code of Conduct for Research Integrity.

⁶² Specific comment on the issue can be found in N. MÁRQUEZ-GRANT, N. V. PASSALACQUA, *Ethical Concerns in Forensic Anthropology*, in K. SQUIRES, D. ERRICKSON, N. MÁRQUEZ-GRANT (eds.), *Ethical Approaches to Human Remains*, cit., 354 ss. Rules related to exhibition of human remains in museums should follow the same principle. In this context the international code of ethics (soft law) to be taken into account is the International Council of Museums (ICOM) code of ethics.

⁶³ See section 2.3 of the European Code of Conduct for Research Integrity

⁶⁴ S.A. ROODENBERG et al., *Ethics of DNA research on human remains: five globally applicable guidelines*, in *Nature*, 599, 2021, 41.

⁶⁵ The Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse, cit.

⁶⁶ S. ROBINS, *op. cit.*, 47 ss.

⁶⁷ International Committee of the Red Cross, *Missing People, DNA Analysis and Identification of Human Remains*, Geneva, 2009, 42. The starting point of the European approach could find its basis in recital 27 of the EU Regulation 2016/679 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, which states: “Member States may provide for rules regarding the processing of personal data of deceased persons”.

Last but not least, even if not comprehensive, due account should always be taken of the relevant legislation. When human remains are transferred to another country, ethical compliance may mean respecting stricter legislation. One should therefore avoid bringing bones to countries where practices allowed elsewhere are forbidden.⁶⁸

Different legal and ethical approaches can obviously pose legal and technical problems when running a DNA database. This can be understood in a migration context where different legal systems could be involved. Discrepancies can regard the understanding of the right of privacy or technical problems arising for instance from linking up different databases.⁶⁹

5. The search for a common approach

As we have seen, codes of ethics and guidelines drawn up by archaeological and/or forensic associations (private or public) are an important source of soft law, filling legislative gaps. This seems to be one of those cases where soft law acts as post-law, namely as a hermeneutic tool.⁷⁰

With regard to research, the relevance of ethics committees (whether known as research ethics committees, Institutional Review Boards, or otherwise) should also be recognized. While their organisation varies depending on the country in question, their functions are similar, namely legally and ethically evaluating research projects. Their importance is demonstrated by the fact that they are now the organs to which also policymakers refer when dealing with sensitive cases. They have many advantages. First, their position/role is based on the analysis of concrete cases, in most cases giving rise to reasonable and accommodating solutions. Second, they are usually made up of experts from different disciplines, thus allowing an interdisciplinary and cross-sector approach – a circumstance promoting openminded analysis, solutions taking different interests into account, and direct dialogue with researchers. Third, they can usually provide training and educational activities in addition to drawing up specific codes of conduct/codes of ethics/guidelines.⁷¹

Being in touch with research projects allows effective codes of conduct to be drawn up, understood as living documents updated regularly and allowing for local or national differences in their implementation – features hardly achievable through written legislation, but fundamental when dealing with developing sciences. As soft law, codes of conduct are not enforceable, though their persuasive role is not to be underestimated.⁷²

In common law countries, ethics committees and ethics appraisal have a longer tradition. Described above for the USA and the United Kingdom, the legal approach requiring the participation of an ethics committee in cases in which obtaining consent is impracticable bears witness to the influence of

⁶⁸ British Association of Biological Anthropology and Osteoarcheology (BABAO) Code of Ethics (revised version 2019).

⁶⁹ S. ROBINS, *op. cit.*, 14.

⁷⁰ M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 76-77.

⁷¹ See the US Common Rule at 45 CFR 46.107 and the Italian Ministerial Decree of 8 February 2013 on the criteria for the composition of ethics committees and their functioning. See also C.A. SCHUPPLI, D. FRASER, *Factors Influencing the Effectiveness of Research Ethics Committees*, in *Journal of Medical Ethics*, 33/5, 2007, 294.

⁷² M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

the Declaration of Helsinki.⁷³ Nevertheless, the gaps and ambiguities of the US approach mean that deceased individuals are not typically included in ethical research practice and such projects will often be considered exempt and will receive little ethical oversight – a dangerous deviation.⁷⁴

As we have seen, recent developments in the discipline have not really solved the problem that (old) bones are considered as something different from a body, even though recent scientific advances have demonstrated how important the discipline can be in the private law field and, in particular, in the humanitarian one. Such archaeological and forensic research thus deserves greater attention.

Overriding interests seem also to be recognized outside the forensic environment. For instance, there is the suggestion of conducting research and collecting data (also genetic data) in cases in which there is no legal obligation to intervene. For missing migrant cases (outside the scope of International Humanitarian Law (IHL) and Human Rights Law (HRL)) and more generally in cases of presumption of death, each state seems to have the obligation to search for the remains, identify them and return them to the families, with due respect for cultural customs.⁷⁵ Many experiments using different identification techniques involve the collection of *post-mortem* data, possibly entailing research on unidentified bones. Standardization of ethics-oriented methodologies could do away with other difficulties such as obtaining testimonies from survivors or collecting personal belongings, especially for crime-related cold cases or other past events. Similar attitudes are also emerging from protocol agreements and memoranda of understanding within various local or national authorities.⁷⁶ While respect of ethical principles is necessary when conducting research on the bones of unidentified persons, it is not sufficient in itself. The use of standard – and thus comparable – procedures remains distant. For instance, if the research entails DNA extraction, a matching with DNA samples is necessary – and this usually also involves the family of the missing person permitting such *post-mortem* data matching.

This brings us to the issue of DNA databases and their interaction. Yet, the lacking availability of an international DNA database is only part of the problem, for example in the case of missing (presumed drowned) migrants. While collecting information about them is desirable at both national and transnational levels, countries follow different data collection paths, thereby impairing an effective dialogue. This is why in many countries more than proceeding with a ‘wholesale’ discipline, i.e. treating all missing person cases in accordance with the same legal and ethical principles, go on with a ‘retail’ approach, i.e. focusing on striking events or cases drawing special media attention.⁷⁷ Though high-quality research is important, it can be frustrating when scientific efforts are nullified by a lack of

⁷³ The Declaration of Helsinki (1964) recognises a distinction between clinical research and nontherapeutic clinical research in which there is not therapeutic benefit to the person subjected to research, nevertheless the purely scientific aim shall always be balanced with the expected benefits for the society. See D. T. HOLLAND, *op. cit.*, 625.

⁷⁴ N.V. PASSALACQUA, M. A. PILLOUD, *op. cit.*, 53.

⁷⁵ S. ROBINS, *op. cit.*, 29.

⁷⁶ *Ivi*, 13 and 23, see also Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse [the Government Commissioner for missing persons], Piani provinciali per la ricerca delle persone scomparse [provincial memorandum of understanding for searching missing persons], available at <https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2021-01/circolarepersonedisperseprot.pdf> (last visited 13/01/2022).

⁷⁷ This is, for instance, the case of Italy for the ship sinkings of 3 and 11 October 2013, see S. ROBINS, *op. cit.*, 19.

centralised data storage facilities even within the same country, with many university departments and/or other laboratories working independently of national authorities.⁷⁸

The availability of shared ethical principles on conducting research on unidentified human bones can be a first step towards solving (not only migrant) identification issues, while probably also helping restore trust in science.

A recent investigation in Mexico demonstrated how terrible a system can be in the face of unethical behaviour, breaching confidence in institutions and in some ways in a centralized research system. In 2013, Mexico established a central DNA laboratory with access to genetic data stored by the Public Prosecutor's Office, the only body permitted to use the data (for judicial purposes). Given the sensitivity of the data, access naturally needed to be limited and confidential. The genetic data was used in matching DNA found in bones recovered from common graves with DNA from relatives who had voluntarily given their consent with a view to finding out what had happened to their missing loved ones. Directors and other persons close to the higher levels of the political establishment were found to be selling genetic codes to the desperate families of the missing persons, bypassing the Public Prosecutor's Office and infringing ethical and legal rules.⁷⁹

6. Concluding remarks

In the absence of clear legal rules, ethics have an important role to play as part of a regulatory framework.

Whether in a country like Italy that recently adopted new legislation directly pertaining to research on dead bodies, the UK and USA which, as common law countries, are more attentive to practice from which rules are inferred, or Norway where its legal system is apparently keen on regulating research integrity principles by (hard) law, while leaving specific aspects to soft law (e.g. codes of ethics), all countries make specific reference in their legislation to research ethics committees (with different names). This often results in an ongoing dialogue between hard law and soft law over better interpreting the complexities of a given scientific field. While an international standardisation of procedures is conceivable and desirable, each country should first do everything to standardise procedures within its own boundaries.

Yet differences will remain between countries on account of legal and cultural traditions. For instance, the European approach to privacy differs from that of the US,⁸⁰ the backgrounds of forensic and bioarchaeological anthropologists vary a lot, and, overall, legislation is still very much country-oriented, due also to historical experiences (e.g. colonisation, Norway's Sami population, etc.). But here again, common ground exists in the field of ethics, even if ethics is a subject not frequently discussed in the respective courses.⁸¹ Many of the issues discussed stem from the relatively young nature of the disciplines in question. When public confidence in a scientifically and ethically compliant

⁷⁸ S. ROBINS, *op. cit.*, 21-22.

⁷⁹ M. J. CASTAÑEDA, *Una investigación revela el oscuro mercado para analizar restos humanos en México*, in *EL PAÍS México*, 14 December 2021 see also D. MASTROGIACOMO, *Messico, traffico di Dna per lucrare sul dolore dei parenti delle persone scomparse*, in *laRepubblica*, 20 December 2021.

⁸⁰ As for human remains and privacy rights in the US see D. T. HOLLAND, *op. cit.*, 644.

⁸¹ See N.V. PASSALACQUA, M. A. PILLOUD, *op. cit.*, 7ss.

context exists or is generated, a virtuous circle can be created between (hard and soft) law, science and society.

As far as the ethical principles covering research on unidentified human bones are concerned, hints can be drawn from the legislation governing research on the living and on the dead, and soft law such as guidelines and codes of practice. Following ethical principles when conducting research on the bones of unidentified persons means, in the event of identification, also paying attention to the ethics regarding the next of kin. For instance, in the case of human bones recovered after a migrant boat has sunk, when a researcher invests time in investigating the context (provenance of the boat and other non-forensic elements helping to identify the provenances of the drowned), specific cultural and religious beliefs are more likely to be respected (e.g. choosing one bone instead of another, if scientifically acceptable, as in some cultures the a bone can be more representative of the once living person than other bones). If destructive analysis is necessary and acceptable in consideration of the beneficial impact of the research for society (including the family of the missing person), in the event of a successful identification, not only will the family find relief in the possibility of having the corpse back, but most likely undue harm will be avoided and the relatives' rights (e.g. right of burial) will be respected.⁸²

Upholding the study, respect and implementation of ethical principles is synonymous with promoting a research culture fuelling genuine advancement of the discipline. Making ethics committees relevant in discussing research on the bones of unidentified persons will foster dialogue between different disciplines and help solve non-trivial ethical issues in a constructive manner. Ethics committees are not intent on impairing research, but instead on guiding researchers towards ethically compliant research paths.

⁸² “[...] analysis and research conducted on unidentified human remains is presumptively permissible, provided that the research does not otherwise interfere with, or prevent, the next of kin from receiving remains – in whatever form they presently exist – [...]”, D. T. HOLLAND, *op. cit.*, 651.

Il campione biologico di *unidentified person*. Profili di sistema

Stefano Deplano*

THE BIOLOGICAL SAMPLE BELONGING TO AN UNIDENTIFIED PERSON. ANALYSIS OF THE APPLICABLE REGULATORY FRAMEWORK

ABSTRACT: The essay analyses the discipline applicable to the biological sample belonging to an unidentified person. Considering the provisions applicable to the specific case, the paper verifies whether the biological sample can be qualified as a «bene giuridico» under article 810 of the Italian Civil Code. Concluding remarks concern the effects that the attribution of identity to a person deceased in ancient times may have on limitation period in paternity suits.

KEYWORDS: DNA Testing; Biological Samples; Social Function; Human Body; Reasonableness

SOMMARIO: 1. Il campione biologico di *unidentified person*. Limiti insiti nella lettura patrimonialistica dell'autonomia negoziale avente ad oggetto il corpo umano e le sue parti. Procedimento qualificatorio del materiale biologico e rilievo del «contesto situazionale» – 2. Superamento della logica patrimonialistica nella teoria dei diritti reali sul corpo. Lo statuto del campione biologico quale esito del bilanciamento, assiologicamente orientato, di interessi aventi natura differente – 3. Il quadro normativo applicabile nel vigente sistema ordinamentale – 4. Lo statuto giuridico del campione biologico appartenente ad *unidentified person* – 5. *segue*. Identificazione del defunto e riflessi sulla disciplina applicabile al cadavere. Potere di disposizione delle spoglie da parte dei familiari e diritto all'identità biologica dei terzi qualificati.

«Non vi è nulla di nascosto che non debba essere rivelato. Cosa segreta che non venga alla luce»
Matteo, X, 26

1. Il campione biologico di *unidentified person*. Limiti insiti nella lettura patrimonialistica dell'autonomia negoziale avente ad oggetto il corpo umano e le sue parti. Procedimento qualificatorio del materiale biologico e rilievo del «contesto situazionale»

I presente saggio intende fornire un inquadramento giuridico ad un'ipotesi normativa recentemente giunta all'attenzione degli interpreti: il campione biologico¹ di *unidentified person*.

* Professore associato, Dipartimento di Scienze Politiche, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".
Mail: stefano.deplano@unicampania.it. Il contributo è stato sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ D. FARACE, *Campioni biologici (Diritto civile)*, in *Enc. it. Treccani delle Scienze, lettere e arti*, IX, I, Roma, 2015, 215 ss. trae le definizioni del campione biologico dall'art. 6, l. 30 giugno 2009, n. 85: «quantità di sostanza biologica

Indichiamo con tale sintagma la persona che, in tempi risalenti, sia stata dichiarata morta ai sensi degli artt. 58 ss. c.c.² senza che sia stata attribuita un'identità alle sue spoglie mortali.

La non-riconducibilità dei resti mortali al soggetto-fonte era, fino a pochi anni or sono, un dato immutabile: la combustione, l'immersione, la polverizzazione, la mescolanza dei resti scheletrici realizzatesi nel corso del tempo (condizioni ricorrenti nei casi in discorso, frequentemente connessi a guerre e disastri naturali o umani)³ rendevano del tutto impossibile attribuire un'identità postuma al defunto attraverso l'analisi molecolare tradizionale (ovvero effettuata mediante il DNA e secondo protocolli utilizzati di *routine* in ambito forense)⁴. A causa dei fattori ambientali a cui tali campioni biologici vengono sottoposti nel corso del tempo, infatti, il DNA in essi contenuto risultava essere altamente degradato e, pertanto, non utile al fine di ricavare un attendibile profilo identificativo⁵.

La descritta situazione è venuta progressivamente mutando nel corso dell'ultimo ventennio: la biologia molecolare ha sviluppato tecniche utili a sequenziare interi genomi sì da incrementare qualità e quantità dei dati ottenuti anche da campioni biologici degradati⁶. L'evoluzione dei processi di analisi del DNA nucleare su campioni biologici di resti umani (in particolare ossa, denti e formazioni pilifere), di conseguenza, consente oggi di ottenere, da una parte, informazioni fisiche su persone scomparse anche da lunghissimo tempo (quali il sesso, l'età alla morte, la statura, l'origine geografica) e, dall'altra parte, profili identificativi utili per attribuire un'identità ai resti cadaverici⁷. Il campione biologico appartenente ad *unidentified person* assume, dunque, la natura di "passaporto crono-biologico" per attribuire – con elevato grado di certezza – un'identità che si assumeva essere stata perduta per sempre. L'ipotesi in esame conferma l'osservazione secondo cui «le vie della giuridificazione del corpo si palesano lunghe, diverse e tortuose»⁸ e stimola l'interesse del civilista ad indagare lo statuto disciplinare

prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA» (lett. c). Ai sensi del punto 4.1, Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, 5 giugno 2019, recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati ai sensi dell'art. 21, comma 1, d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, si considera campione biologico «ogni campione di materiale biologico da cui possono essere estratti dati genetici caratteristici di un individuo».

² In argomento D. BARILLARO, *Sub Artt. 43-78, Della dichiarazione di morte presunta*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 325.

³ Riferimenti in D. MARJANOVIĆ, A. DURMIĆ-PASIĆ, L. KOVACEVIĆ, *Identification of skeletal remains of Communist Armed Forces victims during and after World War II: combined Y-chromosome (STR) and MiniSTR approach*, in *Croat. Med. Journal*, 50, 2009, 296 ss.

⁴ I. BORIĆ, J. LJUBKOVIĆ, D. SUTLOVIĆ, *Discovering the 60 years old secret: identification of the World War II mass grave victims from the island of Daksa near Dubrovnik*, in *Croat. Med. Journal*, 52, 2011, 327 ss.

⁵ Cfr. H. JÓNSSON, A. GINOLHAC, M. SCHUBERT, P. JOHNSON, L. ORLANDO, *MapDamage2.0: fast approximate Bayesian estimates of ancient DNA damage parameters*, in *Bioinformatics*, 29, 2013, 1682 ss.

⁶ M.A. DEPRISTO et al., *A framework for variation discovery and genotyping using next-generation DNA sequencing data*, in *Nat. Genet.*, 43, 2011, 491 ss.

⁷ Per un esempio applicativo di questa tecnica sulle spoglie mortali dei caduti alle Fosse ardeatine v. E. PILLI, S. BOCCONE, A. AGOSTINO, A. VIRGILI, G. D'ERRICO, M. LARI, C. RAPONE, F. BARNI, J. MOGGI CECCHI, A. BERTI, DAVID CARAMELLI, *From unknown to known: Identification of the remains at the mausoleum of fosse Ardeatine*, in *Sci Justice*, 2018, 469-478.

⁸ S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, Id., e P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto* RODOTÀ e ZATTI, Milano, 2011, 54 ove si elencano le seguenti esemplificazioni: a.) corpo dell'uomo e corpo della donna; b.) corpo della gestante; c.) corpo vivo e corpo morto; d.) corpo dei maggiori e dei minori d'età, dei capaci e degli incapaci, dei giovani e degli anziani; e.) corpo dei familiari e degli estranei; f.) corpo malato e corpo sano; g.) corpo prima e dopo la nascita, prima e dopo la morte; h.) corpo

da applicarsi al campione biologico tratto dalle spoglie mortali di persona ignota e scomparsa da lungo tempo.

Ad essere in valutazione è, nuovamente⁹ ma da un punto di vista originale¹⁰, lo statuto del corpo umano, in merito al quale la dottrina spesso tende ancora a ragionare secondo una logica di oggettivazione che rifluisce *recta via* in una non convincente adesione al modello proprietario¹¹. In via di prima approssimazione, infatti, non appare appagante la posizione che pone aprioristicamente in relazione un campione biologico (astrattamente inteso)¹² con i concetti di «proprietà», «circolazione», «responsabilità» letti secondo una prospettiva dogmatica tradizionale. Quest'ultima è infatti intesa a disciplinare la sfera dell'avere e si concentra su elementi oggettivamente e definitivamente scindibili rispetto al patrimonio del disponente¹³. Di contro, come osservato¹⁴, nell'analizzare il corpo e la sua giuridificazione vi è sempre il dovere ermeneutico di non guardare ad esso come ad altro rispetto alla persona¹⁵ e, del pari, di non prescindere da questa linea ricostruttiva nell'indagare la relazione tra categorie giuridiche quali l'oggetto, il corpo e il soggetto¹⁶.

“potenziale” o “progettato”; i.) corpo “terminale” e corpo “recuperabile”; l.) corpo degli organi singoli o doppi; m.) corpo separato dal sangue, dalle cellule e dai tessuti; n.) corpo integro e corpo distribuito; o.) corpo dei transessuali e dei *transgender*; p.) corpo fisico e corpo elettronico il corpo reale e quello virtuale; q.) corpo umano e post-umano.

⁹ In merito alla qualificazione giuridica del corpo, al suo «statuto», ai suoi rapporti con la persona, v. M. BESSONE, G. FERRANDO, *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 194 ss.; M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 241 ss.; C. D'ARRIGO, *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 2000, 712 ss.; P. ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., I, 99 ss.

¹⁰ Per una non recente ma lucida ed ancora attuale analisi della questione dei diritti sul corpo, per tutti, S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo “giuridificato”*, in *Id.*, *Tecnologie e diritti*, 1995, 73 ss.

¹¹ In termini v. A. NICOLUSSI, *Enhancement e salute nel rapporto medico paziente*, in L. PALAZZANI (a cura di), *Verso la salute perfetta, Enhancement tra bioetica e biodiritto*, Roma, 2015, 115 ss. V. anche G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, in *Polemos*, 2008, 143: «Benché il paradigma dominicale eserciti sempre un grande fascino presso il giurista, impegnato a risolvere problemi nuovi, proprio per quell'aura di certezza e rigore concettuale, che promana dalle categorie tradizionali, non sembra che esso sia in grado di offrire un valido ausilio per la risoluzione dei problemi posti dalla ricerca genetica. In questa materia, più che in altre, v'è infatti un estremo bisogno di soluzioni flessibili ed articolate e l'applicazione del paradigma proprietario rischia soltanto di irrigidire oltre misura il quadro di riferimento». La posizione – si nota – è espressa in merito ad un campione biologico destinato a fini di ricerca.

¹² In senso contrario alla indistinzione tra i vari campioni biologici depone, anzitutto, il dato normativo. In materia di trapianto di rene la disciplina è dettata dalla l. 26 giugno 1967, n. 458; il trapianto (parziale) di fegato è invece disciplinato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 483. Le leggi 1 aprile 1999, n. 91 e 12 agosto 1993, n. 301 dettano disposizioni sui trapianti di organi da cadavere e cornea; la l. 6 marzo 2001, n. 52 sul midollo osseo e, infine, la l. 19 settembre 2012, n. 167 sui trapianti parziali di polmone, pancreas e intestino. V., in generale, sul punto, D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., I, 1119 ss. e, con particolare riferimento alla donazione dei gameti, S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1308 ss.

¹³ Lo evidenzia A. NICOLUSSI, *I campioni biologici tra bioetica e biodiritto*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, Roma, 2016, 151 ss.

¹⁴ G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, 16 ss.

¹⁵ M. TALLACCHINI, *Bodyright. Corpo biotecnologico e biodiritto*, in *Biblioteca della libertà*, XXXIII, Torino, 1998, 24.

¹⁶ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007, *passim*, spec. 97 ss.



Non mancano, del resto, ipotesi utili a dimostrare la “trasfigurazione” delle regole dettate a disciplina di fenomeni patrimoniali quando applicate ad atti di autonomia negoziale aventi ad oggetto interessi esistenziali connessi alla salute della persona o al corpo umano¹⁷. Un primo caso può evincersi dalla modalità con la quale il consenso informato al trattamento medico¹⁸ si relaziona con le disposizioni in materia di manifestazione della volontà negoziale, essenzialmente concepite al fine di tutelare l’affidamento e garantire la sicurezza dei traffici¹⁹: queste regole moderano la tutela del contraente che cada in errore (artt. 1429 ss. c.c.)²⁰ sì da limitare la possibilità che la validità del regolamento contrattuale possa essere rimessa in discussione. L’atto con il quale si esprime il consenso informato, tutto al contrario, avendo natura personalissima è sempre revocabile perché il sistema ordinamentale attribuisce rilievo prioritario all’autodeterminazione della persona²¹. Ulteriore esempio della non immediata applicabilità allo statuto del corpo umano delle disposizioni dettate per la disciplina di interessi patrimoniali si rinviene nel rapporto tra donatore del campione biologico e biobanca di ricerca²². Il sistema ordinamentale assicura al primo un diritto di revoca del consenso senza obbligo di corresponsione di un indennizzo o di un corrispettivo²³: si tratta di un profilo disciplinare che – opportunamente – è stato ritenuto idoneo a sottrarre il concreto rapporto alla logica della tutela dell’affidamento²⁴. La particolare natura del campione biologico, pertanto, conduce a rifiutare un approccio ermeneutico che ragioni a partire da sterili apriorismi o dogmatismi per ritenere maggiormente condivisibile, al contrario, un’impostazione di metodo intesa ad identificare l’«ordinamento del caso concreto»²⁵ sulla base dell’assiologia che conforma il sistema. In tale prospettiva, ad esempio, non pare punto possibile

¹⁷ Lo nota, con chiarezza ed esaustività, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 3ª ed., IV, Napoli, 2020, 1 ss., spec. 27 ss.

¹⁸ Cfr., sul punto, F. CARIMINI, *Ars medica e tutela del paziente*, Napoli, 2019, 62 ss. e V. ROTONDO, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020, 113 ss.

¹⁹ V., sul punto, P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, 97 ss.

²⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1985, 56.

²¹ «Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 cost.», Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4972, con nota di D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. 438 del 2008 della Corte costituzionale*. Per una ricostruzione della genesi e dell’evoluzione del si rinvia a S. DEPLANO, *Diritto all’autodeterminazione terapeutica e suoi limiti*, in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L’«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Napoli, 2012, 51 ss.

²² Tanto l’art. 15 della Raccomandazione (2006)4 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa relativa alla ricerca su materiali biologici di origine umana, tanto l’art. 9, Dichiarazione UNESCO sui dati genetici tanto le Autorizzazioni generali del Garante sulla *privacy* (sin dalla prima emanata con provv. 22 febbraio 2007) riconoscono espressamente la revocabilità ad *nutum* del consenso di colui che attribuisca un campione biologico tratto dal proprio corpo ad una biobanca di ricerca.

²³ M. MACIOTTI, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla «zona grigia» tra privacy e proprietà*, Trento, 2013, 137 ss.

²⁴ A. NICOLUSSI, *I campioni biologici tra bioetica e biodiritto*, cit., 158.

²⁵ P. PERLINGIERI, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 86 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 10 ss.; Id., *Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 4 ss. e, da ultimo, Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, cit., 345 ove si afferma che «l’interpretazione è individuazione dell’«ordinamento del caso concreto»».

ragionare di campione biologico “in astratto”: altra è la disciplina applicabile ad un organo da trapiantare, altra quella applicabile ad una sacca di sangue da trasfondere, altra quella applicabile ad un tampone contenente residui di saliva²⁶. Si tratta, allora, di avviare l’analisi a partire dagli interessi che connotano il caso concreto e valutare, del pari, il «contesto situazionale»²⁷ nel quale quest’ultimo viene considerato²⁸.

Il presente saggio intende sviluppare un’indagine sullo statuto del campione biologico appartenente ad *unidentified person*, dando conto degli originali riflessi teorici e pratico-applicativi che derivano da questo innovativo campo di studio. L’analisi seguirà il seguente percorso. Dapprima saranno analizzate le posizioni interpretative tradizionali in tema di diritti sul proprio corpo o sulle sue parti, al fine di verificarne la perdurante validità. In secondo luogo si procederà a ricercare ed individuare le fonti del vigente sistema ordinamentale suscettibili di essere coinvolte nella qualificazione dello specifico campione biologico oggetto di studio. Da ultimo, si tratteranno alcune linee interpretative utili a qualificare l’ipotesi in esame, con particolare riferimento alla sua collocazione nell’ambito della teoria dei beni giuridici, nella fase precedente e successiva alla attribuzione dell’identità del soggetto-fonte.

²⁶ Alla luce del dato normativo si manifesta scettica nei confronti di posizioni generalizzanti in merito alla qualificazione del campione biologico umano V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 31 s.: «Nel quadro di un’ipotetica visione unitaria sarebbe difficile distinguere, ai fini del trattamento, tra diverse specie di campioni. Non ci sentiamo, però, di mettere sullo stesso piano un organo da trapianto ed una piccola quantità di saliva per la sola circostanza che entrambi sono annoverati nella categoria dei campioni biologici. Solo l’asserita capacità rappresentativa – la «parte per il tutto» – spinta all’estremo potrebbe consentirci di farlo. Ma i dati normativi, sparsi e disomogenei, che riguardano i materiali e campioni biologici (specialmente in quanto siano visti nella dimensione materiale) non confermano un simile livellamento».

²⁷ L’espressione è stata utilizzata da E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, I, Milano, 1955, 304 ss. Rileva opportunamente che il profilo qualificatorio del campione biologico non può essere tratto se non in rapporto alla sua destinazione P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell’appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2007, 34: «anche la parte da separare è in prospettiva ‘isolata’ in vista della destinazione o funzione che le si attribuisce: quella di organo o tessuto da donare, quella di materiale da destinare a ricerca».

²⁸ Il punto appare efficacemente colto da V. CALDERAI, *A pound of man’s flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, in A. GAMBINO, C. PETRINI, G. RESTA (a cura di), *La ricerca sui materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, Roma, 2018, 76-77: «Avvezzi a guardare alla relazione giuridica tra corpo e persona attraverso le lenti del dualismo metafisico e della signoria del volere, trascuriamo il contesto, saturo di qualificazioni giuridiche [...]. La ciocca di capelli recisa nella bottega del barbiere è una *res derelicta*, della quale è lecito liberamente disporre, in un centro di ricerca è un campione biologico [...]; il cordone ombelicale conservato per essere eventualmente impiegato nei trapianti di cellule staminali è un “oggetto giuridico” diverso dal cordone del quale non è stata autorizzata la conservazione [...], dal cordone destinato alla ricerca, dal cordone conservato per l’impianto autologo [...]. Tale è la capacità delle qualificazioni giuridiche di astrarre dall’oggetto in senso fiscalista che lo stesso prelievo può dare simultaneamente origine a “cose” diverse *sub specie juris* in relazione a diverse destinazioni: diagnosi, cura, sperimentazione, ricerca». Analizza criticamente la richiesta avanzata dal Comune natio del “brigante” nei confronti del museo dedicato a Cesare Lombroso ed intesa ad ottenere la restituzione del cranio di un soggetto, condannato per aver commesso efferati illeciti, studiato dal noto antropologo, S. THOBANI, *L’esposizione museale di resti umani: Lombroso e il teschio del “brigante” Villella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2020, 77 ss. Mette conto evidenziare che in tale ricostruzione allo stesso campione biologico vengono ricollegati, a seconda del «contesto situazionale» prescelto, tre statuti giuridici differenti: tessuto umano, bene identitario, bene culturale.

2. Superamento della logica patrimonialistica nella teoria dei diritti reali sul corpo. Lo statuto del campione biologico quale esito del bilanciamento, assiologicamente orientato, di interessi aventi natura differente

A séguito dell'asportazione i tessuti umani acquisiscono un'autonomia ontologica rispetto alla persona dalla quale provengono. Su un piano strettamente empirico, in altri termini, il distacco ne sancisce l'alterità rispetto alle vicende inerenti il corpo: eventuali attività poste in essere sulle parti rimosse non si prestano ad avere diretta influenza sullo stato di salute del soggetto-fonte²⁹. Convincentemente, allora, si è rilevata la marginalità, nella qualificazione dell'ipotesi in esame, dell'art. 5 c.c. riferendosi questa disposizione soltanto agli atti di disposizione del corpo inteso nella sua unitarietà³⁰: tale precetto normativo non trova applicazione quando il campione divenga altro rispetto al corpo dal quale proviene.

Assunte queste premesse non può sorprendere che la dottrina interessatasi per prima alla qualificazione giuridica delle parti staccate dal corpo non abbia indugiato nell'attribuire a queste ultime natura di «cose» e *sub specie iuris* le abbia qualificate alla stregua di «beni» (mobili). In quanto tali si reputava che esse fossero suscettibili di divenire oggetto di situazioni giuridiche a contenuto patrimoniale³¹. Ancóra all'epoca della redazione del vigente codice civile la dottrina maggioritaria era informata alla tesi del cd. *ius in se ipsum*³². Essa attribuiva al soggetto un diritto su se stesso argomentando a partire da una scissione concettuale tra uomo-persona e uomo-cosa: sul piano tanto funzionale tanto strutturale tale situazione giuridica veniva ricostruita alla stregua di un diritto di proprietà sulle parti del proprio corpo con l'attribuzione della correlativa facoltà di disposizione³³. In chiave patrimonialistica, insomma, la parte del corpo separata era qualificata alla stregua di un bene giuridico di proprietà del soggetto-fonte.

Contro tale teorica si evidenziò che il corpo umano non sarebbe stato suscettibile in alcun caso di essere considerato, in sé, alla stregua di un oggetto di diritto³⁴. Con ciò ci si proponeva di superare la teoria dello *ius in se ipsum* in rapporto all'acquisto del diritto di proprietà – della cui configurazione, beninteso, non si dubitava sul piano teorico – sulle parti staccate. L'acquisto del diritto si sarebbe realizzato, a titolo originario, soltanto al momento del “distacco” ed avrebbe avuto ad oggetto un diritto di natura esclusivamente patrimoniale³⁵.

²⁹ V. RIZZO, *Atti di disposizione del corpo e tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 618 ss.

³⁰ M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2008, 226.

³¹ A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1901, 192 ss.; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, 187 ss.

³² F. CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, 54 ss.

³³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 125 ss.; Id., *Problemi giuridici della trasfusione del sangue*, in *Jus*, 1954, 510 ss.

³⁴ E. ONDEI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in W. BIGIAVI (diretta da), *Giur. sist.*, Torino, 1965, 274 ss.

³⁵ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1982, 178 e 180: «La parte staccata esce dalla sfera giuridica strettamente personale per entrare immediatamente in quella patrimoniale facente capo alla stessa persona senza passare per la condizione intermedia di *res nullius*. Un diritto si sostituisce all'altro senza soluzione di continuità».

L'assunto secondo il quale il tessuto umano era un bene giuridico appartenente al soggetto-fonte risultava, d'altra parte, indiscusso. Un indirizzo qualificava le parti del corpo alla stregua di frutti e, di riflesso, proponeva l'applicazione a tale ipotesi degli artt. 820 e 821 c.c.³⁶; altro orientamento considerava le parti staccate quali *res nullius per derelictio* ed individuava il titolo di acquisto nello schema dell'occupazione (artt. 922 e 923 c.c.)³⁷, ulteriore corrente di pensiero reputava applicabile all'ipotesi in discorso la disciplina prevista per l'acquisto delle opere dell'ingegno³⁸. Orientamenti più recenti, da ultimo, postulavano l'esistenza di un diritto di esclusiva sul proprio essere corporale³⁹.

Pur differenziandosi in relazione al *quomodo* dell'acquisto, in altri termini, gli indirizzi richiamati argomentavano a partire dalla constatazione (all'epoca pacifica) secondo la quale la parte staccata dal corpo fosse soltanto (e non potesse essere altro che) «un aggregato di molecole»⁴⁰ da considerare, in quanto tale, alla stregua di un bene mobile⁴¹. La dottrina civilistica italiana, di riflesso e per larga parte del secolo scorso, non dubitava del fatto che le parti staccate dal corpo fossero suscettive di essere oggetto di situazioni patrimoniali quali la proprietà o il possesso⁴². Tale conclusione era verosimilmente influenzata dal fatto che, fino a tempi a noi prossimi, i tessuti umani consistevano in semplici scarti operatori sostanzialmente privi di utilità pratica e, dunque, di modesto valore economico⁴³.

Le più recenti acquisizioni scientifiche, tuttavia, hanno reso le parti del corpo umano una preziosa fonte di dati⁴⁴ relativi, oltretutto all'identità biologica, allo stato di salute, alla predisposizione a contrarre

³⁶ G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate dal proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 271.

³⁷ M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, II, Torino, 1982, 81.

³⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 52.

³⁹ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.

⁴⁰ M. MACIOTTI, *o.u.c.*, 227.

⁴¹ D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.* Treccani, III, Roma, 1998, 1 ss.

⁴² In giurisprudenza v. Trib. Milano, 17 aprile 1961, in *Temi rom.*, 1961, 141 e Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. e giur.*, 1972, 394. Di recente v. anche Cass. pen., Sez. II, 25 novembre 2020, n. 37818, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1502 ss. con nota di M. FORMICA, *Un'inedita forma di rapina: la sottrazione violenta di cellule gametiche*, riconosce la rapina in un prelievo violento di ovociti dal corpo di una donna, eseguito dopo averla immobilizzata e sedata, in vista di successivi impianti embrionali in favore di terzi. Per giungere a tale qualificazione giuridica, il Collegio qualifica alla stregua di «cose mobili» gli ovociti, una volta separati dal corpo umano, e configura in capo alla vittima la detenzione degli stessi, prima della relativa sottrazione e dell'impossessamento ad opera del personale medico intervenuto.

⁴³ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 1, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, 163 affermava che i tessuti corporei «in linea di massima, non offrono alle persone né un interesse di godimento né un interesse di scambio». Evidenza perspicuamente G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e «atti di disposizione del proprio corpo»*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 763, che «[q]uando le utilizzazioni del corpo sono limitate, sono sufficienti poche regole. Quando queste possibilità crescono occorrono più regole, e regole nuove per dare ordine alla materia. Le tecnologie dilatano le dimensioni del corpo e richiedono nuovi equilibri. Ma il giurista non ha punti di riferimento sicuri perché queste trasformazioni mettono in discussione i valori culturali sui quali ordinare le decisioni». Nel senso che i tessuti separati dal corpo nel corso di un intervento medico non hanno valore di scambio e, quindi, non possono essere oggetto di diritti patrimoniali v. invece G. RESTA, *Do We Own Our Bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, cit., 115 ss., 148 s.

⁴⁴ Cass. civ., 13 settembre 2013, n. 21014, in *Danno resp.*, 2014, 47-54 con nota di F. AGNINO, *Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento*. Si legge nel provvedimento: «In tema di trattamento dei dati personali, i "dati genetici" vanno distinti dai "dati sensibili", di cui all'art. 4 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in quanto la loro peculiarità consiste nel rivelare il corredo identificativo unico ed esclusivo di ciascuna persona

malattie, alla paternità del soggetto al quale appartengono⁴⁵. Il cambio di prospettiva appare, ai nostri fini, fondamentale: diversamente da quanto accade per la dimensione materiale, i dati genetici ritraibili dai tessuti umani mantengono una relazione con il corpo originario che non può essere in alcun modo dissolta⁴⁶. Non appare più corretto, pertanto, ritenere che il distacco del tessuto dal corpo ne sancisca la totale autonomia dal soggetto-fonte: il profilo dell'appartenenza insiste sul bene ma è indissolubilmente legato a quello informazionale, ovvero attinente ai dati personali che dal materiale biologico si ricavano.

Il rilievo normativo dell'endiadi appartenenza-informazione⁴⁷, d'altra parte, emerge chiaramente dal disposto dell'art. 4, par. 1, n. 13 e dal Considerando n. 34 GDPR i quali si riferiscono a quelli genetici alla stregua di «dati personali [...] che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute [...], e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione» (corsivo aggiunto). Attesa la commistione tra il piano fisico e quello informazionale appare del tutto irragionevole⁴⁸ e non congruo ritenere, ad esempio, che al campione biologico dal quale un ricercatore tragga sequenze genetiche utili a curare una malattia⁴⁹ sia applicabile *sic et simpliciter* l'art. 940 c.c., implicitamente ritenendo che il tessuto umano sia un bene mobile suscettivo di diventare di proprietà di colui che vi compie un'opera che ne aumenti il valore⁵⁰. Tale conclusione, a ben vedere, appare inaccettabile perché trascura di considerare che sul campione biologico incidono interessi ulteriori rispetto a quelli patrimoniali⁵¹ ma dotati di caratura esistenziale in quanto attinenti alla tutela della persona e dell'identità del soggetto-fonte⁵².

L'analisi di un'ipotesi concreta permette di apprezzare le conseguenze derivanti sul piano pratico-applicativo dal considerare il campione biologico quale oggetto di diritto su cui incidono interessi di rango

umana, dall'interrogazione del quale può essere estrapolata un'ampia varietà d'informazioni, non tutte da includersi in quelle di natura sanitaria, e tale potenzialità predittiva ne determina l'ontologica diversità [...]».

⁴⁵ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 81 s. accosta i dati genetici a strumenti di identità biologica.

⁴⁶ C. PETRINI, *Introduzione ai lavori*, in A.M. GAMBINO, C. PETRINI, G. RESTA (a cura di), *La ricerca su materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, cit., 21 ss. e G. NOVELLI, *I campioni biologici nell'esperienza del genetista*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., 17 ss.

⁴⁷ Lo nota I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 305.

⁴⁸ Sul valore ermeneutico da attribuire al principio di ragionevolezza v., per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, spec. 35 ss.

⁴⁹ Il riferimento è al caso, notissimo, che ha come (sfortunata) protagonista Henrietta Lacks, sul quale v. R. SKLOOT, *The Immortal Life of Henrietta Lacks*, 2010 (trad. it., Milano, 2011).

⁵⁰ Porta questo esempio, in chiave critica, P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, in D. FARACE (a cura di) *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., 188. Da tale ricostruzione deriverebbe l'ulteriore (e chiaramente semplicistica) conseguenza che la proprietà del bene specificato non spetterebbe più al proprietario della materia originaria, ma a colui che l'ha trasformata, salvo il diritto all'indennizzo.

⁵¹ Come notato, infatti, nell'uso linguistico dei ricercatori «campione biologico» denota sempre i tessuti e i dati, V. CALDERAI, *A pound of man's flesh*, cit., 82 e M. MACIOTTI, *Reshaping Informed Consent in the Biobanking Context*, in *19 European Journal of Health Law*, 2012, 285: «in human tissue the material dimension and the informational one are inextricably linked».

⁵² R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in *Jus civile*, 2014, 76 ss.

sia patrimoniale sia esistenziale. Ci si potrebbe domandare, ad esempio, quale sia la natura giuridica del diritto “trasferito” alla biobanca di ricerca⁵³ per il tramite del negozio con il quale si dispone di cellule tumorali estratte dal proprio corpo.

Qualora, ad esempio, si ritenga che la situazione ceduta corrisponda al diritto di proprietà⁵⁴ sorgerebbero una serie di questioni problematiche. Posta la necessaria gratuità dell’attribuzione⁵⁵, in primo luogo, occorrerebbe interrogarsi sul se la configurazione del diritto dominicale su un campione biologico risponda alla funzione sociale che lo stesso deve necessariamente possedere in base a quanto sancito dall’art. 42 cost.⁵⁶. A meno di non teorizzare la costituzione di un diritto reale che fuoriesca dal *numerus clausus*⁵⁷, inoltre, appare problematico ritenere che la biobanca di ricerca acquisti il diritto di proprietà su un campione la cui titolarità è soggetta alla revoca per mera volontà del soggetto-fonte: il riconoscimento di tale potere in capo a quest’ultimo è infatti stato ribadito nel 2019 dal Garante per la protezione dei dati personali, secondo il quale «[i]n caso di revoca del consenso da parte dell’interessato, i trattamenti devono cessare e i dati devono essere cancellati o resi anonimi [...] attraverso la distruzione del campione biologico prelevato»⁵⁸ (corsivo aggiunto). Sembrerebbe, insomma, che il diritto sul campione biologico possa sussistere in capo al terzo soltanto nel rispetto della libertà di autodeterminazione della persona dalla quale proviene il tessuto⁵⁹. Il riferimento al diritto dominicale, peraltro, non rappresenta una scelta qualificatoria obbligata⁶⁰. Come autorevolmente evidenziato, infatti, lo studio della teoria dei beni

⁵³ Per questa distinzione v. M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 225 s.

⁵⁴ V. O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche dell’appartenenza*, Milano, 1982, 602.

⁵⁵ M. CICORIA, *La l. n. 167 del 2012: ancora sul dono*, in *Giust. civ.*, 2013, 463 ss.; Id., *Profili del dono nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2010, 4111 ss.; M. TAMPONI, *Campioni biologici e atti di disposizione del corpo*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., 217. V., anche, in prospettiva filosofica, S. BAUZON, *Il “giusto prezzo” dei campioni biologici umani*, *ivi*, 103 ss. In rapporto alla categoria del «dono» quale modello per la circolazione dei diritti sul corpo umano v., invece, G. RESTA, voce *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, IV., 2011, 510 ss., spec. 516 ss.

⁵⁶ P. D’ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Enc. bioetica*, III, Napoli, 2010, 547; M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del proprio corpo*, Milano, 2002, 219 s.; G. RESTA, *Do we own our bodies?*, cit., 150. Peraltro, come rileva M. TAMPONI, *o.c.*, 213, «anche ad ammettere che il corpo privo di vita venga attratto dal mondo dell’essere a quello dell’avere, la sua reificazione non consentirebbe di ricondurlo in tutto e per tutto allo schema dominicale, fino a fare di esso un mero e qualsiasi bene ex art. 810 cod. civ.».

⁵⁷ Analizza criticamente la valenza della regola della tipicità dei diritti reali E. CALZOLAIO, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1080 ss.

⁵⁸ Garante della privacy, Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell’art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 del 5 giugno 2019, punto 4.5.1, consultabile all’indirizzo <https://www.garanteprivacy.it>. Il legame esistente tra campione biologico e soggetto-fonte era peraltro già stato affermato dalle autorizzazioni generali al trattamento dei dati genetici n. 8/2013 e n. 8/2016.

⁵⁹ Cfr., sul punto, A. STAZI, F. CORRADO, *Titolarità, cessione e tutele nella circolazione dei dati*, in A.M. GAMBINO, A. STAZI (a cura di), *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele*, Pisa, 2020, 93-96. Osserva G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, cit., 190: «[i]l consenso non vale a rendere lecito il prelievo a fini terapeutici o scientifici di materiale umano (ad esempio cellule), poiché quel prelievo è lecito di suo; ma vale a rendere lecito lo sfruttamento in proprio fatto dal ricercatore dei risultati di quel prelievo; vale a determinare gli ambiti del diritto di terzi sul corpo del soggetto e sulle sue parti».

⁶⁰ V., in argomento, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, 694 ss.

«non si deve esaurire nella teoria dei diritti reali né in quella della proprietà. Non è condivisibile l'orientamento che identifica le caratteristiche di ogni bene possibile con quelle dei beni oggetto del diritto di proprietà, sí che le utilità non idonee a costituire oggetto di situazioni soggettive proprietarie (o comunque reali), non connotate quindi dall'esclusività, non potrebbero essere beni»⁶¹.

Principiando l'analisi dalla qualificazione del campione biologico alla stregua di un bene, allora, risulta possibile osservare che l'attenzione della dottrina più recente si sia concentrata in prevalenza sulla dimensione informazionale con la conseguenza che l'elaborazione concernente quest'ultima abbia gettato un cono d'ombra sul rilievo del profilo "cosale"⁶². Anche questa prospettiva, tuttavia, non appare esente da critica⁶³: nell'operazione qualificatoria appare preferibile utilizzare il paradigma secondo cui lo statuto giuridico del campione biologico deve risultare quale bilanciamento tra interessi diversi⁶⁴ senza escludere *a priori* una rilevanza ermeneutica anche della "cosa" corrispondente al campione biologico.

Se si aderisce a questa impostazione e si conviene con l'assunto secondo il quale l'interpretazione non può che essere in chiave applicativa⁶⁵ occorrerà concentrarsi sulle vicende che contraddistinguono il campione biologico appartenente ad *unidentified person* avendo anzitutto cura di identificare, secondo una prospettiva di sistema, le disposizioni ad esso applicabili.

3. Il quadro normativo applicabile nel vigente sistema ordinamentale

La dottrina si è diffusamente interessata alla disciplina applicabile tanto ai campioni biologici "ospitati" presso le biobanche⁶⁶ tanto, più nel dettaglio, alla tutela della *privacy* nell'utilizzo di dati genetici, tratti

⁶¹ P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss., ora in Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., 259 ss. Anche M. TOMASI, *Il modello individualista al banco di prova*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 193 invita ad andare «oltre l'approccio prettamente individualistico basato sui principî di autonomia e autodeterminazione».

⁶² V. ZENO ZENCOVICH, *La «comunione» di dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2009, 5 ss.; V. RICCIUTO, *Campioni biologici e trattamento dei dati personali*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., 159 ss.; I. RAPISARDA, *Brevi note sullo statuto giuridico dei materiali biologici umani*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 625 ss.; B. GUIDI, M. GERBI, F. IANNACCONE, M. DI PAOLO, *Dall'habeas corpus all'habeas data: regole per l'archiviazione del materiale biologico*, in *Resp. civ. prev.*, I, 2019, 349 ss.; P. GUARDA, *I dati sanitari*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 579 ss.

⁶³ P. FEMIA, *o.c.*, 189 s.

⁶⁴ Ulteriori riferimenti in P. FEMIA, *o.l.u.c.*

⁶⁵ «Le peculiarità delle circostanze, che caratterizzano l'agire e il caso concreto da decidere, richiedono al giurista non operazioni sillogistiche o logiche di carattere quasi aritmetico – e quindi tipiche –, ma "apprezzamenti interpretativi, nei quali entrano in vibrazione la sua sensibilità dei valori giuridici nella percezione degli interessi protetti dal diritto, il suo occhio clinico e diagnostico, la sua esperienza"», P. PERLINGIERI, "Principi generali" e "interpretazione integrativa" nelle pagine di Emilio Betti, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 109.

⁶⁶ M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 223 ss. e Id., *Consenso informato e biobanche di ricerca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 153 ss.; Id., *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla «zona grigia» tra privacy e proprietà*, cit., *passim*.

a fini di ricerca scientifica⁶⁷ e riconducibili al soggetto-fonte⁶⁸. Si è giunti alla conclusione secondo cui il quadro normativo relativo a questa ipotesi si caratterizza, da una parte, per l'assenza di una disciplina legislativa interna e, dall'altra parte, per lo spiccato rilievo in chiave applicativa delle norme di rango costituzionale, internazionale, europeo⁶⁹. È stato inoltre evidenziato che il procedimento ermeneutico relativo allo statuto dei campioni biologici risulta incisivamente conformato da provvedimenti amministrativi di natura regolamentare e da fonti paranormative e di *soft law*⁷⁰. Tanto avrebbe delineato un «*corpus normativo* del tutto inedito [avente natura] a tratti vincolante a tratti soltanto persuasiv[a]». Quest'ultimo sarebbe tale da «generare regole [...] distribuite fra più livelli istituzionali ed straordinari e devianti dal tradizionale sistema delle fonti [sì da rendere] inadeguati [ad inquadrare il fenomeno] sia il principio gerarchico sia quello di competenza»⁷¹.

Occorre adesso saggiare se identica conclusione valga anche in rapporto al campione biologico proveniente da *unidentified person*. Si tratta, in particolare, di analizzare le fonti che vengono in rilievo nel procedimento qualificatorio di nostro interesse.

Centrale, anzitutto, il rilievo dell'art. 2 cost. il quale, nel tutelare la dignità della persona, è idoneo a fondare la base giuridica sulla quale poggiare il diritto all'identità personale anche a vantaggio di un soggetto che, da tempo, abbia cessato la propria esistenza⁷². Proprio l'attribuzione di un'identità, d'altra parte, risulta essere il fine dell'analisi del DNA del campione biologico appartenente al soggetto scomparso. Appaiono altresì applicabili all'ipotesi in esame gli artt. 9 e 33, comma 1, cost. i quali tutelano, rispettivamente, lo sviluppo e la libertà della scienza⁷³.

Tra i non numerosi atti di rango internazionale rilevanti ai nostri fini occorre menzionare l'art. 1, Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti umani, adottata dall'Unesco l'11 novembre 1997, a mente del quale «il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità»⁷⁴ e le Linee

⁶⁷ V., *ex plurimis*, L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in *Federalismi.it.*, 4, 2018, 2 ss., spec. 17 ss.; A. FALCONE, *Tutela della salute e della libertà della ricerca scientifica nelle nuove biotecnologie di sintesi in campo genetico. Dai brevetti "biotech" ai modelli "open source"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 209 ss.; N. LAZZERINI, *Il contributo della Corte di Giustizia alla formazione di un biodiritto europeo attraverso i diritti fondamentali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 263 ss.; B. SIRGIOVANNI, *Dal consenso dell'interessato alla "responsabilizzazione" del titolare del trattamento dei dati genetici*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, 1010 ss.; S. FANNI, L. MARILOTTI, *Ricerca genetica e tutela dei dati personali nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto italiano: è possibile un bilanciamento?*, in *Federalismi.it.*, 8, 2021, 82 ss.

⁶⁸ In termini A. IANNUZZI, F. FILOSA, *Il trattamento dei dati genetici e biometrici*, in *Dir. fondamentali*, 2019, 4.

⁶⁹ R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica*, in *Ann. Giur. Università Studi di Perugia*, 2018, 102.

⁷⁰ V., in argomento, G. COSCO, *La disposizione del corpo tra disciplina codicistica e complesso del sistema delle fonti*, in *Ordines*, 2, 2015, 108 ss.

⁷¹ A. CORDIANO, *Biobanche di ricerca e modelli regolativi*, in *Comp. dir. civ.*, 2018, 22.

⁷² V. già P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982, 309 s. e R. LATTANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 332 s.

⁷³ V. già L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, 38 ss. e, più di recente, G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2019, 13-14.

⁷⁴ V., a riguardo, le considerazioni di C.M. ROMEO CASABONA, *La tutela del genoma umano*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., II, 261.

guida dell'OCSE (emanate nel 2007 e aggiornate nel 2009) e denominate «*Best Practice Guidelines on Biosecurity for BRCs*», le quali dettano regole operative per l'attività di raccolta e di conservazione dei materiali biologici e fissano i parametri qualitativi cui devono attenersi le strutture di raccolta.

A livello europeo occorre menzionare l'art. 1, Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997, nella parte in cui obbliga a «protegg[ere] nella sua dignità e nella sua identità» l'essere umano (sintagma che sembra riferirsi ad un campo semantico più ampio rispetto a quello di «persona» e, pertanto, conferma l'assunto secondo il quale il sistema impone di tutelare la dignità anche di colui che abbia cessato di vivere). Benché sprovvista di efficacia vincolante appare inoltre rilevante la Raccomandazione R (2006) 4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, indirizzata agli Stati membri al fine di adattare leggi e procedure amministrative alle indicazioni in essa contenute. Ai sensi dell'art. 1, Raccomandazione cit., «[g]li Stati Membri proteggono la dignità e l'identità di tutti gli esseri umani e garantiscono ad ognuno, senza discriminazione, il rispetto della propria integrità». L'art. 2, comma 2, Raccomandazione R (2006) 4 cit. specifica, inoltre, che le linee guida del provvedimento in esame si applicano a tutte le ricerche che «prevedano l'uso di campioni biologici d'origine umana».

Non pare invece direttamente incidente sul nostro campo di studio la dir. 2004/23/CE del 31 marzo 2004, «sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani» (attuata dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191), il cui Considerando n. 10 stabilisce che il provvedimento si applica unicamente ai tessuti e alle cellule «destinati all'applicazione sull'uomo». Identica conclusione vale anche a proposito della dir. 2006/17/CE dell'8 febbraio 2006, che ha attuato la dir. 2004/23/CE cit. per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani e la dir. 98/44/CE del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, la quale indica i limiti di brevettabilità dei materiali biologici. Tali raccolte normative, infatti, sono intese a disciplinare i campioni biologici prioritariamente in una logica patrimonialistica che, come si evidenzierà, risulta essere del tutto estranea allo stato del campione biologico di *unidentified person*.

Premminente rilievo ermeneutico deve essere attribuito ai diritti fondamentali sanciti dall'Unione europea, progressivamente emersi in via interpretativa a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁷⁵. L'art. 1 Carta Edu prescrive l'inviolabilità della dignità umana e, del pari, impone agli Stati aderenti di tutelarla e rispettarla, mentre l'art. 3, comma 2, Carta cit. nel sancire «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro»⁷⁶ conferma la natura di *res extra*

⁷⁵ La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre del 2000, aveva inizialmente natura programmatica. Attualmente, in virtù dell'art. 6, par. 1, Trattato sull'Unione Europea (TUE) come modificato dal Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati e le sue disposizioni sono divenute giuridicamente vincolanti. La Corte di Giustizia ha sancito che i diritti fondamentali espressi dalla Carta di Nizza sono oggi al centro della costruzione giuridica europea. V., in termini, il Parere n. 2/13 del 21 dicembre 2014 sul Progetto di Accordo di Adesione dell'Unione alla CEDU, EU:C:2014:2454, punto 169.

⁷⁶ In termini v. anche art. 21, Conv. Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997.

*commercium*⁷⁷ delle parti del corpo umano la cui negoziazione risulti offensiva della dignità umana⁷⁸. Certamente rilevante è altresì l'art. 8, comma 2, Carta Edu nella parte in cui stabilisce che il trattamento del dato personale (quale quello genetico) di un soggetto debba avvenire sulla base del consenso informato oppure di «un [...] fondamento legittimo previsto dalla legge».

Tale ultimo precetto appare essenziale nell'economia della presente indagine perché – come evidenziato – l'esame del DNA su un campione biologico di *unidentified person* se, da un lato, è necessario per stabilire la paternità del tessuto, dall'altro lato non può in alcun caso essere autorizzato sulla base del consenso informato del soggetto-fonte l'identità del quale è ignota.

Occorre dunque domandarsi se l'ordinamento italo-europeo preveda la possibilità di effettuare il trattamento dei dati genetici contenuti in questo specifico campione biologico.

La risposta sembra essere in senso positivo. Se è vero che – in linea di principio – l'art. 9, comma 1, GDPR vieta in ogni caso il trattamento dei dati genetici, esso prevede *inter alia* un'espressa ipotesi di deroga per il caso in cui il trattamento sia «necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri [...]» (art. 9, comma 2, lett. g., GDPR). Per i fini della presente indagine questa disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 2 *sexies*, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, introdotto dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 (cod. *privacy*). Tale disposizione specifica che il trattamento di cui all'art. 9 GDPR è ammesso a condizione che esso sia previsto «da disposizioni di legge [...] che specificino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato»⁷⁹.

Orbene, ai sensi dell'art. 5, d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (Regolamento polizia mortuaria) chiunque rinvenga parti di cadavere, resti mortali od ossa umane deve informare prontamente sia l'autorità giudiziaria sia quella di pubblica sicurezza. La legge prescrive altresì l'obbligo di incaricare dell'esame del materiale rinvenuto il medico necroscopo il quale comunicherà i risultati degli accertamenti eseguiti alla stessa autorità giudiziaria affinché questa rilasci il nulla osta per la sepoltura. In questo frangente acquista particolare rilevanza l'art. 7, comma 1, lett. c., l. 30 giugno 2009, n. 85⁸⁰, il quale prescrive di

⁷⁷ In dottrina analizzano questo profilo P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004, 99 ss.; S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 12; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, 19; M.G. SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Milano, 2007, spec. 531 ss.; C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 87 ss.; C. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, 777 ss.

⁷⁸ Nota, condivisibilmente, V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, cit., 34: «il principio del divieto di (fare del corpo umano o delle sue parti in quanto tali una fonte di) profitto non vale per materiali quali le unghie o i capelli, che devono considerarsi come materiali di scarto, la vendita dei quali non offende la dignità umana, venendo meno così la *ratio* ispiratrice del divieto».

⁷⁹ In argomento v. M. MIDIRI, S. PIVA, *L'interesse pubblico come base giuridica e come finalità del trattamento dei dati personali*, in *Aa.Vv., Il nuovo codice in materia di protezione dei dati personali*, Torino, 2019, 22.

⁸⁰ Analizza i pericoli ed i rischi per i diritti fondamentali che può rappresentare lo scambio e la circolazione di dati biometrici, L. SCAFFARDI, *Next Generation Prüm e le scelte strategiche della UE: dall'ampliamento nello scambio dei dati genetici all'introduzione del riconoscimento facciale*, in *Federalismi.it.*, 8, 2021, 220 ss.



raccogliere in un apposito archivio i campioni biologici ed i profili del DNA «di [cadaveri e] resti cadaverici non identificati»⁸¹.

Alla luce dell'analisi effettuata pare possibile confermare, anche in rapporto allo specifico campione biologico oggetto d'esame, le conclusioni innanzi riportate. Risultano applicabili alla presente ipotesi normativa disposizioni di rango sia costituzionale sia eurounitario. In relazione al diritto interno, inoltre, emergono specifici profili di rilevanza in merito all'obbligo di archiviazione del campione e di estrazione dei dati genetici appartenenti allo scomparso. Ma v'è di più. Le disposizioni ordinarie e regolamentari prescrivono l'obbligo di distruggere il campione. A variare è soltanto la data in cui procedere all'eliminazione, la quale muta a seconda che il soggetto-fonte sia o no identificato⁸².

Nel primo caso (ai sensi del combinato disposto degli artt. 13, comma 2, l. n. 85 cit.) il campione biologico deve essere distrutto senza indugio a séguito dell'identificazione, previo nulla osta dell'autorità giudiziaria. Nel caso opposto (a mente degli artt. 13, comma 4, l. n. 85 cit. e 24, comma 3, d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87) la distruzione dovrà avvenire decorsi otto anni a partire dalla definitiva tipizzazione del DNA⁸³. Differente, per contro, la disciplina dettata in merito alla conservazione del dato personale rappresentato dal profilo del DNA inserito nella banca dati. In caso di identificazione del soggetto-fonte la cancellazione del profilo avviene, d'ufficio, contestualmente alla distruzione del campione biologico (art. 13, comma 2, l. n. 85 cit. e dell'art. 30, d.P.R. n. 87 cit.). In caso contrario il profilo resterà depositato presso la banca dati per il termine massimo previsto dalla legge (pari a trent'anni, ex artt. 13, comma 4, l. n. 85 cit., 25 e 32, d.P.R. n. 87 cit.) per essere successivamente eliminato.

Dall'analisi delle numerose disposizioni dettate del sistema ordinamentale, in definitiva, si riscontrano diversi caratteri del campione biologico oggetto di studio: la destinazione orientata (non verso una finalità di ricerca, ma) all'identificazione del soggetto dal cadavere del quale proviene il tessuto; l'obbligo di distruzione in séguito all'estrazione del DNA; la tipizzazione della scissione tra statuto normativo applicabile, rispettivamente, al tessuto biologico ed al dato genetico⁸⁴. Dal quadro normativo ricostruito, inoltre, consegue la sicura legittimità del trattamento dei dati genetici contenuti in questo specifico campione biologico. Occorre adesso avanzare una proposta qualificatoria del campione biologico in esame nella prospettiva della teoria dei beni. Si tratta di una prospettiva interessante perché, in quanto il tema analizzato è del tutto originale, esso consente di apportare un ulteriore tassello a tale profilo teorico.

⁸¹ R. BIONDO, *La banca dati nazionale dna italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 213 ss.

⁸² Sulle possibili conseguenze di tipo discriminatorio che potrebbero derivare dalla conservazione per un tempo illimitato dei campioni di DNA in rapporto all'art. 8 Carta Edu, cfr. Corte Edu, sent. 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, (ricc. 30562/04 e 30566/04).

⁸³ Il punto relativo alla conservazione del campione biologico all'esito del prelievo del DNA era stato oggetto di rilievi da parte del Garante per la protezione dei dati personali anche nei Provvedimenti 31 luglio 2014, n. 389, punto 7 e 9 marzo 2017, n. 127, punto 3. V., sul punto, L. CALIFANO, *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 33, 2020, 2.

⁸⁴ Evidenzia L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili*, cit., 20 che: «il recente regolamento contenuto nel D.P.R. 7 aprile 2016, n. 87 [...] introduce regole molto rigide per disciplinare gli accessi alle informazioni in essi contenute e il loro successivo trattamento».

4. Lo statuto giuridico del campione biologico appartenente ad *unidentified person*

Dallo studio delle fonti del sistema ordinamentale applicabili all'ipotesi in discorso emerge che su quest'ultima si appuntano tanto norme di rango costituzionale ed eurounitario tanto disposizioni interne di rango sia ordinario (gli artt. 7 e 13, lett. c., l. n. 85 del 2009) sia secondario (l'art. 5, d.P.R. n. 285 del 1990 e gli artt. 25, 30 e 32, d.P.R. n. 87 del 2016).

Tali disposizioni disciplinano uno statuto rigidamente conformato verso una destinazione⁸⁵: fin dal momento del suo "ritrovamento" il resto biologico è infatti connotato da interessi riconducibili alla sfera pubblicistica: non è possibile sottrarre il campione biologico alla sua destinazione (ovvero utilizzarlo a fini diversi dall'acquisizione del DNA del soggetto-fonte ed unicamente per le finalità e secondo le modalità di cui alla l. n. 85 del 2009); esso non è alienabile a terzi; una volta esaurita la sua funzione è inevitabilmente destinato ad essere distrutto, secondo una scansione cronologica diversa a seconda che il soggetto-fonte sia immediatamente identificato oppure no.

Si tratta di allora di capire se il tessuto in esame, pur essendo «oggetto di diritti»⁸⁶ ai sensi dell'art. 810 c.c. si presti ad essere qualificato alla stregua di un «bene». Sul punto merita di essere richiamata la dottrina che, al fine di elaborare una tassonomia dei materiali biologici di origine umana, con particolare riferimento ai tessuti separati dal corpo nel corso di un intervento medico, ha negato che questi possano essere qualificati – in sé e per sé – alla stregua di beni giuridici reputando a tal fine «necessario [...] ravvisare un minimo di predicati o qualificazioni giuridiche ascritti al diritto di proprietà sulla scorta di precisi indici normativi»⁸⁷. Essendo il campione biologico oggetto di quella indagine privo di valore sia di scambio sia di uso si è esclusa, nella specifica ipotesi, la qualifica di bene dal momento che il diritto di proprietà sui campioni sarebbe risultato privo del suo contenuto caratteristico (poteri di disposizione, di godimento, *ius excludendi alios*, rimedi inerenti allo *ius sequelae*). Più nel dettaglio, poiché il campione biologico in esame sarebbe stato disciplinato «soltanto negativamente [ovvero] per mezzo di interdetti»⁸⁸, l'efficacia costitutiva del bene era fatta dipendere dal consenso del soggetto-fonte, espresso «in seno ad un procedimento»⁸⁹ finalizzato ad autorizzare un terzo a disporre del tessuto per fini di ricerca. Si tratta di un esito ricostruttivo che attribuisce al consenso una funzione

⁸⁵ Con riferimento ai beni culturali il rapporto tra statuto giuridico e destinazione è inquadrato da R. DI RAIMO, *La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 1101 ss., il quale individua quale carattere essenziale della «proprietà» dei beni culturali quello della destinazione e sposta l'accento dalla fase strutturale a quella dell'attività e del controllo.

⁸⁶ Sul significato attuale dell'espressione v. A. GAMBARO, *I beni*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. comm.*, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 3 ss. Con particolare riferimento ai rifiuti v., invece, G. RESTA, *I rifiuti come beni in senso giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 207 ss. Coglie efficacemente il punto V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola», cit., 35: «L'idea di inutilità ed inutile, di scarto, rifiuto ha già rivelato la propria relatività: non vi è modo per radiare dall'area del bene giuridico taluni oggetti in ragione del loro carattere "vile": la vicenda giuridica dei rifiuti lo dimostra in pieno. In quanto beni, anche gli scarti più modesti possono formare oggetto di vicende giuridiche. Se tale conclusione non fosse accettata, essi (gli scarti) riceverebbero a causa della loro viltà, il medesimo trattamento che con delicata sensibilità riserviamo alle cose più elevate proprio a cagione della loro elevatezza».

⁸⁷ V. CALDERAI, *A pound of man's flesh*, cit., 78.

⁸⁸ *Ivi*, 79.

⁸⁹ *Ivi*, 79-80.

pienamente conforme a quanto prescritto dagli artt. 21, 22, Conv. Oviedo e 13, n. vii del Protocollo sulla ricerca biomedica del 25 gennaio 2005, addizionale alla Convenzione.

La tesi risulta convincente ma si riferisce ad un'ipotesi – campione biologico destinato a fini di ricerca – soltanto parzialmente collimante con quella oggetto delle presenti note. Se, per un verso, anche il campione biologico di *unidentified person* è disciplinato «per mezzo di interdetti» potendo essere considerato «rifiuto da esumazione o da estumulazione» e, in quanto tale, essere immediatamente destinato alla distruzione⁹⁰ ai sensi del combinato disposto degli artt. 45, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 e 12, d.P.R. 15 luglio 2003, n. 254⁹¹, occorre evidenziare che nell'ipotesi oggetto delle presenti note a variare sono tanto il «contesto situazionale» in rapporto al quale il tessuto biologico rileva per l'ordinamento tanto il profilo teleologico.

Gli artt. 7, comma 1, lett. c.), e 13, l. n. 85 cit. trovano la propria *ratio* nella tutela, da una parte, dell'ordine pubblico⁹² e, dall'altra parte, della dignità dell'essere umano anche *post mortem*⁹³. Si tratta di riferimenti riconducibili all'art. 2 cost. e che trovano consonanza negli artt. 410 ss. c.p. (denominati nel Capo II del Titolo IV del Libro II quali «delitti contro la pietà dei defunti»)⁹⁴: proprio nella prospettiva di rivalutare la centralità dell'essere umano nell'identificazione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie delittuosa, la dottrina ha opportunamente evidenziato che il cadavere (che, nel caso di specie, consiste nelle spoglie mortali dalle quali è tratto il campione biologico)⁹⁵ rappresenta «la proiezione ultrasensibile» del defunto e «conserva una sua connaturata dignità umana, che lo rende incomparabilmente diverso da tutte le altre cose»⁹⁶. Ciò a significare che il campione biologico di *unidentified person* rileva per il sistema ordinamentale in ragione (non di scopi connessi alla ricerca scientifica, ma unicamente) quale mezzo necessario ad attribuire un'identità certa ad un soggetto defunto ed ignoto. Di riflesso, nella fase precedente all'identificazione del soggetto-fonte ogni questione relativa al

⁹⁰ In argomento v. A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contr. impr.*, 2013, 1014 ss.; Id., *Trasferimento e circolazione dei beni. Spunti ricostruttivi in tema di possesso al (solo) fine della fruizione*, in *Annali SISDiC*, 2019, 163-179; Id., *Rifiuti, beni e proprietà nella prospettiva dell'economia circolare*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 621 ss.

⁹¹ Il quadro normativo comune europeo è attualmente definito dalla dir. 2008/98/CE del 19 novembre 2008 e dal reg. n. 1357 del 18 dicembre 2014. I tessuti umani sono identificati dai codici 180102 e 180103 (rispettivamente «parti anatomiche ed organi incluse le sacche per il plasma e le riserve di sangue» e «rifiuti che devono essere raccolti e smaltiti applicando precauzioni particolari per evitare infezioni»).

⁹² G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 1 ss.

⁹³ Analizza tale profilo C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013, 15 ss., spec. 173 ss.

⁹⁴ Per alcune puntuali notazioni sulla classificazione di queste componenti emotive all'interno della categoria dei «fatti di sentimento» v. A. FALZEA, *Fatti di sentimento*, in Aa.Vv., *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, 315 ss. In seno alla dottrina penalistica individuano il bene giuridico tutelato dalla disposizione (anche) nella tutela della dignità della persona defunta, G. FIANDACA, voce *Pietà dei defunti (Delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII, 1990, 1; A. ROSSI VANNINI, *Pietà dei defunti (Delitti contro la)*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, 1995, 571.

⁹⁵ In termini Cass. pen., Sez. II, 10 giugno 2003, n. 34145, in *Riv. pen.*, 2004, 4080: «[l]a nozione di cadavere [...] comprende anche resti umani consistenti nello scheletro od in parte di esso».

⁹⁶ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 340 ss.

consenso alla disposizione del tessuto biologico da parte sia – come ovvio – del soggetto ignoto sia dei suoi eredi o di ulteriori soggetti legittimati⁹⁷ perde ogni rilievo.

Il ragionamento ermeneutico, allora, deve trarre abbrivio proprio dalla destinazione che il sistema ordinamentale imprime al tessuto. Di là dalla disputa in merito alla necessaria valutabilità economica del bene⁹⁸, la prospettiva ricostruttiva suggerita consente, all'interno di una logica discorsiva, «di redistribuire giuridicamente il potere tecnico scientifico sul processo» di utilizzo del campione⁹⁹. Nel nostro caso la valorizzazione sembra dipendere non dal valore di scambio quanto, piuttosto, dalla tipizzazione legislativa dall'uso (che, come evidente, prescinde totalmente da una logica economica ma denota una chiara destinazione ad una finalità personalistica e, del pari, tesa a garantire l'ordine pubblico derivante dall'identificazione dei defunti). Si evidenzia, in questa chiave, il nesso tra oggettivazione e redistribuzione del potere sulla *res sí* da far emergere le modalità di utilizzo dello specifico campione che denotano una rilevanza *sub specie iuris*¹⁰⁰.

Sulla base di questa prospettiva ricostruttiva, allora, in rapporto al campione biologico appartenente ad *unidentified person* occorre ritenere che sia proprio il sistema ordinamentale a connotare tale «cosa» alla stregua di un «bene», pur in difetto di esplicito consenso in tal senso da parte del soggetto-fonte. Tale qualificazione se, per un verso, giustifica il “godimento” del bene entro gli spazi sagomati dalla legge, per altro verso appare congrua al fine di giustificare i numerosi obblighi gravanti sul titolare¹⁰¹. Secondo la prospettiva in discorso, in altri termini, la reificazione del campione biologico non è rivolta verso la dimensione patrimoniale ma, al contrario, appare la qualificazione maggiormente ragionevole nel senso di offrire una spiegazione costruttivamente appagante degli obblighi a contenuto positivo e negativo imposti al titolare del bene¹⁰². Rigidamente conformata dalle disposizioni di

⁹⁷ Un caso interessante in rapporto al fondamento ed ai limiti del consenso informato all'utilizzo del campione biologico con specifico riferimento all'identificazione di *unidentified person* è stato recentemente affrontato dalla Corte di legittimità norvegese. Un uomo aveva depositato il proprio liquido seminale presso una banca biologica ospedaliera per finalità procreative. In séguito alla scomparsa del donatore ed al ritrovamento di alcuni resti ossei che erano stati ritenuti essere le sue spoglie mortali, si controverteva sulla possibilità di estrarre il DNA dal liquido seminale al fine di accertare la paternità di quanto rinvenuto. Riformando la decisione d'appello, la Corte suprema norvegese ha escluso che si potesse ritenere presunto il consenso del donatore ad utilizzare il proprio campione biologico per finalità differenti rispetto a quella previamente autorizzata all'atto del deposito, v. Norges Høyesterett, 1 luglio 2021, n. 1436 in www.domstol.no.

⁹⁸ V., sul punto, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 119 ss.

⁹⁹ P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti*, cit., 199.

¹⁰⁰ *Ivi*, 199 ove si specifica: «Il paradigma qui proposto offre il vantaggio di collocare dialetticamente il momento teorico generale entro lo stesso processo conflittuale che aspira a regolare».

¹⁰¹ Emblematica in tal senso può ritenersi la disciplina dei boschi, la quale conforma il diritto dominicale (si pensi all'obbligo conservativo, a contenuto positivo, consistente nel garantire l'integrità paesaggistica del bene), si da aver condotto la dottrina civilistica a discorrere di una «proprietà speciale» e di un «proprietario relegato a mero custode»: v. G.B. FERRI, *Proprietà e impresa in agricoltura: variazioni su un vecchio tema*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 317; M. TAMPONI, *Una proprietà speciale (lo statuto dei beni forestali)*, Padova, 1983, 13; F. MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'«avere» all'«essere»*, in M. TAMPONI, E. GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 31.

¹⁰² Per un'applicazione di tale logica ermeneutica al bene culturale, v. F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà «obbliga»*, in *Pol. dir.*, 2016, 547 ss.

legge¹⁰³, la reificazione richiama un diritto dominicale funzionalizzato in senso conforme al principio personalista dal momento che, come detto, la destinazione del bene è indirizzata verso l'attribuzione dell'identità alla persona alla quale sono riconducibili i resti cadaverici¹⁰⁴.

Resta a questo punto da domandarsi se il bene giuridico consistente nel campione biologico di *unidentified person* sia suscettivo di essere acquistato da un soggetto privato che, *in thesi*, rinvenga casualmente il tessuto biologico. Pare corretto affermare che la risposta a tale quesito debba essere in senso negativo, per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo perché – in ragione del fondamento patrimonialistico dell'art. 923 c.c. – la *derelictio* consiste nella spogliazione di una posizione giuridica soggettiva di vantaggio non coinvolgente terzi né effettuata per soddisfare, in modo diretto o indiretto, bisogni o interessi altrui¹⁰⁵. Si tratta di un'ipotesi che mal si attaglia al frammento biologico in esame il quale non è stato abbandonato ma, all'opposto, residua dalla decomposizione di un cadavere appartenente ad una persona ignota e non identificata. In secondo luogo, stante il richiamato art. 3, comma 2, Carta Edu il materiale biologico in esame è sottratto alla logica patrimonialistica e, alla luce delle norme penali applicabili al caso concreto ed innanzi richiamate, non pare errato reputare che il campione in esame sia *extra commercium* e, come tale, non suscettibile di occupazione¹⁰⁶. Da ultimo perché gli interessi ritraibili dalle norme costituzionali ed eurounitarie richiamate – le quali prescrivono l'obbligo di realizzare la piena tutela della dignità della persona attribuendole un'identità anche in séguito alla consunzione dei suoi resti mortali – portano a ritenere che la disciplina del campione biologico di *unidentified person* debba essere ricostruita a partire dalla destinazione che lo connota sul piano positivo. Proprio tale finalità, di concerto con la rilevata natura *extra commercium* del campione biologico, porta a ritenere ragionevole ed adeguata rispetto agli interessi rinvenibili nel sistema la conclusione secondo la quale il campione biologico appartenente ad *unidentified person* debba essere qualificato alla stregua di un bene di proprietà pubblica¹⁰⁷. Esso, in particolare, non ha valore economico, può appartenere soltanto allo Stato (è dunque indisponibile) ed appare caratterizzato, fino alla definitiva eliminazione, da uno specifico vincolo di destinazione (anch'esso pubblico).

Tale conclusione si inserisce entro l'autorevole insegnamento che reputa beni e servizi essenziali alla vita ed allo sviluppo della persona e della comunità dover essere sottratti, in quanto tali, alle logiche

¹⁰³ La giurisprudenza di legittimità, d'altra parte, già da tempo sottolinea la necessità di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria, v. Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 524 ss., con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*.

¹⁰⁴ Evidenzia la prospettiva della lettura della funzione sociale sancita dall'art. 42 cost. in chiave servente rispetto al valore-persona, P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1979, 59, spec. pp. 23, 123 ss. e Id., «*Funzione sociale*» della proprietà e sua attualità, in S. CICCARIELLO, A. GORASSINI, R. TOMMASINI (a cura di), *Salvatore Pugliatti, I Maestri italiani del diritto civile*, Napoli, 2016, 187 ss.

¹⁰⁵ G.M. DEJANA, voce *Abbandono / Derelictio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 9 ss. V. anche, in termini, A. QUARTA, *Cose derelitte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 781.

¹⁰⁶ Sottolinea il nesso tra natura *extra commercium* della *res* ed inapplicabilità dell'art. 923 c.c., U. MATTEI, *La proprietà*, in R. SACCO (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2001, 180.

¹⁰⁷ A.M. SANDULLI, «*Beni pubblici*», in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 1 ss., spec. 277; V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. pubbl.*, II, Torino, 1987, 273; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 1 ss.

di mercato¹⁰⁸. In tale prospettiva la funzione sociale – ragione stessa per la quale il diritto di proprietà è attribuito dal sistema ordinamentale – incide peculiarmente sulla proprietà pubblica, differenziandola da quella privata¹⁰⁹. Nel primo caso è essa stessa funzione, nel secondo *ha* funzione sociale rimanendo sempre situazione soggettiva del privato¹¹⁰. Tale differenza sostanzia l'approccio assiologico che consente il passaggio da una logica di mero scambio a quella di gestione del bene tesa alla funzionalizzazione sociale secondo una valutazione di utilità¹¹¹.

5. *segue*. Identificazione del defunto e riflessi sulla disciplina applicabile al cadavere. Potere di disposizione delle spoglie da parte dei familiari e diritto all'identità biologica dei terzi qualificati

Non sembra un fuor'opera, a questo punto, evidenziare che la qualificazione prospettata in merito agli statuti giuridici del campione biologico e del dato genetico oggetto delle presenti note si riflette indirettamente sulla disciplina applicabile ai resti della persona (considerata, prima dell'analisi genetica) ignota. Dal momento che il campione biologico rappresenta una porzione fisica delle spoglie mortali (si pensi ad un frammento osseo), l'avvenuta identificazione del defunto¹¹² permette di reputare il materiale biologico rinvenuto alla stregua del cadavere di persona nota e determinata¹¹³. A séguito dell'identificazione del soggetto-fonte dal quale proviene il frammento corporeo, pertanto, le spoglie mortali vengono conformate anche da interessi aventi una dimensione privatistica¹¹⁴. Muta, pertanto, lo statuto normativo del bene.

La dottrina, in particolare, non dubita che la persona goda del potere di disporre del proprio corpo per il periodo successivo alla morte¹¹⁵. Si reputa, in particolare, che il cadavere sia oggetto di un diritto

¹⁰⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., 275 ss.

¹⁰⁹ Lo nota A. LUCARELLI, *Crisi della demanialità e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, in *Dir. pubb. eur. Rass. online*, 2016, 133 ss.

¹¹⁰ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, 276.

¹¹¹ Afferma A.C. NAZZARO, *Natura giuridica del bene, proprietà pubblica e monopolio*, in R. DI RAIMO, V. RICCIUTO, (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 91 ss. che il bene pubblico «deve essere sottoposto ad una determinata utilizzazione in vista della soddisfazione di un pubblico interesse».

¹¹² In difetto di riconoscimento, per contro, risulterà applicabile l'art. 5, comma 2, d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

¹¹³ A parere della dottrina, infatti, per cadavere si intende qualunque resto umano idoneo a «suscitare l'idea del corpo umano nominato» e capace di «suscitare l'idea della pietà verso i defunti», tra cui rientrano lo scheletro e singole parti anatomiche, purché, tuttavia, riconoscibili come parti di un corpo, v. M. PESANTE, *Cadavere (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 769.

¹¹⁴ V., a riguardo, F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., II, 2137 ss., spec. 2144 s.: «Al giurista attento alle questioni segnalate dai nuovi sviluppi della realtà sociale preme piuttosto ribadire che i distinti interessi convergenti sul corpo inanimato non possono mai prescindere dai principi che ad esso afferiscono; e che il bilanciamento tra i vari interessi rinviene proprio in tali principi l'ago della bilancia».

¹¹⁵ V., sul punto, C. LO VETRO, *Atti di disposizione post mortem del corpo a fini non circolatori (osservazioni intorno all'art. 79 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 258)*, in *Dir. fam.*, 1997, 1198 e G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 789 ss.

personale di godimento, destinato a produrre effetti dopo l'apertura della successione ed entro i limiti segnati dal diritto positivo¹¹⁶. In linea con l'indirizzo ermeneutico inteso a garantire il rispetto della dignità della persona, la scelta del luogo di sepoltura è, ad esempio, generalmente considerata manifestazione di un diritto della personalità¹¹⁷ suscettibile di essere espresso con disposizioni di ultima volontà relative tanto al sepolcro tanto alla cremazione dei resti mortali ed alla dispersione delle ceneri¹¹⁸. Da ultimo il legislatore ha altresì disciplinato la facoltà di disporre del proprio corpo e dei propri tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica (artt. 1 ss., l. 10 febbraio 2020, n. 10)¹¹⁹. È per altro verso acquisito che, qualora il defunto non abbia manifestato in vita alcuna volontà sulla sorte delle proprie spoglie mortali dopo la morte, tale scelta spetti ai suoi familiari più stretti. Si tratta di un interesse di fonte consuetudinaria, avente natura non patrimoniale¹²⁰ che, come precisato in dottrina, risulta «innetto a essere considerato un diritto di proprietà»¹²¹.

L'attribuzione di tale qualificazione ai resti mortali di una persona (prima ignota e) successivamente identificata rischia, tuttavia, di collidere con il diritto all'identità biologica vantato da terzi qualificati. Questi ultimi, attribuita l'identità al soggetto scomparso, potrebbero richiedere all'autorità giudiziaria di disporre una consulenza tecnica sulle sue spoglie mortali nell'ambito di un giudizio di stato¹²². I dati genetici del presunto ascendente sarebbero in questa ipotesi ricavabili da una nuova e differente analisi del DNA, stante il divieto di comunicare a terzi, in base alla l. n. 85 del 2009 ed al d.P.R. n. 87 del 2016, il dato genetico tratto dal campione biologico di *unidentified person*.

La questione (dei diritti sul corpo e per il suo tramite) dell'accesso ai dati genetici dell'ascendente¹²³, anche se defunto¹²⁴, viene quindi profondamente innovata dalle innovazioni tecnologiche alla base del presente contributo. Essa merita di essere analizzata alla luce della posizione della giurisprudenza

¹¹⁶ G. BONILINI, *Le disposizioni concernenti i funerali, la sepoltura, le ceneri*, in *Tratt. dir. succ. don. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 1065 ss.

¹¹⁷ Cfr. M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, cit., 83. *Contra*, tuttavia, P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 237. In giurisprudenza v. Pret. Macerata, 6 giugno 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 577 ss.

¹¹⁸ Si vedano G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 15 e 73 ove è evidenziata la natura atipica della disposizione e, del pari, il disposto dell'art. 1, l. 30 marzo 2001, n. 130.

¹¹⁹ S. ZULLO, *Considerazioni etico-giuridiche a margine della Legge 10 febbraio 2020, n. 10 "Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 272 ss. In rapporto alla disciplina dei trapianti di organo da cadavere v., invece, M.C. VENUTI, *Novità e prospettive nella normativa in materia di trapianti d'organo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2030.

¹²⁰ P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 638.

¹²¹ G. BONILINI, *Il diritto, sussidiario, dei famigliari in merito alla sepoltura del congiunto*, in *Fam. dir.*, 2020, 152 ss. ove viene anche analizzata l'ipotesi di contrasto, tra più congiunti prossimi, circa la destinazione dei resti mortali del *de cuius*.

¹²² Cfr. Cass. civ., 5 agosto 2008, n. 21128, in *Fam. dir.*, 2010, con nota di A. BUSACCA, *Analisi genetiche su "parti staccate" del corpo umano ed accertamento della paternità naturale post mortem*; Cass. civ., 19 luglio 2012, n. 12549, in *Fam. dir.*, 2013, p. 441 ss. con nota di R. CAMPIONE, *L'esumazione della salma nei giudizi di stato: diritto all'identità biologica versus volontà del defunto (ma non dei prossimi congiunti)*. In argomento v. anche A. RENDA, *Ipotesi sul prelievo di dna da defunto nei giudizi di stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1080.

¹²³ V., ad esempio, Garante protezione dati, provv. 22 maggio 1999, in *Boll.*, n. 8, 1999, 13.

¹²⁴ V. Icelandic Supreme Court, 27 novembre 2003, n. 151, *Gudmundsdottir c. State of Iceland*, in http://www.epic.org/privacy/genetic/iceland_decision.pdf (consultato in data 31 gennaio 2022).

europea in materia di diritto all'identità biologica ex art. 8, Conv. Edu. Tale situazione giuridica, a séguito del bilanciamento operato dalla Corte, è stata reputata prevalente tanto sull'interesse del defunto (rappresentato in giudizio dagli eredi) a non subire interferenze rispetto alla propria vita privata¹²⁵ tanto sull'espressa volontà del presunto genitore di non essere sottoposto ad alcuna analisi intesa ad accertare il legame di filiazione¹²⁶. Per altro verso i giudici europei hanno sancito che l'azione tardiva di riconoscimento della paternità *post mortem* avanzata dal figlio non è soggetta ai termini prescrizionali ordinari se quest'ultimo non ha avuto modo di dimostrare con mezzi idonei (ovvero l'analisi del DNA) il rapporto di filiazione¹²⁷. Pur sancendo che la disciplina dei procedimenti relativi al riconoscimento di tale rapporto debba tenere in debito conto l'interesse alla stabilità dei rapporti giuridici, la Corte Edu ha ritenuto che tale finalità non rappresentasse, nel caso concreto, ragione sufficiente per privare il ricorrente del diritto di scoprire la verità su un aspetto tanto importante della propria identità personale¹²⁸.

Anche il profilo in esame pare dunque concorrere a dimostrare che le odierne tecniche di indagine genetica implicino l'abbandono di un paradigma individualistico nella qualificazione del campione biologico e richiedano, per contro, l'adozione di un approccio più articolato, in grado di valorizzare il «contesto situazionale», la dimensione relazionale e le implicazioni solidaristiche anche in merito al controllo sui propri dati personali¹²⁹.

¹²⁵ Corte Edu, sent. 15 maggio 2006, *Estate of Kresten Filtenborg Mortensen c. Danimarca* (ric. n. 1338/03).

¹²⁶ Corte Edu, sent. 13 luglio 2006, *Jäggi c. Svizzera* (ric. n. 58757/00).

¹²⁷ Corte Edu, sent. 16 giugno 2020, *Boljevic c. Serbia* (ric. n. 47443/14).

¹²⁸ Corte Edu, sent. 16 giugno 2020, cit., §§ 50 ss.

¹²⁹ Lo notava S. RODOTÀ, *Lo statuto delle informazioni genetiche*, in G. BONACCHI (a cura di), *Dialoghi di bioetica*, Roma, 2003, 243 ss.

Dati e ricerca genetica. Dalla tutela individuale alla gestione procedurale

Alessandro Bernes*

DATA AND GENETIC RESEARCH. FROM AN INDIVIDUAL PERSPECTIVE TO A PROCEDURAL MANAGEMENT
ABSTRACT: The essay focuses on the interconnections between the processing of genetic data and the goals of scientific research studies. After an analysis of the research exemptions set out by the GDPR to foster researchers' activities, which are performed by using specifically genetic data, particular attention is shown for the regulatory measures (both public and private) in order to increase data sharing and secondary use of personal data. In this sense, it is essential to move from a perspective closely related to the data subjects towards a governance model led by the data controllers and at the same time overseen by supervisory authorities and ethics committees.

KEYWORDS: Genetic data; GDPR; scientific research; secondary use; data sharing

SOMMARIO: 1. Le informazioni genetiche nel “prisma” del corpo umano – 2. Le difficoltà della ricerca scientifica dinanzi alla logica individualistica – 3. La gestione dei dati genetici fra autonomia controllata e impiego di nuove tecnologie.

1. Le informazioni genetiche nel “prisma” del corpo umano

Una trattazione esauriente dei profili giuridici relativi all'uso delle informazioni genetiche non sembra oggi facilmente perseguibile: la complessità delle fonti (per lo più internazionali ed europee¹), delle funzioni (non solo per la ricerca scientifica, ma anche per finalità di cura ovvero impiego nei procedimenti civili e penali, nondimeno per l'interesse di assicurazioni e datori di lavoro²) e altre questioni annesse, quali lo statuto giuridico dei campioni biologici e la disciplina delle biobanche, non rendono percorribile la strada di una ricostruzione unitaria dei dati genetici³. Del resto, l'utilizzo delle informazioni non è mai fine a sé stesso, quanto piuttosto è lo scopo, la

* Ricercatore di Diritto privato, Università Ca' Foscari Venezia. Mail: alessandro.bernes@unive.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Per una ricognizione, P. GUARDA, *I dati sanitari*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 622, nota 72.

² Sui possibili rischi discriminatori, già S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 571 ss.

³ Un profilo particolarmente discusso, strettamente interconnesso con lo studio dei dati genetici, attiene alla categorizzazione del materiale biologico (es. tessuti, sangue, etc.), che non possono essere letti unicamente nella loro dimensione materiale di “parti del corpo”, bensì devono essere considerati insieme con le informazioni che da essi si ricavano, quale “sintesi di materia e dati”. Come osserva S. DEPLANO, *Il campione biologico di unidentified person. Profili di sistema*, in questa *Special Issue*, pp. 45 ss., «non appare più corretto ritenere il di-

destinazione, ciò che concorre a determinare un interesse meritevole, alla base della tutela giuridica⁴.

Nella prospettiva sì delineata, è possibile sondare allora soltanto alcune delle “immagini” che il “caleidoscopio” (*recte* la giuridificazione⁵) del corpo umano mostra all’interprete, nelle sue molteplici dimensioni, giusta la pluralità di utilità che l’elemento biologico umano, prescindendo dalla propria materialità, è in grado di offrire, a fronte delle manipolazioni derivanti soprattutto dall’innovazione tecnico-scientifica⁶. Tra i diversi profili d’interesse, si segnala subito quello relativo alla protezione dei dati personali e alla libera circolazione degli stessi⁷.

Nonostante siano molteplici i riferimenti normativi che richiamano quella particolare categoria di dati personali che sono i dati genetici, sia il progresso continuo della conoscenza, sia l’evoluzione della metodologia di ricerca (basata sempre più sulle tecnologie dell’informazione⁸) determinano, in particolare, un costante ampliamento del concetto di informazioni relative alla sequenza del DNA e del RNA dell’essere umano, rendendo difficile un loro inquadramento certo all’interno di una tipologia ben definita. Gli ultimi decenni, infatti, hanno visto crescere esponenzialmente, in termini di importanza e di consistenza, soprattutto nella ricerca scientifica, due fenomeni: la digitalizzazione – alle volte forzata, come avvenuto in epoca di pandemia da Covid-19 – e la “datificazione”⁹, espressioni entrambe efficaci per sintetizzare, da un lato, il trattamento automatizzato dei dati personali, che ha reso più semplice ed immediato l’accesso, la conservazione e la diffusione delle informazioni; dall’altro, l’impiego della tecnica e dell’intelligenza artificiale, le quali rafforzano la possibilità di rac-

stacco del tessuto del corpo ne sancisca la totale autonomia del soggetto-fonte: il profilo dell’appartenenza insiste sul bene ma è indissolubilmente legato a quello informazionale, ovvero attinente ai dati personali che dal materiale biologico si ricavano». Sulla intima connessione fra il duplice aspetto, materiale e informazionale, dei campioni biologici, nonché sul ruolo delle biobanche, in generale, R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in *Jus civile*, 2014, 3, 65 ss. e M. MACIOTTI, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla “zona grigia” tra privacy e proprietà*, Trento, 2013. Afferma invece che tra le informazioni e i supporti materiali si riscontra un legame analogo al rapporto che sussiste tra la carta fotografica e l’immagine impressa sulla stessa, J. MONDUCCI, *Il dato genetico tra autodeterminazione individuale e discriminazione genotipica*, Bologna, 2013, 91.

⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *L’informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 332; anche P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell’appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 1 ss.

⁵ Per tutti, S. RODOTÀ, *Il corpo “giuridificato”*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, I, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, 54 ss.; G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 367 ss.

⁶ E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona. Implicazioni giuridiche delle analisi genetiche*, Pisa, 2004.

⁷ Nell’impossibilità di fornire anche solo una bibliografia minima in tema, si rinvia al testo del Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati, noto anche con l’acronimo GDPR).

⁸ Parla di ricerca *data-intensive*, in seguito all’irrompere dei *Big Data*, la quale può entrare in forte tensione con la disciplina a tutela dei dati personali, G. COMANDÉ, *Ricerca in sanità e data protection. Un puzzle...risolvibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 188 ss.

⁹ Cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID19 outbreak*, 21 aprile 2020, reperibili online all’indirizzo: <https://bit.ly/3t0GwjD>.

colta di dati e il loro successivo (ri-)utilizzo, specie nell'era della ricerca "genomica", successiva cioè al sequenziamento integrale del genoma umano¹⁰.

Innovando rispetto alla disciplina contenuta nella previgente Direttiva n. 95/46/CE, dove i dati genetici non erano espressamente considerati, il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (di seguito, GDPR) fornisce comunque il più recente tentativo di definizione di tale (discussa) categoria. All'art. 4, n. 13, si stabilisce che «i dati genetici sono i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione»¹¹. Ancora, il *considerando* n. 34 precisa che «per dati genetici si intendano i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche, ereditarie o acquisite, di una persona fisica, che risultino dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione, in particolare dall'analisi dei cromosomi, dell'acido desossiribonucleico (DNA) o dell'acido ribonucleico (RNA), ovvero dall'analisi di un altro elemento che consenta di ottenere informazioni equivalenti»¹².

Dalla analisi dei dati genetici, dunque, è possibile desumere, in maniera proporzionale al numero di sequenze genetiche studiate, per le peculiari caratteristiche in essi ricavabili, una notevole quantità di informazioni attinenti alla sfera personale dei singoli individui. Per di più, il dato genetico è potenzialmente in grado di rivelare legami familiari, parentali e di discendenza, come anche il gruppo etnico cui la persona appartiene, in relazione alle caratteristiche di un individuo, dal momento che parte di esse possono essere associate ad altri consanguinei¹³. Inoltre, è certa l'attitudine predittiva dei dati genetici, le cui analisi recano sempre il rischio di *incidental finding*, vale a dire la presenza di una predisposizione genetica ad una certa patologia cui l'interessato o i suoi congiunti potrebbero andare incontro: di qui, la necessità di operare un delicato temperamento tra il diritto ad essere informati e il diritto a non sapere, specie in assenza di efficaci trattamenti terapeutici o preventivi¹⁴. È facilmente intuibile allora come il dato genetico rappresenti una componente fondamentale dell'identità del-

¹⁰ Il mutamento del paradigma della ricerca da teoria-centrico, incentrato sulla prova della plausibilità del risultato finale, e la tras migrazione verso quello dato-centrico, dove viene incoraggiata la circolazione dei dati, è sottolineato da S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, Milano, 2018, 28 ss.

¹¹ In precedenza, l'autorizzazione al trattamento dei dati genetici del 22 febbraio 2007, adottata dal Garante per la protezione dei dati personali, definiva il dato genetico come «il dato che, indipendentemente dalla tipologia, riguarda la costituzione genotipica di un individuo, ovvero i caratteri genetici trasmissibili nell'ambito di un gruppo di individui legati da vincoli di parentela». Pare opportuno comunque osservare come nella Direttiva n. 1995/46/CE, se non trovava riconoscimento la specificità dei dati genetici, venivano in ogni caso ricompresi nella più ampia definizione di dati personali.

¹² Ancorché non si esauriscono nei dati sanitari, come affermato già da Cass., 13 settembre 2013, n. 21014, in *Danno e resp.*, 2004, 47 ss., con nota di F. AGNINO, *Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento*; ma cfr. ora il *considerando* n. 34, GDPR, che sembra ricomprenderli nei dati personali relativi alla salute.

¹³ Sul punto, E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, Padova, 2008; ma cfr. anche V. ZENO-ZENCOVICH, *La "comunione" di dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2009, 7 ss.

¹⁴ S. STEFANELLI, *Trattamento dei dati personali per scopi di ricerca scientifica*, in G. CASSANO, V. COLAROCCHIO, G. B. GALLUS, F.P. MICOZZI (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018, 322

la persona, come tale fulcro di molteplici diritti della personalità dell'individuo, garantiti dall'art. 2 Cost., nonché espressione del valore, fondamentale e onnicomprensivo, della dignità umana¹⁵.

Ora, le presenti riflessioni si prefiggono l'obiettivo di analizzare soltanto alcuni aspetti della complessa tematica delle informazioni genetiche, in virtù delle peculiarità derivanti dal loro impiego nell'ambito della ricerca scientifica¹⁶. In particolare, alla luce della normativa, oggi multilivello e di impronta spiccatamente europea, è necessario rinvenire una serie di meccanismi di tutela della persona con riferimento ai rischi derivanti per la riservatezza, l'identità personale e la protezione dei dati personali nell'attività quotidiana posta in essere dagli scienziati¹⁷. Specie nell'attuale congiuntura dettata dalla crisi pandemica e le opportunità di ripartenza – anche grazie ad ingenti piani di investimento (come il PNRR) – la ricerca scientifica su dati genetici, supportata dall'utilizzo di nuove tecnologie che ne permettono un migliore sfruttamento, rappresenta un enorme incentivo per la valorizzazione degli studi, dal momento che le relative scoperte offrono utilità potenziali in molteplici campi, in special misura quello medico-sanitario. Eppure, le scelte di progettazione, conservazione e condivisione delle informazioni richiedono una particolare attenzione alle modalità e alle procedure in cui si sostanzia l'attività di indagine scientifica, laddove il dato genetico, riferibile ad una persona (o anche più persone), presenta una importanza cruciale.

La potenziale tensione tra dati genetici e ricerca scientifica costituisce allora un ambito piuttosto scivoloso per il giurista, dai confini incerti, posto che la difficoltà di costruire un regime giuridico preciso è altresì il derivato sostanziale del richiamo ad altri saperi rispetto al diritto, come la stessa biologia, la medicina e le altre scienze della vita, ma anche l'etica (e l'uso) delle nuove tecnologie dell'informazione. In questo senso, ben si capiscono il ruolo e l'attualità delle discussioni sul bio-diritto, quale disciplina di raccordo e sintesi fra la tutela della persona e gli interessi della ricerca, incluse le implicazioni economiche che, di solito, si rinvengono in tale settore, stante l'accresciuto valore patrimoniale ormai assunto dall'essere umano, dalle sue cellule e, naturalmente, delle informazio-

¹⁵ Cfr. M. T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, I, *Il governo del corpo*, cit., 391 ss.

¹⁶ La disciplina protezionistica dell'individuo dinanzi alla ricerca scientifica comprendente anche informazioni genetiche nasce per far fronte a sperimentazioni che possano compromettere la dignità umana, sia pur in riferimento ad una ricerca di tipo non interventistico, come ricordato da C. CASONATO, M. TOMASI, *Diritti e ricerca biomedica: una proposta verso nuove consonanze*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 344 ss.

¹⁷ Sul punto, *ex multis*, R. LATTANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, I, *Il governo del corpo*, cit., 322 ss; G. RESTA, *Biobanche, ricerca scientifica e tutela della persona*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO, *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia. Atti del 14° Convegno Nazionale SISDiC*, Napoli, 2020, 42 ss.

ni da esse ricavabili¹⁸. Sebbene da tempo il corpo non è considerato “in vendita”¹⁹, le sue parti sono sempre più spesso oggetto (attivo e passivo) di circolazione nel panorama giuridico²⁰.

2. Le difficoltà della ricerca scientifica dinanzi alla logica individualistica

Il dato genetico rappresenta senz'altro uno strumento mediante il quale il ricercatore opera: vi sono, infatti, molteplici possibilità di combinazione e di riuso delle informazioni da esso ricavabili, di incrocio e correlazione con altri elementi. Ricostruire però un regime giuridico unitario per i dati genetici nella ricerca non è affatto semplice per la molteplicità di utilizzazioni degli stessi, fondate sul perseguimento di diverse istanze, talora anche commerciali, le quali dovrebbero comunque trovare fondamento costituzionale nella libertà della scienza (art. 33 Cost.) e nella promozione della ricerca (art. 9 Cost.)²¹. Del resto, un profilo collegato allo studio delle informazioni genetiche è quello relativo agli eventuali risvolti economici dell'attività di ricerca, dal momento che molti degli investimenti finanziari sono frutto anche di imprese multinazionali; dopotutto, le modalità di analisi dei dati genetici richiedono l'impiego di strumenti tecnologici all'avanguardia, i cui costi sono proibitivi per molte università e/o centri di ricerca pubblici²². Inoltre, campioni biologici e i dati genetici possono assumere un certo significato per l'industria considerato l'impegno potenziale nel mercato soprattutto delle brevettazioni bio-tecnologiche²³. Vi è però da sottolineare come la libertà di iniziativa economica, già come affermata nel testo costituzionale, non può svolgersi in contrasto con il fine dell'utilità sociale (art. 41 Cost.); sicché il miglioramento della qualità della vita, come anche il progresso scientifico devono pur sempre scaturire dallo scopo dei progetti di ricerca sulle sequenze genetiche della persona umana, ancorché effettuati da enti privati *for profit*. Non a caso le scoperte successive al Progetto

¹⁸ Si pensi al celebre caso *Moore v. Regents of the University of California*, dove ci si è interrogati, tra l'altro, sul diritto partecipazione agli utili illecitamente lucrati in seguito all'impiego della brevettazione biotecnologica derivante da cellule presenti nella milza di un paziente affetto da leucemia, dove il consenso informato del paziente fosse mancante. Sul punto, A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo. La tutela della salute nelle nuove scienze*, Roma, 2011, 283 ss.

¹⁹ Cfr. Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina approvata dal Consiglio d'Europa il 4 aprile 1997 a Oviedo. Art. 21 (Divieto di profitto): «Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto».

²⁰ L. D'AVACK, *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici*, Torino, 2015, *passim*.

²¹ Sul rapporto di strumentalità esistente tra la ricerca scientifica e l'affermazione degli altri valori consacrati nella Carta costituzionale, per tutti, L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, 90 ss. Basti pensare che nell'ordinamento italiano l'art. 9 Cost. evidenzia il ruolo dello Stato nella promozione della cultura, nonché della ricerca scientifica e della tecnica, mentre l'art. 33 Cost. afferma che la scienza e il suo insegnamento sono liberi. La ricerca medica poi trova spazio, implicitamente, nell'art. 32 Cost., nell'interesse della collettività.

²² Di recente, ha sottolineato il rischio che una grossa mole di informazioni, utili per le ricerche scientifiche, rimangano in esclusiva delle grandi compagnie private, l'EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, 2020, 9, reperibile online all'indirizzo https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-01-06_opinion_research_en.pdf.

²³ V. G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso «Myriad Genetics»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 281 ss., il quale segnala la tendenza di equiparare la conoscenza alla merce. Il *considerando* n. 159, GDPR, delimitando il campo di applicazione della “ricerca scientifica”, include gli studi svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, implicitamente riconoscendo l'esistenza di ulteriori finalità.

Genoma Umano sono state inquadrare alla stregua di «patrimonio dell'umanità»²⁴: le informazioni sul profilo genetico delle persone favoriscono nuovi scenari di ricerca, soprattutto nel campo delle scienze bio-mediche e nel settore dell'industria bio-tecnologica e del farmaco²⁵.

Allo stesso tempo, il mercato incontra comunque il limite della dignità umana, come valore ultimo nella scala assiologica degli interessi che nessun utilizzo può permettersi di superare, ancorché le informazioni che dagli individui si ricavano sembrano assumere, alle volte, il significato di vera e propria "merce"²⁶. Così, pare necessario muovere piuttosto da un temperamento tra la protezione dei dati personali, da un lato, espressione pur sempre di un diritto fondamentale del singolo, e, dall'altro lato, le istanze degli studiosi all'aver accesso alle informazioni, in un sistema dove la ricerca si mostra come un processo inevitabilmente dinamico e variegato²⁷. Più precisamente, i dati genetici si pongono in una posizione tra "categoria particolare" di dato personale – come a breve si dirà – ed elemento fondamentale per la ricerca scientifica, al fine di pervenire, appunto, a certe scoperte o a realizzare delle invenzioni sulla base dei predetti studi. Il problema riguarda proprio il bilanciamento non in astratto, bensì in concreto, fra le finalità (per lo più pubblicistiche o comunque con risvolti sociali rilevanti) della ricerca genetica e il profilo attinente alla tutela della persona cui le informazioni sono riconducibili.

Ora, i dati genetici sono fatti rientrare nel più ampio insieme di categorie particolari di dati personali (art. 9 GDPR), ove è previsto, in generale, un divieto del loro trattamento, a meno che non vengano rispettate talune precise condizioni di legittimità per il loro utilizzo. Per quanto concerne, specificamente, l'attività di ricerca, all'art. 9, lett. j, GDPR, si afferma che «il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato»²⁸. Inoltre, resta salva la possibilità che gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese previsioni limitative del trattamento o disposizioni di maggior precisione, proprio con riguardo ai dati genetici (art. 9, par. 4, GDPR).

²⁴ Dichiarazione universale UNESCO sul genoma e i diritti dell'uomo del 11 novembre 1997.

²⁵ V. il provvedimento del Garante del 5 giugno 2019, n. 146, recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, il quale detta disposizioni specifiche relative al trattamento di dati genetici per finalità di ricerca scientifica «finalizzata alla tutela della salute dell'interessato, di terzi o della collettività in campo medico, biomedico ed epidemiologico».

²⁶ Sulla "mercificazione" dei dati personali, per tutti, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 23 ss.; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2020, 772 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, p. 42 ss.

²⁷ Per il rapporto fra diritto alla protezione dei dati personali e libertà di circolazione degli stessi si veda, in generale, il contributo, già dal titolo evocativo, di N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in Id. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano-Padova, 2019, 35 ss.

²⁸ Vedi ad es. l'art. 1, d.l. n. 30/2020, conv. in l. n. 72/2020, circa il trattamento di dati personali in considerazione della necessità di disporre con urgenza studi epidemiologici e statistiche affidabili e complete sullo stato immunitario della popolazione, indispensabili per garantire la protezione dall'emergenza sanitaria in atto, da parte del Ministero della Salute e dell'ISTAT.

D'altro canto, il problema della regolamentazione della ricerca genetica, fra la dimensione personale del singolo e l'interesse generale della collettività, era già in precedenza noto alla stessa Unione Europea, laddove, nei Trattati, si è previsto di promuovere la circolazione dei dati della ricerca nel territorio europeo (art. 179 TFUE²⁹), dal momento che rivestono una importanza cruciale per il progresso della comunità scientifica³⁰. Al di là dei rischi di potenziali derive mercantilistiche, è evidente come lo stesso GDPR ha avuto modo di ricordare che le logiche di scambio sono tenute in considerazione ai fini del perseguimento di una utilità sociale (*considerando* n. 157): la soluzione è piuttosto quella di realizzare un opportuno temperamento fra la dimensione collettiva della ricerca scientifica (e dei suoi frutti, quand'anche soggetti a sfruttamento commerciale) e la sfera individuale della persona, definendo un nucleo di garanzie necessarie, in concreto, per tutela del patrimonio genetico dell'uomo.

Così, il consenso dell'interessato, inteso quale base giuridica del trattamento – ancorché generalmente previsto come baluardo della persona per salvaguardare al meglio la propria autodeterminazione nel biodiritto (es. sperimentazione clinica dei medicinali)³¹ – potrebbe provocare, nell'ambito del trattamento dei dati genetici, delle distorsioni evidenti o comunque un ostacolo rispetto agli scopi di ricerca³². In questo senso, lo stesso GDPR – non avendo previsto una condizione di liceità specificamente dedicata alle finalità di ricerca – parla finanche di *broad consent*, nel senso che «dovrebbe essere consentito agli interessati di prestare il proprio consenso a taluni settori della ricerca scientifica laddove vi sia rispetto delle norme deontologiche riconosciute per la ricerca scientifica. Gli interessati dovrebbero avere la possibilità di prestare il proprio consenso soltanto a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca nella misura consentita dalla finalità prevista» (*considerando* n. 50). Il problema non è di poco conto. Gli scopi ulteriori di utilizzo dei dati genetici, infatti, sono legati a futuri sviluppi della tecnologia, ancora sconosciuti al momento della raccolta del campione biologi-

²⁹ «L'Unione si propone l'obiettivo di rafforzare le sue basi scientifiche e tecnologiche con la realizzazione di uno spazio europeo della ricerca nel quale i ricercatori, le conoscenze scientifiche e le tecnologie circolino liberamente, di favorire lo sviluppo della sua competitività, inclusa quella della sua industria, e di promuovere le azioni di ricerca ritenute necessarie ai sensi di altri capi dei trattati».

³⁰ Si veda la Direttiva 2019/1024/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, dove all'art. 10 (Dati della ricerca) si prevede che «[g]li Stati membri promuovono la disponibilità dei dati della ricerca adottando politiche nazionali e azioni pertinenti per rendere i dati della ricerca finanziata con fondi pubblici apertamente disponibili («politiche di accesso aperto») secondo il principio dell'apertura per impostazione predefinita e compatibili con i principi FAIR. In tale contesto, occorre prendere in considerazione le preoccupazioni in materia di diritti di proprietà intellettuale, protezione dei dati personali e riservatezza, sicurezza e legittimi interessi commerciali, in conformità del principio «il più aperto possibile, chiuso il tanto necessario». Cfr. anche il *considerando* n. 113, GDPR, ove si sottolinea che «per finalità di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, è opportuno tener conto della legittime aspettative della società nei confronti di un miglioramento della conoscenze».

³¹ In generale, G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Milano, 2019, 361 ss.

³² R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici ai fini di ricerca scientifica*, in *Rivista Diritto & Processo*, 2018, 107. Più in generale, sul ripensamento del consenso nel trattamento dei dati personali, D. J. SOLOVE, *Introduction: Privacy Self-management and the Consent Dilemma*, in *Harvard Law Rev.*, 2013, 126 ss.; A. MANTELERO, *The future of consumer data protection in the EU. Rethinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytics*, in *Comp. Law & Sec. Rev.*, 2014, 643 ss.

co; cosicché l'espressione del consenso rende di per sé inattuale o anacronistico il consenso inizialmente concesso, se specifico, in quanto inidoneo a coprire futuri utilizzi³³.

Nondimeno interessante si è presentata la nota vicenda – non ancora del tutto conclusa, in seguito al rinvio da parte della Corte di Cassazione nuovamente al giudice di merito³⁴ – della biobanca sarda contenente materiale genetico (circa 230.000 campioni biologici) di circa 11.700 cittadini abitanti nella zona dell'Ogliastra. La biobanca era stata acquistata dalla società inglese Tiziana Life Sciences a seguito del fallimento della società SharDNA s.r.l. Qui, sia pur in presenza di una omogeneità di trattamento per finalità di ricerca scientifica, si fronteggiavano due interpretazioni: secondo il Garante sarebbe stato necessario prestare un nuovo consenso, mentre il Tribunale di Cagliari – decidendo in sede di impugnazione del provvedimento di blocco del trattamento pronunciato dell'autorità di controllo – valuta gli scopi perseguiti dalla società, subentrante nella titolarità, compatibili con i propositi iniziali³⁵. Diversamente, l'attenzione dei giudici di legittimità è stata riposta sul fatto che se muta il titolare del trattamento non si verifica una successione nello stesso, bensì una cessazione dell'originario trattamento, comportando quindi l'inizio di un distinto trattamento ad opera del nuovo titolare; con conseguente onere del nuovo soggetto che effettua operazioni con i dati personali di informare gli interessati e di acquisire nuovamente il loro consenso, almeno sulla base dell'art. 16, Codice privacy (oggi invero abrogato)³⁶. Ciò vale anche a dire che il consenso non è dato una volta per sempre e non è indipendente da chi sia il titolare del trattamento³⁷.

È evidente come considerare il consenso quale presupposto fondamentale per il trattamento per scopi di ricerca scientifica mostra qui tutta la sua debolezza, a fronte dell'eventuale circolazione successiva (*secondary use*) dei dati personali che gli studi scientifici potrebbero facilmente suscitare³⁸: la

³³ A. IANNUZZI, F. FILOSA, *Il trattamento dei dati genetici e biometrici*, in *Diritti fondamentali*, 2019, 2, 14 ss., secondo i quali una soluzione potrebbe essere «quella di chiedere previamente al titolare dei dati se, in caso di sviluppi futuri frutto di analisi nuove effettuate sui suoi dati genetici, preferisce essere contatto o, in alternativa, vuole essere lasciato in pace». Ancora, è diffusa l'idea di far discendere un obbligo, in capo al titolare del trattamento, di comunicare all'interessato il trasferimento dei dati personali a destinatari-terzi, in modo tale che egli possa attivarsi, esercitando i diritti a lui attribuiti dalla normativa sulla protezione dei dati personali. In questa prospettiva, anche la tesi del c.d. "consenso dinamico", sulla base del quale coloro che hanno contribuito a fornire materiale alla biobanca possono essere resi edotti sulle future, possibili ricerche aventi ad oggetto i dati genetici e i materiali biologici precedentemente raccolti. Sul punto, H. J. A. TEARE, M. PRICTOR, J. KAYE, *Reflections on dynamic consent in biomedical research: the story so far*, in *European Journal of Human Genetics*, 2021, 29, 649 ss.

³⁴ Cass., 7 ottobre 2021, n. 27325, con nota di M. CIANCIMINO, *Circolazione "secondaria" di dati sanitari e biobanche. Nuovi paradigmi contrattuali e istanze personalistiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 26 ss.

³⁵ Per una sintesi della questione, v. L. MARELLI, G. TESTA, *Scrutinizing the EU General Data Protection Regulation. How will new decentralized governance impact research?*, in *Nature*, 4 maggio 2018, 498.

³⁶ Vicenda speculare invece quella della celebre controversia *Washington University v. Catalona*, nella quale ci si è domandati – concludendo in senso negativo – se un professore universitario potesse portare con sé una vasta collezione di campioni biologici, al momento del suo trasferimento in un altro luogo di lavoro.

³⁷ Così A. SORO, *Ricerca e protezione dei dati: cosa ci insegna la vicenda della biobanca genetica dell'Ogliastra*, in www.agendadigitale.eu, 8 febbraio 2022, reperibile online all'indirizzo <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/ricerca-e-protezione-dei-dati-cosa-ci-insegna-la-vicenda-della-biobanca-genetica-dellogliastra/>.

³⁸ M. MOSTERT, A. BREDENOORD, B. VAN DER SLOOT, J. VAN DELDEN, *From Privacy to Data Protection in the EU: Implications for Big Data Health Research*, in *European Journal of Health Law*, 2018, 25, 52.

(nuova) raccolta granulare delle singole manifestazioni di volontà, da parte dei ricercatori, comporterebbe uno sforzo irragionevole e oltremodo sproporzionato ovvero un grave pregiudizio al conseguimento degli obiettivi della ricerca³⁹. Così, al fine di considerare i differenti bisogni che il trattamento effettuato a fini di ricerca produce, andrebbero considerati ulteriori fondamenti, quali l'interesse pubblico e il legittimo interesse. Specie in quest'ultimo caso, il dato normativo fa qui emergere proprio la necessità di effettuare un opportuno contemperamento tra gli interessi sottesi allo studio condotto e le esigenze di protezione dell'interessato⁴⁰.

Anche per queste ragioni, la soluzione del caso sardo dovrebbe essere rivalutata alla luce della possibilità di trattamento ulteriore dei dati personali, laddove il GDPR ha riconosciuto l'importanza degli studi scientifici, fissando una vera e propria presunzione di compatibilità degli scopi di ricerca con le finalità iniziali per il c.d. *secondary use* (art. 5, par. 1, lett. b), a prescindere da una modificazione soggettiva del trattamento dal lato attivo; sempreché vengano rispettate, anche da un "terzo"⁴¹, le condizioni per avere un trattamento legittimo – come, appunto, l'interesse pubblico rilevante – e siano adottate, in modo particolare, le opportune misure tecniche ed organizzative, ricordate anche dall'art. 89, par. 1, GDPR⁴². Ciò pare essere oltremodo confermato dall'art. 110-*bis*, Codice privacy, ove si prevede che il Garante possa autorizzare il trattamento ulteriore di dati personali, ivi compresi i dati genetici, da parte di terzi che svolgono principalmente attività di ricerca scientifica, quando a causa di particolari ragioni informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità di ricerca, a condizione che siano adottate misure appropriate, in conformità all'art. 89 GDPR⁴³.

Un problema analogo a quello appena ricordato è relativo alla revoca del consenso circa l'utilizzo dei dati genetici, qualora il trattamento sia fondato proprio sul consenso (art. 7, par. 3, GDPR). Se da un lato, comunque, non fa venire meno il fatto che per un certo lasso temporale i dati genetici sono stati legittimamente trattati, la revoca del consenso pare sottrarsi da qualsivoglia bilanciamento delle esigenze opposte, coinvolte nel caso specifico⁴⁴. Così, come la dimensione proprietaria non è in grado,

³⁹ Come confermato altresì dall'art. 14, par. 5, GDPR, in merito all'esenzione dal rendere le informazioni obbligatorie agli interessati.

⁴⁰ In argomento, G. M. UDA, *Il trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici*, in V. CUFFARO, G. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 557 ss. Sia concesso il rimando al nostro *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 175 ss., spec. 187 ss.

⁴¹ Art. 4, n. 10, GDPR: «"terzo": la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che non sia l'interessato, il titolare del trattamento, il responsabile del trattamento e le persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile».

⁴² Si veda, ad esempio, l'art. 2-*sexies*, rubricato "Trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi di interesse pubblico rilevante", dove il d.l. 8 ottobre 2021, conv. in l. 3 dicembre 2021, n. 205, ha introdotto un nuovo comma (1-*bis*) dedicato (anche) al riutilizzo di dati sanitari.

⁴³ Sulla portata applicativa dell'articolo riportato nel testo ai dati genetici sia consentito nuovamente il rimando al nostro *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, cit., 193 ss.

⁴⁴ B. SIRGIOVANNI, *Dal consenso dell'interessato alla "responsabilizzazione" del titolare del trattamento dei dati genetici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 1023. A ciò si aggiunga, come correttamente rilevato da R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici ai fini di ricerca scientifica*, cit., 113, che la garanzia di revoca del consenso, a cau-

per le peculiari caratteristiche rivestite dalle informazioni genetiche ricavabili dai tessuti umani, di determinare un efficace contemperamento dei plurimi interessi in gioco, non si può non rilevare come la revoca del consenso al trattamento, se esercitata *ad nutum*, può cagionare dei gravi pregiudizi alle finalità per le quali i dati genetici vengono utilizzati dai ricercatori⁴⁵. Deve essere perciò affermato, ancora una volta, l'allontanamento da una visione prettamente individualistica, muovendo verso una lettura che consenta di unire meglio i due distinti piani: per un verso, la tutela dei dati, la quale è riconosciuta in funzione della (dignità della) persona; sull'altro versante, l'impiego degli stessi, che rappresentano altrettanto "valore" per diversi soggetti, assunta la dimensione propriamente relazionale dell'elemento informazionale, specie quando gli scopi che si intendono perseguire, attraverso il relativo utilizzo, risultino meritevoli di protezione alla stregua dell'ordinamento giuridico, com'è, appunto, la ricerca genetica.

In questa prospettiva, si comprende perché, quando il trattamento prescinde dal consenso, il diritto di opposizione, riconosciuto all'interessato, trovi nella ricerca scientifica in esecuzione di un compito di interesse pubblico un limite al suo concreto esercizio (art. 21, par. 6, GDPR); così anche il diritto alla cancellazione può essere paralizzato, qualora l'eliminazione dei dati personali rischi di rendere impossibile o pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di ricerca (art. 17, par. 3, lett. d, GDPR). In sostanza, il trattamento dei dati personali per scopi di ricerca, come ricostruito dalle disposizioni (sparse) nel GDPR sopra richiamate, ammette delle eccezioni ai diritti dell'interessato – sulla scorta di un modello di *opt-out* piuttosto che di *opt-in* – ancorché sul presupposto, che ora è necessario indagare, che il titolare del trattamento sia dotato di misure tecniche ed organizzative adeguate, in conformità ai principi di necessità e di proporzionalità⁴⁶. Ciò che determina sicuramente un ripensamento dei meccanismi di tutela per le persone, trascorrendo dalla dimensione individuale a quella più propriamente procedurale.

3. La gestione dei dati genetici fra autonomia controllata e impiego di nuove tecnologie

Le potenzialità insite nei dati genetici fanno sì che la questione non può essere ridotta alla sola prospettiva individuale, stanti le contraddizioni esistenti con gli scopi (legittimi) di ricerca scientifica, comunque da promuovere e valorizzare. Il rischio paventato, infatti, è che l'estremizzazione del diritto alla protezione dei dati personali porti significative restrizioni all'utilizzo e soprattutto al riuso dei dati personali, cioè le analisi successive che si avvalgono di campioni biologici o dati genetici già raccolti e studiati, anche per impieghi non del tutto prevedibili al momento della loro raccolta; il tutto in danno

sa delle notevoli dimensioni delle biobanche e dello scambio di materiali e dati tra ricercatori, è difficile da realizzare, almeno per l'elemento informazionale.

⁴⁵ Soprattutto vista l'assenza di rischi aggiuntivi per la salute del paziente e considerato il valore sociale dell'attività di ricerca, così G. RESTA, *Biobanche, ricerca scientifica e tutela della persona*, cit., 51. Sul problema della prospettiva proprietaria, ma più in generale della appartenenza, privata o pubblica, da ultimo, L. MARILOTTI, *I dati genetici tra dimensione individuale e collettiva*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 1, 174 ss., ove si propone (184 ss.) un punto di osservazione dei beni funzionale al soddisfacimento di interessi individuali e collettivi, richiamando il paradigma dei "beni comuni".

⁴⁶ Il rimando, naturalmente, non può che essere all'art. 52 della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE.

alla libertà di (ricercare) informazione – tra cui sicuramente rientra lo studio scientifico⁴⁷ – e alla innovazione. Del pari, va criticato altresì quanto oggi fanno alcune *Big Tech* dell’ambiente digitale, le quali, sulla scorta del paradigma capitalistico, al fine di esercitare una sorta di “esclusiva” sui dati raccolti, restringono l’accesso e la condivisione dei dati, mentre il progresso scientifico esige, al contrario, l’apertura e il riutilizzo delle informazioni, in modo tale da favorire lo sviluppo e la disseminazione della conoscenza⁴⁸.

Qui l’attenzione si sposta sulla necessità che la condivisione delle risorse, per le intrinseche potenzialità delle informazioni genetiche, sia supportata da modalità di gestione che garantiscano il perseguimento dei fini scientifici che la particolare categoria di dato personale di natura genetica è in grado di produrre. In questa prospettiva, ben si capisce il perché del fenomeno, in primo luogo organizzativo, riconducibile alla *governance* delle biobanche di ricerca, che al loro interno custodiscono un’ampia raccolta di materiale genetico e dati, il cui accesso e la condivisione sono resi possibili a livello potenzialmente globale⁴⁹.

La disciplina relativa al trattamento dei dati personali nell’attività di ricerca genetica richiede allora definitivamente il superamento del paradigma meramente individualistico, incentrato in via esclusiva sui rimedi accordati al singolo, mediante l’affiancamento di garanzie aventi carattere procedurale, anche mediante l’ibridazione dei modelli di *governance* pubblica-privata⁵⁰. Secondo un’idea (ancora) propria dello Stato regolatore, all’imposizione eteronoma si aggiunge, quindi, una autonomia controllata⁵¹ e una attività regolamentata per il soggetto che compie operazioni con i dati personali⁵².

Nondimeno risulta centrale l’importanza dell’elemento procedurale. La protezione dei dati personali deve essere garantita, infatti, da particolari misure tecniche ed organizzative, adeguate e unilateralmente adottate, in via preventiva – ma anche continuativa – dai titolari del trattamento, specifica-

⁴⁷ Afferma il Garante, nell’autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 15 dicembre 2016, n. 8, che il trattamento deve essere svolto sulla base di un progetto redatto conformemente agli *standard* del pertinente settore disciplinare, anche al fine di documentare che il trattamento dei dati e l’utilizzo dei campioni biologici sia effettuato per idonei ed effettivi scopi scientifici.

⁴⁸ M. SHABANI, P. BORRY, *Rules for processing genetic data for research purposes in view of the new EU General Data Protection Regulation*, in *European Journal of Human Genetics*, 2018, 26, 154, ove si sottolinea come la ricerca biomedica richieda grandi volumi di dati, facilmente e accessibili in maniera veloce.

⁴⁹ Cfr. M. TALLACCHINI, *Dalle biobanche ai Genetic Social Networks. Immaginari giuridici e regolazione di materiali biologici e informazioni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, 157 ss.

⁵⁰ G. RESTA, *Le nuove frontiere dei diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, a cura di G. Alpa e G. Resta, 2^a ed., Torino, 2020, 366 ss. In sostanza, non è possibile lasciare al solo apparato pubblico il compito di operare un bilanciamento fra diritto della persona e interesse alla ricerca genetica, diversamente da quanto avviene per l’utilizzo delle banche dati DNA in ambito penalistico. In questa prospettiva, il D.P.R. 7 aprile 2016, n. 87, recante disposizioni di attuazione della l. 30 giugno 2009, n. 85, concernente l’adesione dell’Italia al Trattato di Prum, il quale prevede, tra le altre cose, l’istituzione di una banca nazionale del DNA e un laboratorio centrale, introduce altresì regole molto rigide per disciplinare gli accessi alle informazioni e i loro successivo trattamento. In argomento, L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2018, 226.

⁵¹ P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, 482.

⁵² F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell’interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 387.

mente approntate per il trattamento dei dati genetici (e dei relativi materiali biologici). Non a caso una delle innovazioni più profonde quanto alle regole applicabili al trattamento dei dati personali è rinvenibile nel principio di *accountability*, attraverso un approccio valutativo *ex ante* e basato sul rischio del pregiudizio concreto che l'uso dei dati personali può determinare in capo alla persona le cui informazioni si riferiscono⁵³. Appare quindi necessario l'accostamento alla fonte di diritto eteronoma della partecipazione di vari soggetti, anche privati⁵⁴, nell'attività regolativa del trattamento, nonché la previsione di modalità alternative di normazione, attraverso l'uso della regola tecnica (*rectius* tecnico-informatica).

Prima di analizzare le fonti del (nuovo) modello regolativo dell'uso (e riuso) di dati genetici, va ricordato come il GDPR abbia lasciato un certo margine di manovra agli Stati membri per la disciplina del trattamento dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica, aprendo alla possibilità, in particolare, di operare delle deroghe alle regole ordinariamente applicabili; ciò non solo con riguardo alle eventuali limitazioni circa l'esercizio dei diritti di accesso, cancellazione, opposizione dei dati personali, azionabili da parte del singolo interessato (art. 89, par. 2, GDPR), ma anche e soprattutto mediante una disciplina particolare dettata per l'eventualità stessa del trattamento di dati genetici, giustificata in virtù di una disposizione legislativa *ad hoc* (art. 9, par. 2, lett. j; par. 4, GDPR)⁵⁵. A differenza però di quanto avviene in altri Paesi europei, in Italia manca tuttora una legge che regoli, in generale, la ricerca sui dati genetici, cosicché la normativa applicabile agli studi che coinvolgano il corpo umano deve essere ricostruita «ricomponendo in un quadro unitario segmenti normativi frammentari ed eterogenei»⁵⁶.

Oggi alcune indicazioni al riguardo, in termini di protezione dei soggetti interessati, sono contenute comunque nell'art. 2-*septies*, Codice privacy, come modificato dal d.lgs. n. 101/2018. Al di là del profilo attinente al (discusso) potere normativo regolamentare, affidato al Garante, circa la previsione di specifiche misure di garanzia per il trattamento di dati genetici, qui pare opportuno sottolineare come detti provvedimenti (a cadenza biennale) devono tener conto di una molteplicità di elementi, tra cui le indicazioni contenute nelle linee guide, nelle migliori prassi e nelle raccomandazioni del Comitato europeo per la protezione dei dati, nonché dell'evoluzione scientifica e tecnologica e dell'interesse alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell'Unione europea⁵⁷. Inoltre, è previsto che detti provvedimenti individuino le misure di sicurezza, ivi comprese le tecniche di cifratura e di pseudonimizzazione (e non anche l'anonimizzazione⁵⁸), le misure di minimizzazione, le spe-

⁵³ Per tutti, A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 146 ss.

⁵⁴ Di recente, A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 201 ss.

⁵⁵ Va detto comunque che i diritti summenzionati godono comunque, già nell'impianto normativo del GDPR, di rilevanti eccezioni, qualora il mancato trattamento porti con sé il rischio di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi della ricerca scientifica.

⁵⁶ G. RESTA, *Biobanche, ricerca scientifica e tutela della persona*, cit., 41.

⁵⁷ Ma anche quelle presenti a livello nazionale come le Raccomandazioni per la raccolta, trasporto e conservazione di campioni biologici COVID-19, Rapporto ISS Covid-19, 15 aprile 2020, reperibile *online* all'indirizzo https://www.iss.it/documents/20126/0/Rapporto+ISS+COVID-19+n.+12_2020+telemedicina.pdf/387420ca-0b5d-ab65-b60d-9fa426d2b2c7?t=1587114370414.

⁵⁸ Sicuramente l'anonimizzazione, che l'art. 89, par. 1, GDPR, incoraggia in prima battuta – al di là dei problemi tecnici, di facile reversibilità delle informazioni, soprattutto nel caso in cui sia coinvolto il DNA della persona,

cifiche modalità di accesso ai dati e per rendere le informazioni agli interessati, nonché le altre misure necessarie a garantire i diritti degli interessati. Interessante osservare che, limitatamente ai dati genetici, le misure di garanzia possono individuare, in caso di particolare ed elevato livello di rischio, il consenso come ulteriore misura di protezione dei diritti dell'interessato (art. 2-septies, comma 6); sicché l'impiego della tradizionale tutela individuale è valutata, ancora una volta, alla stregua di un'ipotesi residuale.

Ad ogni modo, già da tempo era prevista la possibilità di attribuire all'autorità amministrativa il ruolo di adottare provvedimenti a carattere generale, cosa che è stata fatta dal Garante in merito al trattamento di dati genetici⁵⁹. Al momento, in forza della disciplina transitoria individuata con il d.lgs. n. 101/2018, l'unico provvedimento ancora in vigore è risalente al 5 giugno 2019, n. 146, nel quale sono state individuate le disposizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati personali contenute dell'autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 15 dicembre 2016, n. 8, compatibili con i principi affermati nel GDPR. Lo scopo, come si evince dal provvedimento del Garante, è quello di limitare l'accesso ai dati genetici ad un determinato numero di persone previamente identificate, mentre dall'altro utilizzare tutti gli strumenti volti ad evitare che i terzi possano acquisire, anche solo fortuitamente, i dati trasmessi⁶⁰. Ad ogni modo, le disposizioni in esso contenute sono frutto di un approccio ancora molto restrittivo sul trattamento dei dati personali, rispetto all'impatto che le disposizioni sopra considerate del GDPR potrebbero avere sulla ricerca genetica⁶¹.

Sempre in riferimento al ruolo assunto dall'autonomia controllata, fondamentale è pure l'istituzione di comitati etici, terzi e indipendenti, cui spetti una valutazione penetrante sulle attività di ricerca. La stretta relazione intercorrente tra gli accorgimenti utilizzabili per limitare il rischio e il ruolo preponderante dei soggetti deputati al controllo, trova riscontro per la ricerca medica, biomedica e epidemiologica, anche nella nuova formulazione dell'art. 110, Codice privacy: nei casi in cui il ricercatore, volendo prescindere dal consenso degli interessati, intenda effettuare il trattamento anche di dati genetici, deve sottoporre il progetto di ricerca, corredato da idonee garanzie quanto alle modalità del trattamento, al motivato parere favorevole del comitato etico competente e richiedere la consultazione preventiva del Garante in relazione alla valutazione d'impatto espletata ex art. 36 GDPR.

Interessante, ancora, il ricorso alla soluzione negoziata, mediante l'uso dello strumento contrattuale, come avviene per il trasferimento dei dati personali *extra* UE (art. 46, GDPR), in base cioè a clausole contrattuali previste *ad hoc* (previa autorizzazione del Garante) ovvero *standard* (adottate direttamente dell'autorità di controllo). In particolare, nel settore della ricerca, si parla in proposito di *data transfer agreements*, come contratti tra titolari del trattamento che mirano a disciplinare le condi-

uno dei più affidabili dati identificativi – non è sempre una strada percorribile, specialmente in una ricerca *open-ended*, nella quale non sono rigidamente predeterminate le finalità per le quali i dati vengono utilizzati. Sul punto, cfr. P. QUINN, *The Anonymisation of Research Data – A Pyrrhic Victory for Privacy that Should Not Be Pushed Too Hard by the EU Data Protection Framework?*, in *European Journal of Health Law*, 2017, 24, 15.

⁵⁹ In particolare, l'art. 90, Codice privacy (oggi abrogato in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 101/2018) prevedeva che il trattamento dei dati genetici potesse realizzarsi solo successivamente al rilascio di una apposita autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali, sentito il Ministero della salute, che acquisiva, a tal fine, il parere del Consiglio superiore di sanità.

⁶⁰ B. SIRGIOVANNI, *Dal consenso dell'interessato alla "responsabilizzazione" del titolare del trattamento dei dati genetici*, cit., 1021.

⁶¹ Vedi in particolare il § 4.11.

zioni di condivisione e la circolazione dei dati della ricerca, ivi compresi dati personali, mediante l'assunzione di precisi obblighi in capo al nuovo utilizzatore. L'adozione di uno schema-tipo di *data transfer agreement* da parte dell'autorità amministrativa indipendente (di concerto al controllo capillare da parte di un *data access committee*, una sub-specie di comitato etico⁶²) sarebbe utile, in modo particolare, rispetto alla destinazione dei dati genetici situata in Paesi terzi⁶³. I controlli e i limiti all'autonomia privata andrebbero a perseguire anche lo scopo di difendere i partecipanti rispetto a possibili usi impropri dei dati genetici e a casi di illegittima appropriazione da parte di soggetti esterni, evitando impieghi abusivi e meramente speculativi di dati e campioni⁶⁴. Inoltre, tali accordi potrebbero prevedere l'obbligo di notifica alle persone coinvolte nella ricerca, che così sarebbero costantemente informate sul *follow-up* delle indagini, in modo da poter partecipare ad altri progetti, eventi ed attività⁶⁵.

Ulteriori fonti di *soft law* potrebbero svolgere un ruolo (con-)primario nella disciplina del bilanciamento, in concreto, tra diritti individuali e interessi collettivi. Così, non può non richiamarsi la più nota delle forme di auto-regolazione privata, quella dei codici di condotta⁶⁶. Tuttavia, sono noti i problemi di effettività di questi strumenti, specie laddove la loro adozione sia lasciata ai soli titolari del trattamento di dati genetici⁶⁷. Pertanto, è auspicabile pure qui un processo di ibridazione del modello pubblico-privato, laddove l'iniziativa dei codici possa provenire dalle autorità di controllo (come oggi testualmente recita l'art. 40, GDPR), mentre viene previsto, ai tavoli delle contrattazioni, un coinvolgimento attivo non solo di coloro che utilizzano i dati, ma anche della cittadinanza. Il ricorso ai codici di condotta potrebbe, peraltro, rappresentare un incentivo alla circolazione dei dati in maniera uniforme nell'ambito dei territori dell'Unione, evitando così il formarsi di un "turismo scientifico", in favore di quegli ordinamenti statali che assicurano una maggiore stabilità allo sviluppo della ricerca⁶⁸.

Quanto alle modalità di normazione, infine, il rapporto tra diritto e tecnica dovrebbe essere oggi rivalutato⁶⁹. Ciò dovrebbe avvenire attraverso la redazione della norma giuridica in funzione della scelta delle tecnologie più idonee a raggiungere lo scopo. Non più, pertanto, una tecnica opposta al diritto, o ancora una (supposta) neutralità tecnologica della legge, bensì una norma giuridica che possa incentivare l'individuazione delle tecnologie nelle forme più adeguate all'uomo, vero fruitore ultimo dei benefici apportati dalla ricerca scientifica e dell'innovazione digitale⁷⁰. In questo senso, è interes-

⁶² M. SHABANI, P. BORRY, *Rules for processing genetic data for research purposes*, cit., 155.

⁶³ S. FANNI, L. MARILLOTTI, *Ricerca genetica e tutela dei dati personali nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto italiano: è possibile un bilanciamento?*, in *www.federalismi.it*, 2021, 8, 109.

⁶⁴ C. CASONATO, M. TOMASI, *Diritti e ricerca biomedica*, cit., 357.

⁶⁵ R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici ai fini di ricerca scientifica*, cit., 129.

⁶⁶ L'adozione di un unico codice europeo della ricerca rischierebbe di non tenere in debito conto le differenze intercorrenti tra biobanche, ricerca genomica, sociologica, e così via. Di questo avviso, ora anche EDPS, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, cit., 26.

⁶⁷ Cfr. R. SENIGAGLIA, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 565 ss.

⁶⁸ K. PORMEISTER, *Genetic data and the research exemption: is the GDPR going too far?*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7, 140.

⁶⁹ G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Dir. inf.*, 2012, 831 ss.

⁷⁰ Cfr. F. ROMEO, *Il governo giuridico delle tecniche dell'informazione e della comunicazione*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 1261: «Il diritto deve essere costruito dentro alla tecnica stessa, per evitare l'attuale stato di ineffettività di tante statuizioni ed inapplicabilità di tante interpretazioni».

sante la proposta europea per uno “Spazio europeo dei dati” anche il settore sanitario, la quale rappresenta una delle priorità della Commissione per i prossimi anni, come individuato nella Strategia europea per i dati (2020)⁷¹, in stretto coordinamento con la Direttiva sugli *open data* e il riutilizzo dell’informazione del settore pubblico – ivi compresi i dati della ricerca – (Dir. 2019/1024/UE) e la proposta di Regolamento nota come *Data Governance Act*, nella quale si introduce il concetto di *data altruism*⁷². Uno spazio comune europeo dei dati sanitari, negli auspici delle Istituzioni, dovrebbe migliorare l’accesso a diversi tipi di dati sanitari (fascicoli sanitari elettronici, dati genomici, dati presi dai registri dei pazienti) e il loro scambio, non solo per sostenere l’erogazione dei servizi sanitari, ma anche a fini di ricerca e di elaborazione di politiche in ambito sanitario⁷³. Perché ciò sia possibile deve essere garantita, tra le altre cose, l’interoperabilità tra le diverse infrastrutture, i sistemi informatici e, naturalmente, i dati stessi.

È necessario, dunque, concentrarsi sugli strumenti tecnico-normativi e tecnico-informatici che consentano di avere il miglior modello di *governance* possibile per il trattamento di dati personali nella ricerca genetica, per un sistema basato sulla trasparenza, sulla sicurezza, sulla responsabilità.

⁷¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 19 febbraio 2020 COM(2020) 66 final, 33 s.

⁷² Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (*Data Governance Act*), Bruxelles, 25 novembre 2020, COM(2020) 767 final, nel quale si parla, tra le altre cose, di “altruismo dei dati”, cioè «il consenso accordato dagli interessati al trattamento dei dati personali che li riguardano, o le autorizzazioni di altri titolari dei dati volte a consentire l’uso dei loro dati non personali senza la richiesta di un compenso, per finalità di interesse generale, quali la ricerca scientifica o il miglioramento dei servizi pubblici» (art. 2, n. 10), fissando, peraltro, tutta una serie di requisiti e obblighi per le entità delle organizzazioni per l’altruismo dei dati riconosciute ed iscritte in appositi registri, nonché un monitoraggio delle attività da esse compiute.

⁷³ https://ec.europa.eu/health/ehealth-digital-health-and-care/european-health-data-space_it. In argomento, G. SCHNEIDER, *Health Data Pools under European Policy and Data Protection Law: Research as a New Efficiency Defence?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2020, 11, 49 ss.

Biobanche di ricerca e banca dati nazionale del DNA: un difficile bilanciamento tra interessi contrapposti

Chiara Paris*

RESEARCH BIOBANKS AND NATIONAL DNA DATABASE: A DIFFICULT BALANCE BETWEEN CONFLICTING INTERESTS

ABSTRACT: Biobanks, as specialized facilities for the collection and storage of biological samples and for the processing of personal data, represent a powerful tool for the discovery of new treatments in medicine, as well as in the identification of offenders in forensic science. Nevertheless, their use raises important ethical and legal issues, as their activity affects the fundamental rights of the individual, such as self-determination, confidentiality and protection of personal data. From the legal point of view, it is therefore necessary to find a balance between the rights of the individual and the collective interests in biomedical research and public security.

KEYWORDS: Biobanks; National DNA database; data; biological samples; research purposes

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Definizione e classificazione delle biobanche – 3. La doppia anima dei campioni e la tutela dei dati genetici – 4. Quadro normativo relativo alle biobanche di ricerca – 5. Biobanche di ricerca e consenso informato – 6. La Banca Dati Nazionale del DNA e la Legge n. 85/2009 – 7. Profili problematici – 8. Considerazioni conclusive e prospettive future.

1. Introduzione

Grazie allo sviluppo delle conoscenze scientifiche e all'avanzamento delle tecnologie applicate alla genetica, i campioni biologici umani¹, originariamente considerati poco più che «scarti operatori», si sono trasformati in fonti inesauribili di informazioni utili, non solo

* Dottoranda di ricerca, Università di Bergamo. Mail: chiara.paris@unibg.it. Il presente contributo rappresenta uno sviluppo dell'articolo C. PARIS, Biobanche di ricerca e consenso informato "dinamico", in Rivista responsabilità medica. Diritto e pratica clinica, 3, 2021, 249 ss. Il contributo è stato sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Il termine campione biologico indica la maggior parte dei materiali biologici di origine umana, quali componenti subcellulari, come DNA, RNA o proteine, cellule o tessuti, interi organi, gameti, embrioni, cellule staminali, prodotti del corpo, come capelli, denti, unghie, sangue e i suoi derivati, come plasma o globuli rossi, e saliva. Gli organismi, come batteri o virus, isolati da qualsiasi campione biologico non sono considerati materiali biologici umani. I campioni possono essere distinti in base alla circostanza in cui sono collezionati: materiali ottenuti da donazioni volontarie di soggetti in vita al solo fine di ricerca, campioni raccolti e conservati per un altro tipo di ricerca, campioni prelevati da persone decedute, campioni conservati dopo procedure diagnostiche e/o terapeutiche (scarti operatori) (G. NOVELLI, I. PIETRANGELI, *I campioni biologici*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 1027 ss.).

nel campo della ricerca biomedica², per la comprensione dei processi patologici e la scoperta di nuove cure, ma anche nell'ambito delle scienze forensi³, per l'identificazione degli autori dei reati.

In questo contesto, gli originari archivi di anatomia patologica, nati dall'iniziativa di singoli ricercatori e caratterizzati da una raccolta occasionale e disorganizzata di campioni, si sono progressivamente evoluti in strutture complesse, frutto di un sistema professionale e sistematico di reperimento, stoccaggio e distribuzione di campioni e informazioni, identificate con il termine "biobanche"⁴.

Le biobanche vengono generalmente definite come «collezioni di materiale biologico e di dati ad essi associati»⁵, quali enti deputati a svolgere una specifica attività di conservazione di materiale biologico (come organi, tessuti, sangue, cellule e fluidi aventi una quantità di DNA o RNA che consenta di effettuare analisi di carattere genetico), nonché di trattamento ed elaborazione di informazioni personali (ovvero dati anagrafici, genealogici e clinici)⁶.

Oltre che in virtù della tipologia di campioni ospitati, le biobanche possono essere classificate alla luce delle diverse finalità perseguite, distinguendo, da un lato le biobanche utilizzate in ambito sanitario, ovvero le biobanche costituite a scopo di ricerca, per finalità terapeutiche o diagnostiche, e dall'altro le biobanche allestite per ragioni di pubblica sicurezza, meglio conosciute come banche dati forensi⁷.

La raccolta e lo stoccaggio di campioni biologici umani non rappresenta una novità nel campo della biomedicina: da decenni, infatti, gli istituti di anatomia patologica conservano il materiale biologico umano asportato in occasione di interventi chirurgici per finalità di indagine diagnostica o di ricerca. Tuttavia, se in passato tale conservazione avveniva sulla base di iniziative personali di singoli ricercatori o nell'ambito di circoscritti progetti di ricerca, recentemente, grazie agli sviluppi nel campo della medicina genetica, si è avvertita la necessità di raccogliere grandi quantità di materiali biologici umani al fine di accelerare la scoperta delle cause generatrici delle malattie, la preparazione di nuovi medicinali e l'identificazione di nuove tecniche diagnostiche⁸. In particolare, grazie alla raccolta sistematica di campioni e informazioni, la ricerca biomedica è stata in grado di elaborare nuove soluzioni terapeutiche per patologie apparentemente incurabili, inserendosi nel panorama della medicina personalizzata, in un'ottica di tutela della salute pubblica e individuale⁹.

Le banche dati forensi, invece, sono il risultato delle pressanti richieste di maggior sicurezza di cui l'opinione pubblica si è fatta portavoce negli ultimi anni, a causa dell'aumento di episodi di natura

² Tale cambio di paradigma viene definito come la nuova «corsa all'oro» nel campo della ricerca medica L. ANDREWS, D. NELKIN, *Il mercato del corpo. Il commercio dei tessuti umani nell'era biotecnologica*, Milano, 2002, 5.

³ P.D. MARTIN, H. SCHMITTER, P.M. SCHNEIDER, *A brief history of the formation of DNA databases in forensic science within Europe*, in *Forensic Science International*, 119, 2001, 225 ss.

⁴ M. MACIOTTI, voce «Biobanche», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., VII*, Torino, 2012, 134 ss.

⁵ V. *Declaration of Taipei on Ethical considerations regarding Health Databases and Biobanks*.

⁶ M. MACIOTTI, voce «Biobanche», cit., 134 ss.

⁷ M. MACIOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 153.

⁸ M. MACIOTTI, voce «Biobanche», cit., 134 ss.

⁹ M.G. MIGLIAZZO, *Biobanche: dalla tutela individuale alla dimensione collettiva. Discipline a confronto. Aspetti problematici in un'ottica di classificazione delle biobanche*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (A CURA DI), *Forum BioDiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 98 ss.; K. GATTER, *Biobanks as a tissue and information semicommons: balancing interests for personalized medicine, tissue donors and the public health*, in *Journal of Health Care Law and Policy*, 15, 2012, 307.

terroristica. Tale esigenza ha trovato riscontro nell'utilizzo di *database* genetici da parte delle forze di polizia, quale valido strumento di prevenzione e risoluzione dei crimini, non solo in ambito nazionale, ma anche a livello internazionale, grazie alla creazione di sistemi di scambio di profili di DNA tra banche dati forensi¹⁰.

Ciononostante, l'impiego di biobanche e di *database* genetici solleva importanti questioni di carattere etico e giuridico, poiché la loro attività incide su alcuni diritti fondamentali della persona, quali quelli all'autodeterminazione, alla riservatezza e alla protezione dei dati personali¹¹. La doppia anima dei campioni, infatti, impone di considerare non solo l'aspetto materiale legato alla raccolta e alla conservazione del materiale biologico, ma anche quello relativo alla dimensione informativa, legata al trattamento del dato genetico¹².

Dal punto di vista giuridico, si pone quindi la necessità di bilanciare l'interesse del singolo all'intangibilità della propria sfera personale con gli interessi collettivi alla ricerca e alla sicurezza pubblica. Dopo aver chiarito l'aspetto della classificazione delle biobanche e quindi quello della natura giuridica dei campioni biologici, il presente contributo si propone di esaminare come tale bilanciamento sia stato perseguito, a livello nazionale, nell'ambito della regolamentazione delle biobanche di ricerca¹³ e della Banca Dati Nazionale del DNA.

2. Definizione e classificazione delle biobanche

Il termine *biobanking* è apparso per la prima volta nella letteratura scientifica a metà degli anni '90, al fine di indicare lo stoccaggio e la conservazione di materiale biologico umano nei presidi ospedalieri¹⁴.

Da allora, il fenomeno si è rapidamente evoluto e oggi le biobanche rappresentano strutture articolate in grado di curare la raccolta sistematica dei campioni, di assicurare l'adozione di elevati *standard* qualitativi di conservazione, di garantire l'impiego di idonee misure di sicurezza nella fase di raccolta e di trattamento dei dati, nonché di provvedere ad una loro corretta ed efficiente distribuzione¹⁵.

¹⁰ V.V. TOOM, *Cross-Border Exchange and Comparison of Forensic DNA Data in the Context of the Prüm Decision. Study of the Directorate general for internal policies. Policy department for citizens' rights and constitutional affairs*, 2018, 14 ss.

¹¹ G. VACCARI, *Diritti fondamentali e biobanche a fini terapeutici e di ricerca: i bilanciamenti p(rop)osti dalle fonti (e "non fonti") esistenti in materia*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 13 ss.

¹² M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 224 ss.

¹³ Per quanto riguarda le biobanche in ambito sanitario, pare opportuno soffermarsi sulle biobanche di ricerca, in quanto l'utilizzo delle biobanche costituite a fini diagnostici è limitato alla tutela della salute del soggetto che li ha conferiti, mentre nelle biobanche costituite a fini terapeutici la tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti assume un ruolo del tutto secondario, poiché lo stoccaggio dei tessuti non è volto all'ottenimento di informazioni utili per il paziente o soggetti terzi, bensì all'applicazione degli stessi sull'uomo.

¹⁴ S. LOFT, H.E. POULSEN, *Cancer risk and oxidative DNA damage in man*, in *Journal of Molecular Medicine*, 74, 1996, 297 ss.

¹⁵ M. MACIOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., 153.

Tuttavia, esse costituiscono un fenomeno talmente variegato e complesso che non è possibile ricondurle ad un concetto unitario¹⁶: l'esistenza di innumerevoli definizioni in letteratura, infatti, non riflette solo la mancanza di consenso riguardo la nozione di biobanca, ma soprattutto l'eterogeneità del fenomeno¹⁷.

Alla luce di tale difficoltà terminologica, risulta preferibile procedere ad una loro classificazione in base allo scopo perseguito dall'istituzione cui fanno riferimento, al fine di individuare i caratteri fondamentali di ciascuna tipologia.

Le biobanche impiegate in ambito sanitario¹⁸ sono di diversi tipi e variano per grandezza, scopi, campioni raccolti, partecipanti e finanziatori. Esistono, infatti, biobanche istituite presso presidi ospedalieri o presso università, finanziate dallo Stato, da organizzazioni *non-profit*, nonché da società commerciali¹⁹.

Tentando di elaborare una distinzione in base allo scopo perseguito, le biobanche possono essere suddivise in biobanche diagnostiche, terapeutiche e di ricerca.

Nelle biobanche costituite a fini diagnostici vengono raccolti campioni biologici asportati in occasione di interventi chirurgici²⁰. I campioni e i dati raccolti sono funzionali esclusivamente alla protezione della salute del soggetto che li ha conferiti, al fine di ricontrollare la diagnosi precedentemente eseguita, alla luce di nuove informazioni acquisite sul paziente e di valutare l'evoluzione della patologia. Permettono altresì di ottenere l'opinione di uno o più esperti nel caso in cui la diagnosi risulti particolarmente complessa, di eseguire ulteriori indagini che si rendano necessarie ai fini dell'individuazione della terapia più opportuna per il paziente e per finalità medico-legali, in quanto idonei a sottoporre a verifica giudiziale le prestazioni professionali condotte.

Le biobanche terapeutiche conservano tessuti destinati ad applicazioni sull'uomo o sono comunque funzionali allo sviluppo di prodotti finalizzati a tale scopo. Tale tipologia è particolarmente variegata e comprende le biobanche deputate a conservare e distribuire tessuti a scopo di trapianto²¹, le banche del sangue a scopo trasfusionale²², le biobanche deputate alla crioconservazione di gameti maschili e

¹⁶ Tale problema viene etichettato come un «rebus definitorio» da M. MACIOTTI, voce «Biobanche», cit., 134 ss. A livello internazionale si veda D.M. SHAW, B.S. ELGER, F. COLLEDGE, *What is a biobank? Differing definitions among biobank stakeholders*, in *Clin Genet.*, 85, 2014, 223 ss.

¹⁷ J.A. BOVENBERG, *Property Rights in Blood, Genes and Data, Naturally Yours?*, Boston, 2006, 23.

¹⁸ In Italia le biobanche sono state definite come «unità di servizio, senza scopo di lucro diretto, finalizzate alla raccolta e alla conservazione di materiale biologico umano utilizzato per diagnosi, per studi sulla biodiversità e per ricerca» v. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA E LE BIOTECNOLOGIE, *Linee guida per la certificazione delle biobanche*, 2006. Nel documento viene posta una netta distinzione tra le raccolte di materiale biologico, nate spontaneamente presso gli ospedali a seguito delle donazioni di malati, e le biobanche, sottoposte a certificazione ed accreditamento. Rispetto alle semplici raccolte di campioni biologici, le biobanche sono caratterizzate da un'elevata organizzazione e dalla gestione di numerose informazioni.

¹⁹ J. KINKOROVÁ, *Biobanks in the era of personalized medicine: objectives, challenges, and innovation: Overview*, in *EPMA Journal*, 7, 2015, 9.

²⁰ La conservazione di tali campioni è stata introdotta nel nostro paese dalla Circolare del Ministero della Salute del 19.12.1986, n. 61.

²¹ Regolate dalla L. 1°.04.1999, n. 91.

²² Regolate dalla L. 21.10.2005, n. 219.

femminili ai fini di procreazione medicalmente assistita²³ e le banche di sangue da cordone ombelicale²⁴.

Le biobanche costituite a fini di ricerca²⁵, invece, raccolgono grandi quantità di materiale biologico al fine di poter comprendere la complessa interazione che si instaura, nello sviluppo di numerose patologie, tra genotipi, fenotipi e ambiente²⁶.

La Commissione Europea ha pubblicato un documento in cui viene descritto il ruolo primario delle biobanche di ricerca, ovvero: (i) raccogliere e conservare materiali biologici accompagnati da dati medici ed epidemiologici, (ii) considerare i progetti di ricerca come continui o di lunga durata e non come statici, (iii) associarsi a progetti di ricerca in corso e/o futuri al momento della raccolta dei campioni, (iv) applicare la codifica o l'anonimizzazione per garantire la privacy del donatore, insieme a un processo di reidentificazione per condizioni specifiche in cui le informazioni clinicamente rilevanti diventino note e possano essere fornite al paziente e (v) includere strutture e procedure di *governance* stabilite (ad es. consenso) che proteggano i diritti dei donatori e gli interessi delle parti interessate²⁷.

Le biobanche di ricerca possono essere ulteriormente raggruppate in due grandi categorie: le biobanche di popolazione (*population biobanks*) e le biobanche orientate a malattia (*disease oriented biobanks*)²⁸. Le biobanche di popolazione²⁹ raccolgono campioni biologici di volontari senza adottare particolari criteri di inclusione e vengono solitamente costituite con l'obiettivo di studiare il ruolo rivestito rispettivamente della genetica individuale e da fattori ambientali nello sviluppo delle malattie, combinando dati molecolari con altre informazioni, quali dati clinici, risultati di test di laborato-

²³ Regolate dalla L. 19.02.2004, n. 40.

²⁴ Regolate dal D.m. 18.11.2009.

²⁵ Nel 2009 la rivista americana *Time* ha dedicato un numero speciale alle 10 idee capaci di cambiare il mondo, tra queste vi erano le biobanche a scopo di ricerca (A. PARK, *Biobanks - 10 Ideas Changing the World Right Now*, in *Time*, 2009).

²⁶ M. MACIOTTI, voce «*Biobanche*», cit., 139 ss.

²⁷ *Biobanks for Europe. A challenge for governance. Report of the Expert Group on Dealing with Ethical and Regulatory Challenges of International Biobank Research*, consultabile all'indirizzo: <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/629eae10-53fc-4a52-adc2-210d4fcad8f2> (ultima consultazione 21/01/2022).

²⁸ Questa è la distinzione offerta dall'Infrastruttura di Ricerca Europea delle Biobanche e delle Risorse BioMolecolari (BBMRI-ERIC).

²⁹ Esempi di biobanche di popolazione sono *The Danish Blood Donor Study and transfusion transmitted diseases* (per un approfondimento si veda O.B. PEDERSEN, C. ERIKSTRUP, S.R. KOTZE, E. SORENSEN, M.S. PETERSEN, K. GRAU, H. ULLUM, *The Danish Blood Donor Study: a large, prospective cohort and biobank for medical research*, in *Vox Sang*, 102, 2012, 271 ss.); *The Estonian Biobank (EBB)* consultabile all'indirizzo: <https://www.eithealth-scandinavia.eu/biobanks/the-estonian-biobank/> (ultima consultazione 21/01/2022); *The UK Biobank* consultabile all'indirizzo: <https://www.ukbiobank.ac.uk/> (ultima consultazione 21/01/2022).

rio, questionari e dati di *imaging*. Le biobanche orientate a malattia³⁰, invece, promuovono lo studio della patogenesi di specifiche malattie per identificare nuove strategie terapeutiche³¹.

Le banche dati forensi sono costituite da collezioni di campioni biologici e di profili genetici ad essi associati provenienti da determinate categorie di individui, selezionati in base a specifici criteri definiti dalla legge al fine di condurre indagini penali. Ad esempio, possono essere raccolti i profili di persone condannate, sottoposte ad indagini, vittime di reati, volontari o altri soggetti di interesse³².

Il processo volto alla creazione delle biobanche forensi risale alla metà degli anni '90, quando venne istituito in Inghilterra il primo *database* genetico dedicato all'attività investigativa³³. Oggi, si stima che le biobanche forensi siano impiegate dalle forze di polizia di quasi settanta Paesi nel mondo³⁴; tuttavia, la loro regolamentazione risulta assai variegata.

Nel contesto europeo si è cercato di perseguire una certa uniformità di disciplina grazie all'adozione del Trattato di Prüm³⁵, volto a rafforzare le misure di coordinamento tra le forze di polizia in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità transfrontaliera e all'immigrazione clandestina.

Il regime di Prüm, oggi integrato nelle fonti normative dell'Unione Europea³⁶, rappresenta una rete di biobanche nazionali tra loro collegate, finalizzata allo scambio di profili genetici e impronte digitali, nonché di informazioni su persone indagate, sugli autoveicoli e i loro proprietari. In particolare, grazie ad una specifica procedura di confronto e scambio di dati, la polizia e le autorità giudiziarie di ciascun paese possono ricevere informazioni circa i profili di DNA raccolti nelle omologhe banche dati di altri Stati Membri, al fine di individuare i soggetti cui appartengono i campioni biologici raccolti sulla scena del crimine³⁷.

Nonostante lo sforzo di uniformità perseguito dal Regime di Prüm, le norme europee non prevedono i criteri che regolano l'inserimento e la rimozione dei profili di DNA nelle banche dati nazionali, né per quanto tempo i campioni e i profili di DNA debbano essere conservati prima di essere distrutti e cancellati, rimettendo la scelta alla legislazione dei singoli Stati Membri. Studi sulle tendenze normative riguardanti la regolamentazione delle banche dati nazionali del DNA mostrano che esistono Paesi

³⁰ Uno dei primi esempi di biobanca orientata alla malattia è *AIDS Specimen Bank* (per un approfondimento si veda R. ROSE, D.J. NOLAN, E. MAIDJI, C.A. STODDART, E.J. SINGER, S.L. LAMERS, M.S. MCGRATH, *Eradication of HIV from tissue reservoirs: challenges for the cure*, in *AIDS Res Hum Retroviruses*, 34, 2018, 3 ss.).

³¹ L. COPPOLA, A. CIANFLONE, A.M. GRIMALDI, M. INCORONATO, P. BEVILACQUA, F. MESSINA, S. BASELICE, A. SORICELLI, P. MIRABELLI, M. SALVATORE., *Biobanking in health care: evolution and future directions*, in *Journal of Translational Medicine*, 17, 2019, 177.

³² H. MACHADO, R. GRANJA, *DNA Databases and Big Data*, in H. MACHADO (a cura di), *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, Singapore, 2020, 57 ss.

³³ A.O. AMANKWAA, C. MCCARTNEY, *The effectiveness of the UK national DNA database*, in *Forensic Science International: Synergy*, 1, 2019, 45 ss.

³⁴ B. PRAINSACK, J.D. ARONSON, *Forensic Genetic Databases: Ethical and Social Dimensions*, in J.D. WRIGHT (a cura di), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Oxford, 2015, 339 ss.

³⁵ Nato come accordo multilaterale tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria sottoscritto il 27 maggio 2005. Per un approfondimento si veda V. TOOM, R. GRANJA, A. LUDWIG, *The Prüm Decisions as an Aspirational regime: Reviewing a Decade of Cross-Border Exchange and Comparison of Forensic DNA Data*, in *Forensic Science International: Genetics*, 41, 2019, 50 ss.

³⁶ V. Decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI.

³⁷ Per un approfondimento si veda B. PRAINSACK, V. TOOM, *Performing the Union: The Prüm Decision and the European dream*, in *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 44, 2013.

nell'Unione Europea con una legislazione ad "effetti espansivi"³⁸ e Paesi con una legislazione ad "effetti restrittivi"³⁹. Le leggi aventi una tendenza espansionista rispetto allo sviluppo delle proprie banche del DNA pongono pochi vincoli all'inserimento dei profili genetici nel database nazionale, ad esempio includendo sia quelli di persone sospettate che quelli di persone condannate, senza porre particolari distinzioni in base al tipo di reato perseguito. Per contro, le leggi a tendenza restrittiva impongono rigidi criteri di selezione, sia distinguendo i condannati dai semplici sospettati, sia in merito alle tipologie di reati, prevedendo l'inclusione automatica dei profili genetici solo per quelli più gravi. Questa tendenza si riflette inevitabilmente sul volume dei dati raccolti dalle banche dati nazionali e quindi sulla proporzione della popolazione nazionale il cui profilo genetico è presente nel database di ciascun Paese. Ciò condurrebbe a ritenere che le normative aventi "effetti espansivi" siano da preferire rispetto a quelle aventi "effetti restrittivi", tuttavia evidenze statistiche dimostrano come una più ampia disponibilità di dati non sempre corrisponde ad una maggior efficienza nel perseguimento dei reati⁴⁰.

3. La doppia anima dei campioni e la tutela dei dati genetici

Al fine di meglio comprendere il problema di bilanciamento di interessi contrapposti sotteso all'attività svolta dalle biobanche, occorre mettere in evidenza una delle caratteristiche fondamentali dei campioni biologici dal punto di vista giuridico, ovvero quella della loro duplice valenza in quanto materiali ed in quanto informazioni.

Sotto il profilo materiale, i campioni biologici, quando si staccano dal corpo umano, acquistano una propria autonomia rispetto alla persona da cui provengono, tanto è vero che le sperimentazioni e gli interventi effettuati sui tessuti non hanno alcuna incidenza sulla salute del paziente. Tale constatazione ha indotto, in un primo momento, ad attribuire ai campioni biologici la natura di beni mobili disponibili, suscettibili di divenire oggetto di proprietà alla stregua di qualsiasi altro bene⁴¹. In questo senso, la prospettiva tradizionale propendeva per una lettura dominicale del rapporto tra l'individuo e le parti staccate dal proprio corpo, in base a principi analoghi a quelli della fruttificazione⁴². La bontà di tale interpretazione veniva ricondotta alla vasta gamma di rimedi posti a tutela del diritto di proprietà, quali strumenti in grado di rafforzare le garanzie per l'individuo. Tuttavia, l'astratta confi-

³⁸ In questa classe vengono ricomprese le legislazioni nazionali di Austria, Danimarca, Scozia, Slovacchia, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania e Regno Unito (Inghilterra, Galles).

³⁹ In questa classe vengono ricomprese le legislazioni nazionali di Germania, Belgio, Spagna, Francia, Paesi Bassi, Ungheria, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Portogallo e Svezia.

⁴⁰ Per un approfondimento si veda F. SANTOS, H. MACHADO, S. SILVA, *Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance?*, in *Life Sciences, Society and Policy*, 9, 2013, 12.

⁴¹ In questo senso si veda C. FADDA, P.E. BENSÀ, *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, in *Windscheid, Diritto delle Pandette* (trad. it.), Torino, 1926, 610.

⁴² Impostazione sviluppata dalla Pandettistica tedesca e mantenuta per tutto il corso del Novecento. Per un approfondimento si veda C. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. fam. e pers.*, 1985, 266; L. LENTI, *Procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, 110 ss.

gurabilità della derelizione dei campioni ammetteva anche che questi potessero essere acquistati per occupazione da terzi, senza prima ottenere il consenso da parte del precedente titolare⁴³.

Secondo l'approccio personalistico condiviso dalla più recente dottrina e dal diritto europeo⁴⁴, invece, il potere di controllo dell'individuo su parti e prodotti del proprio corpo costituisce una immediata espressione del principio fondamentale di autodeterminazione. Proprio in ragione di tale principio, espresso nei termini del consenso informato, l'individuo dovrebbe essere messo in condizione di determinare liberamente non soltanto le modalità dell'interferenza con la propria sfera personale (consenso al prelievo), ma anche l'ulteriore destinazione del campione biologico rimosso (consenso alla raccolta, alla conservazione, a brevettare, ecc.). Pertanto, deve essere richiesta una valida manifestazione di volontà, libera ed informata, rispetto a tutti gli usi del proprio materiale biologico, sia all'uso terapeutico (trapianti, trasfusioni, ecc.), sia a scopo di ricerca e applicazione industriale⁴⁵.

Nell'ambito delle banche dati forensi, invece, il diritto all'autodeterminazione inevitabilmente cede di fronte alle esigenze di natura pubblicistica legate al perseguimento dei reati. Infatti, nella maggior parte dei casi, il prelievo del campione avviene su base coattiva, ovvero contro la volontà dell'individuo da cui il campione stesso proviene⁴⁶.

Dal punto di vista informativo, grazie allo sviluppo delle tecnologie in ambito genetico, i campioni biologici rappresentano oggi una fonte insostituibile di dati utili allo sviluppo delle scienze mediche ed al perseguimento dei reati. Tali dati, infatti, non forniscono solo preziose informazioni sullo stato di salute di un soggetto o sulla sua predisposizione a contrarre determinate malattie, ma rappresentano veri e propri strumenti di identità biologica⁴⁷. Tuttavia, diversamente dalla dimensione materiale, i dati ricavabili dai tessuti conservano, anche dopo il loro distacco dal corpo, un'indissolubile relazione con la persona da cui provengono, in quanto espressione del suo patrimonio genetico. Ne consegue che il rapporto che si instaura tra il soggetto e i dati genetici è diverso e più delicato rispetto a quello che si instaura con i suoi campioni e interessa il potere di controllo dell'individuo sulla propria

⁴³ M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 224 ss.

⁴⁴ Art. 22, *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina*, 1997 «Allorquando una parte del corpo umano è stata prelevata nel corso di un intervento, questa non può essere conservata e utilizzata per scopo diverso da quello per cui è stata prelevata in conformità alle procedure di informazione e consenso appropriate». Diversamente da ciò che è accaduto negli Stati Uniti, dove si è ricondotto il rapporto con i campioni biologici nell'alveo della sfera reale, privilegiando la tutela degli interessi proprietari, come testimoniano i celebri casi *Moore v. Regents of University of California*, *Greenberg v. Miami Children's Hospital* e *Washington University v. Catalona*. Per un approfondimento si veda M. TALLACCHINI, *Human Tissues in the "Public Space": Beyond the Property/Privacy Dichotomy*, in G. PASCUZZI, U. IZZO, M. MACIOTTI (a cura di), *Comparative Issues in the Governance of Research Biobanks*, Heidelberg, 2013, 90 ss.

⁴⁵ G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopo di ricerca e brevettazione*, in *Pólemos*, 2008, 125 ss.

⁴⁶ V. art. 9 L. 85/2009.

⁴⁷ Tale aspetto è messo in evidenza da RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Politica del diritto*, 2006, 3 «il corpo umano [...] Ha poi conosciuto la crisi della sua materialità quando si è cominciato a contrapporre il corpo «elettronico» a quello «fisico». Ha ritrovato l'importanza della fisicità quando i dati biometrici si sono rivelati uno strumento indispensabile per la definizione e il riconoscimento dell'identità. Nell'Information Age anche il corpo è stato subito considerato un insieme di dati, un sistema informativo».

identità⁴⁸. Conseguentemente il loro utilizzo dovrà rispettare la disciplina del trattamento dei dati personali⁴⁹.

Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR)⁵⁰ definisce dati genetici quei «dati personali relativi alle caratteristiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione» e li inserisce tra le categorie particolari di dati personali, il cui trattamento viene generalmente vietato, salva l'acquisizione del consenso esplicito dell'interessato per il perseguimento di una o più finalità specifiche⁵¹. Nel considerando n. 35 attinente alla definizione dei dati relativi alla salute, i dati genetici e i campioni biologici vengono ricompresi in un'unica categoria come «parti del corpo o sostanze organiche» da cui è possibile trarre, all'esito di esami e controlli, informazioni relative alla salute. Pur continuando a distinguere formalmente i campioni biologici dai dati genetici, è chiaro che il legislatore europeo tenda ad esaltarne l'aspetto informativo⁵².

In Italia, il trattamento dei dati genetici è regolato dall'Autorizzazione Generale del Garante per la protezione dei dati personali n. 8/2016⁵³ dove viene anzitutto sancita, in termini generali, la necessità di acquisire il consenso informato delle persone interessate, a seguito di un'adeguata informativa che deve contenere «a) l'esplicitazione analitica di tutte le specifiche finalità perseguite; b) i risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati genetici; c) il diritto dell'interessato di opporsi al trattamento dei dati genetici per motivi legittimi; d) la facoltà o meno, per l'interessato, di limitare l'ambito di comunicazione dei dati genetici e il trasferimento dei campioni biologici, nonché l'eventuale utilizzo di questi per ulteriori scopi; e) il periodo di conservazione dei dati genetici e dei campioni biologici»⁵⁴. Tali obblighi informativi valgono qualunque sia la finalità del trattamento dei dati genetici, mentre sono prescritti degli

⁴⁸ M. MACIOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., 154. Per un approfondimento sulla concezione dei dati genetici come una risorsa comune si veda L. MARIOTTI, *I dati genetici tra dimensione individuale e collettiva*, in *Rivista di BioDiritto – BioLaw Journal*, 2021, 165 ss.

⁴⁹ G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopo di ricerca e brevettazione*, cit., 132 ss.

⁵⁰ Regulation (EU) 2016/679 *General Data Protection Regulation*.

⁵¹ Art. 9, Reg. (EU) 2016/679.

⁵² «Pur non comparando nel GDPR alcun altro riferimento al materiale biologico, è innegabile che nel contesto della ricerca scientifica esso rilevi più come «supporto materiale» originario delle informazioni genetiche e, in tal senso, circoli unitamente ad esse» I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 305.

⁵³ Dopo l'entrata in vigore del Reg. (EU) 2016/679 le Autorizzazioni Generali del Garante per la protezione dei dati personali n. 8/2016 concernente il trattamento dei dati genetici e n. 9/2016 relativa al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica sono state aggiornate dal Provvedimento n. 146/2019 recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1°, d. lgs. 101/2018. Per un approfondimento sull'integrazione del quadro normativo alla luce del Regolamento generale 2016/679 in materia di dati personali per scopi di ricerca scientifica si veda S. STEFANELLI, *Trattamento di dati personali per scopi di ricerca scientifica*, in G. CASSANO, V. COLAROCO, G.B. GALLUS, F.P. MICOZZI (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018, 319-342.

⁵⁴ Art. 5, Autorizzazione Generale del Garante per la protezione dei dati personali n. 8/2016 concernente il trattamento dei dati genetici.

specifici obblighi per il trattamento dei dati genetici e dei relativi campioni a scopo di ricerca scientifica e statistica.

In particolare, è previsto che il consenso al trattamento dei dati genetici a scopo di ricerca debba essere revocabile in ogni momento, senza che tale scelta possa comportare alcuno svantaggio o pregiudizio per l'interessato, salvo che i dati e i campioni biologici, in origine o a seguito di trattamento, non consentano più di identificare l'interessato⁵⁵. Diversamente, nel caso in cui l'interessato revochi il consenso al trattamento dei dati per scopi di ricerca, anche il campione biologico deve essere distrutto⁵⁶.

Ulteriore obbligo informativo riguarda gli accorgimenti adottati per consentire l'identificabilità degli interessati soltanto per il tempo necessario agli scopi della raccolta o del successivo trattamento. Tale obbligo rappresenta l'applicazione del principio generale di necessità del trattamento dei dati personali, secondo il quale questi ultimi devono essere trattati solo per il tempo strettamente necessario al perseguimento degli scopi per cui sono stati raccolti e solo quando i medesimi risultati non possano essere ottenuti attraverso l'impiego di dati anonimi. A tal fine, la biobanca è obbligata a dotarsi di una struttura organizzativa in grado di limitare al minimo l'utilizzo dei campioni in forma identificabile⁵⁷.

Inoltre, il Garante prescrive che l'interessato venga informato dell'eventualità «che i dati e/o i campioni biologici siano conservati e utilizzati per altri scopi di ricerca scientifica e statistica, per quanto noto, adeguatamente specificati anche con riguardo alle categorie di soggetti ai quali possono essere eventualmente comunicati i dati oppure trasferiti i campioni»⁵⁸. La vaghezza dell'inciso «per quanto noto» rappresenta un'apertura a maggiori libertà per le attività di ricerca e suggerisce la possibilità di attenuare il livello di dettaglio dell'informativa dei soggetti coinvolti. Tuttavia, tale previsione lascia un ampio margine di incertezza circa il grado minimo di informazione che deve essere fornito, soprattutto alla luce di quanto viene prescritto all'art. 8 dell'Autorizzazione in relazione agli utilizzi secondari dei campioni⁵⁹. Sul punto si stabilisce che la conservazione e l'ulteriore utilizzo di campioni biologici per la realizzazione di scopi di ricerca diversi da quelli rientranti nel consenso originario sono consentiti se (i) una ricerca di analoga finalità non può essere realizzata mediante il trattamento di dati riferiti a persone dalle quali può essere o è stato acquisito il consenso informato, (ii) i campioni biologici e di dati genetici in origine o a seguito di trattamento non consentono di identificare gli inte-

⁵⁵ La Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 2016 distingue i campioni biologici identificabili (*identifiable biological materials*), ossia direttamente o indirettamente riconducibili, anche tramite codificazione, ad un determinato individuo, da quelli non identificabili (*non-identifiable biological materials*). I campioni identificabili possono essere utilizzati in un determinato progetto di ricerca che esuli da scopi precedentemente autorizzati solo a seguito dell'acquisizione di un nuovo consenso da parte del soggetto interessato. I campioni biologici non identificabili, invece, possono essere utilizzati in un nuovo progetto di ricerca senza acquisire il consenso informato del paziente, purché non vengano violate eventuali restrizioni manifestate dal soggetto interessato al momento dell'acquisizione del campione (Art. 21, *Recommendation CM/Rec(2016)6 of the Committee of Ministers to member States on research on biological materials of human origin*).

⁵⁶ Art. 6, Autorizzazione Generale del Garante per la protezione dei dati personali n. 8/2016 concernente il trattamento dei dati genetici.

⁵⁷ M. MACIOTTI, voce «Biobanche», cit., 143.

⁵⁸ Art. 5, Autorizzazione Generale del Garante per la protezione dei dati personali n. 8/2016 concernente il trattamento dei dati genetici.

⁵⁹ M. MACIOTTI, voce «Biobanche», cit., 143.

ressati, purché non abbiano in precedenza fornito indicazioni contrarie, (iii) ovvero il programma di ricerca, oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale, è autorizzato appositamente dal Garante ai sensi dell'art. 90 del Codice della Privacy⁶⁰. Pertanto, nel caso in cui il ricontatto dell'interessato comporti sforzi irragionevoli, il campione risulti indispensabile e il comitato etico esprima parere favorevole, la ricerca potrà essere intrapresa anche in mancanza del consenso dell'interessato, dopo essere stata autorizzata con apposito provvedimento dal Garante per la protezione dei dati personali.

Infine, l'Autorizzazione impone di informare l'interessato circa le modalità di accesso alle informazioni contenute del progetto di ricerca. Il diritto di accesso rappresenta uno strumento molto importante nell'ambito delle biobanche di ricerca, in quanto consente agli interessati di monitorare costantemente l'utilizzo dei loro campioni e dei loro dati ed eventualmente di ritirare il consenso⁶¹.

Per quanto riguarda il trattamento dei dati genetici per finalità investigative, invece, in concomitanza con l'emanazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, è stata adottata la Direttiva n. 608/2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati, cui è stata data attuazione in Italia con il D.lgs. 18 maggio 2018, n. 51.

Muovendo dal riconoscimento del diritto alla protezione dei dati personali quale diritto fondamentale dell'individuo, la Direttiva postula l'agevolazione della libera circolazione dei dati personali tra le autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o di esecuzione di sanzioni penali, inclusi la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica, all'interno dell'Unione⁶².

Il D.lgs. n. 51/2018 si applica al trattamento di dati personali effettuato da qualsiasi autorità pubblica dello Stato (di uno Stato membro dell'Unione europea o di uno Stato terzo) competente in materia di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, o da qualsiasi altro organismo (o entità) incaricato dagli ordinamenti interni di esercitare l'autorità pubblica e i poteri pubblici nelle indicate materie, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica. Il trattamento dei dati è lecito se, oltre ad essere necessario agli enunciati scopi, è previsto da una norma di legge o di regolamento.

⁶⁰ Art. 8.1, Autorizzazione Generale del Garante per la protezione dei dati personali n. 8/2016 concernente il trattamento dei dati genetici.

⁶¹ M. MACIOTTI, voce «Biobanche», cit., 144.

⁶² Da tale premessa appare chiaramente come la disciplina in esame sia improntata ad un'esigenza di bilanciamento di interessi contrapposti. Tale esigenza di bilanciamento si rinviene anche nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (n. 679/2016) dove nei *consideranda* sancisce che il diritto alla protezione dei dati personali «non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ottemperanza al principio di proporzionalità» e successivamente riconosce il diritto degli «Stati membri, a determinate condizioni, di adottare disposizioni legislative intese a limitare determinati obblighi e diritti, qualora tale limitazione costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la salvaguardia di importanti interessi specifici, comprese la sicurezza pubblica e le attività di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro, e la prevenzione di, minacce alla sicurezza pubblica».

In questo contesto vengono riproposti i requisiti generali per il trattamento dei dati personali enunciati dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, ovvero l'obbligo di trattare, in modo lecito e corretto, esclusivamente i dati personali necessari, proporzionati, pertinenti e non eccedenti rispetto agli scopi per i quali i dati stessi sono stati raccolti. In particolare, il titolare del trattamento è tenuto ad adottare misure tecniche e organizzative idonee a garantire che il trattamento stesso sia conforme alla normativa di settore, quali ad esempio la pseudonimizzazione. Diversamente dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, non viene annoverato tra i principi generali quello della trasparenza in ragione del particolare settore di riferimento, dove si ammette che i dati personali vengano raccolti all'insaputa dell'interessato operando una restrizione del suo diritto ad essere preventivamente informato del trattamento, seppur per il periodo strettamente necessario al suo perseguimento⁶³.

4. Quadro normativo relativo alle biobanche di ricerca

Diversamente dalle biobanche terapeutiche⁶⁴, le biobanche di ricerca non sono interessate da una normativa vincolante a livello europeo, poiché la competenza legislativa in materia di salute e ricerca all'interno dell'Unione Europea è riservata agli Stati Membri⁶⁵. Conseguentemente, alcuni Stati hanno deciso di dotarsi di leggi nazionali appositamente dedicate all'attività delle biobanche di ricerca⁶⁶, mentre altri hanno preferito integrare singole disposizioni nell'ambito di atti legislativi o amministrativi aventi un oggetto più ampio⁶⁷. In alcuni casi, l'uso di campioni biologici per scopi di ricerca è stato disciplinato insieme ad altre applicazioni, come l'assistenza sanitaria e la diagnosi⁶⁸. Se da un lato la flessibilità concessa in questo settore appare vantaggiosa poiché permette di adattare le regole a specifiche esigenze nazionali, dall'altro risulta controproducente rispetto ad un'efficace collaborazione in materia di ricerca biomedica, i cui progetti sono sempre più improntati alla transnazionalità⁶⁹.

⁶³ A. RICCI, *Il trattamento di dati personali per finalità di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati. riflessioni sul d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, di attuazione della dir. 2016/680/UE*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, 565 ss.

⁶⁴ V. Direttiva 2004/23/ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

⁶⁵ G. CHASSANG, E. RIAL-SEBBAG, *Research Biobanks and Health Databases: The WMA Declaration of Taipei, Added Value to European Legislation (Soft and Hard Law)*, in *European Journal of Health Law*, 25, 2018, 501 ss.

⁶⁶ Come l'Islanda (*Icelandic Act on Biobanks n. 110/2000*), l'Estonia (*Estonian Human Genes Research Act 2000*), l'Ungheria (*Hungarian Parliamentary Act on the protection of human genetic data and the regulation of human genetic studies, research and biobanks n. XXI/2008*), la Svezia (*The Swedish Biobank Act 2002*), la Spagna (*Biomedical Research Act 2007*) e il Belgio (*Law on Biomedical Research n. 14/2007*).

⁶⁷ Come la Francia (*LOI n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*) e l'Inghilterra (*Human Tissue Act, 2004*).

⁶⁸ Come in Lituania (*Law on ethics of biomedical research, 11 May 2000 No VIII-1679*) e in Portogallo (*Law No. 12/2005, January 26, Act on personal genetic information and information regarding health*).

⁶⁹ V. *Biobanks for Europe. A challenge for governance. Report of the Expert Group on Dealing with Ethical and Regulatory Challenges of International Biobank Research*, cit.; J. KAYE, *Do we need a uniform regulatory system for biobanks across Europe?*, in *European Journal of Human Genetics*, 14, 2006, 245 ss.; D. MASCALZONI, *Ethics, Law and Governance of Biobanking: National, European and International Approaches*, Dordrecht, 2015.

Mancando in Italia una legge specifica volta a regolare l'attività delle biobanche di ricerca, l'individuazione del quadro normativo applicabile risulta essere un'operazione piuttosto complessa, dovendo far riferimento ai principi e alle disposizioni che regolano la raccolta di tessuti umani, la ricerca condotta sui campioni e il trattamento dei dati personali.

La *Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti umani*⁷⁰, la *Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani*⁷¹, così come la *Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina*⁷² sanciscono importanti principi in materia di trattamento dei dati genetici, al fine di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali della persona. Tuttavia, allo stesso tempo, riconoscono il valore della libertà della ricerca, quale strumento in grado di migliorare le condizioni di salute degli individui e di alleviarne le sofferenze. Pertanto, ritengono che il corretto bilanciamento di tali interessi confliggenti possa essere garantito solo dall'acquisizione del consenso libero ed informato da parte del soggetto da cui le informazioni provengono⁷³.

Sebbene non siano dotate di efficacia vincolante, rivestono altrettanta importanza a livello europeo le Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, disciplinanti la ricerca condotta sui materiali biologici di origine umana⁷⁴. L'obiettivo di queste Raccomandazioni è quello di salvaguardare i diritti fondamentali delle persone il cui materiale biologico venga destinato alla ricerca biomedica. In particolare, se da un lato viene riconosciuta l'importanza della ricerca, quale valido strumento per il miglioramento delle cure e dei sistemi sanitari, dall'altro si richiede che essa sia in grado di garantire il rispetto della dignità, dell'integrità e della riservatezza dei soggetti coinvolti. Tale attenzione comporta la necessità di intervenire sulle condizioni di raccolta e conservazione del materiale per la ricerca futura, soprattutto con riferimento all'informativa e al consenso delle persone interessate⁷⁵.

Infine, l'attività delle biobanche di ricerca è fortemente influenzata dalla disciplina riguardante il trattamento dei dati personali. Con l'entrata in vigore del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali è stato introdotto un complesso sistema di regole nel settore della ricerca scientifica, definito «*scientific research regime*» o «*research exemption*»⁷⁶. In particolare, l'art. 89 prevede che il trattamento dei dati a fini di ricerca scientifica sia soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, in conformità del Regolamento⁷⁷. Successivamente, però si ammette la possibilità

⁷⁰ UNESCO, *Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti umani*, 1997.

⁷¹ UNESCO, *Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani*, 2003.

⁷² CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina*, 1997.

⁷³ Art. 10, *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina*, 1997.

⁷⁴ V. *Recommendation Rec(2006)4 of the Committee of Ministers to member states on research on biological materials of human origin*; *Recommendation CM/Rec(2016)6 of the Committee of Ministers to member States on research on biological materials of human origin*.

⁷⁵ V. art. 10, *Recommendation CM/Rec(2016)6 of the Committee of Ministers to member States on research on biological materials of human origin*.

⁷⁶ S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU, J. REICHEL, *Introduction*, in S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU, J. REICHEL (a cura di) *GDPR and Biobanking: Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, Cham, 2021, 1 ss.

⁷⁷ Art. 9, Reg. (EU) 2016/679 «È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati

di derogare a tali diritti, sia permettendo ai ricercatori di invocare direttamente le norme del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali ai fini di un particolare progetto, sia prevedendo l'adozione di specifiche disposizioni da parte degli Stati Membri o dell'Unione Europea⁷⁸.

In Italia, il decreto legislativo n. 101/2018, per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento UE, ha introdotto speciali garanzie per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute. In particolare, l'art. 110 del nuovo Codice della Privacy⁷⁹ dispone che il consenso dell'interessato per il trattamento di dati sanitari ai fini della ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico non è necessario quando la ricerca è condotta sulla base del diritto nazionale o comunitario, in conformità al Regolamento. Inoltre, prevede che il consenso non è altresì necessario quando, per motivi particolari, il contatto degli interessati è impossibile o comporta uno sforzo sproporzionato, nonché rischia di danneggiare gravemente o di rendere impossibile il raggiungimento degli scopi della ricerca. In tali casi, il titolare del trattamento è tenuto ad adottare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato. Inoltre, il programma di ricerca è soggetto a parere motivato del competente comitato etico a livello territoriale e deve essere sottoposto a preventiva consultazione del Garante, ai sensi dell'art. 36 del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali⁸⁰.

Questa disciplina è stata ulteriormente sviluppata dall'Autorizzazione Generale del Garante per la protezione dei dati personali n. 9/2016 relativa al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica. Tale provvedimento permette il trattamento dei dati personali per finalità di ricerca medica, biomedica ed epidemiologica, anche senza il consenso dell'interessato, fermo restando il rispetto dei limiti e delle condizioni previste dalla stessa Autorizzazione⁸¹ ed esclusivamente se i dati sono indispensabili per il raggiungimento delle finalità della ricerca. Inoltre, viene richiesta l'adozione di tecniche di cifratura o di pseudonimizzazione, permettendo di identificare gli interessati solo in caso di necessità. Infine, dispone che i campioni biologici e i dati debbano essere conservati per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati, anche se, in forza dell'art. 110 *bis* del Codice della Privacy⁸², il Garante per la protezione dei dati personali può autorizzare l'ulteriore trattamento di dati personali, comprese le categorie speciali, per finalità di ricerca scientifica⁸³.

biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

⁷⁸ S. SLOKENBERGA, *Setting the Foundations: Individual Rights, Public Interest, Scientific Research and Biobanking*, in S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU, J. REICHEL (a cura di) *GDPR and Biobanking: Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, Cham, 2021, 16.

⁷⁹ D. lgs. 196/2003.

⁸⁰ Art. 110, d. lgs. 196/2003.

⁸¹ In particolare, l'Autorizzazione prevede quattro requisiti: (i) il trattamento deve essere necessario per condurre studi; (ii) il progetto di ricerca non deve avere alcun impatto personale significativo sugli interessati; (iii) il trattamento è necessario per la conduzione di studi effettuati con dati raccolti in precedenza a fini di cura della salute o per l'esecuzione di precedenti progetti di ricerca; (iv) il progetto deve ottenere un motivato parere favorevole da parte del competente comitato etico a livello territoriale.

⁸² Art. 110 *bis*, d. lgs. 196/2003.

⁸³ S. PENASA, M. TOMASI, *The Italian Way for Research Biobanks After GDPR: Hybrid Normative Solutions to Balance the Protection of Individuals and Freedom of Research*, in S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU, J. REICHEL (a cura

5. Biobanche di ricerca e consenso informato

L'acquisizione del consenso informato⁸⁴ è necessaria in numerosi ambiti della pratica medica, non solo per le attività terapeutiche in senso proprio, ma anche per la donazione di organi a scopo di trapianto, per le trasfusioni di sangue, per la sperimentazione di medicinali sull'uomo e per l'utilizzo dei propri tessuti a scopo di ricerca⁸⁵.

La funzione del consenso nell'ambito delle biobanche di ricerca è distinta da quella, più tradizionale, propria dei trattamenti sanitari⁸⁶: mentre in quest'ultimo ambito il consenso esprime la volontà individuale del paziente di legittimare un atto che incide sulla propria integrità fisica, in materia di biobanche esso interessa la raccolta e il trattamento di campioni di tessuto, nonché di informazioni e dati personali del soggetto⁸⁷.

In letteratura sono stati proposti differenti modelli di consenso informato per la conservazione dei campioni biologici da parte delle biobanche di ricerca, che spaziano dal consenso specifico a forme di consenso presunto.

Il modello specifico (*specific o fully restricted consent*) limita l'utilizzo del campione biologico nell'ambito del singolo progetto di ricerca cui la donazione è stata finalizzata, imponendo ai ricercatori di ricontattare l'interessato tutte le volte in cui si voglia impiegare il materiale raccolto in diversi

di) *GDPR and Biobanking: Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, Cham, 2021, 312 ss.

⁸⁴ Requisito fondamentale della pratica medica riconosciuto tanto a livello internazionale (V. *Codice di Norimberga* e *Dichiarazione di Helsinki*), quanto in ambito europeo (v. Art. 3 Carta dir. UE).

⁸⁵ M. MACIOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., 153.

⁸⁶ La letteratura in materia di consenso all'atto medico è vastissima, *ex multis* G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 949 ss.; CRISCUOLI, *Ragionevolezza e «consenso informato»*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 480 ss.; U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989; ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993; V. ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994; P. ZATTI, *Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 523; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, Milano, 1996; P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998, 37 ss.; G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998; V. CALDERAI, *Il problema del consenso nella bioetica*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 321 ss.; ID., voce «Consenso informato», in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 2015, 225 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; M. PICCININI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008; C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2009, 1052 ss.; B. SALVATORE, *Per uno studio sul consenso informato*, in *Dir. e giur.*, 2009, 33 ss.; M. CARDUCCI, voce «Consenso informato», in *Enc. Bioetica e Scienza giur.*, III, Napoli, 2010, 424; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010; G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 297 ss.; S. ROSSI, voce «Consenso informato (II)», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 2012, 177 ss.; CILENTO, *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, Napoli, 2014; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017; M. FOGLIA, *Consenso e cura: la solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018.

⁸⁷ C. CASONATO, C. PICCOCCHI, P. VERONESI, *Introduzione*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 5 ss.

contesti. Quello ristretto (*narrow o multilayered consent*), invece, permette di condurre nuove ricerche purché il loro scopo sia identico a quello per il quale il consenso era stato originariamente prestato⁸⁸. Queste tipologie di consenso rappresentano la massima espressione di tutela del diritto all'autodeterminazione dell'individuo; tuttavia, ostacolano in maniera significativa gli interessi della ricerca e l'approvvigionamento ai materiali contenuti nella biobanca, poiché il ricontatto del donatore comporta un eccessivo dispendio di energie, risorse e costi⁸⁹.

L'estremo opposto è rappresentato dal consenso in bianco (*blanket consent*) e da quello presupposto (*presumed consent*). Nel primo caso viene richiesta solo l'autorizzazione iniziale allo svolgimento di ricerche intese in senso omnicomprensivo, escludendo la possibilità per il donatore di esercitare qualsiasi tipo di controllo sugli specifici impieghi del proprio campione⁹⁰. Nel secondo caso la consultazione dell'interessato viene del tutto omessa: il materiale biologico prelevato per test clinici viene automaticamente immesso nella biobanca e vi rimane per scopi e ricerche indeterminati, salva la possibilità per l'interessato di esprimere la volontà contraria al mantenimento dei dati e del campione nella struttura⁹¹.

Il paradigma più impiegato a livello europeo⁹², nonché raccomandato dal Consiglio d'Europa⁹³, è invece quello ampio (*broad consent*), dove l'interessato acconsente all'utilizzo del proprio campione biologico in un vasto spettro di ricerche e progetti non specificati (e/o specificabili). Questo modello tende a garantire il giusto bilanciamento tra esigenze della ricerca scientifica e protezione dei diritti individuali; tuttavia, non è andato esente da critiche poiché sconta di incompletezza nell'informazione⁹⁴. Per questo motivo l'acquisizione del consenso ampio viene sovente affiancata da altri strumenti, quali l'autorizzazione dei comitati etici⁹⁵, l'anonimizzazione dei campioni⁹⁶ e la

⁸⁸ S. AZZINI, *Biobanche, consenso e fonti del diritto: un caso di eccezionale disordine?*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 122.

⁸⁹ In tal senso si vedano D. MASCALZONI, A.A. HICKS, P.P. PRAMSTALLER, *Consenting in Population Genomics as an Open Communication Process*, in *Studies in Ethics, Law and Technology*, 3, 2009, 6 e GERMAN NATIONAL ETHIC COUNCIL - NATIONALER ETHIKRAT, *Biobanks for research*, Berlino, 2004, 51.

⁹⁰ Tale modello è stato proposto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità: «... [a] *blanket informed consent that would allow use of sample for genetic research in general, including future as yet unspecified projects appears to be the most efficient and economical approach, avoiding costly recontact before each new research project ...*» (WHO, *Proposed international guidelines on ethical issues in medical genetics and genetic services: report of WHO meeting on Ethical Issues in Medical Genetics*, Genova, 1997).

⁹¹ S. AZZINI, *op. cit.*, 123. Tale modello è stato utilizzato per il progetto DeCODE in Islanda, ma è stato largamente criticato perché priva di fatto il partecipante della possibilità di scegliere. Per un approfondimento si veda G. HADDOW, *Tackling community concerns about commercialization and genetic research: a modest interdisciplinary proposal*, in *Social Science & Medicine*, 64, 2007, 274; A. SANTOSUOSSO, *Il diritto alla disobbedienza genetica: il caso dell'Islanda*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Etica della ricerca biologica*, Firenze, 2000, 189 ss.

⁹² V. UK Biobank. *Ethics and Governance Framework* consultabile all'indirizzo: <https://www.ukbiobank.ac.uk/learn-more-about-uk-biobank/about-us/ethics> (ultima consultazione 21/01/2022); *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica*.

⁹³ *Recommendation Rec(2006)4 of the Committee of Ministers to member states on research on biological materials of human origin*.

⁹⁴ E. SALVATERRA, et al., *Banking together. A unified model of informed consent for biobanking*, in *EMBO reports*, 9, 2008, 311.

⁹⁵ «*Research should only be undertaken if the research project has been subject to an independent examination of its scientific merit, including assessment of the importance of the aim of the research, and verification of its*

possibilità di ritirare l'autorizzazione in qualsiasi momento⁹⁷. Tuttavia, è doveroso osservare come i continui scambi di materiali e dati fra ricercatori rendono quest'ultima garanzia piuttosto debole e difficile da rispettare, soprattutto per quanto concerne la dimensione informativa⁹⁸.

6. La Banca Dati Nazionale del DNA e la Legge n. 85/2009

In forza dell'adesione dell'Italia al Trattato di Prüm, con la Legge n. 85/2009 sono state istituite la Banca Dati Nazionale del DNA, finalizzata alla raccolta dei profili di DNA, e il Laboratorio centrale per la Banca Dati Nazionale del DNA che provvede alla tipizzazione dei profili di DNA e alla conservazione dei campioni biologici⁹⁹.

La Banca Dati Nazionale del DNA italiana ha la finalità di facilitare l'identificazione degli autori dei delitti e delle persone scomparse, nonché di collaborazione internazionale di polizia.

Come stabilito dall'art. 7 della Legge, la Banca Dati conserva i profili di DNA di soggetti a vario titolo sottoposti a misure di restrizione della libertà personale nell'ambito di procedimenti penali per delitti non colposi e per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza¹⁰⁰, di reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali, di persone scomparse o loro consanguinei, nonché di cadaveri o resti cadaverici non identificati.

Pur non entrando nel merito di ciascuna disposizione della Legge, ai fini che qui interessano, pare opportuno esaminare quelle previsioni poste a tutela del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali dei soggetti coinvolti.

In primo luogo, la legge non adotta una definizione unitaria di Banca Dati ma introduce di fatto due strumenti: il database dei profili genetici (Banca Dati Nazionale del DNA) e il database dei campioni

ethical acceptability» (Art. 24.1, Recommendation Rec(2006)4 of the Committee of Ministers to member states on research on biological materials of human origin).

⁹⁶ A favore dell'anonimizzazione dei campioni si sono espressi l'Unesco nella Dichiarazione Universale sui dati genetici umani e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO, *Guidance for the Operation of Biological Research Centres (BRCs)*, 2004).

⁹⁷ «*The person concerned may freely refuse consent for the use in a research project of his or her identifiable biological materials, or withdraw consent, at any time*» (Art. 22.2, Recommendation Rec(2006)4 of the Committee of Ministers to member states on research on biological materials of human origin).

⁹⁸ Tant'è vero che, ad esempio, la legge sulla ricerca biomedica spagnola prevede solo la distruzione dei campioni biologici, ma non la cancellazione dei dati ottenuti nel corso delle ricerche (art. 60.3, *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica*), mentre presso la biobanca inglese non viene garantita la completa distruzione di tutti i campioni anonimizzati condivisi (v. *UK Biobank. Ethics and Governance Framework, op. cit.*).

⁹⁹ Art. 5 L. 85/2009 «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. Presso il Ministero della giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, è istituito il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA».

¹⁰⁰ In particolare, essi sono: 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. Sono escluse alcune fattispecie di delitti, quali quelli contro l'attività giudiziaria, delitti contro l'economia pubblica, delitti contro il matrimonio, reati in materia tributaria (art. 9 L. n. 85/2009).

biologici (Laboratorio centrale). Il flusso di dati dal Laboratorio alla Banca Dati è oggetto di scrupolosa regolamentazione, demandata a specifici regolamenti attuativi¹⁰¹; inoltre, si ammette l'ulteriore trasmissione di dati da parte dei Laboratori presso le varie forze di polizia e quelli di alta specializzazione¹⁰².

In secondo luogo, l'art. 11 stabilisce come i sistemi di analisi sono applicati esclusivamente alle sequenze di DNA che non consentono l'identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato. L'art. 12 dispone espressamente che i profili di DNA e i relativi campioni non possono contenere informazioni che consentano l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti. A tal fine, i dati personali associati al profilo di DNA presso la Banca Dati vengono conservati dal sistema AFIS (*Automated Fingerprint Identification System*), che gestisce la raccolta delle impronte digitali. Grazie a questa doppia chiave di identificazione, la Banca Dati Nazionale del DNA, già a partire dalla fase iniziale del prelievo, raccoglie solo informazioni anonimizzate¹⁰³, mentre i dati personali del soggetto che viene sottoposto al prelievo del campione biologico vengono conservate dal sistema AFIS. Questo sistema si riflette sull'accesso alla Banca dati, nel senso che la polizia giudiziaria o l'autorità giudiziaria che lo richiedono possono conoscere il nominativo del soggetto titolare del profilo genetico solo qualora la comparazione con il campione in loro possesso abbia fornito esito positivo¹⁰⁴. Pertanto, soltanto in caso di concordanza tra un profilo di DNA noto ed un profilo di DNA sconosciuto avverrà l'abbinamento dei dati anagrafici, consentendo all'autorità giudiziaria l'identificazione del soggetto indiziato¹⁰⁵. Allo stesso modo, nell'ambito dello scambio dei dati a livello internazionale, il sistema di Prüm prescrive che la consultazione da parte di forze di polizia e autorità straniere dei profili di DNA non consenta l'identificazione diretta del soggetto cui il profilo stesso appartiene. Infatti, solo in caso di riscontro positivo (*hit*) è possibile attivare la procedura di collaborazione giudiziaria e quindi procedere allo scambio dei dati personali del soggetto cui è legato il profilo di DNA¹⁰⁶.

Nell'ottica di garantire ulteriormente la riservatezza dei parenti delle persone scomparse, il Regolamento attuativo prevede l'inserimento dei dati anagrafici dei consanguinei in un sottoinsieme dell'AFIS e la conservazione dei relativi profili del DNA in un sottoinsieme della Banca Dati, consultabili solo ai fini dell'identificazione delle persone scomparse¹⁰⁷.

In terzo luogo, merita particolare attenzione l'aspetto relativo alla cancellazione dei profili di DNA e la distruzione dei campioni biologici. Già la fonte di rango primario, all'art. 13 stabilisce che, a seguito di assoluzione con sentenza definitiva, venga disposta d'ufficio la cancellazione dei profili del DNA

¹⁰¹ V. art. 16 L. n. 85/2009 cui è stata data attuazione con il D.P.R. 07.04.2016, n. 87.

¹⁰² V. art. 10 L. n. 85/2009.

¹⁰³ L'informazione contenuta nella banca dati DNA relativa ad un dato soggetto è rappresentata da una coppia di valori: un numero identificativo univoco del soggetto, generato dal sistema AFIS, associato al suo profilo del DNA effettuato presso il Laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. Questo requisito è richiesto dall'articolo 12, L. n. 85/2009 dove viene espressamente sancito che «i profili del DNA e i relativi campioni biologici non contengono le informazioni che consentono l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti».

¹⁰⁴ P. FELICIONI, *Il Regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2016, 712 ss.

¹⁰⁵ È doveroso notare come tale operazione è vietata al personale addetto alla banca dati e potrà essere svolta solo da un numero ristretto di personale in servizio presso l'AFIS.

¹⁰⁶ B. PRAINSACK, V. TOOM, *op. cit.*, 71 ss.

¹⁰⁷ Art. 6, comma 2, D.P.R. 07.04.2016, n. 87.

acquisiti nonché la distruzione dei relativi campioni biologici. Lo stesso vale a seguito di identificazione di resti cadaverici o di ritrovamento della persona scomparsa per i profili e i campioni corrispondenti. Parimenti viene prescritta la cancellazione dei profili del DNA e la distruzione dei relativi campioni laddove le operazioni di prelievo vengano compiute in violazione dell'art. 9 della Legge (perimetro soggettivo). Inoltre, il Regolamento attuativo prevede un periodo massimo di conservazione dei campioni biologici di otto anni, comune a tutti i soggetti a cui il campione sia stato in passato prelevato, a prescindere dagli esiti processuali della vicenda o dalla tipologia di reato per i quali si è proceduto¹⁰⁸. Mentre, per i profili di DNA è previsto un periodo massimo di conservazione pari a trent'anni, prorogabile fino a quaranta in ipotesi particolari tassativamente previste¹⁰⁹.

Infine, la legge prescrive che l'attività della Banca Dati Nazionale del DNA venga supervisionata dal Garante per la protezione dei dati personali, nonché dal Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze della vita (CNBBSV)¹¹⁰.

7. Profili problematici

Alla luce del quadro normativo sopra delineato è possibile individuare alcuni profili critici relativi tanto alla regolamentazione delle biobanche di ricerca quanto a quella della Banca Dati Nazionale del DNA, specialmente per quel che concerne il trattamento dei dati genetici, visto il ruolo preminente che l'aspetto informativo dei campioni ha assunto rispetto alla componente materiale.

Per quanto riguarda il settore delle biobanche di ricerca, il c.d. regime di «*research exemption*» delineato dal Regolamento Generale sulla protezione dei dati personali ha destato non poche perplessità circa l'opportunità di disciplinare lo svolgimento dell'attività di ricerca scientifica, in particolare in un settore di primario interesse quale quello medico, tramite uno strumento volto principalmente a rafforzare la tutela del diritto alla *privacy*¹¹¹.

Anzitutto, è stata criticata la scelta del legislatore europeo di non predisporre una disciplina organica in materia di trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica, accomunando quest'ultima alle finalità di ricerca storica, statistica e di archiviazione nel pubblico interesse, in quanto espressione di un comune interesse pubblico alla conoscenza¹¹².

In secondo luogo, l'art. 9, prevedendo la possibilità per gli Stati Membri di «mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute»¹¹³, non consente la piena realizzazione di quell'obiettivo di uniformazione che il Regolamento si propone di raggiungere. È chiaro, infatti, che il sistema di regole sul punto risul-

¹⁰⁸ Art. 24, D.P.R. 07.04.2016, n. 87.

¹⁰⁹ Art. 25, D.P.R. 07.04.2016, n. 87.

¹¹⁰ Art. 15 L. n. 85/2009.

¹¹¹ Per un approfondimento si vedano S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU, J. REICHEL, *GDPR and Biobanking: Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, Cham, 2021; L. MARILLOTTI, *I dati genetici tra dimensione individuale e collettiva*, cit., 165 ss; L. MARELLI, G. TESTA, *Scrutinizing the EU General Data Protection Regulation. How will new decentralized governance impact research?*, in *Science*, 360, 2018, 496 ss.

¹¹² I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, cit., 304.

¹¹³ Sul punto si veda M. TIMMERS, E-B. VAN VEEN, A.I.R. MAAS, E.J.O. KOMPANJE, *Will the Eu Data Protection Regulation 2016/679 Inhibit Critical Care Research?*, in *Medical Law Review*, 27, 2018, 59-78.

terà significativamente diversificato in relazione a come le normative nazionali perseguiranno l'implementazione della previsione in esame¹¹⁴. Ad esempio, in Italia, il D.lgs. n. 101/2018 ha introdotto nel Codice della Privacy un nuovo art. 2 *septies*, il quale prevede che l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali adotti un provvedimento generale, con cadenza biennale, destinato a dettare specifiche misure di garanzia, tenendo conto delle linee guida, delle raccomandazioni e delle migliori prassi in materia di trattamento dei dati personali, dell'evoluzione scientifica e tecnologica, nonché dell'interesse alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell'Unione¹¹⁵.

Per quanto attiene alla definizione delle basi di liceità del trattamento, il Regolamento generale non definisce chiaramente il grado di estensione che il consenso richiesto all'interessato debba assumere per autorizzare il trattamento di dati ai fini di ricerca scientifica, in particolare in relazione al c.d. utilizzo secondario. Il considerando n. 33, riconoscendo che in molti casi non è possibile individuare pienamente la finalità del trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica al momento della raccolta dei dati, dispone che «dovrebbe essere consentito agli interessati di prestare il proprio consenso a taluni settori della ricerca scientifica laddove vi sia rispetto delle norme deontologiche riconosciute per la ricerca scientifica. Gli interessati dovrebbero avere la possibilità di prestare il proprio consenso soltanto a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca nella misura consentita dalla finalità prevista». A differenza di quanto previsto in linea generale dall'art. 6 par. 4¹¹⁶, per le finalità di ricerca scientifica il Regolamento introduce una presunzione di compatibilità tra gli scopi per cui i dati sono stati originariamente raccolti e quelli ulteriori, a condizione che il trattamento avvenga nel rispetto dei criteri fissati dall'art. 89, par. 1¹¹⁷. Sebbene da un lato la deroga introdotta consenta un utilizzo secondario più agevole, dall'altro non chiarisce per quali categorie di dati tale previsione possa applicarsi, né se tale ulteriore trattamento possa essere condotto da un titolare diverso da quello originario. Ad ogni modo, ciò che traspare è il potenziale svuotamento della funzione autoriz-

¹¹⁴ C. CASONATO, M. TOMASI, *Diritti e ricerca biomedica: una proposta verso nuove consonanze*, in *Rivista di BioDiritto – BioLaw Journal*, 2019, 349.

¹¹⁵ Art. 2 *septies*, D. lgs. 196/2003.

¹¹⁶ Art. 6 Reg. (EU) 2016/679 «al fine di verificare se il trattamento per un'altra finalità sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti, il titolare del trattamento tiene conto, tra l'altro:

- a) di ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto;
- b) del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare relativamente alla relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento;
- c) della natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9, oppure se siano trattati dati relativi a condanne penali e a reati ai sensi dell'articolo 10;
- d) delle possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati;
- e) dell'esistenza di garanzie adeguate, che possono comprendere la cifratura o la pseudonimizzazione».

¹¹⁷ Art. 89 Reg. (EU) 2016/679 «Il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici è soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, in conformità del presente regolamento. Tali garanzie assicurano che siano state predisposte misure tecniche e organizzative, in particolare al fine di garantire il rispetto del principio della minimizzazione dei dati. Tali misure possono includere la pseudonimizzazione, purché le finalità in questione possano essere conseguite in tal modo. Qualora possano essere conseguite attraverso il trattamento ulteriore che non consenta o non consenta più di identificare l'interessato, tali finalità devono essere conseguite in tal modo».

zatoria del consenso, a vantaggio di un modello di *opting out*, affidato al diritto di revoca dell'interessato, informato dal titolare dell'utilizzo secondario ai sensi dell'art. 14 par. 4¹¹⁸.

Inoltre, è stata criticata la scelta di attribuire alla tecnica di pseudonimizzazione un ruolo preminente nel perseguimento dello scopo di minimizzazione dei dati. Sebbene questa tecnica persegua il lodevole fine di scongiurare utilizzi abusivi e discriminatori dei dati genetici, la comunità scientifica tende a sottolineare il fatto che una completa anonimizzazione non è mai completamente possibile, essendo il dato genetico uno tra gli strumenti più affidabili di identificazione personale¹¹⁹. In più, le tecniche di pseudonimizzazione ostacolano in maniera significativa i progressi della ricerca scientifica poiché non permettono a chi sta conducendo lo studio di ricontattare il paziente per poterne seguire l'intero percorso clinico (c.d. *follow up*), aggiornando le informazioni personali e sanitarie connesse al materiale biologico, né per acquisire altre informazioni di carattere personale nel caso in cui nel corso dell'attività di ricerca sorgano elementi inattesi¹²⁰. Senza contare che l'anonimizzazione non permette la realizzazione di un vero e proprio concetto di *privacy*, intesa come controllo sulle proprie informazioni, quale espressione del principio di autonomia e autodeterminazione individuale, quanto piuttosto come *right to be let alone* che si limita ad escludere possibili rischi di discriminazione. Tanto più nel caso in cui non sia stata richiesta preventivamente l'autorizzazione al processo di anonimizzazione¹²¹.

Dal punto di vista della normativa nazionale, infine, la nuova formulazione dell'articolo 100 *bis* del Codice della Privacy in materia di utilizzo secondario dei dati relativi alla salute nell'ambito della ricerca medica, biomedica ed epidemiologica sembra ampliare gli spazi di intervento riservati al Garante per la protezione dei dati personali tramite lo strumento delle Autorizzazioni Generali. Infatti, l'Autorità, oltre a tutelare la riservatezza degli interessati, potrebbe delimitare le condizioni che incidono sulla circolazione dei dati, sostituendo il suo controllo a quello del paziente che non può essere ricontattato¹²².

¹¹⁸ I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, cit., 307 ss.

¹¹⁹ Per un approfondimento sui limiti del processo di anonimizzazione, si vedano THE AMERICAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS, *ASHG Response to NIH on Genome-Wide Association Studies*, 2006; P. OHM, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, in *UCLA Law Review*, 57, 2010, 1701; M. GYMREK ET AL., *Identifying Personal Genomes by Surname Inference*, in *Science*, 339, 2013, 321; M. Angrist, *Genetic privacy needs a more nuanced approach*, in *Nature*, 494, 2013, 7; N. RAM, *DNA by the entirety*, in *Columbia Law Review*, 115, 2015, 886; R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica*, in *Diritto e Processo*, 2018, 119.

¹²⁰ I. RAPISARDA, *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 626 ss. Per un approfondimento sulle limitazioni alla ricerca scientifica poste dalle tecniche di pseudonimizzazione si vedano A. BERNES, *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 1, 175; P. QUINN, *The Anonymisation of Research Data — A Pyrrhic Victory for Privacy that Should Not Be Pushed Too Hard by the EU Data Protection Framework?*, in *European Journal of Health Law*, 24, 2017; M. SHABANI, P. BORRY, *Rules for processing genetic data for research purposes in view of the new EU General Data Protection Regulation*, in *Eur J Hum Genet*, 26, 2018, 149 ss.

¹²¹ M. TOMASI, *op. cit.*, 200 ss.

¹²² I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, cit., 312.

In definitiva, sebbene il sistema delineato dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali in materia di trattamento dei dati per finalità di ricerca scientifica sia frutto di una scelta strategica volta a garantire una disciplina “elastica” per meglio adattarsi alle evoluzioni scientifiche e tecnologiche, sconta un grado significativo di frammentarietà non funzionale né a tutelare i diritti degli interessati, né a favorire il progresso della medicina¹²³.

Per quanto riguarda la Banca dati nazionale del DNA, occorre evidenziare come l’adozione del Regolamento attuativo D.P.R. n. 87 del 2016 ha posto grande risalto al problema del trattamento del dato genetico. Oltre alla presenza di alcune disposizioni afferenti alla tutela del diritto di difesa e della libertà personali, infatti, la maggior parte delle previsioni del Regolamento sono tese ad assicurare il rispetto del diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti nella raccolta dei campioni. Stante la prevalenza dell’interesse di carattere generale alla conduzione di indagini, la riservatezza, quale diritto all’intangibilità della sfera privata della persona e quindi limite al procedere penale, deve necessariamente essere tutelata in un momento successivo rispetto alla raccolta dell’informazione genetica attraverso adeguate misure di sicurezza. Gli aspetti innovativi del Regolamento riguardano, in primo luogo, la precisa regolamentazione della raccolta e della determinazione di criteri di inserimento dei profili del DNA nella Banca dati. In secondo luogo, diversamente da quanto previsto dalla Legge istitutiva che descriveva l’attività della Banca Dati Nazionale in termini di “raccolta” di profili di DNA e “raffronto”, il Regolamento distingue nettamente l’attività di consultazione, cui sono dedicate specifiche norme volte a definire determinate cautele¹²⁴, dall’attività di conservazione, che non necessariamente segue la prima fase. Infine, limita i tempi di conservazione dei profili di DNA ottenuti dalle persone soggette a restrizione della libertà personale nonché la distruzione dei relativi campioni biologici, abbreviandoli rispetto alle previsioni della Legge del 2009. Tuttavia, si sottolinea l’ambiguità del provvedimento attuativo circa la sorte riservata agli archivi genetici non ufficiali che sembra siano destinati a convivere con la Banca Dati Nazionale del DNA¹²⁵.

Per quanto attiene specificatamente al trattamento dei dati personali, il Decreto attuativo della Direttiva n. 608/2016 in materia di trattamento di dati personali a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati è stato criticato poiché, oltre a risultare incompleto a fronte dei continui rinvii alla regolamentazione di settore, appare inadeguato rispetto alla tutela dei diritti dell’interessato. La Direttiva comunitaria, infatti, giustifica restrizioni all’esercizio dei diritti individuali relativamente al controllo delle proprie informazioni rispetto a finalità di sicurezza pubblica purché le stesse operino entro i limiti dello stretto necessario, risultino adeguate al conseguimento della funzione pubblica e proporzionate nei loro effetti. La normativa nazionale, invece, non giustifica un’applicazione circoscritta delle restrizioni e non le correda da specifiche garanzie poste a tutela dell’interessato che vede limitati i suoi diritti¹²⁶.

¹²³ Sull’inadeguatezza della disciplina della privacy a regolare la materia si veda R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica*, in *Diritto e processo*, 2018, 95-133.

¹²⁴ V. art. 9 secondo cui ogni richiesta di consultazione dovrà essere motivata, dalle forze di polizia che la presentano, con specifico riferimento al reato oggetto di indagine. Inoltre, il regolamento disciplina i presupposti tecnici relativi ai criteri di inserimento dei profili e al raffronto tra profili con una concordanza positiva o con una quasi concordanza (art. 10).

¹²⁵ P. FELICIONI, *op. cit.*, 715 ss.

¹²⁶ A. RICCI, *op. cit.*, 574.

8. Considerazioni conclusive e prospettive future

La regolamentazione delle biobanche risulta essere una questione particolarmente complessa in quanto il fenomeno si è sviluppato nella prassi in maniera disarmonica ed è caratterizzato da un'incertezza definitoria, oltre che da un'eterogeneità contenutistica. Il progresso delle conoscenze in ambito biomedico e delle tecnologie applicate alla genetica ha avuto una portata dirompente e prospetta rischi inediti per il diritto all'intangibilità della sfera privata della persona. In questo contesto, la scienza giuridica è chiamata ad assumersi il delicato compito di tutelare l'uomo, predisponendo un congruo apparato di garanzie contro le minacce provenienti da una società tecnologicamente avanzata¹²⁷.

Focalizzando l'attenzione sul panorama normativo nazionale, la Legge n. 85/2009 prevede una serie di misure di tutela specifiche per l'attività della Banca dati nazionale del DNA, mentre il quadro risulta alquanto sfumato e confuso relativamente al settore delle biobanche di ricerca, a causa della mancanza di una normativa organica¹²⁸. Alla luce dell'analisi compiuta, sembra che in questo campo il compito di salvaguardare i diritti individuali sia stato demandato alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, relegando in secondo piano l'interesse della collettività al progresso scientifico.

Le biobanche di ricerca contribuiscono in maniera significativa alla realizzazione di diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla vita e all'assistenza sanitaria, in ragione dell'importanza centrale che tali infrastrutture rivestono nel campo della ricerca biomedica contemporanea¹²⁹. Da qui l'esigenza di un intervento legislativo, che, lungi dal comprimere la libertà di ricerca biomedica, ne indirizzi l'attività concreta a favore del benessere della persona umana e dei suoi valori assoluti¹³⁰.

Punto focale della discussione riguarda la gestione del consenso informato, quale strumento fondamentale di garanzia all'autodeterminazione dell'individuo. Tuttavia, gli schemi tradizionali del consenso informato appaiono inadeguati¹³¹, proprio a causa della duplice natura dei campioni biologici che genera un rapporto del tutto nuovo tra corpo e persona¹³². Allo stesso tempo, la tutela dell'autonomia del singolo non può continuare ad essere risolta in termini meramente negativi, così come sembrano suggerire i richiami alle tecniche di anonimizzazione¹³³.

¹²⁷ Per un approfondimento sulle nuove prospettive si veda A. KUMAR, *Virtual global biorepository: access for all to speed-up result-oriented research*, in *Cell Tissue Bank*, 21, 2020, 361 ss.

¹²⁸ S. PENASA, *Conclusioni. Verso un sistema normativo integrato: il caso delle biobanche di ricerca*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 331 parla di un modello "ibrido" di regolamentazione.

¹²⁹ A. NORDBERG, *Biobank and Biomedical Research: Responsibilities of Controllers and Processors Under the EU General Data Protection Regulation*, in S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU, J. REICHEL (a cura di) *GDPR and Biobanking: Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, Cham, 2021, 61.

¹³⁰ Tale esigenza è avvertita anche a livello europeo in *Biobanks for Europe. A challenge for governance. Report of the Expert Group on Dealing with Ethical and Regulatory Challenges of International Biobank Research*, op. cit.

¹³¹ V. MARZOCCO, *Il consenso informato alla conservazione e all'utilizzo di materiale biologico umano. Persona e corpo tra relazione interrotta e nuovi scenari rappresentativi*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 172.

¹³² M. MACIOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., 159.

¹³³ M. TOMASI, op. cit., 203.

Per questo motivo, si suggerisce da tempo la definizione di un nuovo modello di consenso informato¹³⁴, appositamente creato per l'attività delle biobanche di ricerca, che sia in grado di contemperare l'interesse collettivo alla scoperta di nuove cure con il rispetto dei diritti inviolabili delle persone coinvolte¹³⁵.

¹³⁴ Sulla proposta di un di un nuovo modello di «consenso sociale informato» si veda C. FLAMIGNI, *Sul consenso sociale informato*, in *Rivista di BioDiritto – BioLaw Journal*, 2017, 201.

¹³⁵ L'ultima frontiera del consenso informato nel settore delle biobanche di ricerca è rappresentata dal consenso dinamico (*dynamic consent o interactive consent with community involvement*), per un approfondimento si veda H.J.A. TEARE, M. PRICTOR, J. KAYE, *Reflections on dynamic consent in biomedical research: the story so far*, in *European Journal of Human Genetics*, 29, 2021, 650.

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 *BiLaw 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.

Effetti patrimoniali del sopravvenuto accertamento della morte sulla successione dello scomparso, dell'assente e del morto presunto

Alessandro Marchini*

PATRIMONIAL EFFECTS OF THE SUPERVENING ASSESSMENT OF DEATH ON THE SUCCESSION OF THE DECEASED, THE ABSENT AND THE PRESUMED DEAD

ABSTRACT: The essay takes its cue from considering the supervening ascertainment of the death of the disappeared, absent or presumed dead person as an event which entails changing the structure of interests dictated by these institutions. In light of the foregoing, after having noticed that, thanks to the technological evolution in the fields of molecular biology and forensic anthropology, as compared to the past, the proof of death nowadays can occur with greater probability, the essay focuses on how the mentioned proof affects the succession process relating the missing person.

KEYWORDS: Supervening ascertainment of the death; disappeared; absent; presumed dead person; succession

SOMMARIO: 1. Il sopravvenuto accertamento della morte dello scomparso, dell'assente o del morto presunto – 2. Nuove tecnologie per nuovi accertamenti – 3. Scomparsa, assenza ed apertura della successione della *missing person* – 4. Effetti della prova della morte sulla successione dello scomparso o dell'assente: apertura della successione e relativa data – 5. (Segue) Conseguenze in tema di decorrenza dei termini di esercizio dei diritti successori e di accettazione dell'eredità – 6. (Segue) Efficacia degli atti compiuti dal curatore o dagli immessi nei confronti dei chiamati alla successione dello scomparso o dell'assente – 7. Dichiarazione di morte presunta ed apertura della successione della *missing person* – 8. Effetti della sopravvenuta prova della data della (vera) morte sulla successione del dichiarato morto: l'apertura di una "nuova" successione – 9. (Segue) Data di apertura della successione e decorrenza dei termini di esercizio dei diritti successori – 10. (Segue) Effetti della apertura della "vera" successione sugli atti compiuti dai (presunti) eredi e legatari: inquadramento del problema ed ipotesi ricostruttive – 11. (Segue) Il pregiudiziale tema della perdita del titolo ereditario da parte dei presunti eredi e legatari: ha effetto *ex nunc* o *ex tunc*? – 12. (Segue) Inefficacia *ex tunc* e temperamenti al principio "*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*" – 13. (Segue) Il problema degli atti compiuti dai presunti eredi e legatari nel periodo *post mortem* del già dichiarato morto presunto – 14. (Segue) Il recupero dei beni da parte dei veri eredi e legatari.

* *Avvocato; Dottore di Ricerca e Assegnista di Ricerca in Discipline Civiltiche presso l'Università degli Studi di Firenze; Tutor del Corso Diritto Civile presso la Scuola di Specializzazione delle Professioni Legali di Firenze. Mail: alessandro.marchini@unifi.it – alessandro@marchini.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Il sopravvenuto accertamento della morte dello scomparso, dell'assente o del morto presunto

La scomparsa di una persona fisica¹ comporta uno stato di incertezza sulla sua perdurante, o meno, esistenza e da ciò scaturisce l'esigenza di disciplinare la sorte dei rapporti patrimoniali e familiari facenti capo allo scomparso nel momento della sua ultima notizia².

Sopperiscono a tale esigenza gli istituti classici della scomparsa, dell'assenza e della morte presunta³, i quali sono disciplinati dal codice civile secondo un ordine ed un grado di effetti rispondente all'affermazione di comune buon senso⁴ a mente della quale, quando alcuno scompaia senza dare più notizie, in un primo tempo prevale la possibilità che egli sia ancora in vita, con l'incedere del tempo si determina una grave incertezza ed infine prevalgono le probabilità di morte⁵.

¹ Secondo E. ROMAGNOLI, *Dell'assenza e della dichiarazione di morte presunta*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna, 1970, 86, "la scomparsa è un fatto giuridico autonomo cui si collegano conseguenze specifiche".

² Cfr. E. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 69, 93-95, 125; M. ESU, *L'assenza e la dichiarazione di morte presunta*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, II, Torino, 1999, 412; M. DOGLIOTTI, *Scomparsa, assenza, morte presunta*, in M. BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato*, II, Torino, 1999, 439; P. ZATTI, *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1969, 250.

³ Oltre agli ulteriori riferimenti bibliografici volta per volta citati, su tali istituti v. almeno: E. ALVINO, *La dichiarazione giudiziale di morte presunta*, in *Giur. compl. cass. civ.*, I, 1952, 623 ss.; D. BARILLARO, *Della dichiarazione di morte presunta*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna, 1970, 312 ss.; G. CALLEGARI, *Morte (Diritto civile)*, in *Nss.D.I.*, X, 1964, 924 ss.; ID. *L'assenza e la dichiarazione di morte presunta nella riforma del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, 12 ss.; F. CARRESI, *La dichiarazione di morte presunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 339 ss.; D'AVANZO, *L'assenza e la presunzione di morte nel progetto di riforma del primo libro del codice civile*, in *RISG*, 1933, 281 ss.; M. DOGLIOTTI, *Scomparsa, assenza, morte presunta*, in M. BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato*, II, Torino, 1999, 439 ss.; M. ESU, *L'assenza e la dichiarazione di morte presunta*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, II, Torino, 1999, 412 ss.; M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943; R. LUZZATTO, *La condizione giuridica dello scomparso*, Padova, 1920; ID. *L'istituto dell'assenza e sua riforma*, Ferrara, 1924; E. ROMAGNOLI, *Dell'assenza e della dichiarazione di morte presunta*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna, 1970, 69 ss.; ID., *Dell'assenza*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna, 1970, 114 ss.; ID. *Assenza (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 409 ss.; RUSSO, *Dichiarazione di morte presunta*, in M. D'AMELIO e E. FINZI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Firenze, 1943; R. SACCO, *Se il figlio della moglie del dichiarato morto presunto, il quale sia stato concepito fra la data della morte presunta e la data della dichiarazione, nasca legittimo*, in *Foro pad.*, I, 1950, 1199 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Disciplina dello scomparso nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 381 ss.; ID., *Dichiarazione di morte presunta. Nuovo matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, 87 ss.; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964; F. SANTOSUOSSO in B. LIGUORI, N. DISTASO e F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario del Codice civile*, lb. I, 1, Torino, 1966; V. SGROI, *Morte presunta (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 110 ss.; M. STELLA RICHTER, V. SGROI, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario del Codice civile UTET*, I, 2, Torino, 1967; P. ZATTI, *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1969, 242 ss.; ID. *Valutazione di probabilità e di opportunità nella dichiarazione di morte presunta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1245 ss..

⁴ Anche se, evidentemente, non incontrastata.

⁵ Cfr. E. ROMAGNOLI, *Dell'assenza e della dichiarazione di morte presunta*, cit., 70 ed *ivi* nota 2 e p. 83 ed *ivi* nota 3, anche per riferimenti bibliografici più risalenti., cui fanno eco L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile. 1.1. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, 96, che con fortunata espressione parlano

Riguardo gli effetti di tali istituti, è comune opinione che essi diano luogo ad una serie di situazioni giuridiche provvisorie, ma è opportuno precisare subito tale affermazione. Tentando di compulsare le disquisizioni terminologiche intervenute *in subiecta materia*⁶, la richiamata provvisorietà sta “semplicemente” a significare che gli effetti di tali istituti vengono meno, peraltro *ipso iure*⁷, laddove sopraggiunga uno di quegli eventi capaci di risolvere quello stato di incertezza sull’esistenza in vita o meno della *missing person* al quale questi istituti sopperiscono⁸.

Tra questi eventi sopravvenuti figura primariamente il caso del ritorno dello scomparso, ma qui ci concentreremo sulla diversa ipotesi del sopravvenuto accertamento della morte della persona scomparsa, ovvero dichiarata assente o morta presunta⁹.

L’accertamento della morte delle *missing person* rappresenta una sopravvenienza riconducibile a due ipotesi ben distinte: quella in cui sopraggiunge la prova del fatto che una persona già scomparsa o dichiarata assente è, in realtà, morta; e quella in cui viene accertato che una persona sia sì in effetti morta, ma non nel momento (erroneamente) dichiarato nella sentenza di morte presunta¹⁰.

La distinzione tra queste ipotesi non è trascurata dal Legislatore, che in effetti dedica ad esse due diverse disposizioni: l’art. 57 c.c. per il caso dell’accertamento della morte del dichiarato assente e l’art. 66, III co. c.c. per l’ipotesi in cui intervenga la prova della data della morte.

Senonché, detta disciplina risulta subito inappagante ove si vogliano inquadrare compiutamente le conseguenze giuridiche di tale sopravvenienza. Basti, invero, qualche considerazione *in nuce*.

Anzitutto, si può subito notare che, a ben vedere, nessuna delle norme citate disciplina espressamente l’ipotesi della sopravvenuta prova della morte dello scomparso e tale lacuna è già, di per sé, un dato con il quale misurarsi.

Si consideri, poi, il contenuto dell’art. 57 c.c..

Il primo comma di tale norma appare disporre chiaramente che, quando «è provata la morte dell’assente»¹¹, la successione di costui si apre a favore dei suoi eredi e legatari individuati al momento della morte accertata, eppure esistono opinioni secondo cui l’apertura della successione dell’assente sarebbe in realtà già intervenuta a favore degli immessi nel possesso temporaneo dei beni¹², i quali ultimi, peraltro, ben potrebbero esser persone diverse rispetto ai chiamati al momento della morte naturale, poiché l’individuazione degli immessi è parametrata, ex art. 50, I co., c.c., al differente giorno in cui si è avuta l’ultima notizia della persona scomparsa. Ugualmente, poi, si pongono dubbi rispetto al secondo capoverso della norma: esso consente sì ai successori dell’assente del quale sia stata accertata la morte di recuperare i beni presso coloro che, a seguito della dichiarata assenza, sono stati

di possibilità di morte (è il caso della scomparsa), ovvero di probabilità di morte (è il caso della assenza), o infine di presumibilità di un avvenuto decesso (è il caso della dichiarazione di morte presunta).

⁶ Per un’ampia disamina delle quali v. D. BARILLARO, *op. cit.*, pp. 383-385; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 87 ss..

⁷ E. ROMAGNOLI, *Dell’assenza*, 303.

⁸ D. BARILLARO, *op. cit.*, p. 384; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 93.

⁹ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 95-97, evidenzia bene come, seppur con grado di probabilità assolutamente inferiore, tali evenienze possano ben presentarsi anche con riferimento ed in conseguenza all’accertamento della morte naturale, ciò che costituisce uno degli argomenti a sostegno della tesi dell’Autore per cui la dichiarazione di morte presunta è perfettamente equiparabile alla morte naturale. Su quest’ultimo argomento v. *infra* par. 7.

¹⁰ F. CARRESI, *op. cit.*, 339 e 341.

¹¹ Così, testualmente, l’art. 57, I co., c.c.

¹² Il tema sarà affrontato nel successivo par. 3, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

appunto immessi nel possesso dei beni dell'assente, però tale disposizione trascura la appena riferita differenza soggettiva potenziale tra i successori e gli immessi, nonché non chiarisce esaustivamente come gli effetti dell'amministrazione dei primi (*i.e.* gli immessi) si ripercuotono sui secondi (*i.e.* i successori).

Infine, si pensi al richiamato articolo 66, III co., c.c., in tema di sopravvenuta prova della morte in data diversa rispetto a quella indicata nella dichiarazione di morte presunta.

Tale disposizione presenta *ictu oculi* un minor respiro del precedente art. 57 c.c.: essa attribuisce espressamente ai successori individuati al momento della vera morte "solo" certi diritti, non coincidenti con quelli che scaturirebbero da una ordinaria successione *mortis causa*, ossia la possibilità di recuperare i beni del dichiarato morto presunto o il prezzo di quelli alienati se ancora dovuto, o i beni in cui sia stato reinvestito, e di pretendere l'adempimento delle obbligazioni frattanto dichiarate estinte per il tempo anteriore alla (vera) morte. Sicché, in ragione di questa limitatezza contenutistica, è legittimo domandarsi se, alla data della vera morte si apra, o meno, una ordinaria successione del soggetto già dichiarato morto presunto. D'altra parte, quand'anche volesse risolversi quest'ultimo interrogativo nel senso – come vedremo preferibile – dell'apertura di una inedita successione, resta comunque da spiegare come essa "interagisca" con gli effetti già prodotti dalla dichiarazione di morte presunta.

Tutto considerato, dunque, quali siano gli effetti e le conseguenze giuridiche della sopravvenienza dell'accertamento della morte sulla successione dello scomparso, assente o morto presunto è un tema certamente meritevole d'indagine¹³. Eppure, nonostante tale rilevanza, non abbondano, in dottrina ed in giurisprudenza, specifiche opinioni.

¹³ Per altro verso, non è trascurabile un ulteriore aspetto, cioè che la sopravvenienza della prova della morte non esaurisce i propri effetti sulla successione della *missing person*, bensì estende la sua portata anche alle successioni alle quali costei sia stata (o meglio, sarebbe stata) chiamata. È quest'ultima la tematica, che qui può essere solo cennata quale ulteriore spunto d'indagine, delle c.d. ragioni che competono alla persona scomparsa, dichiarata assente o morta presunta, la quale schiude questioni tanto complesse quanto quelle evidenziate innanzi. Si considerino, ad esempio in tema di assenza, le disposizioni degli articoli 69 e 70 c.c., a mente delle quali nessuno è ammesso a reclamare un diritto in nome della persona di cui si ignora l'esistenza (art. 69 c.c.) e la successione cui sarebbe chiamata una persona scomparsa è devoluta a coloro ai quali sarebbe spettata in mancanza di detta persona (art. 70 c.c.). Simili disposizioni sono suscettibili di interpretazioni diametralmente opposte tra loro: da un lato, da esse potrebbe arguirsi che sia esclusa la delazione nei confronti dell'assente (è questa la tesi di A. Cicu, *Successioni per causa di morte*. Milano, 1954, 80, esposta sul presupposto che la vocazione si debba rivolgere ad un chiamato che sia in vita, perciò l'assente, in ragione dell'incertezza sulla sua esistenza, sarebbe incapace a succedere); dall'altro, l'esatto contrario, ossia che l'assente sia effettivamente chiamato e che l'incertezza sulla sua esistenza sol impedisca al giudice di accogliere la domanda degli interessati, sicché, nel caso del suo ritorno o della prova della sua esistenza nel momento in cui il diritto è sorto, l'assente stesso o i suoi eredi possono agire con l'*hereditas petitio* (è questa la tesi, apparentemente preferibile e seguita dalla successiva dottrina, di L. FERRI, *Successioni in generale*. Art. 456-511, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile, Libro Secondo. Delle Successioni*, Bologna, 1980, 151-152; E. ROMAGNOLI, *Assenza (diritto civile)*, cit., 417). Per un approfondimento della tematica delle ragioni che competono alla persona di cui si ignora l'esistenza o di cui è stata dichiarata la morte presunta v. almeno D. BARILLARO, *Delle ragioni che competono alla persona di cui si ignora l'esistenza o di cui è stata dichiarata la morte presunta*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna, 1970, 423 ss..

Il motivo di ciò può, però, essere facilmente intuito: il sopravvenire dell'accertamento della morte di una *missing person* è un risultato assai arduo da raggiungere, sicché poche sono state le occasioni di riflessione.

In effetti, richiamando quanto osservato in apertura, ossia che gli istituti della scomparsa, dell'assenza e della morte presunta suppongono e conseguono proprio all'impossibilità di avere certezza in ordine alla esistenza in vita o alla morte del soggetto, è agevole comprendere quali siano le difficoltà e pure l'improbabilità, anche sotto un profilo statistico, della sopravvenienza di un simile accertamento¹⁴.

Tuttavia, l'evoluzione delle tecnologie e degli studi scientifici in tema di biologia molecolare e di antropologia forense appare, oggi, suscettibile di sovvertire quest'ultimo ordine di idee.

2. Nuove tecnologie per nuovi accertamenti

Accade talvolta che l'impossibilità di accertare la morte di uno scomparso, assunta quale fonte dell'incertezza presupposto delle diverse dichiarazioni ex artt. 48 e ss. c.c.¹⁵, derivi non tanto dal mancato ritrovamento di un cadavere, bensì dal recupero di campioni biologici la cui analisi non permette l'identificazione del soggetto.

Il caso non è infrequente: i reperti oggetto di ritrovamento sono spesso frammentati o degradati, a causa, per ipotesi, dell'esposizione del corpo a eventi traumatici, a fattori chimici, fisici o ambientali, oppure, anche più semplicemente, al deperimento dovuto al trascorrere di un significativo periodo di tempo fra l'effettivo momento della morte ed il ritrovamento del cadavere o dei suoi resti.

In simili circostanze, le conoscenze scientifiche tradizionali, quali l'esame del DNA mediante l'utilizzo di protocolli standard¹⁶, soccombevano innanzi alla menzionata compromissione dei materiali e così, il più delle volte, risultavano in un fallimento del tentativo di identificare il morto, dando la stura, se così si può dire, all'applicazione delle discipline ex artt. 48 ss. c.c. perché, non constando la prova della morte dello scomparso, si instaurava quello stato di incertezza cui dover sopperire.

¹⁴ Vedi a tale proposito gli interessanti dati statistici contenuti nella 26a Relazione annuale (1° gennaio 2021 – 30 novembre 2021) del Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse, alle pp. in particolare 14 ss., reperibile sul sito web <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/dati-e-statistiche/relazioni-periodiche-commissario-straordinario-governo-persone-scomparse>.

¹⁵ Per aversi scomparsa non è sufficiente che non giungano notizie della persona, occorrendo invece che i fatti occorsi siano tali da generare incertezza sulla sorte della persona (*ignoratur ubi sit et an sit*, dicevano i Romani). Cfr. E. ROMAGNOLI, *Dell'assenza e della dichiarazione di morte presunta*, cit., 82. Per una concezione alquanto diversa cfr. P. ZATTI, *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*, cit., 245 ed *ivi* nota 3, nel senso che per parlarsi di scomparsa – e dunque ritenere applicabile la disciplina degli artt. 48 ss. c.c. – non sarebbe necessaria la presenza del dubbio sull'esistenza della persona, poiché l'irreperibilità potrebbe ben avvenire in circostanze tali da non ingenerare tale dubbio (ad es., afferma l'Autore, perché la persona aveva seri motivi per rendersi irreperibile). Anche se ciò non toglie, come ammette lo stesso Autore, che si ignori comunque se lo scomparso sia vivo o morto.

¹⁶ Cfr. E.M. GORDEN, K. STURK-ANDREAGGI, C. MARSHALL, *Repair of DNA damage caused by cytosine deamination in mitochondrial DNA of forensic case samples* *Forensic Sci*, in *Int. Genet.*, 34, 2018, 257-264; T.J. PARSONS, R.M. HUEL, Z. BAJUNOVIĆ, A. RIZVIĆ, *Large scale DNA identification: the ICMP experience* *Forensic Sci*, in *Int. Genet.*, 38, 2019, 236-244.

Senonché, proprio grazie al progresso tecnico-scientifico innanzi menzionato, simili casi appaiono oggi suscettibili di un riesame, finalizzato a restituire quella prova della morte dapprima impossibile da raggiungere.

Negli ultimi anni, infatti, la biologia molecolare è stata capace di sviluppare tecniche innovative (c.d. *Next Generation Sequencing*) capaci di conseguire, anche in presenza di campioni biologici altamente degradati, il sequenziamento di interi genomi e così di incrementare notevolmente la qualità e la quantità dei dati ottenuti da simili resti, fino a consentire inediti risultati in punto di prova della morte delle persone già dichiarate scomparse, assenti o morte presunte.

Ad un siffatto progresso della scienza consegue, dunque, quella che potremmo definire una nuova stagione dell'accertamento della morte delle *missing person* e, di pari passo, emerge l'opportunità di studiare le significative conseguenze giuridiche che tale sopravvenienza porta con sé.

In questo scenario, senz'altro meritevole di approfondimento sotto diversi profili, una questione di particolare importanza, come in parte è già emerso dalle preliminari riflessioni suesposte, riguarda l'individuazione degli effetti patrimoniali del sopravvenuto accertamento della morte sulla successione dello scomparso, dell'assente e del morto presunto.

È proprio su questo tema che si dirà nel prosieguo, avendo cura di distinguere tra le diverse ipotesi in cui la prova della morte intervenga pendente la scomparsa o la dichiarazione di assenza oppure segua alla sentenza di morte presunta e consti nell'accertamento di una diversa data in cui è intervenuta la morte naturale.

3. Scomparsa, assenza ed apertura della successione della *missing person*

Preliminare all'individuazione degli effetti successori scaturenti dall'accertamento della morte dello scomparso o del dichiarato assente, è l'inquadramento di quali siano le conseguenze della scomparsa o della dichiarazione di assenza sul profilo successorio della *missing person*.

Dev'essere preliminarmente sgombrato il campo, in particolare, dall'eventualità, invero prospettata da alcuni con specifico riferimento all'ipotesi dell'assenza, che i provvedimenti resi, rispettivamente, ai sensi dell'art. 48 o degli artt. 49 e 50 c.c., diano già di per sé luogo all'apertura della successione dello scomparso o dell'assente. Appare superfluo sottolineare, infatti, come l'analisi della questione delineata conduca a conclusioni profondamente diverse laddove si ritenga, o meno, che la scomparsa o la dichiarazione d'assenza abbiano già determinato l'apertura della successione della *missing person* della quale sopraggiunge l'accertamento della morte.

Con riferimento alla scomparsa, è senz'altro da escludere che la regolamentazione derivante dalle disposizioni dell'art. 48 c.c., in cui è prevalentemente racchiusa la disciplina della fattispecie¹⁷, produca effetti giuridici di natura successoria.

La norma richiamata, invero, concede esclusivamente al tribunale il potere di nominare un curatore dei beni dello scomparso e di dare altri provvedimenti conservativi, sicché deve ritenersi che l'istituto

¹⁷ Alla fattispecie della scomparsa si applicano anche gli artt. 69, 70 e 71 c.c. per quanto concerne i rapporti sorti successivamente alla scomparsa. Per approfondimenti su questi articoli, applicabili anche al periodo successivo alla dichiarazione di assenza, v. D. BARILLARO, *Delle ragioni che competono alla persona di cui si ignora l'esistenza o di cui è stata dichiarata la morte presunta*, cit., 423 ss..

della scomparsa abbia il limitato fine di rendere possibile la manutenzione del patrimonio dello scomparso¹⁸, dunque non quello di aprire la sua successione.

Ed in effetti, il semplice fatto della scomparsa, a ben vedere, anche se fa sorgere il dubbio sull'esistenza della persona, determina principalmente la necessità di evitare pregiudizi allo scomparso e a coloro che potrebbero esserne gli eredi se fosse morto, e non quella di dare un assetto durevole ai rapporti facenti capo allo scomparso. Soltanto col prolungarsi dello stato di incertezza sorge il problema, questo sì tutto successorio, della conservazione dei rapporti giuridici facenti capo allo scomparso e della loro continuazione in capo ad un nuovo soggetto¹⁹.

In altre parole, durante questo primo momento, il legislatore non vuole evitare che i beni dello scomparso siano *vacui domini*, ma escludere che siano *vacui possessionis*, e che da simile anomala circostanza possa derivare l'abbandono dei beni stessi ed un pregiudizio allo scomparso (e di riflesso ai suoi eventuali eredi) o a terzi²⁰.

Può pertanto affermarsi, senza tema di smentita, che il fatto della scomparsa e/o il provvedimento ex art. 48 c.c. non provocano alcun effetto alla successione dello scomparso.

Maggiori dubbi intervengono, invece, con riferimento alla fattispecie dell'assenza, poiché in essa è dato riscontrare, in effetti, un certo parallelismo con la successione *causa mortis*²¹.

Invero, ai sensi dell'art. 50, I co., c.c., alla assenza dichiarata ex art. 49 c.c., consegue, anzitutto, la (eventuale, ovviamente) apertura degli atti di ultima volontà e, ai sensi dei commi II e III dell'art. 50 c.c., il diritto, per coloro che sarebbero successori nel giorno a cui risale l'ultima notizia di lui, di chiedere l'immissione nel possesso dei beni dell'assente e di esercitare i diritti dipendenti dalla morte dell'assente.

Quanto appena osservato è dunque effettivamente assimilabile ad una vocazione ereditaria²² e, tenuto conto che la descritta immissione nel possesso interviene con riferimento a dei rapporti che vengono distinti nel patrimonio dell'assente alla stregua di come verrebbe individuato il suo asse ereditario²³, è configurabile una certa rassomiglianza di questo meccanismo pure con la delazione dell'eredità.

V'è chi²⁴ ritiene, poi, che il patrimonio oggetto di immissione nel possesso sia addirittura qualificabile proprio come una *hereditas*, in quanto sarebbe separato dal residuo patrimonio dell'assente²⁵ e affidato a soggetti determinati in base al loro titolo alla (eventuale) successione dell'assente, sia che esso derivi *ex lege*, sia che sorga *ex testamento*.

¹⁸ E. ROMAGNOLI, *Dell'Assenza*, cit., 125-126.

¹⁹ Avendo riguardo, in quest'ultimo caso, alla valutazione comparativa degli interessi dello scomparso, per il caso che consti la sua esistenza, e di quelli dei suoi successori (e di chi possa vantare diritti o vedere cessare obblighi in conseguenza della sua morte) per il caso che consti la morte o l'assenza si prolunghi per oltre dieci anni ed abbia luogo la dichiarazione di morte presunta. E. ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, 126.

²⁰ E. ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, 126.

²¹ Cfr. P. ZATTI, *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*, cit., 252; conc. E. ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, 235.

²² Lo nota anche E. ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, 214.

²³ Il rilievo è di P. ZATTI, *op. loc. ult.*, cit..

²⁴ P. ZATTI, *op. loc. ult.* cit..

²⁵ Pur ravvisando anch'egli la similitudine tra immissione nel possesso temporaneo dei beni e successione *mortis causa*, non è concorde sul preciso punto del testo E. ROMAGNOLI, *Dell'Assenza e della dichiarazione di morte presunta*, cit., 107 ss..

Infine, occorre rilevare che il menzionato parallelismo si riscontra, in certa misura, anche nel modo di acquisto del diritto, che nell'assenza non è automatico, così come non è automatico nella successione a titolo universale²⁶.

Sulla scorta di tali rilievi, dunque, ben si comprende perché certa dottrina sia giunta ad affermare che la dichiarazione di assenza dia luogo ad una vera e propria successione dell'assente a favore degli immessi nel possesso dei beni di costui²⁷; e neppure meraviglia che tale opinione abbia trovato successivo conforto nella giurisprudenza²⁸ e nelle conclusioni di altra autorevole dottrina, secondo cui, in effetti, il titolo della immissione nel possesso sarebbe medesimo a quello che si ha in caso di morte (cioè la vocazione legittima e testamentaria), sicché i diritti dei chiamati avrebbero la stessa natura (di eredi o di legatari)²⁹.

Senonché, sembra più esatto ritenere che la semplice dichiarazione d'assenza e la conseguente immissione nel possesso temporaneo dei beni non determinino apertura della successione dell'assente.

Contrariamente a quanto avviene in relazione alla dichiarazione di morte presunta, infatti, nel caso dell'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente difetta un addentellato letterale che faccia pensare alla apertura di una successione universale³⁰. Anzi, a ben vedere, ben può dirsi che il contenuto degli artt. 52 e 57 c.c., disposti proprio in materia di effetti dell'immissione nel possesso dei beni dell'assente e di prova della morte di costui, addirittura confligge col concetto di successione *mortis causa*³¹.

Nell'art. 52 c.c. si parla, invero, di amministrazione dei beni dell'assente e di rappresentanza in giudizio di costui e sono queste tutte espressioni che contrastano chiaramente con la nozione di successione³². Anzi, appare proprio un *nonsense* giuridico affermare di esser succeduti ad alcuno se al contempo si dice di amministrare i suoi beni e di rappresentarlo in giudizio³³.

D'altra parte, anche la seconda delle dette norme, ossia l'art. 57 c.c., disponendo espressamente – come abbiamo già visto – nel senso dell'apertura della successione per il caso che venga provata la morte dell'assente, esclude ancora una volta che, sin quando non si ha la prova della morte naturale, si possa parlare di apertura della successione.

²⁶ Lo osserva E. ROMAGNOLI, *Dell'assenza*, cit., 240.

²⁷ Così E. ALVINO, *op. cit.*, 838, il quale – riallacciandosi ad un'opinione del F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, 481, il quale, vigente il vecchio codice civile, parlava di regolamento ereditario che va consolidandosi nel tempo – ravvisa nell'attribuzione del diritto alle rendite o a parte di esse e nella possibilità del successivo consolidarsi della situazione degli assenti con la dichiarazione di morte presunta gli elementi che autorizzano a parlare di successione sui generis sin dalla immissione temporanea.

²⁸ Trib. Palermo, 8 aprile 1950, *Foro It.*, Rep. 1950, voce Assenza, n. 6.7.

²⁹ A. CICU, *op. cit.*, 41.

³⁰ Si v. in tema di morte presunta l'art. 64, *ult. co.*, c.c.: "devono far precedere l'inventario dei beni coloro che succedono per effetto della dichiarazione di morte presunta". Anche se, come vedremo infra al par. 7, che si abbia successione a seguito della dichiarazione di morte presunta non è opinione pacifica. In questo senso, R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Nuovo dig. it.*, XII, parte I, Torino, 1940, 985, e poi principalmente, M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, cit., *passim*. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia comunque infra al par. 7.

³¹ P. ZATTI, *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*, cit., 253.

³² E. ROMAGNOLI, *Assenza (diritto civile)*, cit., 416.

³³ E si noti, peraltro, che l'art. 529 c.c., nella consimile ipotesi dell'eredità giacente, parla di rappresentanza dell'eredità.

Non sono poi trascurabili, a sostegno della tesi secondo cui l'assenza non dà luogo a successione ereditaria, le circostanze che gli immessi non subentrano nei debiti dell'assente³⁴ e che gli stessi siano soggetti ai limiti che l'art. 54 c.c. pone ai poteri di rappresentanza ed ai controlli ed interventi che, in virtù dello stesso art. 54 c.c., spiega il tribunale³⁵.

In conseguenza di tutto ciò, la dichiarazione di assenza può considerarsi al massimo come un momento preliminare della successione e nei confronti degli immessi si può al più parlare di semplice diritto di amministrare i beni dell'assente e di godimento totale o parziale delle rendite e di rappresentazione dell'assente in giudizio³⁶.

Ma è questo un assetto di interessi la cui disciplina va spiegata senza riferimento alcuno al concetto di successione *mortis causa*.

4. Effetti della prova della morte sulla successione dello scomparso o dell'assente: apertura della successione e relativa data

Chiarito che la scomparsa e l'assenza non determinano apertura della successione della *missing person*, tale effetto non può che discendere dal sopravvenire della prova della morte del soggetto nei cui confronti è stato preso il provvedimento *ex art. 48* o *art. 49 c.c.* È questo, pertanto, il primo effetto successorio conseguente a tale sopravvenienza.

D'altra parte, non potrebbe essere altrimenti: sia in ossequio ai principi generali (v. l'art. 456 c.c.), sia per l'espressa previsione contenuta, con riferimento al caso dell'assenza, nell'art. 57 c.c., la quale ordina, come abbiamo da poco ricordato, l'apertura della successione «se durante il possesso temporaneo è provata la morte dell'assente».

A questo punto, però, occorre considerare che l'apertura della successione dello scomparso o dell'assente può intervenire, oggi più che mai, in circostanze quantomeno anomale, suscettibili perciò di schiudere significative questioni e conseguenze giuridiche.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui ad una certa data sia intervenuta la scomparsa o sia stata resa la dichiarazione di assenza e dal successivo accertamento della morte emerga che il soggetto è morto non tanto nel momento in cui tale accertamento perviene, come sembrerebbe intuibile, bensì in una data mediana tra quella del provvedimento *ex art. 48* o *art. 49 c.c.* e quella del conseguimento della prova della morte naturale. Una simile ipotesi, se in passato poteva apparire assai rara, è invece oggi del tutto plausibile grazie alle nuove tecnologie biomolecolari di cui abbiamo dapprima dato conto³⁷.

³⁴ E. ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, 281.

³⁵ E. ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, 415-416. Così come incrina la tesi di ALVINO (v. *supra* nota 27), secondo cui l'attribuzione del godimento delle rendite in tutto o in parte ai presumibili eredi farebbe ritenere che essi siano succeduti all'assente sotto condizione risolutiva, la riserva di un terzo delle rendite che in molti casi opera a favore dell'assente stesso (arg. *ex art. 53 c.c.*).

³⁶ E. ROMAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*; P. ZATTI, *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*, cit., 254-255, secondo il quale dove la tesi della apertura della successione dell'assente a favore degli immessi nel possesso temporaneo dei beni trova difficoltà insuperabili "d'ordine tecnico-giuridico" è nell'equiparazione, che da essa dovrebbe conseguire, tra la richiesta di immissione e l'accettazione di eredità.

³⁷ Abbiamo già osservato, invero, come le nuove tecnologie permettono di (ri)esaminare "vecchi" campioni, ancorché deteriorati, rendendo perciò del tutto verosimile l'ipotesi in cui la prova della morte venga restituita in un momento successivo, anche significativamente, a quello della morte effettiva.

In questo “inedito” scenario, sono pertanto molteplici le questioni che si pongono nei confronti della successione della *missing person*: si pensi al tema della data di apertura di essa, oppure ai temi, immediatamente attigui e consequenziali, della decorrenza dei termini delle prerogative esercitabili dai successori, di come operi l’accettazione ereditaria e di come essa interagisca con gli effetti frattanto prodotti a seguito dei provvedimenti di scomparsa o d’assenza.

Questi interrogativi non trovano espressa soluzione nella lettera della legge³⁸, né possono dirsi risolti ipotizzando, senza adeguate riflessioni, che la successione venutasi ad aprire segua regole medesime alle ordinarie. Sicché, a tali questioni mette ora dar conto.

Preliminare è il tema della individuazione della data di apertura della successione.

In astratto, le soluzioni ipotizzabili sono due. Si potrebbe sostenere, infatti, che la data di apertura della successione corrisponda al giorno in cui viene offerta la prova della morte, arguendo tale convincimento dall’utilizzo, nell’art. 57 c.c., del tempo verbale presente con riferimento proprio all’apertura della successione occasionata dalla sopraggiunta prova della morte («se ... è provata la morte ... la successione si apre ...»); oppure, si potrebbe ritenere che la successione venga aperta al momento della morte accertata, senza perciò derogare all’art. 456 c.c.³⁹.

Non deve esservi dubbio alcuno riguardo al fatto che, pur nel caso in cui la prova del decesso della *missing person* sopraggiunga all’evento della morte, l’apertura della sua successione coincida con la data della morte naturale⁴⁰: vuoi in ragione dell’art. 456 c.c., la deroga del quale resterebbe del tutto inspiegata; vuoi perché, ove anche per un momento ammettessimo che la deroga all’art. 456 c.c. consti nella infelice formulazione dell’art. 57 c.c., verremmo subito delusi dall’osservare che l’antecedente storico di tale ultima norma, ossia l’art. 130 *code civil*, era chiaro nell’ordinare l’apertura della successione al momento della morte accertata⁴¹.

Chiarito, dunque, che la successione dello scomparso e dell’assente si apre alla data della morte naturale, possiamo delineare una ulteriore importante conseguenza successoria del sopravvenuto accertamento della prova della morte, ossia la cristallizzazione a quel momento della vocazione dei chiamati alla successione della *missing person*.

Questa conclusione, che apparentemente può apparire superflua, rivela invece tutta la sua importanza se sol si consideri che, a ben vedere, il sopravvenire dell’accertamento della morte provoca una

³⁸ Ai sensi di legge è predicabile esclusivamente che la cessazione degli effetti si verifica automaticamente col ritorno dell’assente, con la notizia della sua esistenza o con la prova della sua morte. Cfr. E. ROMAGNOLI, *Dell’Assenza*, cit., 303, il quale osserva come in effetti l’art. 56 c.c. (e pure l’art. 57 c.c., che a quest’ultimo rinvia, non richiedono alcun provvedimento giudiziale per determinare il venir meno degli effetti dell’istituto dell’assenza.

³⁹ Si potrebbe anche ipotizzare di fare risalire la data di apertura al giorno in cui si è avuta l’ultima notizia della persona, mutuando dalla disciplina della dichiarazione di morte presunta (v. art. 58 c.c.). Tuttavia, oltre a non ravvedere la ragione di disattendere il dato reale in modo così artificioso, non si può trascurare la considerazione per cui l’individuazione del momento al quale viene fatta risalire la dichiarazione di morte presunta deriva da una scelta legislativa funzionale a quella che è la *ratio* di tale istituto, la quale è profondamente diversa dalla funzione di quelli in parola. Sulla individuazione della data della morte presunta ai sensi dell’art. 58 c.c. v. F. CARRESI, *op. cit.*, 353-354, il quale precisa bene come il “riferimento al momento della scomparsa [...] ha un carattere del tutto contingente ed arbitrario, assolvendo esso unicamente all’esigenza di ordine pratico di collocare nel tempo un evento di cui non è neppure certo che si sia avverato”.

⁴⁰ E. ROMAGNOLI, *Dell’Assenza*, cit., 310; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 51-52; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 460.

⁴¹ E. ROMAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*

frattura in quell'iter giuridico, scomposto nella triade scomparsa-assenza-morte presunta, il quale, in mancanza dell'accertamento in parola, andrebbe presumibilmente a concludersi con l'individuazione dei chiamati in altro momento, ossia in quello del giorno dell'ultima notizia dello scomparso (arg. ex art. 58 c.c.), con la conseguenza che i successori della medesima *missing person*, per avventura, ben potrebbero essere soggetti diversi⁴².

5. (Segue) Conseguenze in tema di decorrenza dei termini di esercizio dei diritti successori e di accettazione dell'eredità

Dobbiamo chiederci, adesso, se la successione dell'assente e dello scomparso, apertasi al momento della morte naturale ed in favore dei chiamati individuati a quella data, segua pedissequamente le norme del Libro II, oppure se sussista l'esigenza di individuare certi temperamenti, in ragione della particolare situazione in cui la vicenda successoria è venuta a schiudersi.

In ordine logico-giuridico, ci si deve interrogare, anzitutto, su quale sia il termine di decorrenza per l'esercizio dei diritti connessi alla morte di un individuo.

Il tema è particolarmente problematico, specie in ragione della cennata plausibilità con la quale, oggi, ben possono essere diverse e successive nel tempo, con peraltro significativi intervalli tra l'una e l'altra, la data della morte naturale e quella in cui si ha scientifica contezza del decesso.

In simili occasioni, invero, sembrerebbe ugualmente sostenibile che il *dies a quo* della decorrenza di detti termini sia il giorno dell'apertura della successione come sopra individuato (i.e. la data della morte accertata), così applicando le regole del Libro II del nostro codice (art. 480 c.c.), oppure ipotizzare che tale *dies a quo* coincida con il giorno in cui si è avuta la notizia della prova della morte della *missing person*, così dando rilievo all'elemento soggettivo della sopravvenuta conoscenza.

La questione non trova soluzione nella disciplina dettata *in subiecta materia*, ma è senz'altro preferibile affermare che il *dies a quo* in parola corrisponda al giorno in cui viene offerta la prova della morte della *missing person*, sulla scorta dei seguenti motivi.

Anzitutto, poiché in ossequio ai principi generali dettati dall'art. 2935 c.c. tale è il momento dal quale i titolari dei diritti in esame, ossia i chiamati alla successione dello scomparso o dell'assente, possono effettivamente esercitarli⁴³.

⁴² Si pensi al caso in cui, alla data dell'ultima notizia, lo scomparso "lasci" i propri genitori, il coniuge ed un figlio ed ipotizziamo che quest'ultimo venga a mancare successivamente. Laddove dello scomparso non si abbia più alcuna notizia si potrà pervenire alla dichiarazione di morte presunta, la quale, individuando la data della morte al giorno dell'ultima notizia, individuerà come chiamati legittimi il coniuge ed il figlio, non essendo rilevante che questi sia frattanto venuto meno. Laddove, invece, venga offerta prova della morte della *missing person* ad un momento successivo a quello della morte del figlio, i chiamati alla successione *ex lege* saranno il coniuge ed i genitori.

⁴³ E. ROMAGNOLI, *Dell'Assenza*, cit., 310; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 460; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 51 testo ed *ivi* nota 57, nella quale l'Autore spiega trattarsi, naturalmente, di applicare il principio contenuto nell'art. 2935 c.c. perché tale articolo fa riferimento alla diversa ipotesi in cui il diritto non può farsi valere, ma è già sorto. Nel caso del sopravvenuto accertamento della morte, invece, il diritto di accettare non è che non fosse già sorto al momento dell'effettivo decesso, ma non era stato accertato il fatto – la morte dello scomparso – da cui detto diritto sorge.

A uguale conclusione, d'altra parte, è possibile pervenire tramite l'applicazione analogica della disposizione per la quale la prescrizione del diritto di accettare l'eredità decorre, nel caso di istituzione condizionale, dal giorno in cui si verifica la condizione (cfr. art. 480, II co., c.c.).

Infine, nella medesima direzione, è possibile osservare che, ove si applicassero al caso di specie le regole ordinarie e dunque i termini decorressero dal giorno della morte naturale, facilmente si verrebbe al cortocircuito logico-giuridico per cui molti dei diritti successori esercitabili in ragione della morte accertata potrebbero essere già prescritti al momento in cui di detta morte si ha notizia.

In tal senso, dunque, deve dirsi, ad esempio, che il termine entro cui deve essere esercitato il diritto di accettare l'eredità comincerà a decorrere dal momento in cui i chiamati hanno notizia della morte, sebbene la legge stabilisca in linea generale che esso comincia a decorrere dal giorno dell'apertura della successione (art. 480 c.c.). Ed ugualmente occorre affermare del termine per chiedere la separazione dei beni (art. 516 c.c.) e di quello per presentare la denuncia della successione⁴⁴.

A proposito di accettazione dell'eredità, un particolare interrogativo sorge con riguardo all'ipotesi in cui il chiamato già immesso nel possesso temporaneo dei beni dell'assente voglia accettare con beneficio d'inventario.

Il tema si pone poiché, come noto, la legge (all'art. 52, I co., c.c.) richiede agli immessi la preventiva erezione dell'inventario dei beni dell'assente, sicché è legittimo chiedersi se l'impresso, che risulti (poi) anche essere chiamato alla data della morte, possa avvalersi dell'inventario già compiuto anche per gli effetti di cui agli artt. 484 ss. c.c..

A tale riguardo, riteniamo sussistere, con la dottrina del tutto prevalente⁴⁵, la necessità di un nuovo inventario, sulla scorta di due argomenti.

In primo luogo, in ragione della diversità di funzione dei due istituti: in effetti è innegabile che, mentre l'inventario dei beni dell'assente assolve all'esigenza di contemperare gli interessi di costui con quelli dei suoi presunti eredi ed eventuali aventi causa⁴⁶, l'inventario dei beni del *de cuius* ha tutt'altra finalità⁴⁷.

Sotto altro profilo, per giustificare la conclusione testé esposta, occorre dar conto della probabile diversità d'oggetto dei due inventari⁴⁸: in sostanza, considerato che nell'intervallo di tempo compreso tra l'erezione dell'inventario dei beni dell'assente ed il giorno in cui l'impresso ha notizia della morte (momento, quest'ultimo, nel quale e con riferimento al quale l'impresso-chiamato dovrà erigere l'inventario *ex art. 484 c.c.*⁴⁹) ben potrebbero essere intervenute variazioni nel patrimonio⁵⁰, è legittimo concludere che quest'ultime debbano trovare adeguata considerazione in un nuovo inventario.

⁴⁴ E. ROMAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*; M. DOGLIOTTI, *op. loc. ult. cit.*; M. GIORGIANNI, *op. loc. ult. cit.*.

⁴⁵ E. ROMAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*; M. DOGLIOTTI, *op. loc. ult. cit.*.

⁴⁶ Ossia di coloro che acquisterebbero, per legato donazione o per altro titolo, in conseguenza della morte di lui, diritti particolari su beni determinati. E. ROMAGNOLI, *Dell'Assenza*, cit., 260.

⁴⁷ Ossia, massimamente, quella di evitare la confusione tra il patrimonio dell'erede e quello del defunto, ma anche quella di consentire all'interessato di agire in riduzione e quella di tutelare gli incapaci e le persone giuridiche diverse dalle società.

⁴⁸ E. ROMAGNOLI, *Dell'Assenza*, cit., 310.

⁴⁹ Per l'ipotesi dell'erede non già immesso v. *infra sub par 6 ed ivi nota 70*.

⁵⁰ In forza dei poteri dispositivi riconosciuti agli immessi ai sensi dell'art. 52, II co., c.c. Sui poteri degli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente v. P. ZATTI, *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*, cit., *passim*.

L'accennato problema può ritenersi risolto, dunque, senza ipotizzare modifiche della disciplina legale in punto di necessità d'erigere l'inventario dei beni del *de cuius* già assente ai sensi degli artt. 484 ss. c.c.⁵¹.

Nel dare conto di tale risultato, va però subito precisata l'affermazione, appena accennata, per cui l'inventario dei beni del *de cuius* già assente deve esser fatto dall'impresso-chiamato alla data in cui costui riceve la notizia della morte e aver riguardo ai beni ed ai rapporti individuabili a tale momento. Occorre chiarire, in particolare, che tale osservazione non implica affatto che l'accettazione dell'eredità spieghi i relativi effetti a tale data e non a quella, desumibile dalle regole ordinarie, dell'apertura della successione (la quale coincide – come detto – con quella della morte naturale della *missing person*).

L'effetto dell'accettazione risalerà sempre, e in ogni caso⁵², al momento dell'apertura della successione in base alla *fictio iuris* disposta dall'art. 459, II co. c.c., da ritenersi applicabile anche al caso di specie in quanto conseguenza necessaria del concetto di successione *in locum et ius defuncti* ed effetto inderogabile sia dall'erede, sia dal testatore, come confermano le norme racchiuse negli artt. 475 e 637 c.c.⁵³

Semmai, l'asserzione in parola, ossia l'opportunità di rilevare che l'erezione dell'inventario dei beni del *de cuius* da parte dell'impresso-chiamato deve far riferimento al patrimonio della *missing person* esistente alla data della notizia della morte (e non a quella della morte naturale accertata), sottintende che l'amministrazione dei beni dell'assente intervenuta ad opera degli impressi fino al momento della notizia della morte spiega effetti nei confronti dei successori dell'assente (perciò se ne dovrà tener di conto ai fini dell'inventario ex artt. 484 ss. c.c.).

È questa, però, una conclusione che, specie nell'inedito scenario cui abbiamo più volte fatto riferimento nel quale non coincidono la data della morte naturale e quella dell'accertamento di essa, abbisogna di un'adeguata trattazione.

⁵¹ E. ROMAGNOLI, *Dell'Assenza*, cit., 310; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 460. Si deve ritenere opportuno "modificare", invece, la decorrenza dei termini di cui agli articoli 485 e 487 c.c. nel senso di individuare il relativo *dies a quo* nel momento della notizia della morte, sia in relazione alla formazione dell'inventario che in relazione all'accettazione beneficiata, nonché considerare, ai fini dell'erezione dell'inventario, la consistenza del patrimonio al momento della conoscenza da parte dell'impresso-erede della morte dell'assente. Per quest'ultimo rilievo v. *infra* nel successivo par. 6 testo ed *ivi* nota 70.

⁵² Ossia, anche nel caso in cui i successori non coincidano con gli impressi.

⁵³ Cfr., in generale sulla retroattività degli effetti della accettazione, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Vicenza, 2016, 105 il quale ricorda come tale effetto sia in armonia con il principio di diritto romano in virtù del quale non deve esservi soluzione di continuità nella titolarità dei rapporti facenti capo al defunto, sicché l'erede diviene titolare dei rapporti trasmessigli sin dall'apertura della successione, sebbene l'accettazione non possa che essere espressa in un momento successivo (ciò che avviene sia nei casi "ordinari", sia, a fortiori, nei casi qui in esame).

⁵⁴ A medesima conclusione, d'altra parte, deve pervenirsi con riferimento all'acquisto del legato, sia ai sensi dell'art. 649 c.c., sia in ragione del consimile caso del legato sottoposto a condizione sospensiva, il cui eventuale acquisito ha, come noto, effetto retroattivo (art. 646 c.c.).

6. (Segue) Efficacia degli atti compiuti dal curatore o dagli immessi nei confronti dei chiamati alla successione dello scomparso o dell'assente

La questione concernente la sorte degli atti compiuti dal curatore dei beni dello scomparso o dagli immessi nel possesso temporaneo, nel caso in cui sopraggiunga la prova della morte della *missing person*, non è di immediata soluzione⁵⁵.

Infatti, tenendo sempre a mente l'inedita, ma oggi verosimile, ipotesi in cui cadano in tre distinte date la scomparsa o la dichiarazione di assenza, la morte naturale e l'accertamento di questa⁵⁶, dobbiamo subito rilevare che, sebbene perverremo con una certa immediatezza alla conclusione della conservazione degli atti compiuti dal curatore e dagli immessi, è assai dubbio che tale esito possa immediatamente ed indistintamente applicarsi tanto agli atti posti in essere da costoro nel periodo corrente dal provvedimento di nomina o d'immissione nel possesso fino al momento della morte naturale, quanto a quelli compiuti nel periodo (successivo) corrente dalla data del decesso e fino alla sopraggiunta notizia di esso.

Senza però voler anticipare altro, muoviamo dall'analisi delle fonti.

La tematica della "sopravvivenza" degli atti del curatore e degli immessi alla prova della morte della *missing person* è affrontata in via indiretta dalla disciplina riguardante il recupero dei beni da parte dei successori, che appare, perciò, un punto di osservazione privilegiato.

Per il vero, come abbiamo già osservato *retro*⁵⁷, il caso della sopraggiunta prova della morte dello scomparso non è espressamente disciplinato ed in effetti il limitato art. 48 c.c. nulla ordina a proposito del recupero dei beni da parte dei successori presso il curatore, né, tantomeno, in ordine alla conservazione degli atti da questi compiuti⁵⁸.

In ragione di tale lacuna, la fattispecie può dirsi anch'essa regolata dall'art. 57 c.c.⁵⁹, disposto in tema di sopraggiunta prova della morte dell'assente, e le norme racchiuse in esso sembrano piuttosto chiare per quanto qui interessa.

Il secondo comma di tale disposizione rinvia al secondo comma dell'art. 56 c.c. e dal combinato disposto di queste norme appare agevole ritenere che, pur competendo ai successori dell'assente il diritto,

⁵⁵ Si noti, peraltro, che dalla soluzione della questione esposta nel testo dipende l'identificazione di quale sia la consistenza, non solo materiale ma anche giuridica, dei beni e dei rapporti in cui subentrano i successori dello scomparso e dell'assente, poiché abbiamo già osservato, a proposito dell'inventario dei beni del *de cuius* già assente, come sia connaturale agli effetti della scomparsa o della dichiarazione di assenza l'eventualità che il curatore dei beni lo scomparso o gli immessi nel possesso temporaneo di quelli dell'assente apportino significative variazioni a tale patrimonio, nel lasso di tempo intercorrente tra la data della dichiarata assenza o scomparsa ed il momento in cui si raggiunge la prova della morte della *missing person*. Indugiare sulla rilevanza della questione appare, perciò, del tutto superfluo anche in ragione di questo rilievo.

⁵⁶ V. *retro* nota 37. Sicché, oggi, tale opportunità d'indagine non può certo esser tacciata d'aver una rilevanza esclusivamente teorica, poiché non più rari saranno i casi in cui sussiste un apprezzabile intervallo di tempo tra la data della morte accertata e il giorno in cui scientificamente si apprenda tale data.

⁵⁷ V. *retro* par. 1.

⁵⁸ Tale lacuna non deve meravigliare: a differenza di quanto si verifica in conseguenza della dichiarazione di assenza o di morte presunta, la scomparsa non incide sulla capacità o sugli status del soggetto, e neppure sulla generalità dei rapporti che a lui fanno capo, unitariamente considerati (così Cass. Civ., Sez. II, 04 Luglio 1991, n. 7364 in *Mass. Giur. It.*, 1991 e in *Vita Notar.*, 1991).

⁵⁹ In via analogica, per l'evidente similitudine corrente tra le due ipotesi.

medesimo a quello del ricomparso, di recuperare i beni presso gli immessi⁶⁰, restano salvi i vantaggi riservati a questi ultimi dagli artt. 52 e 53 c.c. in tema di rendite e di godimento dei beni, nonché gli atti da costoro compiuti dietro autorizzazione del tribunale ex art. 54 c.c..

L'esplicito tenore letterale delle norme, cui ben si potrebbero accompagnare anche considerazioni di ordine più generale a deporre nel medesimo senso⁶¹, sembra consentire, dunque, di affermare la piena validità ed efficacia degli atti compiuti dagli immessi e dal curatore.

Eppure, sì da entrare nella delicata questione suesposta, non sembra che tale conclusione sia indistintamente professabile tanto per gli atti compiuti dagli immessi e dal curatore nel primo dei due periodi dapprima individuati (*i.e.* quello corrente dalla data dei provvedimenti giudiziari di nomina o immissione fino alla data della morte naturale) quanto per quelli intervenuti nel periodo successivo (*i.e.* quello corrente tra la data della morte naturale e la data dell'accertamento di tale evento).

A favore della applicabilità di tale soluzione ai soli atti intervenuti *ante mortem* dello scomparso o dell'assente e, dunque, contro l'estensibilità della dedotta regola di salvezza agli atti compiuti dagli immessi e dal curatore nel periodo *post mortem*, militano, infatti, considerazioni non trascurabili.

Anzitutto, proprio dal rinvio operato dall'art. 57 c.c. all'art. 56 c.c., si potrebbe argomentare una equivalenza tra fatto della ricomparsa ed evento della morte naturale e perciò ritenere che il richiamato combinato disposto tra queste norme faccia salvi i soli effetti dell'amministrazione degli immessi (e del curatore) prodottisi entro la data della morte naturale.

Sotto altro profilo, si potrebbe osservare che il curatore e gli immessi rappresentano, rispettivamente, lo scomparso e l'assente (cfr. artt. 48 e 52, II c., c.c.) e così da concludere, in conseguenza, che, a decorrere dalla morte di questi, il curatore e gli immessi abbiano perso il potere dispositivo dei beni della *missing person*.

Nella direzione tracciata, inoltre, potrebbe trarsi argomento da quanto discende dalla regola, descritta nel paragrafo precedente, di retroazione alla data della morte naturale della eventuale accettazione dell'eredità da parte dei successori della *missing person*, ossia dire che, in conseguenza di tale regola, tutti gli atti compiuti nel periodo *post mortem* del *de cuius* ad opera del curatore o degli immessi, ovviamente solo quando questi siano persone diverse dai successori, soffrano di un evidente difetto di rappresentanza dei primi (*i.e.* il curatore e gli immessi) rispetto ai secondi (*i.e.* i successori).

Per arginare le conseguenze di questa impostazione – evidentemente dirompenti – si potrebbe invocare il principio di tutela della buona fede dei terzi aventi causa *post mortem* dello scomparso e dell'assente, poiché i loro acquisti verrebbero travolti dall'ipotizzata invalidità ed inefficacia degli atti del curatore e degli immessi. Però, si potrebbe del pari obiettare di non cogliere nel segno, ove si assumesse che i terzi aventi causa sapevano (o avrebbero dovuto sapere) di contrarre con soggetti (*i.e.* il curatore

⁶⁰ A proposito del recupero dei beni presso gli immessi da parte dei successori (diversi soggetti) dell'assente, in dottrina è noto il problema dell'imnesso che, conoscendo l'avvenuta morte dell'assente, si sia voluto comportare come erede: secondo gli interpreti, la rilevanza di ciò, e le sue eventuali conseguenze, dovranno essere valutate in base ai principi vigenti in materia possessoria (per es., si dovrà valutare se ci sia stata interversione del titolo del possesso, prima fondato sull'art. 52, II co., e poi sulla qualità di erede) ed in materia successoria (per es., per il regime al quale è soggetto l'erede apparente). Così, E. ROMAGNOLI, *Dell'Assenza*, cit., 311.

⁶¹ In specie per quanto concerne la posizione del curatore dei beni dello scomparso. V. *infra* nota 65.

e gli immessi) il cui titolo era “precario”⁶²; e, inoltre, che, laddove appunto si ritenessero applicabili alla fattispecie *de quo* i principi in tema di rappresentanza (cfr. art. 1398 c.c.), i terzi potrebbero comunque trovare soddisfazione contro il curatore e gli immessi, in quanto quest’ultimi avrebbero agito alla data dell’atto senza potere rappresentativo degli effettivi titolari dei beni (*i.e.* i successori il cui titolo ereditario sia retroagito alla data della morte naturale).

Sulla scorta di tutte queste considerazioni ben si comprende, allora, come mai, nel caso in cui il sopravvenuto accertamento della morte intervenga dopo un significativo lasso di tempo dalla data della morte naturale che così viene accertata, la questione della conservazione degli atti compiuti dal curatore e degli immessi risulti assai complicata.

Senonché, è senz’altro più corretto ritenere che gli atti compiuti dal curatore o dagli immessi conservino validità ed efficacia nei confronti dei successori della *missing person*, indistintamente se intervenuti *ante* o *post mortem* della *missing person* (e con le sole precisazioni che andremo a rendere).

A favore di questa conclusione sta, anzitutto, il silenzio della legge rispetto alla diversificazione delle ipotesi individuate.

Occorre ritenere, cioè, che se il legislatore avesse voluto distinguere la sorte degli effetti dell’amministrazione del curatore e degli immessi intervenuta, rispettivamente, *ante* e *post mortem* dello scomparso o dell’assente, avrebbe certamente esplicitato la diversità di trattamento⁶³.

Nella stessa direzione non è trascurabile, inoltre, la circostanza che la gestione del curatore e degli immessi consegue a – e nei casi di straordinaria amministrazione richiede – espressi provvedimenti autorizzatori resi dal tribunale: la nomina *ex art.* 48 c.c., il provvedimento di cui all’art. 50 c.c. e le (eventuali) autorizzazioni previste all’art. 54 c.c.. E tale considerazione, lungi dall’aver un rilievo meramente formale, consente di escludere in radice l’ipotizzata in-esistenza di un contrasto con il principio di tutela della buona fede dei terzi, laddove si dovesse accedere alla tesi precedentemente esposta. Milita dunque a favore della ricostruzione che sosteniamo, anche il principio di tutela della buona fede: il quale, peraltro, dev’essere inteso a preservare le ragioni sia dei terzi aventi causa, nei cui confronti è certamente ravvisabile un affidamento incolpevole nella disponibilità dei beni riconosciuta da un provvedimento giudiziale in capo al curatore ed agli immessi, sia di quest’ultimi, in quanto deve ritenersi che anche costoro, almeno fino a prova contraria⁶⁴, abbiano operato in buona fede, ossia nella inconsapevolezza della frattanto intervenuta morte della *missing person* e perciò credendo di avere legittima disponibilità dei beni oggetto dei loro atti.

⁶² In particolare, traendo tale convincimento da quelle opinioni secondo cui gli istituti della scomparsa e dell’assente produrrebbero effetti solamente provvisori. V. retro *sub par.* 1, al quale si rimanda anche per i riferimenti bibliografici.

⁶³ È pur vero che contro questa osservazione si potrebbe dire che la lacuna evidenziata, lungi dall’avvalorare la tesi qui esposta, sarebbe naturale conseguenza del fatto che, all’epoca della stesura del codice civile, non era certo ipotizzabile l’esistenza di un lasso di tempo tra la data della morte e quella della scoperta del decesso. Tuttavia, è del pari vero che si potrebbe opporre a tale critica di scorgere, nel tenore letterale dell’articolo 57 c.c., una certa lungimiranza del legislatore perché la norma, nell’inciso «se [...] è provata la morte dell’assente», sembra far riferimento non tanto all’evento morte in sé, quanto alla sua prova, sicché, agli esclusivi fini del limitato ambito che qui stiamo osservando, si potrebbe comunque argomentare a favore della conservazione degli effetti fino alla notizia della morte.

⁶⁴ Ed ove tale prova sussista si deve ritenere che seguiranno tutte le ordinarie conseguenze del caso: per alcuni rilievi v. *infra* note 71 e 72.

Questo rilievo ci sembra esser già di per sé un argomento sufficientemente incisivo nel confermare la soluzione proposta⁶⁵, ma ne esiste, a nostro avviso, un altro ancor più dirimente.

Esso consiste nella valorizzazione dell'inciso, contenuto nel secondo comma dell'art. 56 c.c. (come detto richiamato dall'art. 57 c.c.), a mente del quale la salvezza degli atti compiuti dagli immessi è estesa «fino al giorno della loro (*i.e.* degli immessi, ndr) costituzione in mora» nell'adempimento del dovere su di loro gravante di restituire i beni ai successori dell'assente⁶⁶.

Tale opportuna precisazione del legislatore, da ritenersi applicabile in via analogica anche al caso dello scomparso, consente, allora, di ritenere che la conservazione degli effetti degli atti del curatore e degli immessi è parametrata alla data in cui i successori della *missing person* esercitano il proprio diritto di ottenere la restituzione dei beni⁶⁷, significando proprio al curatore o agli immessi, rispettivamente, l'intervenuta morte dello scomparso o dell'assente.

Sicché, posto che tale richiesta di restituzione dei beni, a pena di infondatezza della stessa, non potrà che esser compiuta a seguito del sopravvenuto accertamento della morte, l'interrogativo descritto è immancabilmente risolto anche nello spinoso caso presentato dalle nuove tecnologie: gli atti compiuti dal curatore o dagli immessi conservano validità ed efficacia nei confronti dei successori della *missing person*, indistintamente se intervenuti *ante* o *post mortem* della *missing person*⁶⁸.

⁶⁵ A medesima conclusione, in specie per quanto riguarda gli atti compiuti dal curatore dei beni dello scomparso, è possibile giungere anche tramite applicazione dei principi generali disposti in tema di curatele speciali sottoposte alla vigilanza del tribunale, poiché a tale fattispecie è in effetti riconducibile la figura del curatore dei beni dello scomparso (v. C. RUPERTO, *Curatori speciali* (diritto civile), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 6), in ragione della sua natura e funzione (sulle quali v. E. ROMAGNOLI, *Dell'assenza*, cit., 134). In tal senso, si può senz'altro ritenere che siano salvi nei confronti dei successori dello scomparso gli effetti della curatela compiuti fino alla data della morte accertata, pena, tra l'altro, svilire la *ratio* dell'istituto della curatela dei beni dello scomparso, poiché, se gli effetti da esso scaturenti venissero travolti *ex tunc* (ossia sin dalla data della scomparsa), tale istituto avrebbe invero ben poca ragione di esistere. Del resto, simile soluzione è raggiungibile anche mediante l'estensione analogica dei principi in tema di curatore dell'eredità giacente, i cui atti conservano validità e spiegano efficacia anche nella consimile ipotesi in cui l'erede accetti successivamente. Sempre nel medesimo senso v. anche Appello Lecce, 18 luglio 1955, RFI, 1955, assenza e dichiarazione di morte presunta, numero 2, secondo la cui massima «Gli atti legittimamente compiuti dal curatore restano validi ed efficaci anche nel caso del ritorno dello scomparso o dell'accertamento della morte naturale o della dichiarazione di morte presunta successivamente intervenuta, anche se la data della morte sia stata fissata in epoca anteriore alla nomina del curatore».

⁶⁶ La salvezza degli atti compiuti degli immessi, così come la continuazione del godimento dei vantaggi riconosciuti a favore di costoro dagli artt. 52 e 53 c.c., sembra potersi ricollegare ai principi del possesso di buona fede (v. *infra* nel testo) ed anche ad un principio di sfavore per chi trascura i propri affari, principio che si afferma con particolare energia nella disposizione dell'ultimo comma della norma citata. V'è da notare, poi, che la formale costituzione in mora sostituisce, agli effetti del godimento dei frutti a favore degli immessi, la domanda giudiziale richiesta dall'art. 1148 c.c. e che ad essa sembra applicabile il primo comma dell'art. 1219 c.c. per quanto concerne la forma. Cfr. E. ROMAGNOLI, *Dell'assenza*, cit., 304.

⁶⁷ Cfr. a sostegno anche E. ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, 311, il quale, seppur con riguardo ad altra questione, rileva come anche la conoscenza della morte del dichiarato assente non influisca, in mancanza della formale costituzione in mora, sulla prosecuzione dell'esercizio dei diritti e dei poteri di cui agli artt. 52 e 53 da parte degli immessi.

⁶⁸ La conclusione cui siamo giunti trova conferma pure in una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto valida la notifica di una citazione eseguita nei confronti del curatore dello scomparso anche se venne successivamente accertato che la morte dello scomparso fosse avvenuta in epoca antecedente alla notifica stessa. Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 28 aprile 2021, ord. n. 11182, in *Rassegna mensile della giurisprudenza civile della Corte di cassazione*, Aprile 2021, 159 (www.cortedicassazione.it).

V'è semmai da rilevare, adesso, una precisa distinzione nella conclusione appena esposta⁶⁹, ossia che a conservare validità ed efficacia sono: (i) nel caso di sopravvenuta prova della morte dell'assente e di identità soggettiva tra immessi e chiamati alla successione dell'assente, gli atti degli immessi compiuti fino alla data della notizia della morte; e (ii) nell'ipotesi di sopravvenuta prova della morte dello scomparso o in quella di sopravvenuta prova della morte dell'assente, ove però sussista diversità soggettiva tra i chiamati e gli immessi, gli atti compiuti fino alla data di costituzione in mora del curatore o degli immessi rispetto al dovere su di loro incombente (arg. ex artt. 57, II co. e 56, II co., c.c.) di restituire i beni dello scomparso o dell'assente.

Tale distinzione ci pare, invero, la naturale conseguenza della considerazione per cui la regola appena dedotta dall'art. 56, co. II, c.c. deve atteggiarsi in maniera inevitabilmente diversa nei casi in cui vi sia, o meno, alterità soggettiva tra i successori della persona individuati alla data della morte e chi ne ha amministrato il patrimonio in forza dei provvedimenti di cui agli artt. 48 e 50 (e 54) c.c..

Ed infatti, nelle ipotesi in cui sussiste diversità tra i soggetti, ossia nel caso dello scomparso ed in quello in cui gli immessi sono persone diverse da quelle poi chiamate alla successione dell'assente, ben potrebbe sussistere un (ulteriore) lasso di tempo tra la data della notizia della morte della *missing person* ed il momento in cui è introdotta la formale richiesta di restituzione dei beni al curatore o agli immessi: basti pensare al caso in cui i chiamati alla successione, pur avendo avuto notizia della morte dello scomparso o dell'assente, ritardino nella detta richiesta. Sicché, in queste ipotesi, la regola dedotta dall'art. 56 c.c. deve applicarsi con riferimento a quest'ulteriore momento⁷⁰, perché appunto eventualmente successivo anche a quello della notizia della morte.

Nel caso di sopravvenuta prova della morte dell'assente in cui vi sia identità soggettiva tra gli immessi ed i soggetti poi chiamati, invece, non v'è possibilità di alcuno iato temporale tra la data della notizia e la richiesta di restituzione dei beni, per l'evidente ragione che tale richiesta non può intervenire poiché i chiamati, quando apprendono della morte dell'assente, sono già i possessori dei beni dell'assente. Sicché, in questo caso, la dedotta regola deve applicarsi avendo riguardo alla data della notizia della morte e, si noti, tale conclusione, lungi dall'aver le conseguenze squisitamente formali che non si faticano a cogliere, possiede risvolti assai più interessanti⁷¹.

⁶⁹ Sulla inopportunità, nel mutato contesto ordinamentale, di affrontare i problemi mediante il metodo della *reductio ad unitatem* cfr. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 666, che, in termini chiari, parla di "tramonto della riduzione ad unità" e della "scoperta delle diversità".

⁷⁰ Alla conclusione esposta nel testo sembrerebbe dover conseguire, peraltro, che, laddove un chiamato alla successione dello scomparso oppure un chiamato a quella dell'assente che non sia già stato immesso nel possesso temporaneo dei beni, vogliano dapprima procedere all'inventario e solo dopo valutare l'accettazione dell'eredità, dovranno preliminarmente procedere alla formale richiesta di restituzione dei beni, ma tale richiesta, in questo caso, non varrà quale accettazione (anche implicita) dell'eredità, bensì quale esercizio dei poteri del chiamato ai sensi dell'art. 460, I co., c.c., poiché tale richiesta occorre esclusivamente al fine di interrompere gli effetti dell'amministrazione del curatore o degli immessi, che altrimenti si protrarrebbero e gli sarebbero opponibili.

⁷¹ L'individuato momento funge, infatti, da spartiacque tra gli atti sindacabili in quanto compiuti come immessi (si pensi, ad es., a tutta la tematica della illegittimità dei provvedimenti del tribunale di immissione nel possesso temporaneo dei beni, o di quelli autorizzatori di atti dispositivi, per essersi falsamente dedotta la scomparsa della persona), da quelli insindacabili in quanto compiuti come eredi. V. *infra* alla prossima nota.

In conclusione, è possibile delineare l'ulteriore effetto successorio che interviene in caso di sopravvenuto accertamento della morte dello scomparso o dell'assente: sono salvi gli effetti della gestione "interinale" del curatore dei beni dello scomparso e degli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, purché legittima⁷² ed entro i limiti descritti. Cosicché i successori della *missing person*, pur dovendo fare riferimento alla data della morte accertata per quanto concerne gli aspetti sostanziali della successione (ad es. individuazione dei chiamati e delle quote ereditarie), apprenderanno i beni nello stato, materiale e giuridico, in cui si trovano alla data della notizia della morte o a quella della richiesta di restituzione introdotta, rispettivamente, nei confronti del curatore o degli immessi diversi dai chiamati.

7. Dichiarazione di morte presunta ed apertura della successione della *missing person*

Con quanto sin qui rilevato, crediamo di avere reso un quadro sufficientemente esaustivo della influenza che la sopravvenuta rivelazione della morte dello scomparso e dell'assente esercita sugli aspetti patrimoniali della sua successione.

Possiamo adesso affrontare, pertanto, l'analisi di quali siano i medesimi effetti scaturenti dall'accertamento della morte del già dichiarato morto presunto.

L'ipotesi adesso in esame, seppur consimile alla precedente, è in realtà ben diversa: nei casi della persona scomparsa o dichiarata assente, il sopravvenuto accertamento concerne il fatto che la *missing person* è, in realtà, deceduta; nel caso del dichiarato morto presunto, invece, la sopravvenienza in parola consiste nella prova che la persona è sì in effetti morta, ma non nel momento (erroneamente) dichiarato ai sensi dell'art. 58 (o 61) c.c..

Il sopravvenuto accertamento della morte del dichiarato morto presunto non determina, pertanto, una modificazione della situazione della *missing person*, nel senso che allo stato di incertezza sulla sua esistenza subentra quello di certezza della sua morte, come accade per gli scomparsi e gli assenti dei

⁷² Non è questa la sede per esaminare il tema della illegittimità degli atti del curatore o degli immessi, ma qualche cenno non pare inutile. In giurisprudenza, è stato sostenuto che in caso di illegittimità dei provvedimenti del tribunale di nomina del curatore e di autorizzazione alla vendita dei beni, per essersi falsamente dedotta la scomparsa della persona, e di malafede del terzo acquirente dei beni medesimi, l'autorità giudiziaria deve dichiarare la nullità dei decreti e della vendita in un giudizio in contraddittorio con il terzo (Appello Milano, 14 Marzo 1947, GI, 1948, I, 2, 411). Ma altra giurisprudenza ha statuito, invece, che il negozio concluso nell'interesse dello scomparso dal curatore nominato da giudice incompetente non può essere annullato, per difetto di rappresentanza, in via autonoma, ma soltanto in sede di volontaria giurisdizione ex art. 739 c.p.c. (Tribunale di Genova, 18 Aprile 1955, T, 1.957,32). In dottrina, si sostiene che gli atti compiuti dal curatore senza averne i poteri o eccedendo i poteri conferitigli dal Tribunale con il decreto di nomina sono inefficaci nei confronti dello scomparso e dei suoi eredi. Pertanto, il curatore sarà responsabile del danno eventualmente sofferto dal terzo contraente che ha confidato senza sua colpa nella validità del contratto (arg. ex art. 1398 c.c.). Il terzo è vincolato al contratto, per cui non può essere sciolto mediante una dichiarazione unilaterale, necessitando di un atto di mutuo dissenso (arg. ex art. 1399, III co., c.c.), ma può sollecitare il curatore dello scomparso, costui o i suoi eredi a ratificare l'atto, assegnandogli un termine, decorso il quale, nel silenzio, la ratifica si intende negata (arg. ex art. 1399, IV co., c.c.). Di contro, gli atti compiuti dal curatore in frode delle ragioni dello scomparso o in collusione con terzi sono validi se il contraente era in buona fede; mentre, se il contraente conosceva la frode o era in collusione, gli atti possono essere annullati (ex art. 1394) e il curatore può essere condannato a risarcimento dei danni. Così G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, III, Milano, 2006, 26-27; A. JANNUZZI, P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, 277.

quali venga conosciuta la morte. Il dichiarato morto presunto è già ritenuto, quantomeno sotto il profilo giuridico, come se fosse effettivamente morto. Sicché, la sopravvenienza in parola, in questo caso, ha la più “limitata” funzione di precisare quando tale morte deve ritenersi avvenuta, sostituendo – se così si può dire – alla data della morte presuntivamente determinata ai sensi dell’art. 58 (o 61) c.c.⁷³, quella coincidente con la realtà naturale dell’evento.

Ora, tanto chiarito con riferimento alla funzione dell’accertamento della vera data della morte, fin da subito non possiamo omettere di rilevare che il presupposto di questa nostra premessa, ossia che il dichiarato morto presunto sia considerato dal nostro ordinamento come effettivamente deceduto, è in realtà un’asserzione assai contesa.

A fronte di una prevalente opinione degli interpreti e della giurisprudenza⁷⁴ nel senso in cui ci siamo orientati, sussiste, infatti, un convincimento affatto opposto⁷⁵.

Questi autori, in particolare, ritengono impossibile, pur con una certa gamma di sfumature, porre sullo stesso piano la morte presunta e quella fisica e da questo convincimento traggono pure una conseguenza per noi assai rilevante, ossia che la dichiarazione di morte presunta non aprirebbe alcuna successione *mortis causa* del dichiarato morto presunto.

In ragione di ciò, non occorrendo neppure indugiare su quanto sia pregiudiziale al nostro proposito d’indagine il comprendere se la dichiarazione di morte presunta determini, o meno, apertura della successione della *missing person*, è necessario focalizzare subito questo aspetto.

Pertanto, prima di procedere a qualsiasi considerazione su quali siano gli effetti successori del sopravvenuto accertamento della data della morte del dichiarato morto presunto, definiremo natura e funzioni della morte presunta, sì da comprendere se, tra quest’ultime, rientra anche l’apertura della successione della *missing person*⁷⁶.

Muovendo dall’opinione contraria alla equiparazione degli effetti della morte naturale con quelli della morte presunta, che perciò esclude l’apertura della successione alla data dichiarata nella sentenza *ex art. 58 (o 61) c.c.*, essa troverebbe la sua giustificazione non solo nel mancato inserimento nel codice della enunciazione, invero contenuta nei relativi progetti, che la dichiarazione di morte presunta produrrebbe tutti gli effetti della morte naturale⁷⁷, ma anche nella peculiarità di alcuni effetti di quella

⁷³ Sulla individuazione della data della morte presunta v. *retro* nota 39 ed *ivi* il riferimento a F. CARRESI, *op. cit.*, 353-354.

⁷⁴ Cfr. D. BARILLARO, *op. cit.*, 320-321 testo ed *ivi* nota 6, anche per un ampio riferimento alla giurisprudenza; E. ALVINO, *op. cit.*, 623 ss.; G. CALLEGARI, *Morte (Diritto civile)*, cit., n. 22; F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 349 ss.; L. FERRI, *op. cit.*, 72-73; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Disciplina dello scomparso nel nuovo codice civile*, cit., 381 ss.; *Id.*, *Dichiarazione di morte presunta. Nuovo matrimonio*, cit., 87 ss.; *Id.*, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 31; P. RESCIGNO, *Morte*, in *Digesto, disc. Priv. (sez. civ.)*, XI, Torino, 1994, 461; L. MONTESANO, *Dichiarazione di morte presunta e accertamento della morte dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 407 ss.; P. ZATTI, *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*, cit., 252 ed *ivi* nota 1.

⁷⁶ Ad alimentare dubbi rispetto alla opinione secondo cui con la dichiarazione di morte presunta si apre la successione dello scomparso v’è, inoltre, chi F. CARRESI, *op. cit.*, 341 nota 8, pur rilevandone la prevalenza in dottrina, nota come «spesso viene enunciata timidamente con qualche residua perplessità» ed anche chi ritiene che essa sia stata più postulata, che dimostrata (in quest’ultimo senso M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 27).

⁷⁷ Entrambi i progetti preliminare e definitivo del codice civile predisposti dall’apposita commissione sancivano espressamente il principio di equiparazione degli effetti tra morte presunta e morte naturale. Tuttavia, in effetti, tale esplicita enunciazione, che avrebbe certamente agevolato gli interpreti nella definizione della natura della

dichiarazione e massimamente in quanto disposto per l'ipotesi di ritorno o di provata esistenza dello scomparso. Si è così parlato, da una parte, di effetti "provvisori" che vengono meno quando sia accertata l'esistenza o la inesistenza in vita del presunto morto e, dall'altra, argomentando dall'art. 66 c.c., di perdurante soggettività e capacità dell'individuo che, pur dichiarato morto presunto, sarebbe considerato come se fosse ancora in vita.

In conseguenza, si è sostenuto che la dichiarazione di morte presunta darebbe luogo ad una situazione precaria e produrrebbe soltanto gli effetti, appunto provvisori, espressamente previsti dalle norme, sicché non determinerebbe l'apertura di una vera e propria successione⁷⁸, ma soltanto una successione *sui generis*, consistente nell'attribuzione della libera disponibilità dei beni di colui che si presume morto ai suoi presunti eredi e successori, i quali, peraltro, disporrebbero di tali beni sotto la condizione risolutiva dell'accertamento dell'esistenza o del ritorno della *missing person*⁷⁹.

Come detto, però, la dottrina prevalente e la totalità della giurisprudenza si pronunciano in senso opposto, attribuendo alla morte presunta, in linea di massima, gli stessi effetti e la stessa funzione della morte naturale, compresa l'apertura della successione della *missing person*, pur dovendosi tenere conto – come vedremo *infra* – della tipicità di alcune disposizioni ritenute opportune dal legislatore, o anche imposte dalla peculiarità della fattispecie⁸⁰.

Riteniamo che questa sia la soluzione preferibile.

Come ha osservato attenta dottrina⁸¹, infatti, non è possibile esaminare l'istituto della morte presunta in maniera avulsa rispetto al contesto in cui il legislatore lo ha disposto e, in tale prospettiva, acquista pregnante rilievo la circostanza che la fattispecie in esame sia stata aggiunta, nel nuovo codice, a quella dell'assenza, già esistente nel codice precedente.

La posizione giuridica dello scomparso si è venuta così ad articolare in istituti i quali, a meno di affermare l'esistenza di una inutile superfetazione legislativa, debbono esser differenti, sia per *ratio* che per funzione⁸².

morte presunta e delle sue funzioni, non è stato riprodotta nel testo definitivo, poiché «tale dichiarazione non è necessaria dal momento che gli effetti giuridici della dichiarazione di morte sono indicati concretamente» (così la Relazione al Re, n. 57). Cfr. D. BARILLARO, *op. cit.*, 318.

⁷⁸ Per confermare tale tesi sono stati spesi, invero, ulteriori argomenti, tra i quali merita di ricordare: (i) l'argomento a mente del quale non potrebbe parlarsi di successione perché i soggetti che succedono a causa di morte, in caso di sopravvenuto accertamento di quest'ultima, potrebbero non coincidere con i soggetti cui sono attribuiti i beni ai sensi dell'art. 63 c.c.; e (ii) la considerazione per cui una successione esposta a cadere nel nulla, per effetto del ritorno o della prova della esistenza della persona presunta morte, non potrebbe essere una successione a causa di morte. Per un'esauritiva trattazione della questione v. D. BARILLARO, *op. cit.*, 318-327 e 365.

⁷⁹ Secondo un autore, P. RESCIGNO, *op. cit.*, 461 ss., «Il regime della morte presunta non attiene al profilo della persona né degli stati e della capacità della stessa; concerne in via esclusiva i beni che alla persona appartengono e la vicenda di tali beni, con taluni caratteri che l'accostano all'eredità, ed altre più significative analogie con la situazione dei patrimoni che in futuro spetteranno a soggetti non ancora venuti ad esistenza». In questa prospettiva, v. anche F. CARRESI, *op. cit.*, 350, che ravvisa nella dichiarazione di morte presunta un istituto inteso soltanto a dare un assetto ai rapporti facenti capo a persone scomparse da lungo tempo e delle quali, con ogni probabilità, non potrà mai essere accertata la morte.

⁸⁰ D. BARILLARO, *op. cit.*, 321.

⁸¹ In origine G. AMORTH, *Considerazioni introno al matrimonio del coniuge dell'assente*, in *Temi*, 1949, 288; poi D. BARILLARO, *op. cit.*, 312-322.

⁸² Anche P. ZATTI, *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*, cit., 251 e 253, seppur con riferimento a diversa questione, sottolinea la necessaria differenza tra l'istituto dell'assenza e quello della morte presunta.

In conseguenza, se da una parte può affermarsi che la dichiarata assenza non intende eliminare lo stato di incertezza che sussiste in ordine alla perdurante esistenza, o meno, della *missing person* e perciò dispone «rimedi provvisori ad una situazione transitoria»⁸³, deve ritenersi che la morte presunta abbia di mira la sostituzione di detta incertezza in fatto con una certezza in diritto, sicché, sotto il profilo degli effetti, essa deve determinare una regolamentazione definitiva, almeno tendenzialmente.

Dall'affermare la definitività degli effetti della morte presunta consegue inevitabilmente, però, la riconducibilità ad essa di tutti gli effetti della morte fisica, perché sol così si giustifica l'istituto, che, come detto, è sorto proprio per eliminare quello stato di incertezza nei rapporti giuridici determinato dalla scomparsa di una persona⁸⁴.

Questo rilievo appare già di per sé un indice sufficientemente probante della identità tra la morte naturale e quella presunta, ma anche se si volesse prescindere da esso e dunque da quella che sembra la naturale *ratio* della dichiarazione di morte presunta, non diversa si presenta la conclusione.

Una differente dottrina, che ha dedicato importanti studi all'istituto⁸⁵, è invero giunta ad affermare l'equiparazione tra morte presunta e morte naturale sull'esclusiva base del contenuto letterale delle diverse disposizioni legislative *in subiecta materia* e della comparazione tra gli effetti prodotti dall'una e dall'altra, ciò facendo, peraltro, in una prospettiva del tutto funzionale al quesito postoci, ossia quella di risolvere l'interrogativo consistente nel comprendere se alla dichiarazione di morte presunta consegue, o meno, una vera e propria successione *mortis causa*.

Così questo autore ha riscontrato l'equivalenza tra morte presunta e morte naturale in ragione, anzitutto, del contenuto degli artt. 63 e 64 c.c., dal cui esame risulta innegabile dedurre che la dichiarazione di cui all'art. 58 c.c. determina l'apertura della successione dello scomparso.

Non solo perché esiste un preciso addentellato letterale a sostegno di tale conclusione nell'art. 64, ult. co., c.c. quando fa esplicito riferimento a «coloro che succedono per effetto della dichiarazione di morte presunta»⁸⁶, ma anche perché l'uno e l'altro articolo consentono, rispettivamente a coloro che risultano già immessi nel possesso dei beni o a chi ne avrebbe avuto diritto *ex art.* 50, II co., c.c. (ossia i «presunti» eredi e legatari nel giorno a cui risale l'ultima notizia), di «disporre liberamente dei beni» del presunto morto e di conseguire «il pieno esercizio dei diritti loro spettanti». In tali disposizioni è, dunque, perfettamente ravvisabile un meccanismo successorio e l'individuazione delle persone beneficiarie di questi effetti in coloro i quali sarebbero stati eredi o legatari della *missing person* costituisce un argomento decisivo nel confermare che ci troviamo innanzi ad una successione *mortis causa*, per l'evidente ragione che i concetti di erede e di legatario perderebbero il loro colorito ove fossero trasportati al di fuori del meccanismo regolato dal Libro II del nostro codice civile⁸⁷.

Un ulteriore argomento nella direzione indicata è poi tratto dal citato autore dal confronto tra l'articolo 66 co. II, c.c. e l'articolo 57 c.c..

Entrambe le disposizioni hanno riguardo al caso in cui sopravvenga la prova della morte (naturale) della *missing person*, ma solo l'art. 57 c.c. dispone espressamente – come abbiamo visto *supra* – l'apertura

⁸³ Così G. AMORTH, *op. loc. ult. cit.*.

⁸⁴ D. BARILLARO, *op. cit.*, 322.

⁸⁵ M. Giorgianni, *op. cit.*, *passim* ed in particolare pp. 28 ss..

⁸⁶ Richiamano tale argomento anche M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 19 ss.; D. BARILLARO, *op. cit.*, 367; V. SGROI, *op. cit.*, 122.

⁸⁷ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 37 e seguenti e 38 in particolare. D. BARILLARO, *op. loc. ult. cit.* e V. SGROI, *op. loc. ult. cit.*.

della successione dell'assente, mentre l'art. 66 co. II, c.c. si limita ad attribuire ai (veri) eredi e legatari gli stessi diritti che competono al dichiarato morto presunto che ritorna o del quale sia dichiarata l'esistenza. Da tale diversità tra le due disposizioni è dunque possibile dedurre, per la dottrina richiamata, che la dichiarata assenza non produce apertura della successione, sicché il legislatore ha dovuto esplicitare tale effetto nell'art. 57 c.c., mentre la dichiarazione di morte presunta già apre la successione, sicché il legislatore non ha dovuto regolamentare espressamente in tal senso.

Infine, l'autore richiamato comprova la sua tesi nell'esegesi del capo terzo della disciplina in parola⁸⁸ ed in particolare nella considerazione per cui, mentre in capo all'assente possono sorgere diritti, non altrettanto accade per la persona della quale sia stata dichiarata la morte presunta, della quale deve, anche sotto questo profilo, predicarsi l'intervenuta apertura della successione.

In conclusione, riteniamo convincente (ri)affermare l'equiparazione tra morte presunta e morte naturale e, in conseguenza, che gli effetti prodotti dalla dichiarazione di morte presunta si estendono al di là di quelli esplicitamente indicati per questo istituto del codice civile.

Cosicché, tornando alla questione preliminare delineata, è possibile affermare che la dichiarazione di morte determina apertura della successione dello scomparso, oltre, ovviamente, a produrre tutti quegli effetti giuridici che discendono dalla morte della persona⁸⁹.

8. Effetti della sopravvenuta prova della data della (vera) morte sulla successione del dichiarato morto: l'apertura di una "nuova" successione

Chiarito che la dichiarazione di morte presunta determina già di per sé apertura della successione della *missing person*, possiamo adesso chiederci quali siano gli effetti successori della sopravvenuta prova della vera data del decesso del dichiarato morto presunto.

A tale riguardo, emerge subito un significativo dubbio, ossia se il sopraggiunto accertamento della data della morte disponga l'apertura di una nuova successione al (vero) momento del decesso, oppure, più semplicemente, determini effetti che vanno ad innestarsi sulla successione già apertasi al momento della morte dichiarata presuntivamente.

Avverso l'intuitiva conclusione che l'inedita prova del momento della morte naturale schiuda una "nuova" successione della *missing person*, caducando la precedente, possono invero opporsi considerazioni non trascurabili.

Si pensi, anzitutto, alla disciplina dettata dall'art. 66, III co., c.c.: la norma dispone che, laddove sia accertata la (vera) data della morte del dichiarato morto presunto, coloro che «sarebbero stati suoi eredi o legatari» al momento della morte naturale possono esercitare i diritti riconosciuti al dichiarato morto presunto nel caso del suo ritorno, fatti comunque salvi gli effetti delle prescrizioni e delle usucapioni. Sicché, costoro potranno recuperare i beni «nello stato in cui si trovano» oppure conseguire il prezzo di quelli alienati, quando esso sia ancora dovuto, o i beni nei quali sia stato investito.

⁸⁸ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 53 ss., con argomenti ripresi anche da D. BARILLARO, *op. loc. ult. cit.* e V. SGROI, *op. loc. ult. cit.*.

⁸⁹ Per un decalogo dei quali, v. D. BARILLARO, *op. cit.*, 326-327.

Tale disposizione, come abbiamo già avuto modo di rilevare⁹⁰, appare contenutisticamente “limitata” per poter sostenere *sic et simpliciter* che il sopravvenuto accertamento della prova della vera data della morte determini l’apertura di una “nuova” successione del già dichiarato morto presunto. Anzi, dal limitato contenuto della norma potrebbe trarsi argomento in favore del convincimento opposto, ossia che il legislatore avrebbe voluto, più semplicemente, disporre effetti sulla successione già aperti al momento della morte dichiarata presuntivamente.

In quest’ultimo senso, d’altra parte, depone pure il confronto tra lo stesso art. 66, III co., c.c. e quanto disposto dall’art. 57 c.c. per il caso di sopravvenuta prova della morte dell’assente: si ricorderà, infatti, che quest’ultima norma parla espressamente di apertura della successione, contrariamente a quella in esame.

Infine, l’interrogativo appare alimentato pure dal tenore letterale della norma *de quo* e, in specie, dall’utilizzo del tempo condizionale nell’individuazione degli eredi e legatari cui spettano i diritti ivi descritti.

Nondimeno, sembra preferibile ritenere che la sopraggiunta prova della data della morte del dichiarato morto presunto determini apertura di una nuova successione.

Tale conclusione discende, in particolare, da quanto abbiamo riferito in ordine agli effetti della dichiarazione di morte presunta e massimamente dal fatto che questa determina l’apertura della successione.

All’affermazione per cui la dichiarazione di morte presunta opera una vera e propria apertura della successione della *missing person* non può che conseguire, invero, che nel momento in cui tale dichiarazione si riveli erronea in ragione del sopraggiunto accertamento in fatto, viene meno *ipso iure*⁹¹ la successione fondata su di essa, per la mancanza del suo presupposto essenziale costituito dalla morte (presunta) del *de cuius* in quel determinato momento.

Così stando le cose, l’inedita prova della data della morte non può che determinare, assieme e contestualmente alla caducazione degli effetti della dichiarazione di morte presunta, anche l’apertura di una

⁹⁰ V. *retro* par. 1.

⁹¹ Tale caducazione ipso iure è confermata dal silenzio del legislatore in ordine alle modalità con le quali gli effetti della morte presunta vengono meno. Se, ad esempio, il legislatore avesse previsto un giudizio di revocazione, anche in forma anormale, della dichiarazione di morte presunta sarebbe stato possibile asserire diversamente. In mancanza di simili espresse previsioni, deve dunque ritenersi che la dichiarazione di morte presunta viene meno ipso iure quale immediata conseguenza dell’accertamento della morte (o del ritorno dello scomparso o della dichiarazione di esistenza): in altre parole, il venire meno degli effetti della morte presunta non è dovuta all’avverarsi di un evento estraneo o dalla determinazione di una norma, ma dal venir meno del fatto produttivo degli effetti medesimi (sul punto vedi anche *retro* sub nota 38 per medesime considerazioni in tema di assenza). In questo senso D. BARILLARO, *op. cit.*, 384-385; GIORGIANNI, *op. cit.*, 92; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 470; M. ESU, *op. cit.*, 720 ed *ivi* nota 59. Contr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Disciplina dello scomparso nel nuovo codice civile*, cit., 381; ID., *Dichiarazione di morte presunta. Nuovo matrimonio*, 88; P. ZATTI, *Valutazione di probabilità e di opportunità nella dichiarazione di morte presunta*, cit., 1265 testo ed *ivi* nota 32. Secondo costoro è necessaria la sentenza prevista all’art. 67 c.c. perché cessino gli effetti della morte presunta, altrimenti non sarebbero superabili, neppure dal ricomparso, le risultanze della trascrizione nei registri di morte della dichiarazione di morte presunta. Contro queste osservazioni, Barillaro e Giorgianni ritengono che sia semmai necessario un giudizio ai fini della sola rettificazione dei registri dello stato civile.

inedita successione⁹²: vuoi in applicazione dei principi della successione *mortis causa*⁹³, vuoi anche perché, altrimenti, si provocherebbe una frattura nel principio secondo il quale non può esservi soluzione di continuità nella titolarità dei rapporti facenti capo al defunto⁹⁴. Sotto quest'ultimo profilo, invero, va osservato che alla caducazione degli effetti della successione fondata sulla data di morte presunta deve ritenersi che si accompagni la perdita della qualifica di eredi e legatari da parte di chi a tale successione è stato chiamato ed abbia accettato o non rinunciato⁹⁵; sicché, in assenza di una nuova ed inedita successione della *missing person*, risulterebbe che quest'ultima non abbia successori *causa mortis*.

D'altra parte, non è neppure sostenibile che l'art. 66, III co. si limiti semplicemente ad individuare, nelle persone che "sarebbero" state eredi o legatari nel (vero) momento della morte, i soggetti abilitati a chiedere il recupero dei beni. In quella disposizione, per le medesime ragioni esposte più sopra a proposito dell'interpretazione degli artt. 63 e 64 c.c., dev'essere individuata una espressa vocazione all'eredità dei (veri) chiamati, sicché anche sotto questo profilo va confermata l'apertura di una nuova successione.

A identica conclusione è possibile giungere, infine, anche per altra via, ossia rivelando come le estreme conseguenze dell'ipotesi qui opposta risultino inaccettabili nel caso in cui, per avventura, i presunti eredi della *missing person*, cioè coloro che sono stati individuati ed hanno accettato l'eredità del dichiarato morto presunto alla data della sua ultima notizia, siano persone diverse dai veri eredi di quest'ultimo, cioè i chiamati (che abbiano accettato l'eredità) alla data accertata della vera morte.

Dallo sposare la tesi per cui l'inedita prova della data della morte non determina apertura di una nuova successione della *missing person*, bensì esclusivamente attribuisce a coloro che sarebbero stati eredi e legatari i soli diritti previsti dall'articolo 66, III co., c.c., conseguirebbe, invero, che i presunti eredi permanerebbero nella titolarità di tutte le passività del patrimonio ereditario, mentre dovrebbero restituire ai (veri) eredi i beni e l'esercizio dei diritti ad essi connessi.

Tale conclusione sarebbe evidentemente inaccettabile e per ovviarvi non è possibile affermare altro che l'apertura di una nuova vera e propria successione del defunto in conseguenza della sopraggiunta prova della data della morte del già dichiarato morto presunto, alla quale vengono chiamati coloro che «a quella data»⁹⁶ risultano essere i suoi eredi e legatari.

Sulla scorta di quanto precede è dunque possibile individuare il primo effetto successorio della sopraggiunta prova della data della morte del già dichiarato morto presunto: ad essa consegue la caducazione degli effetti della dichiarazione di morte presunta, comprensivi dunque dell'apertura della successione alla data individuata in sentenza e degli effetti ad essa connessi (in particolare, l'acquisto del titolo da parte dei presunti eredi e legatari), e l'apertura di una nuova successione della *missing person*.

⁹² D. BARILLARO, *op. cit.*, 391.

⁹³ Posto anche che, come rileva F. CARRESI, *op. cit.*, 343: «la successione si apre una volta soltanto, al momento della morte (fisica) della persona». Conf. M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 471; D. BARILLARO, *op. cit.*, 384; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 92.

⁹⁴ Cfr. G. BONILINI citato retro alla nota 53.

⁹⁵ Vedremo infra, al par. 11, con quale efficacia interviene tale caducazione, ossia se con effetto dalla data di dichiarazione della morte presunta oppure dalla data della morte naturale.

⁹⁶ Così si esprime l'art. 66, III co., c.c..

9. (Segue) Data di apertura della successione e decorrenza dei termini di esercizio dei diritti successori

Se, per quanto detto, la prova della vera data della morte della *missing person* determina caducazione *ipso iure* della successione già apertasi e ne apre una nuova, intervengono, adesso, questioni consimili a quelle già osservate a proposito dell'apertura della successione dello scomparso e dell'assente conseguente alla sopravvenuta prova della morte di questi soggetti.

In particolare, ci si può interrogare in ordine a quale sia la data in cui la "nuova" successione deve intendersi aperta, se tale successione segua le regole ordinarie e, in tale ambito, quale sia il *dies* dal quale decorrono i termini entro i quali i (veri) chiamati possono esercitare i loro diritti successori, in specie laddove vi sia discrepanza tra il momento in cui si ottiene la prova della vera data della morte ed il momento effettivo in cui è avvenuta la morte naturale.

In proposito, sono qui replicabili le argomentazioni e le conclusioni esposte in punto di sopraggiunta prova della morte dello scomparso e dell'assente e conseguente apertura della successione di costoro⁹⁷.

Pertanto, l'apertura della successione del già dichiarato morto presunto dovrà farsi, tra le opzioni in astratto immaginabili, con riguardo alla data della morte accertata ed in questo senso depone pure il ricordato art. 66, III co., c.c., nella parte, già osservata, in cui individua gli eredi ed i legatari «a quella data».

In conseguenza, la prova della data della morte naturale del dichiarato morto presunto comporta un effetto successorio addirittura più incidente rispetto a quello osservato in merito alla prova della morte dello scomparso e dell'assente: là avevamo osservato intervenire una frattura in quel meccanismo che avrebbe potuto portare all'individuazione di chiamati diversi; qua, invece, la modificazione dei chiamati è concreta nel caso in cui quelli che, per effetto della sentenza di dichiarazione di morte presunta, risultavano essere eredi e legatari al giorno dell'ultima notizia, siano soggetti diversi dai chiamati al giorno della morte effettiva.

Per quanto concerne, invece, la disciplina della successione apertasi a seguito dell'inedita prova della vera data della morte, anche nell'ipotesi in esame v'è ragione di ritenere che le regole del Libro II del Codice debbano sopportare certi temperamenti.

Tra quest'ultimi, pure nella fattispecie *de quo* dev'esser affermato che i termini per l'esercizio dei diritti successori dei chiamati decorrono dal giorno in cui è pervenuta la notizia della vera data della morte, per le medesime ragioni già indicate *supra* (arg. ex art. 2935 c.c.).

Sotto i profili fin qui richiamati, dunque, gli effetti successori della sopraggiunta prova della data della morte del dichiarato morto presunto possono equipararsi a quelli della sopraggiunta prova della morte dello scomparso e dell'assente.

D'altra parte, una particolarità della situazione *de quo* esige di rendere una precisazione pertinente, invece, alla sola ipotesi in esame.

In questa fattispecie, invero, si apre una "nuova" successione quando una "precedente" successione si era, come visto, già aperta per effetto della dichiarazione di morte presunta. A fronte di ciò, appare opportuno precisare che gli eredi e i legatari ai sensi della "precedente" successione, ancorché siano i

⁹⁷ Alle quali si rinvia retro ai par. 4-5, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

medesimi soggetti chiamati alla “nuova” successione, dovranno esercitare i loro diritti successori *ex novo*, poiché l’inedita prova della data della morte ha caducato il loro titolo e la loro qualifica ereditaria.

Ugualmente può dirsi, in conseguenza, anche con riferimento alla necessità di erigere l’inventario dei beni del *de cuius* in caso sussista la volontà di un neo-chiamato di accettare con beneficio. Agli effetti di cui agli artt. 484 ss. c.c., il chiamato alla “nuova” successione non potrà avvalersi dell’inventario eventualmente già compiuto per la “precedente” successione anche ai sensi dell’art. 64, Il co., c.c., vuoi per i motivi appena esposti al capoverso precedente, vuoi per quelli già osservati *supra* con riferimento alla consimile ipotesi derivante dall’accertamento della prova della morte dell’assente.

10. (Segue) Effetti della apertura della “vera” successione sugli atti compiuti dai (presunti) eredi e legatari: inquadramento del problema ed ipotesi ricostruttive

Abbiamo finora acclarato che la prova della (vera) data della morte del già dichiarato morto presunto determina: (i) caducazione *ipso iure* degli effetti della morte presunta e, dunque, rimozione degli effetti della successione già apertasi in forza di essa, con conseguente perdita della qualifica di eredi e legatari da parte di chi a quella successione fosse stato chiamato ed avesse accettato o non rinunciato; e (ii) apertura di una nuova successione alla quale vengono chiamati i soggetti individuati alla data della morte naturale, i quali, per avventura, ben potrebbero essere soggetti diversi dai già presunti eredi e legatari⁹⁸.

Si pone, adesso, il tema della persistente, o meno, validità ed efficacia degli atti posti in essere dai presunti eredi e legatari: tema che, all’evidenza, è ancor più rilevante quando costoro sono persone diverse dai veri eredi e legatari.

A tale riguardo, possono subito replicarsi le medesime considerazioni esposte innanzi in merito alla consimile tematica concernente la sorte degli atti compiuti dal curatore dei beni dello scomparso o dagli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell’assente nei casi di sopraggiunta prova della morte di queste *missing person*⁹⁹.

Anche nel caso di sopravvenuta prova della vera data della morte del già dichiarato morto presunto, invero, risulta assai complessa la soluzione dell’interrogativo relativo alla conservazione degli atti compiuti dai presunti eredi e legatari nel periodo di tempo intercorrente tra la dichiarazione di morte presunta e la data della vera morte naturale; e pure in questo caso si pone, oggi, il problema di comprendere la sorte anche degli atti compiuti nel (eventuale) periodo di tempo corrente dalla data della morte naturale fino al momento (successivo) in cui si acquisisce contezza di tale evento¹⁰⁰.

⁹⁸ O le medesime persone, ma in misura differente da quella nella quale esse erano state chiamate nella successione venuta meno in seguito alla rivelazione che il *de cuius* viveva o era già morto nel momento dell’apertura di essa.

⁹⁹ V. *retro* par. 6.

¹⁰⁰ È apparsa ridondante, nel testo, l’esigenza di sottolineare, ancora una volta, la plausibilità della ipotesi in cui la prova della vera data della morte naturale sopraggiunga, grazie alle innovazioni tecnologiche in materia biomolecolare, a distanza di un significativo lasso di tempo rispetto all’effettivo momento del decesso.

Ed infatti, quanto alla conservazione degli atti compiuti dai presunti eredi e legatari nel primo dei detti periodi (dichiarazione di morte presunta-morte naturale), sembrano essere del pari sostenibili tre diverse soluzioni.

Presupposta la caducazione degli effetti della morte presunta rivelatasi erronea, si potrebbero reputare salvi tutti gli atti compiuti fino alla data della vera morte, ove si ritenesse che i presunti eredi e legatari “conservino”, fino a tale momento, il loro titolo successorio e dunque la piena titolarità e disponibilità dei beni ereditari. All’opposto, si potrebbe sostenere che i presunti eredi e legatari perdano la loro qualifica successoria sin dalla data della caducata dichiarazione di morte presunta e, pertanto, che tutti i loro atti (e i conseguenti acquisti dei terzi) vengano meno in ossequio al principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*. Infine, pur concordando sulla caducazione dei titoli successori dei presunti eredi e legatari sin dalla data della morte presunta rivelatasi erronea, si potrebbero ritenere salvi gli atti compiuti da costoro fino alla data della morte naturale, ove si riscontrasse l’esistenza (o l’esigenza) di un temperamento alle dirompenti conseguenze del principio generale appena ricordato nel suo brocardo latino.

D’altra parte, anche la conservazione degli atti dei presunti eredi e legatari nel periodo *post* (vera) *mortem* del già dichiarato morto presunto, pone seri interrogativi: infatti, accedendo sia alla prima che alla seconda delle tesi innanzi espone per il periodo *ante* (vera) *mortem*, si dovrebbe concludere per l’integrale caducazione degli atti adesso in parola; se invece si dovesse propendere per la terza soluzione, resterebbe comunque da chiarire se il temperamento eventualmente individuato per far salvi gli atti compiuti *ante* (vera) *mortem* possa estendersi anche a quelli intervenuti in questo inedito iato temporale, corrente tra la data della morte naturale ed il momento in cui tale evento viene appreso¹⁰¹. A fronte di questo scenario, ci sembra opportuno, dapprima, risolvere l’interrogativo relativo alla conservazione degli atti compiuti dai presunti eredi e legatari nel primo dei due periodi di tempo individuati; e solo successivamente comprendere se le soluzioni alle quali giungeremo potranno, o meno, essere estese anche agli atti compiuti nel secondo periodo di tempo sopra individuato.

11. (Segue) Il pregiudiziale tema della perdita del titolo ereditario da parte dei presunti eredi e legatari: ha effetto *ex nunc* o *ex tunc*?

La questione della conservazione, o meno, degli effetti degli atti compiuti dai presunti eredi e legatari nel periodo corrente tra la data della dichiarazione di morte presunta e la data (accertata) della morte naturale può esser risolta, come abbiamo visto, secondo tre linee ricostruttive, profondamente differenti tra loro per gli esiti cui pervengono.

Si può osservare, però, una consonanza tra questi ipotizzabili orientamenti nel fatto che essi risolvono la problematica in esame sulla scorta di come, a monte, compongono la questione riguardante la caducazione del titolo ereditario di cui presupposto è la dichiarazione di morte presunta rivelatasi erronea.

¹⁰¹ Una lungimiranza sul problema esposto può forse ravvedersi in M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 129, laddove si pone il seguente quesito: «può tuttavia sostenersi che, pur venendo meno *ex tunc* il titolo di erede o la qualità di legatario, la legge fa, nell’art. 66, salvo l’acquisto fino al momento in cui si scopre la erroneità dell’accertamento contenuto nella sentenza di d.d.m.p.?».

Sopra quest'ultima tematica, pregiudiziale alla nostra indagine, dobbiamo quindi concentrarci.

Occorre acclarare, in sostanza, se i presunti eredi e legatari, in conseguenza della caducazione degli effetti prodotti dalla dichiarazione di morte presunta determinata dalla sopraggiunta prova della morte, perdono il loro titolo e la loro qualifica con effetto, per così dire, *ex nunc* (i.e. dalla data della morte accertata) oppure *ex tunc* (i.e. dalla data della dichiarazione di morte presunta).

La questione non è espressamente affrontata dal legislatore, ma argomenti potrebbero trarsi dal contenuto dell'art. 66 c.c..

Sulla scorta di tale disposizione, si potrebbe sostenere, ed infatti è stato sostenuto¹⁰², che i presunti eredi e legatari conservino la loro qualifica successoria fino alla data della morte naturale del già dichiarato morto; dunque, la perdano con effetto *ex nunc*.

L'argomento principale a sostegno di tale tesi potrebbe essere costituito, in particolare, dalla espressione, adoperata dal primo comma dell'art. 66 c.c., a mente della quale l'interessato (ossia il ricomparso o i suoi veri eredi e legatari¹⁰³) «ricupera i beni nello stato in cui si trovano». Ed invero da ciò potrebbe arguirsi la salvezza di tutti gli atti compiuti dai presunti eredi e legatari e, in conseguenza, il fatto che questi ultimi conservino il loro titolo ereditario fino alla data della morte naturale, poiché, altrimenti, non vi sarebbe ragione per spiegare tale salvezza dei loro atti¹⁰⁴.

Nonostante l'autorevolezza degli autori che hanno sostenuto tale tesi, crediamo però più condivisibile ritenere che, scopertasi la data della morte naturale, la qualità di presunto erede e legatario venga persa da costoro con effetto *ex tunc*, ossia sin dalla data della dichiarazione di morte presunta.

In termini generali, invero, non ci pare necessario affermare che il titolo successorio dei presunti eredi e legatari venga meno *ex nunc* per spiegare l'ipotetica conservazione degli acquisti dei terzi aventi causa, poiché, com'è noto, il nostro ordinamento giuridico conosce altre ipotesi di validi acquisti *a non domino*¹⁰⁵.

Troviamo, poi, più ragionevole opinare nel senso che tutti gli effetti della dichiarazione di morte presunta, una volta che questa si riveli erronea, vengano meno con effetto *ex tunc*, sicché ritenere che il solo titolo successorio dei presunti eredi e legatari venga meno, invece, con effetto *ex nunc*, andrebbe a creare una inspiegabile scissura in questo assunto.

¹⁰² F. SANTORO-PASSARELLI, *Disciplina dello scomparso nel nuovo codice civile*, 381 ss.; ID., *Dichiarazione di morte presunta. Nuovo matrimonio*, 88-89; W. D'AVANZO, *Delle Successioni*, I, Firenze, 1941, 18. È da ricordare che era questa l'opinione unanime sulla interpretazione dell'articolo 39 del codice civile del 1865, nei riguardi della cessazione degli effetti della cosiddetta immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente ed è stata riproposta con forza anche in considerazione del fatto che tale articolo 39 del codice civile del 1865, prevedendo il ritorno o la prova della esistenza dell'assente, dettava una disposizione perfettamente identica (anche per le parole adoperate) a quella dell'articolo 66 dell'attuale codice civile. Per approfondimenti sull'interpretazione dell'articolo 39 sotto la vigenza del codice civile 1865, v. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 121 ss..

¹⁰³ Espressamente abilitati ad esercitare il diritto trascritto nel testo dal richiamo contenuto dal terzo comma della medesima norma, comma quest'ultimo che, come più volte già detto, è relativo alla fattispecie del sopravvenuto accertamento della vera data della morte.

¹⁰⁴ In effetti, anche sotto il Codice previgente, l'interpretazione citata alla penultima nota dell'art. 39 si giustificava proprio in ragione del fatto che la legge attribuiva agli immessi nel possesso definitivo il potere di disporre liberamente dei beni (*ex art. 37 codice civile 1865*).

¹⁰⁵ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 131.

Del resto, che gli effetti della morte presunta siano destinati a venire meno sin dalla data rivelatasi erronea ci appare chiaro non sol in ragione di quanto disposto dall'art. 66 c.c. sulla sorte delle obbligazioni considerate estinte ai sensi dell'art. 63 c.c., ma anche per quanto detto, in termini generali, sull'istituto e sugli effetti della dichiarazione di morte presunta in sé.

Sotto il primo profilo, invero, la circostanza che l'art. 66 c.c., allorché sia data la prova della morte, consenta agli eredi ed ai legatari a quella data di pretendere l'adempimento delle obbligazioni per il tempo anteriore alla data di morte, è un inequivocabile segno che tali obbligazioni rivivono con effetti *ex tunc*¹⁰⁶.

Sotto l'altro profilo, all'aver chiarito che la dichiarazione di morte presunta dà luogo ad una vera e propria apertura di una successione *mortis causa* e che, una volta provata la diversità della data del decesso naturale, la detta apertura della successione viene meno per la mancanza del suo presupposto essenziale costituito dalla morte (presunta) del *de cuius*, non può che conseguire, in ossequio ai principi generali disposti in tema di successioni *causa mortis*, il considerare detta (presunta) successione come mai aperta, sicché caducata con effetto *ex tunc*¹⁰⁷.

Sulla scorta di tali considerazioni, allora, crediamo che, qualunque sia il valore che si attribuisca alle disposizioni dell'art. 66 c.c., non possa sostenersi in alcun modo che i titoli di presunto erede o di presunto legatario vengano meno *ex nunc*. E quanto qui affermiamo, crediamo possa considerarsi provato anche dalle seguenti considerazioni.

Anzitutto, in ragione del fatto che la qualità di presunti eredi di legatario è talmente connessa all'apertura della presunta successione, che, una volta scopertosi che questa non si è mai verificata, quella qualità deve necessariamente venire meno con ugual effetto *ex tunc*¹⁰⁸.

Inoltre, portando alle sue estreme ed inaccettabili conseguenze la tesi della inefficacia *ex nunc*¹⁰⁹.

Ed infatti, dato atto che, ai sensi dell'art. 66, III co., c.c., nel caso in cui viene provata una data della morte diversa da quella indicata nella sentenza di dichiarazione di morte presunta, la legge fa sorgere il titolo di erede (o meglio la possibilità di acquistarlo mediante l'accettazione) o la qualità di legatario in capo a coloro i quali sarebbero chiamati a quella (vera) data, non può sicuramente ammettersi che il titolo del presunto erede venga meno a quella stessa data, poiché affermare ciò significherebbe contravvenire alla norma di legge secondo la quale, come noto, la possibilità di due vocazioni successive,

¹⁰⁶ D. BARILLARO, *op. cit.*, 392.

¹⁰⁷ D'altra parte, il medesimo fenomeno si verificherebbe nella corrispondente ipotesi di erroneo accertamento della morte naturale. Lo osserva M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 125. V. anche la prossima nota.

¹⁰⁸ Stessa cosa succede, peraltro, quando viene, in proseguo di tempo, a scoprirsi che il presupposto della morte naturale era erroneo, in quanto il (preteso) *de cuius* (viveva o) era già morto nel momento a cui era stata (erroneamente) fatta risalire la sua morte naturale. In questo caso, non vi può esser dubbio che gli effetti derivanti dall'apertura della successione, di cui presupposto sia stata la morte naturale del *de cuius* nel momento determinato nell'atto di accertamento della morte medesima, siano destinati a venire meno. Ciò posto, in base ai principi esistenti in tema di diritto successorio, oltre che in base ai principi generali che regolano l'acquisto dei diritti soggettivi, venuto meno il presupposto principale dell'acquisto *mortis causa*, e cioè l'apertura della successione, viene meno anche l'acquisto del titolo di erede o della qualità di legatario, e il conseguente acquisto dei beni che su tale titolo o su tale qualità aveva trovato il suo fondamento. Come, del resto, accade anche nel caso in cui si avvera la condizione risolutiva posta alla condizione di erede o allegato. Cfr. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 101-102.

¹⁰⁹ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 127.

di cui una sia destinata a venir meno *ex nunc*, è ammessa solo in un caso eccezionale, e cioè nella cosiddetta sostituzione fedecommissaria, di cui agli artt. 692 ss. c.c.¹¹⁰.

Infine, sembra addirittura possibile ricavare una controprova a favore dell'opinione qui espressa dall'art. 73 c.c.¹¹¹.

Tale disposizione attribuisce esplicitamente al dichiarato morto la petizione di eredità derivante dalla successione apertasi in suo favore, che sia stata però devoluta a coloro i quali la successione medesima spettava in sua mancanza. Ora, dall'attribuzione di tale diritto discende senza dubbio che la legge considera il dichiarato morto come (il vero) erede e non può ritenersi che il titolo di erede del chiamato in precedenza cada con effetto *ex nunc*, per la ragione, appena ricordata, che non sono possibili due vocazioni successive, di cui una destinata a venir meno con effetto *ex nunc*.

Sicché, se nel caso previsto dall'art. 73 c.c. il dichiarato morto presunto che ritorna è erede *ex tunc*, non può certo sostenersi una diversa regola quando si tratta della successione di costui, data peraltro la profonda analogia tra le due situazioni, e vista anche l'identità tra le espressioni adoperate dall'art. 73 c.c. e quelle adoperate dall'art. 66 c.c..

12. (Segue) Inefficacia *ex tunc* e temperamenti al principio “*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*”

Compreso, dunque, che il titolo di presunto erede e legatario viene meno sin dalla dichiarazione di morte presunta scopertasi erronea, possiamo tornare sulla questione della salvezza, o meno, degli atti compiuti dai (presunti) successori nel periodo corrente fino alla data della morte naturale.

Come abbiamo visto *supra*, dal ritenere che vengano meno con efficacia *ex tunc* i titoli di presunto erede e di presunto legatario, si potrebbe arguire il convincimento che tutti gli atti compiuti da costoro debbano essere travolti con effetto parimenti *ex tunc*.

Sicché, sin dalla medesima data (*i.e.* quella della dichiarazione di morte presunta rivelatasi erronea) ed in ossequio al principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, resterebbero travolti anche tutti gli acquisti dei loro aventi causa, i quali, eventualmente chiamati alla restituzione della cosa loro trasmessa *a non dominus*, potrebbero opporsi nei soli limiti delle regole generali.

Ora, per arginare tale dirompente – ed *ictu oculi* inaccettabile – conclusione, occorre individuare l'ipotizzato temperamento a detto principio generale, ossia percorrere quella che, dapprima, avevamo individuato come la terza possibile soluzione della questione.

In tal senso, la mitigazione che andiamo cercando, preposta ad arginare la caducazione *ex tunc* dei titoli dei presunti successori ed il consequenziale travolgimento di tutti gli atti da loro compiuti, dev'essere senz'altro individuata nel principio della tutela dei terzi in buona fede aventi causa dai presunti eredi e legatari.

¹¹⁰ Si potrebbe semmai, ammette per un momento il M. GIORGIANNI, *op. loc. ult. cit.*, dire che la qualità di presunto legatario potrebbe venire meno *ex nunc*, data l'ammissibilità di un legato a termine (artt. 637, 640, co. I, c.c.), costruendo così la situazione come il susseguirsi di due legati, uno a termine finale e l'altro a termine iniziale. Ma ciò non toglie forza all'argomento esposto nel testo.

¹¹¹ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 128.

È infatti innegabile che gli aventi causa dai presunti eredi di legatari abbiano contrattato in un momento in cui i loro danti causa non solo apparivano, bensì erano proprio titolari dei beni oggetto di disposizione, sicché è evidente l'esistenza di un affidamento meritevole di protezione¹¹².

D'altra parte, la circostanza che la piena titolarità dei presunti eredi e legatari sussistesse (almeno) *ante vera mortem* non può certo esser messa in dubbio, a pena di smentire tutto quanto di qui detto: ossia, che la dichiarazione di morte presunta deve equipararsi alla morte naturale, che essa apre una vera e propria successione *mortis causa* e che i (presunti) eredi e legatari succedono al presunto defunto e così conseguono, ai sensi degli artt. 63 e 64 c.c., la piena titolarità dei diritti ereditari ed il loro libero esercizio.

È dunque effettivamente insopprimibile l'esigenza di tutelare i terzi in buona fede aventi causa dai presunti eredi e legatari e quindi di ritenere salvi gli atti compiuti da costoro.

Si potrà dire, semmai, che tale conclusione non collimi con la dedotta regola di retroattività degli effetti prodotti dall'accertamento della vera data della morte, sicché occorra, oltre al richiamo del principio della tutela dei terzi in buona fede, anche un addentellato normativo per sostenerla. Ma se anche così fosse, non si fatica a reperire tale appiglio nel contenuto dell'art. 66, III co. c.c..

Tale norma, infatti, tramite un rinvio al primo comma della medesima disposizione, consente ai (veri) eredi e legatari di recuperare i beni nel "solo" "stato in cui si trovano", sicché anche da tale inciso è possibile trarre argomento a favore della conclusione per cui gli atti compiuti dai presunti eredi e legatari conservano piena efficacia e validità fino alla data della morte naturale¹¹³.

Eppure, senza una ulteriore e specifica argomentazione, non è ancora possibile affermare che tutti gli atti compiuti dai presunti eredi e legatari fino alla data della morte naturale siano salvi.

V'è chi, infatti, sulla scorta dell'inciso dell'art. 66 c.c. appena ricordato, ha tratto argomento per sostenere che, in realtà, alcuno degli atti compiuti dai presunti eredi e legatari sia posto al riparo dalla caducazione *ex tunc* del loro titolo successorio. È questa, in particolare, la tesi mediana tra quelle che avevamo dapprima ipotizzato.

Secondo questo autore, invero, l'inciso «ricupera i beni nello stato in cui si trovano» dovrebbe essere interpretato nel senso che il legislatore abbia voluto fare riferimento al solo stato materiale delle cose e non anche a quello, per così dire, giuridico. E da ciò conseguirebbe che l'art. 66 c.c., lungi dal disporre un argine alla retroattività degli effetti della prova della vera data della morte ed al principio *resoluto*

¹¹² Sulla rilevanza della eventuale mala fede v. prossima nota 119.

¹¹³ Certo si potrà insistere nel dire che tale norma non collimi con la caducazione *ex tunc* del titolo successorio dei presunti eredi e legatari. Ma, contro tale ipotetica critica, va osservato che la norma è proprio volta a temperare il principio della retroattività, in considerazione della circostanza che la dichiarazione di morte presunta aveva determinato una posizione di buona fede negli aventi causa dai presunti eredi e legatari, i quali avevano acquistato il patrimonio del morto presunto sul presupposto che i danti causa ne fossero legittimi titolari. Peraltro, questa rilevata discrasia tra la norma e la dedotta retroattività degli effetti del sopravvenuto accertamento della data della morte, non può certo portare argomento a favore della tesi della caducazione *ex nunc* degli effetti della dichiarazione di morte presunta: invero, se gli effetti della prova della vera data della morte operassero *ex nunc*, non si spiegherebbe perché la stessa norma riconosca ai veri eredi anche il diritto a conseguire il prezzo di ciò che è stato alienato o i beni nei quali il prezzo sia stato investito. Lo rilevano D. BARILLARO, *op. cit.*, 392 e M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 131 dove vi è più ampia trattazione dell'argomento.

iure dantis [...] ¹¹⁴, avrebbe il più limitato compito di regolare esplicitamente soltanto i rapporti tra i veri eredi e legatari e i presunti eredi e legatari, in ordine alla responsabilità dei secondi nei confronti dei primi per la distruzione, i deterioramenti e le alienazioni delle cose ¹¹⁵.

Con questa opinione, seppur portata da una autorevole dottrina e suffragata da argomenti certamente suggestivi, sentiamo di non concordare.

Anzitutto perché l'inciso *de quo* non sembra affatto riferirsi soltanto alla consistenza materiale delle cose: sia perché non di cose sole si tratta, ma dell'intero patrimonio; sia perché tale inciso non può essere astratto dal contesto in cui è posto ed in tal senso non è trascurabile la circostanza che la norma, disponendo anche il recupero del prezzo dei beni alienati, ha riguardo anche alle vicende giuridiche di cui i beni stessi sono stati fatti oggetto ¹¹⁶.

Oltre a ciò, non pare condivisibile ritenere che l'intero art. 66 c.c. regoli soltanto i rapporti tra i veri successori e i presunti eredi e legatari in ordine alla responsabilità di quest'ultimi per la distruzione, i deterioramenti e le alienazioni della cosa. La norma regola, invero, anche la sorte dei rapporti obbligatori estinti per effetto della dichiarazione di morte e soprattutto l'effetto delle prescrizioni e usucapioni a danno del presunto morto o dei suoi veri successori, sicché non sembra intesa a disciplinare la sola responsabilità del presunto titolare, ma l'intero problema del recupero dei beni da parte del vero titolare ¹¹⁷.

Senza dire ¹¹⁸, infine, che, qualunque sia la soluzione alla quale si perviene, nella fattispecie in esame trovano sempre applicazione a favore dei presunti eredi o legatari o di terzi le disposizioni del codice civile (artt. 1147 e ss.) che regolano gli effetti del possesso di buona fede ¹¹⁹.

¹¹⁴ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 136: "non crediamo quindi che nella disposizione dell'articolo 66 sia contenuta una deroga al principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis* [...] come ci siamo sforzati di dimostrare, il ricomparso i suoi veri elevi o legatari, nelle due diverse ipotesi ora ricordate, hanno diritto a recuperare i beni non solo quando questi si trovano presso i presunti eredi o legatari (o, naturalmente, i loro successori universali), ma anche quando siano stati da questi alienati".

¹¹⁵ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 134-135 "la legge ha voluto a nostro avviso, tenendo conto della particolare situazione giuridica venutasi a creare in seguito alla dichiarazione di morte presunta, applicare esplicitamente a favore del presunto erede o legatario, un principio di esonero di responsabilità per le alienazioni da lui compiute, la cui applicazione è invece controversa riguardo il possessore in buona fede in generale; e, data poi la stretta connessione tra la responsabilità per le alienazioni e quella per la distruzione o i deterioramenti della cosa, ha voluto altresì proclamare esplicitamente il principio da applicare in ordine alla seconda di tali responsabilità, disponendo però, qui, in maniera perfettamente conforme ai principi incontrovertibili".

Ciò significa perciò che, quanto agli altri rapporti che possono sorgere tra le due parti contrapposte in ordine alla reintegrazione dell'antico titolare nel suo diritto (ad esempio frutti, spese, miglioramenti, eccetera), o a quelli che possono sorgere tra il ricomparso ovvero il vero erede o legatario e gli aventi causa dal presunto erede o legatario, chiamati alla restituzione della cosa loro trasmessa dal non dominus, bisogna ricorrere ai principi generali, o alle norme esplicitamente dettate in materia ereditaria (articoli 534 e 35, 2652 numero 7 codice civile)".

¹¹⁶ P. ZATTI, Valutazione di probabilità e di opportunità nella dichiarazione di morte presunta, *cit.*, 1269, testo e nota 36.

¹¹⁷ P. ZATTI, *op. loc. ult. cit.*.

¹¹⁸ D. BARILLARO, *op. cit.*, 393.

¹¹⁹ D. BARILLARO, *op. loc. ult. cit.*, introduce un argomento ulteriore per contestare la tesi del Giorgianni. A suo dire sarebbe anche possibile osservare che la tesi qui opposta provocherebbe una diversità di trattamento tra gli aventi causa dei presunti eredi e legatari, inspiegabilmente fondata sull'oggetto del loro acquisto: l'A. non vede, infatti, perché mentre il sopravvenuto accertamento della vera data della morte non andrebbe ad incidere le alienazioni della piena proprietà di un bene fatto dal presunto erede o legatario, sicché l'acquirente non verrebbe



In conclusione, sulla scorta di tutte considerazioni fin qui esposte, deve trarsi ferma convinzione riguardo al fatto che, pur essendo venuta meno con effetto *ex tunc* la qualifica successoria dei presunti eredi e legatari, gli atti compiuti da costoro fino alla data della morte naturale restano validi ed efficaci¹²⁰.

13. (Segue) Il problema degli atti compiuti dai presunti eredi e legatari nel periodo *post mortem* del già dichiarato morto presunto

A questo punto occorre comprendere se la descritta salvezza degli atti dei presunti eredi e legatari fino alla data della morte naturale possa estendersi anche a quelli compiuti da costoro nell'inedito periodo corrente tra la data della morte naturale ed il momento in cui si acquista consapevolezza di tale evento. In via preliminare, non sembrerebbero sussistere particolari ostacoli per professare siffatta estensione, poiché il problema posto da questa "nuova" fattispecie sembrerebbe medesimo a quello dapprima osservato.

Anche nel periodo *post mortem* del già dichiarato morto presunto, caducato *ex tunc* il titolo successorio dei presunti successori, risulta che costoro abbiano agito *non domino*. Sicché, è del pari riscontrabile l'esigenza di conservare gli acquisiti dei loro aventi causa affinché non cadano sotto la scure del principio *resoluto iure dantis* [...] ed è, perciò, condivisibile predicarne l'uguale salvezza in ragione delle medesime osservazioni suesposte.

Senonché, una particolare esegesi dell'art. 66 c.c., il cui contenuto – come abbiamo visto – rinsalda la salvezza degli atti compiuti *ante (vera) mortem* accanto all'esigenza di tutelare i terzi in buona fede, è suscettibile di generare una significativa crepa in questo convincimento.

Si potrebbe ritenere, infatti, che detta norma faccia equivalenza tra ricomparsa e morte naturale e dire, dunque, che la regola di salvezza deducibile da essa abbia esclusivo riferimento agli atti compiuti fino a quando intervenga quest'ultimo evento.

Il dubbio appare alimentato, poi, da un confronto tra lo stesso art. 66 c.c. e l'art. 57 c.c., che regola il consimile caso della prova della morte dell'assente.

Si ricorderà, infatti, che quest'ultima disposizione, tramite il rinvio all'art. 56, Il co., c.c., parametrata la salvezza degli atti compiuti dagli immessi nel possesso temporaneo dei beni ad un momento che è inequivocabilmente successivo, addirittura, anche a quello in cui si apprende la notizia della morte della *missing person*, ossia il momento in cui gli interessati introducano nei confronti dei possessori dei beni una formale richiesta di restituzione. E sulla scorta di tale osservazione, siamo in effetti giunti a

per niente turbato dalla nuova situazione, al contrario, allorché, ad esempio, i presunti eredi abbiano costituito un usufrutto, la posizione dell'usufruttuario debba subire le conseguenze che discendono dall'acquisto non domino.

¹²⁰ Una eccezione a tale principio è data invero riscontrarsi. Come si è detto, invero, la salvezza degli atti compiuti dai presunti eredi e legatari ha la sua ratio nella tutela della buona fede: in conseguenza, quando l'alienazione della cosa sia avvenuta essendo nota ad una o ad entrambe le parti contraenti l'erroneità della dichiarazione di morte presunta, la dedotta salvezza non potrà avere applicazione e bisognerà perciò far ricorso ai principi generali in tema di possesso di malafede. D'altra parte, la buona o malafede dei presunti eredi o legatari avrà anche rilevanza sul profilo della loro responsabilità per l'attività spiegata medio tempore, così ad esempio in ordine alla restituzione dei frutti e deterioramenti alla distruzione o alla alienazione della cosa. D. BARILLARO, *op. cit.*, 395-396; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 142-144.

predicare la conservazione degli atti compiuti dagli immessi nel periodo *post mortem* dell'assente finanche al momento in cui le nuove tecnologie consentono, oggi, di avere certezza della morte della *missing person*.

Nell'art. 66 c.c. non è ravvisabile una simile previsione e quindi ci si può in effetti chiedere se questa disposizione abbia un ambito applicativo limitato agli atti compiuti fino ai soli eventi che essa prende in esame, ossia la ricomparsa o la morte naturale.

Eppure, non riteniamo sufficiente tale rilievo per minare il convincimento della salvezza anche degli atti compiuti dai presunti eredi e successori nel periodo *post (vera) mortem* del defunto.

Riteniamo, invero, come peraltro avevamo già osservato proprio riguardo all'art. 57 c.c., che non sia possibile attribuire al silenzio del legislatore un significato normativo, poiché se questi avesse voluto fare distinzione tra la salvezza degli atti intervenuti *ante (vera) mortem* quelli intervenuti *post (vera) mortem*, avrebbe certamente esplicitato tale diversità di trattamento.

Inoltre, che gli atti compiuti *post (vera) mortem* siano travolti e quelli *ante (vera) mortem* restino validi, non ci pare una conclusione sostenibile, avuto anche riguardo alla posizione dei terzi aventi causa dai presunti eredi o legatari: non sarebbe spiegabile, infatti, il perché certi terzi vedrebbero salvi i loro acquisti, mentre altri li vedrebbero pregiudicati, viepiù poiché tale distinzione avverrebbe sulla base di una linea di demarcazione temporale individuabile solo eventualmente, nonché a distanza anche di molti anni.

Senza dire, peraltro, che una certa lungimiranza normativa del legislatore potrebbe invero ravvedersi nella circostanza che l'art. 66 c.c. fa riferimento, per inquadrare la fattispecie, non tanto all'evento della morte naturale in sé, ma alla circostanza che di tale fatto venga data prova («Se è provata la data della sua morte [...]»). Sicché anche da ciò potrebbe arguirsi la rilevanza del momento della notizia della morte ai soli fini della conservazione degli atti compiuti dai presunti eredi e legatari.

Riteniamo, in conclusione, che pure degli atti compiuti dai soggetti appena citati dopo la vera data della morte debba predicarsi la piena validità ed efficacia.

Semmai, quanto qui fin qui osservato appare utile per una diversa e conclusiva precisazione.

Segnatamente, la rilevata assenza nell'art. 66 c.c. di un esplicito termine entro il quale gli atti compiuti dai presunti eredi e legatari siano considerati salvi, ci appare una lacuna che deve essere colmata.

Invero, seppur – come appena detto – si potrebbe fare riferimento alla data in cui si apprende la notizia della vera data di decesso sulla base di un'attenta esegesi dell'art. 66 c.c., abbiamo già osservato come possa intercorrere un ulteriore e imprecisato lasso di tempo tra quest'ultimo momento e quello in cui i veri eredi e legatari (o, per meglio dire, i veri chiamati in tali posizioni successorie) richiedono effettivamente l'apprensione dei beni¹²¹, sicché problematico sarebbe il caso in cui la conoscenza del decesso si formi nei veri eredi e legatari, ma costoro attendano a significarla ai presunti veri eredi e legatari e quest'ultimi compiano frattanto ulteriori atti sui beni del *de cuius*.

Per ovviare a tale *vulnus*, riteniamo pertanto che si debba applicare analogicamente proprio la disposizione dapprima richiamata, ossia l'art. 57 c.c. nella parte in cui rinvia all'art. 56, II co., c.c., e sostenere, pertanto, che gli atti compiuti dai presunti eredi e legatari conservino validità ed efficacia fintanto che costoro non ricevano, da parte dei veri eredi e legatari (o, ancora una volta, per meglio dire, i veri

¹²¹ V. *retro* par. 6 a proposito del consimile caso in cui i chiamati alla successione degli immessi debbano richiedere i beni ai già immessi nel possesso temporaneo di detti beni.

chiamati in tali posizioni), una formale richiesta di costituzione in mora nel dovere su di loro gravante di restituire i beni a quest'ultimi¹²².

14. (Segue) Il recupero dei beni da parte dei veri eredi e legatari

Chiarito tutto quanto precede, qualche considerazione conclusiva si rende necessaria in ordine ai mezzi che la legge mette a disposizione degli interessati, ossia ai veri eredi e legatari, al fine di fare venire meno le conseguenze del caducato acquisto ereditario verificatosi in conseguenza della dichiarazione di morte presunta rivelatasi erronea e, dunque, al fine di recuperare i beni del già dichiarato morto presunto nella cui titolarità costoro sono succeduti.

Tali considerazioni si rendono necessarie non tanto per l'evidente ragione per cui, seppur si sia più volte ripetuto che il titolo di acquisto dei beni del già dichiarato morto presunto da parte dei presunti eredi e legatari può considerarsi venuto meno fin dal suo sorgere, i veri eredi e legatari dovranno comunque esperire i mezzi a loro disposizione per recuperare i detti beni¹²³; quanto, semmai, perché non può predicarsi *sic et simpliciter* l'applicazione dei mezzi di recupero dei beni ereditari presso i relativi possessori previsti dal nostro ordinamento in favore dell'erede o del legatario, ossia, massimamente, l'azione di petizione di eredità o quella di rivendica.

Detti mezzi devono essere coordinati, infatti, con le regole racchiuse nell'art. 66, III co., c.c., a mente delle quali i veri eredi o legatari, al pari del ricomparso, hanno "semplicemente" il diritto recuperare i beni nello stato in cui si trovano, di conseguire il prezzo delle alienazioni, ove sia ancora dovuto, o i beni nei quali esso sia stato investito.

A tale riguardo, occorre anzitutto rilevare che, in realtà, v'è chi, contrariamente a quanto appena affermato, ritiene che le dette regole dell'art. 66, III co., c.c. sarebbero del tutto irrilevanti sul tema dell'individuazione dei mezzi di recupero e di come essi operino, sicché, in ragione di questo convincimento, conclude nel senso che il vero erede o il vero legatario abbiano a disposizione, rispettivamente, la petizione di eredità e la rivendica e che tali azioni spieghino normalmente i loro effetti, ossia al ricorrere dei presupposti di legge, sia nei confronti dei presunti eredi e legatari, sia nei confronti dei loro aventi causa¹²⁴.

¹²² La precisazione si rende necessaria, all'evidenza, per la sola ipotesi in cui i veri eredi e legatari siano soggetti diversi dai presunti eredi e legatari, poiché nei confronti di questi ultimi, ai fini della questione esposta nel testo, varrà sempre il momento della notizia della morte. Per una più ampia trattazione della questione e delle sue conseguenze, anche in un punto di accettazione dell'eredità e di inventario dei beni del *de cuius* ex artt. 484 ss. c.c., si rinvia alle considerazioni esposte *retro* rispetto alla consimile ipotesi della diversità soggettiva tra immessi nel possesso temporaneo e chiamati alla successione dell'assente apertasi in conseguenza della sopravvenuta prova della morte di costui. V. *retro* par. 6.

¹²³ I problemi intervengono solo se agli effetti dell'erroneo accertamento è seguita l'iniziativa degli interessati. Lo evidenzia bene F. CARRESI, *op. cit.*, 343-344.

¹²⁴ Secondo questa illustre opinione, di M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 138 ss., si dovrebbe qui integralmente applicare quanto sarebbe predicabile a proposito della corrispondente situazione che viene a verificarsi rispetto agli effetti prodotti dalla morte naturale rivelatasi erronea e comunque in ogni ipotesi in cui viene a generarsi un conflitto tra il vero erede e il possessore dei beni ereditari (o gli aventi causa di questo), per cui si possono ad essa applicare le norme relative a tale ipotesi generica. Quindi, in particolare, anche colui che viene a scoprirsi essere il vero erede in seguito all'accertamento della vera data della morte del *de cuius* (di cui era stata erroneamente accertata la morte naturale) avrà a disposizione, per ottenere il possesso dei beni a lui spettanti, un'azione esperibile

Tuttavia, si può subito osservare che questa è l'opinione di quell'autore il quale ritiene che l'art. 66, III co., c.c. abbia la limitata funzione di dettare, nei confronti del vero erede o legatario, una limitazione della responsabilità dei presunti eredi e legatari per i deterioramenti, la distruzione o l'alienazione della cosa.

Abbiamo però già escluso, al paragrafo che precede, questa particolare interpretazione dell'art. 66, III co., c.c. ed abbiamo individuato, invece, la corretta portata di tale norma nel ritenere che essa detti un temperamento alla caducazione *ex tunc* del titolo successorio dei presunti eredi e legatari e, così, faccia salvi gli acquisti dei terzi aventi causa da costoro.

Pertanto, nella prospettiva in cui ci siamo ora posti, ossia quella di individuare i mezzi di recupero dei beni ereditari da parte dei veri eredi e legatari, va rilevato che l'art. 66, III co., c.c. attribuisce al vero erede o legatario solo il diritto previsto nel primo comma della medesima disposizione al ricomparso, cioè prevede un'ipotesi di successione in questo diritto: è escluso quindi che egli possa servirsi della petizione di eredità quando il bene sia stato alienato dai presunti eredi o legatari, avendo esclusivamente il diritto a conseguire il prezzo della cosa alienata o i beni nei quali sia stato investito.

La disposizione in esame si limita, dunque, a statuire il subentrare del vero erede o legatario nella posizione che avrebbe avuto il dante causa se fosse ricomparso a quella data, alla quale, al contrario, risale la sua morte reale.

Certo, quanto appena affermato non implica che il vero erede non possa agire tramite la petizione di eredità quando i beni caduti in successione siano ancora nel patrimonio del presunto erede o legatario¹²⁵; vuole precisare, invece, che costui non potrà agire nei confronti di qualunque altra persona che possieda i beni a qualunque altro titolo, pur se esso sia a titolo derivativo nei confronti dei presunti eredi e legatari.

In breve, il terzo comma dell'art. 66 c.c. conferisce al vero erede o legatario i soli diritti che sarebbero stati attribuiti al dichiarato morto presunto nel caso di sua ricomparsa; e pertanto ai veri successori competono esclusivamente quelle azioni che sarebbero spettate al *de cuius* al momento del decesso, fatte salve le prescrizioni e le usucapioni intervenute¹²⁶.

contro i presunti eredi e comunque nei confronti di chiunque si trovi nel possesso dei beni medesimi, e cioè la petizione di eredità, in quanto ricorrerebbero perfettamente i presupposti voluti dall'articolo 533 codice civile. Ove poi sia il vero legatario a doversi rivolgere, per la restituzione dei beni, al (preteso) erede o al (preteso) legatario, egli non potrà agire che con l'azione di rivendica, come del resto avviene nel caso normale in cui il vero legatario agisca contro l'erede apparente (o meglio, contro il possessore dei beni ereditari *pro herede*).

D'altra parte, gli acquisti dei terzi saranno salvi nei limiti dell'articolo 534, co. I e II, c.c. e dell'art. 2652, n. 7 c.c.. Sicché, per quanto riguarda la possibilità per il ricomparso ovvero per il vero erede o legatario e di agire contro i terzi alienatari delle cose, si applicheranno i principi generali, e non un preteso principio limitatore che sarebbe contenuto nell'articolo 66 primo comma.

¹²⁵ E quindi costoro saranno gli unici soggetti passivi di quel giudizio.

¹²⁶ M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 471-472; D. BARILLARO, *op. cit.*, 397.

L'anonimato materno tra autodeterminazione soggettiva e disvelamento identitario indotto

Mario Renna*

ANONYMOUS BIRTH BETWEEN MATERNAL AUTONOMY AND FORCED IDENTITY

ABSTRACT: Maternal anonymity represents a phenomenon of disappearance from the life of the child. This paper addresses the several critical profiles arising from the balancing between the exercise of the right to anonymity and the right to know one's origins and health data.

KEYWORDS: Anonymous birth; Identity; Origins; Health data; Adoption

SOMMARIO: 1. Rilievi disciplinari; 2. La conoscenza dei dati sanitari e l'anonimato materno; 3. Morte materna e comparsa dell'identità?

1. Rilievi disciplinari

L'esercizio da parte della donna del diritto a rimanere anonima a margine del parto integra un atto di autonomia privata, sebbene non difettino ricostruzioni volte a denunciare la torsione arbitraria insita in una tale manifestazione di volontà¹.

Al contempo, quanto cristallizzato dall'art. 30, comma 1, d.p.r. 396/2000 si accredita a certificare la scomparsa, ovvero l'eclissi a livello formale e giuridico, della donna dalla vita del soggetto che ha generato². A ciò si aggiunga che l'art. 93, comma 2, dell'ex codice della privacy (d.lgs. 196/2003), nella

* Ricercatore, Università di Siena. Mail: mario.renna@unisi.it. Il contributo è stato sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Scrive M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2021, 768: «l'anonimato sacrifica dunque l'interesse del figlio a conseguire uno stato genitoriale nei confronti del genitore biologico, in spregio peraltro al diritto/dovere sancito dall'art. 30 Cost. Ci si imbatte così in una situazione in cui l'interesse del minore non è affatto superiore a quello della partoriente a mantenere l'anonimato, il che richiede di individuare un bene di pari rango alla cui tutela è strumentale il sacrificio di tale interesse». Cfr., altresì, S. TROIANO, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il «dilemma» del diritto della donna partoriente nell'anonimato*, in AA. VV., *Liber amicorum per Dieter Henrich*, I, Torino, 2012, 192 ss.; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Riv. AIC*, 2012, 14; nonché, A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, spec. 226, 341. In tema, M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015. V., per una ricognizione pratica, B. CHECCHINI, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo "istituto" dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1288 ss.; F. TESCIONE, *La dichiarazione della madre di non voler essere nominata. Varianti e invarianti di un diritto soggettivo in crisi sistemica*, in *juscivile.it*, 2020, 1509 ss. Definisce la partoriente, alla luce del quadro normativo di riferimento, quale "arbitra indiscussa dello stato di filiazione del nato", A. MENDOLA, *Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno*, in *Fam. dir.*, 2021, 168.

² Il riferimento alla scomparsa è in senso a-tecnico e non sovrapponibile agli effetti derivanti dall'applicazione dell'art. 48 c.c. Per una accurata ricostruzione dell'anonimato materno, v. M. MANTOVANI, *Sub art. 231 c.c.*, in

formulazione attualmente vigente, dispone che il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vanti un interesse, in conformità alla legge (art. 22 l. 241/1990), decorsi *cento anni* dalla formazione del documento³.

Ancora, un ulteriore e decisivo frammento disciplinare si rinviene nella disciplina adottiva: l'art. 28, comma 7, l. 184/1983, così come sostituito dall'art. 177, comma 2, dell'ex codice della privacy, prevede che l'accesso alle informazioni – da parte dell'adottato – non sia ammesso nei confronti della madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata. La norma è diafana e non chiarisce a quali informazioni *non* si possa approdare: se *a*) a quelle concernenti il portato genealogico; ovvero *b*) a quelle riguardanti i dati sanitari. Si badi che l'art. 93, comma 3, d.lgs. 196/2003 consente, durante il termine secolare sopra menzionato, l'accoglimento della richiesta di accesso al certificato o alla cartella clinica relativamente ai dati relativi alla madre che si sia avvalsa dell'anonimato «osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile». Peraltro, l'art. 28, comma 7, l. 184/1983 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di interpellare la madre rimasta anonima su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca della originaria dichiarazione (così: Corte cost. 278/2013)⁴.

2. La conoscenza dei dati sanitari e l'anonimato materno

Una recente decisione della Corte di cassazione – Sez. I, 9 agosto 2021, n. 22497⁵ – può aiutare a chiarire alcuni punti critici sottesi al tema in rassegna. I giudici di legittimità hanno risolto una controversia riguardante l'accesso alle origini da parte di un soggetto adottato, stante il concomitante anonimato materno. Per le Corti di merito, la permanenza dell'anonimato e l'incapacità, nel caso di specie, della madre naturale ad esprimere un genuino consenso teso alla manifestazione della propria identità alla figlia ostacolavano il (procedimento di) superamento del segreto⁶.

EAD., *Lo stato di figlio. Artt. 231-249*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2022, spec. 85 ss.; M. RIZZUTI, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021, 109 ss.

³ Per un'applicazione concreta, v. TAR Lazio-Roma, Sez. III-quater, 1° febbraio 2022, n. 1170, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴ Corte cost., 18 novembre 2013, n. 278, con note di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in *Corr. giur.*, 2014, 473 ss.; e J. LONG, *Adozioni e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 289 ss. Per uno spunto, F. AZZARRI, *Diritto di famiglia e processi regolativi: rileggendo un volume di Enzo Roppo*, in *juscivile*, 2018, 277. Ora, in tema, A. MORACE PINELLI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 1011 ss.; M. RIZZUTI, *Informazione genetica e diritto delle relazioni familiari: vicissitudini del favor veritatis*, dattiloscritto letto grazie alla cortesia dell'A. e in corso di pubblicazione per gli *Scritti in onore di Vincenzo Cuffaro*; e C. FAVILLI, *Parto nell'anonimato e bilanciamento tra gli interessi in conflitto in caso di sopravvenuta impossibilità di procedere all'interpello riservato*, letto grazie alla cortesia dell'A.

⁵ La decisione è annotata da M.G. STANZIONE, *Il diritto di conoscere le proprie origini tra identità del figlio e auto-determinazione della madre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 12 ss.

⁶ Per un raffronto, v. App. Ancona, 12 marzo 2021, con nota di M.N. BUGETTI, *Il diritto all'anonimato della madre incapace prevale sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Fam. dir.*, 2021, 747 ss.

I giudici di legittimità, ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, sovranazionale⁷ e domestico, hanno chiarito con apprezzabile nettezza che: «[...] il diritto alla conoscenza biologica delle proprie origini segue una logica anzitutto identitaria, rappresentando quello all'identità personale un diritto fondamentale riconosciuto a ciascun essere umano, ma può nascere anche da un bisogno di salvaguardia della salute e della vita del richiedente, sotteso alla necessità di individuare, ad esempio, particolari patologie di tipo genetico, per le quali sia necessaria un'anamnesi familiare».

Dando seguito a quanto statuito dalla Corte costituzionale nel 2013 – ove si riconobbe la necessità di tutelare il diritto alla salute del figlio anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico –, i giudici di legittimità hanno riconosciuto, attraverso una corretta lettura dell'art. 93, comma 3, d.lgs. 196/2003, la centralità dell'accesso alle informazioni sanitarie, volte a reperire l'eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili, per mezzo di modalità tali da tutelare la riservatezza della donna.

Ancora più prudentemente, i giudici hanno precisato che, tuttora, risulti sistematicamente necessario bilanciare l'anonimato materno con il diritto del figlio biologico ad accedere ad informazioni che consentano di ridefinire il paradigma identitario. Tuttavia, una lettura dell'art. 28, comma 6, l. 184/1983, attenta alla dimensione conflittuale che si manifesta nello scenario in esame, inviterebbe a preservare l'equilibrio psico-fisico della donna, arrestando l'indiscriminata legittimazione delle istanze di indagine identitaria. La ricerca della madre naturale e il contatto per l'eventuale interpellato riservato devono avvenire, così come statuito dalle Sezioni unite con la sentenza n. 1946/2017, con la massima prudenza, nonché con il massimo rispetto della libertà di autodeterminazione e della dignità della donna, dovendosi tenere conto dell'età, dello stato di salute e della sua condizione personale e familiare⁸. Nel caso in rassegna, l'età della madre, lo stato invalidante e la vulnerabilità soggettiva sono stati adeguatamente valorizzati dalle Corti di merito quali argini alla richiesta del figlio di conoscere le proprie origini.

Diversamente, l'accesso alle informazioni sanitarie, chiarisce giustamente la Corte di cassazione, è distinto dal puro accesso alle origini personali, in quanto teleologicamente volto alla tutela della vita o della salute del figlio adottato o di un suo discendente⁹. Assicurare effettività a tale diritto non equivale a privare di ogni protezione la donna che ha fatto ricorso all'anonimato: si tratterebbe, invero, di limitare e consentire l'accesso alle informazioni non identificative in conformità a quanto diviso dall'art. 93, comma 3, d.lgs. 196/2003. Pertanto, la richiesta di consultazione cartolare dei dati sanitari potrà avvenire laddove, in modo non arbitrario, si assicuri un accesso specifico, non esplorativo,

⁷ Corte eur. dir. uomo, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, con nota di J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 119 ss. V., altresì, C. SCOGNAMIGLIO, *Le riforme e il sistema nel disegno della complessità delle fonti*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, 394 ss.

⁸ Cass., Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, con note di S. STEFANELLI, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass., sez. un., 1946 del 2017*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 1041 ss. e M.N. BUGETTI, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini*, in *Corr. giur.*, 2017, 624 ss.

⁹ Sia consentito un rinvio a M. RENNA, *Diritto alla conoscenza dell'identità genetica e delle origini*, in A. BUCELLI (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pisa, 2021, 153 ss.

e con l'osservanza di tutte le cautele necessarie a garantire la massima riservatezza e la non identificabilità della madre biologica.

3. Morte materna e comparsa dell'identità?

Preme sottolineare come quanto deciso nell'ordinanza n. 22497/2021, da un lato, consenta di accentuare il ruolo dell'autodeterminazione individuale nel mantenimento – o nella revoca – della secretazione dei dati anagrafici avvenuta *post partum*¹⁰; dall'altro, si assiste ad una valorizzazione dell'equazione tra morte della madre naturale e cessazione immediata dell'anonimato. Infatti, secondo la Corte, in caso di decesso, il figlio può essere liberamente autorizzato dal Tribunale dei minori ad accedere alle informazioni riservate sull'identità della propria madre¹¹.

Quanto deciso risulta coerente con l'orientamento giurisprudenziale (di legittimità) che, progressivamente, tende a divenire maggioritario¹².

Le prime decisioni in tal senso risalgono al 2016: l'evento morte provocherebbe una sostanziale impossibilità di procedere a uno scrutinio della volontà materna circa il mantenimento o la rimozione del segreto. Tenderebbe, di contro, a profilarsi una reviviscenza dell'irreversibilità dell'anonimato, censurata nel 2013 dalla Corte costituzionale, con conseguente pregiudizio del diritto del figlio a ricostruire le proprie origini. Il decorso del termine centennale, fissato dall'art. 93, comma 2, d.lgs. 196/2003, cui è subordinato il rilascio del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica comprensivi dei dati identificativi della donna rimasta anonima, verrebbe privato di efficacia dal sopraggiungere della dipartita della donna medesima: diversamente, sarebbe inattuabile il diritto del figlio di rintracciare le proprie origini biologiche¹³. Il decesso determinerebbe, quindi, il venir meno di quelle ragioni di tutela – della vita e della salute della donna, ma anche del minore – che l'ordinamento ha salvaguardato con il ricorso all'anonimato materno.

Come successivamente precisato sempre dalla Corte di cassazione, l'esercizio del diritto alla conoscenza delle origini biologiche, esercitabile dopo la morte della madre naturale già protetta

¹⁰ Per maggiori riferimenti, F. GIARDINA, *Diritto alla conoscenza delle proprie origini*, in V. CUFFARO, B. AGOSTINELLI (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Torino, 2020, 187 ss.; R. PANE, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, in EAD., *Mutamenti sociali e itinerari del diritto di famiglia*, Napoli, 2018, 135 ss.; T. MONTECCHIARI, *Diritto all'identità biologica dell'adottato. Profili esistenziali della famiglia*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vito Rizzo*, II, Napoli, 2017, 1329 ss.

¹¹ In dottrina, v. G. DI LORENZO, *Tutela dell'identità personale e verità della procreazione. "Mors omnia solvit"*, in *Dir. fam. e pers.*, 2018, II, 1569 ss.; L. BOZZI, *La parabola del diritto a conoscere delle proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 170 ss.; F. GIGLIOTTI, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 945, nt. 127.

¹² Per una sintesi, v. B. GRAZZINI, *L'evoluzione giurisprudenziale ed i recenti approdi in materia di accesso alle origini in caso di "parto anonimo"*, in *Fam. dir.*, 2022, 71 ss. Per una differente ricostruzione nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano, 7 settembre 2020, con nota di M.N. BUGETTI, *Parto anonimo: la secretazione dell'identità della madre si protrae anche dopo la sua morte*, ivi, 2020, 1143 ss.; Trib. Genova, 13 maggio 2019, con nota di E. ANDREOLA, *Fratelli biologici di madre anonima e riservatezza dei dati genetici*, ivi, 2020, 286 ss.

¹³ Cass., Sez. I, 21 luglio 2016, n. 15024, con nota di M.G. STANZIONE, *Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1488 ss. In dottrina, N. CORBO, *Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata*, in *Pers. merc.*, 2017, 52 ss.

dall'anonimato, anche in assenza di una revoca, non potrà avvenire in pregiudizio di terzi interessati¹⁴.

Una lettura estensiva di quanto previsto dall'art. 28, comma 5, l. 184/1983 – ai sensi del quale, raggiunto il venticinquesimo anno di età, l'adottato può accedere a informazioni che riguardano «la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici» – ha condotto la Corte di cassazione a riconoscere il diritto ad accedere all'identità delle sorelle e dei fratelli adulti¹⁵. Ciò, tuttavia, dovrà avvenire «previo interpellato di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto»¹⁶.

La parificazione tra morte e dissoluzione del segreto materno, con contestuale appropriazione delle cognizioni biologiche da parte del figlio naturale, trovano una ulteriore riconferma in una decisione del 2020 resa sempre dalla Corte di cassazione¹⁷. Nel bilanciamento tra diritti e valori costituzionalmente rilevanti, a seguito della morte della madre naturale e dinanzi all'accesso ai dati personali, risulterebbe recessiva l'esigenza di tutela dei diritti degli eredi e dei discendenti della donna che si avvale dell'anonimato. Tuttavia, fondare la legittimazione dell'esercizio del diritto ad accedere ai dati biologici sul solo riscontro dell'avvenuta morte della madre naturale, senza prestare attenzione all'esistenza o meno di un atto di volontà teso a rimuovere la secretazione identitaria, potrebbe pregiudicare in radice il funzionamento del parto anonimo, svilendone la logica originaria¹⁸, oltre a risultare potenzialmente dirompente in termini di azioni di stato e pretese patrimoniali¹⁹.

L'effettiva tutela della vita e della salute della donna e del nascituro, predicati irriducibili dell'anonimato materno, potrebbe conoscere un arretramento dinanzi ad una interpretazione eccessivamente largheggiante del *diritto a conoscere*²⁰. Questa posizione giuridica soggettiva merita di es-

¹⁴ Cass., Sez. I, 9 novembre 2016, n. 22838, con nota di G. CASABURI, *In tema di diritto del figlio adottivo alla conoscenza delle proprie origini*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3791 s.

¹⁵ Cass., Sez. I, 20 marzo 2018, n. 6963, con nota di G. CASABURI, *“Privilegia ne inroganto”. La Cassazione/legislatore riconosce e insieme limita il diritto alle origini nei confronti delle sorelle e dei fratelli biologici*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1141.

¹⁶ Così, Cass., Sez. I, 20 marzo 2018, n. 6963, cit.

¹⁷ Cass., Sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824, con note di M.N. BUGETTI, *L'accertamento della maternità nei confronti della madre che si sia avvalsa dell'anonimato*, in *Fam. e dir.*, 2020, 1478 ss. e di C. DE MENECH, *Parto anonimo e dichiarazione giudiziale della maternità: le nuove prospettive dell'identità biologica*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2021, 110 ss. V., altresì, il commento di A. MENDOLA, *Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno*, cit., 166 ss. Ampi riferimenti in M. RIZZUTI, *Adozione aperta e rapporti successori*, cit., 118-119, nt. 39-40.

¹⁸ Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425, con nota di L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*, in *Famiglia*, 2006, II, 161 ss. Con riguardo agli interessi connessi alla secretazione nella dinamica adottiva, cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. it.*, 2001, 1770; L. LENTI, *Adozione e segreti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 229 ss.; e, ora, ID., *Diritto della famiglia*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2021, 1048 ss., 1072 ss.

¹⁹ Per un approfondimento, v. C. GRANELLI, *Il c.d. “parto anonimo” ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di “dialogo” fra Corti*, in *juscivile.it*, 2016, 564 ss.; e S. STEFANELLI, *Diritto all'identità*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, EAD., *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, 4, Torino, 2018, 478 ss.

²⁰ S. RODOTÀ, *Quattro paradigmi per l'identità*, in ID., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, spec. 298.

sere relativizzata e contestualizzata dinanzi al *competere* dell'anonimato materno; occorre, quindi, apprezzare la strumentalità dell'accesso alle informazioni materne. Il diritto a conoscere merita di essere diversamente ponderato, qualora sia proteso alla mera ricostruzione identitaria, ovvero qualora risulti teleologicamente volto a lumeggiare il quadro clinico e anamnestico²¹.

L'anonimato rimane un atto di autonomia privata oltre a raffigurare un mezzo di controllo della circolazione dei propri dati identificativi²². Esso, alla luce dell'attuale dato normativo, non andrebbe interpretato alla stregua di un privilegio accordato alla donna: pertanto, occorre evitare, che la flessione del diritto all'anonimato mini la dignità, la salute e la riservatezza della donna, garantendo, al contempo, che la conoscenza dei dati sanitari sia effettivamente assicurata e non confusa con il mero diritto a ricostruire gli aspetti anagrafici²³.

L'interpello, nella scansione procedimentale tratteggiata dalle Sezioni unite nel 2017²⁴, pur volto a garantire, nel rispetto della riservatezza e della dignità della donna, la conoscenza delle origini personali e a consentire l'accesso alla storia parentale da parte del figlio, lascia trasparire il plastico conflitto tra sapere e negare, nonché tra rivendicare e dimenticare. Respingendo facili quanto arbitrari automatismi connessi alla morte della donna e all'appropriazione identitaria, la scelta dell'anonimato, pur rimasta immutata, non potrà escludere l'accesso ai dati non identificativi, laddove emerga la necessità di tutelare la vita e la salute; diversamente, solo una revoca dell'anonimato da parte della madre naturale potrà porre, legittimamente, fine alla scomparsa identitaria, *permettendo* di soddisfare il fabbisogno genealogico da parte del figlio naturale²⁵.

²¹ Sull'interpretazione secondo ragionevolezza nella composizione dei conflitti determinati dall'insistere dell'anonimato materno, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, 17-19.

²² M. COSTANTINO, *L'identità del bambino e del concepito. Voglie individuali di anonimato e di rifiuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 775 ss.

²³ G. CHIAPPETTA, *Favor veritatis e attribuzione dello status filiationis*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, 144 ss.

²⁴ Tale soluzione è seguita da Cass., Sez. I, 7 giugno 2017, n. 14162, in *dejure.it*.

²⁵ Di recente, v. Cass., Sez. I, 3 marzo 2022, n. 7093, in *dejure.it*.

New missing persons identification methods and paternity disputes

Letizia Coppo*

ABSTRACT: The new DNA mapping methods may have a significant impact on paternity litigation, as they would enable the judicial contestation or the judicial establishment of a parental relationship even in cases where such disputes would have been theoretically possible, but hardly workable in practice, as the trial would have been entirely based on circumstantial evidence or, at most, on inaccurate, thus more challengeable, scientific evidence. The purpose of the present contribution is to assess the width of such impact, map the possible criticalities and provide some food for thought on the possible solutions.

KEYWORDS: DNA testing; right to personal identity; paternity disputes; evidentiary rules; proportionality and balancing

SUMMARY: 1. Setting the scene – 2. A preliminary question: can a paternity dispute be initiated if one of the parties involved is missing? – 3. The judicial power to order a DNA test on the missing person's relatives and the possible consequences of their refusal – 4. The right to consent or refuse the collection of DNA samples from the remains of missing persons and the possible conflicts of interests – 5. The controversial admissibility and probating value of DNA tests undertaken out-of-court.

1. Setting the scene

« Now tell me this and speak the truth (Goddess Athena addressing Telemachus), if you really are his son [...]. And the wise Telemachus answered: [...] my mother tells me of him, but I do not know. Nobody can be aware of his own origins alone»¹. Like in this well-known fragment, just a drop in the literary ocean on the issue², the attribution of paternity is still surrounded by uncertainty, probably even more than in ancient times, given that the role of mothers and fathers is often performed by other figures, that in some cases even formally acquire parental responsibility on the child, the so-called “delegated parents” or “third parents”, and the use of practices such as artificial insemination and surrogacy increases the complexity of biological ties³.

* Post-doctoral researcher in private law, University of Torino; lecturer in Comparative Law, LUMSA University. Mail: letizia.coppo@unito.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ HOMER, *Odyssey*, 206-207; 213-216, translation by the Authoress.

² See, e.g., the biblical tale of king Salomon and the disputed baby, or the archetypal image of the “dual mother” widespread both in literature and art: on this motive see, in particular, C.G. JUNG, *Collected Works of C. G. Jung*, 5. *Symbols of Transformation*, 2nd ed., Princeton, 1967, 306-393; and Id., *The dual mother role*, trans. by B.M. HINKLE, in C.G. JUNG, B.M. HINKLE (Trans.), *Psychology of the unconscious: A study of the transformations and symbolisms of the libido, A contribution to the history of the evolution of thought*, New York, 1925, 341-427.

³ On tri-parenting see, e.g., from a European perspective, with reference to England and Wales, the Guidance published by the British Government *Understanding and dealing with issues relating to parental responsibility*,

In the case mentioned in the opening, such uncertainty was increased by the impossibility for the child to have a direct confrontation with his presumed father, as Ulysses was lost at sea. Nowadays the problem would be the same, as the fact that the presumed father or the presumed child is missing leads to the impossibility of taking one of the two DNA samples which need to be compared for ascertaining paternity. Yet, the outcome could be different thanks to the testing techniques on which the present research project and issue are focused: Telemachus could find out if Ulysses was his father even if this latter did not return from his odyssey or only his remains were returned.

In fact, on one side, the Single Nucleotide Polymorphism (SNP) method, which lies at the basis of the mentioned techniques, has improved the accuracy of the testing also when undertaken on body remains and even when those were damaged or ill preserved due to the passing of time or natural disasters; on the other side, the new panels of markers, processed with the help of Artificial Intelligence-based technologies, would increase the reliability of tests undertaken through the comparison of DNA samples collected from relatives of the missing person, rather than from this latter itself.

This may have a significant impact on paternity litigation, as it would enable the judicial contestation or the judicial establishment of a parental relationship even in cases where such disputes would have been theoretically possible, but hardly workable in practice, as the trial would have been entirely based on circumstantial evidence or, at most, on inaccurate, thus more challengeable, scientific evidence⁴.

Namely, the DNA testing methods at issue may come into play in the following scenarios: 1) a person is missing and his son or daughter claims that he is not his/her biological father; 2) a person is missing and his wife claims that he is not the biological father of the child born in the wedlock; 3) a person is missing and his descendants or ascendants claim, on his behalf, that he is not the biological father of the child born in the wedlock; 4) a person is missing and another person claims that he is his/her biological father; 5) a person is missing and his/her spouse or his/her descendants claim that the man who was married with his/her mother at the time of his/her birth is not the biological father; 6) a person is missing and the man married to his/her mother at the time of the birth claims that he is not the biological father; 7) a person is missing and his/her mother claims that the man who was married to her at the time of the birth is not the biological father.

From such scenarios one could draw three variables: the quality of the person filing the claim (the child, the presumed father, the mother, their successors or representatives); the quality of the miss-

3 September 2018, available at <https://www.gov.uk/government/publications/dealing-with-issues-relating-to-parental-responsibility/understanding-and-dealing-with-issues-relating-to-parental-responsibility>; with reference to France, A. GOUTTENOIRE, *Autorité parentale*, in *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2017, *passim*; and L. GEBLER, *La place des tiers dans la procédure d'assistance éducative*, in *AJ Famille*, 2020, 477 ff.; from a comparative perspective, though more focused on the Dutch system, M.V. ANTOKOLSKAIA, W.M. SCHRAMA, K.R.S.D. BOELE-WOELKI, C.C.J.H. BIJLEVELD, C.G. JEPPESEN DE BOER, G. VAN ROSSUM, *Parental Responsibilities for More Than Two Parents: A Solution for Children with more than two parents? An empirical and comparative law research*, available at https://repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/2062/2348-summary_tcm28-73104.pdf?sequence=4&isAllowed=y; and, for a broader reflection from the standing point of the Italian system, A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, in *Comp. dir. civ.*, 2012, 1-23.

⁴ See L. COPPO, *Si può ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità senza chiedere il DNA?*, in *Giur. it.*, 2014, 2148 ff.



ing person (the child or the presumed father); and the object of the claim (the contestation of paternity or its establishment). What is at stake, when the presumed father or the child are missing or dead, is clearly not the moral interest to the establishment or termination of the parental relationship and of parental responsibility, but a plurality of interests which differ, or at least are differently nuanced, depending on the mentioned variables.

In paternity contestation disputes, when the missing or dead person is the presumed father, the son or daughter may have the interest to file the application in order to find out his/her own origins and establish a parental relationship with the biological father; the mother may have the interest to file the application for enabling the acknowledgement of the paternity of her child by the biological father; the biological father could have the same interest, though, as will be clarified in the next section, he is not included by the civil code in the list of persons entitled to the claim; and the other presumed father's heirs (i.e. his other descendants, his ascendants and possibly his new spouse) may have the interest to file the application for excluding the disputed child from the range of legitimate heirs.

When the application is filed by others than the son or daughter, this latter's best interest varies from case to case: it could be the removal of the filiation status in sight of the establishment of the biological father's paternity or, at the opposite, the preservation of the disputed status, which means, in the case at issue, the inclusion in the range of the missing or dead father's legitimate heirs and maintenance of the family name. When the application is filed by the son or daughter, the mother may share the same interest or have the opposite interest to the maintenance of the *status quo*, for saving the marriage and concealing the fact that she had an extra-matrimonial intercourse at the time of the conception of the disputed child.

Harder to figure, most of all in practice, are the interests that may lead a father (or a mother) to contest the paternity of his missing or dead son or daughter. Before the 1975 family law reform and the evolution of case-law on the grounds for separation, the father could have the interest to contest paternity of the dead child to prove his wife's adultery and obtain fault-based separation, with the consequent exclusion of the post-separation or divorce maintenance obligation and of her main inheritance rights⁵. Nowadays, only moral reasons would be conceivable, but such reasons should be considered as sufficient grounds for a claim⁶. As to the missing son or daughter's heirs (others from the

⁵ See the case decided by Trib. Biella, 17 June 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 283, with a comment by M. SESTA, *Sul disconoscimento di paternità nei confronti del figlio nato morto*, where the wife of the presumed father, in order to claim full inheritance rights towards him, had adduced the birth of the dead child in the course of the separation to prove that the couple had reconciled.

⁶ The question, though, has been far from uncontroversial, as the debate on the paternity contestation of the stillborn child shows. Some scholars have denied the admissibility of a paternity contestation addressed to a child who is dead immediately after birth, on the following grounds: the claim at issue requires the existence of a person provided with legal capacity; if no such person exists, there is no one to whom the law can refer the status of matrimonial child that paternity contestation aims to remove; the stillborn lacks such capacity, because he has never existed as a natural person. In this direction, see A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, 3°, II, Torino, 1969, 104; M. STELLA RICHTER, V. SGROI, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 2°, 1967, 33, 9; G. AZZARITI, «Disconoscimento (azione di)», in *Nov. Dig. it.*, V, s.d., Torino, 1960, 1091 ff. As far as case-law is concerned, see Trib. Milano, 21 March 1946, in *Foro pad.*, 1946, 565, with a comment by TALASSANO; Trib. Milano, 13 November 1952, in *Foro it.*, 1953, I, 747, with observations by M. STEL-

mother and the father, i.e. the spouse or the descendants), they could have an interest in filing the paternity contestation application for moral reasons or, if the heir at issue is the spouse, for excluding the alleged father from the range of legitimate heirs.

In paternity establishment disputes, the missing father's child, the only one entitled by the Italian civil code to file the suit, may have the interest to know his/her own origins, the interest to be included in the range of heirs and the interest to claim for the compensation of the damage suffered for being deprived of a parental relationship, under art. 2059 cod. civ.⁷; the same is true for the missing child's heirs (i.e. his/her spouse or mother or descendants); the mother of the missing child may have the interest to intervene in the proceedings with the purpose of claiming from the biological father or his heirs the reimbursement of half what she has paid for the child's maintenance since the day of the birth⁸; the father of the missing child, as respondent, may have the interest to preserve his reputation and not to have additional heirs in sight of his future succession; the missing father's heirs, as respondents, may have the interest not to have their father's testament automatically revoked under art. 687 cod. civ. or to share inheritance with him/her, and not to compromise the father's reputation⁹.

LA RICHTER; Trib. Trani, 17 August 1948, in *Corte Bari*, 1950, 156. The mentioned view is also upheld by Trib. Biella, 17 June 1974, above. Other scholars, instead, share the opinion that the claim is admissible and ground it on the following arguments: a) the stillborn child is not irrelevant for the law as the Italian legislation requires even for him/her the drafting of the birth certificate with the mention of the father's and the mother's name; b) the father may have an interest to remove the filiation status as it results from the birth certificate, if this latter status does not match with reality; c) given that the object of the claim is not the status of matrimonial child (*status legitimitatis*), but paternity in itself, the distinction between a child born alive and a stillborn should be irrelevant. In this direction, see C. FURNO, *Legittimazione a contraddire e interesse ad agire per disconoscimento di paternità*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, 186; and FUA, *Casi controversi di esperibilità dell'azione di disconoscimento di paternità*, in *Temj*, 1950, 264.

⁷ See, for all, Cass., 10 April 2012, n. 5652, in *Corr. giur.*, 2012, 1457 ff., with a comment by F. FORTE, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da colposo ritardo nel riconoscimento della paternità naturale*.

⁸ On the retrospective nature of the maintenance obligation, see, just to mention a recent judgment, Cass., 14 December 2016, n. 25735, in *CED Cassazione*. According to case-law, the acquisition of succession rights towards the biological father absorbs the child's right to claim maintenance from the other father's heirs for the period subsequent to the death (see Cass., 16 July 2005, n. 15100, *ivi*). Therefore, if the biological father was dead at the time when the paternity establishment application was lodged, his heirs only bear an obligation to pay the other child's parent, upon request of this latter, half of the amount of money spent for the child's maintenance since the day of the birth and up to the date of the biological father's death. Instead, when the biological father is alive at the time of the suit, the judgment ascertaining paternity, upon request of the claimant, orders him to pay maintenance not only retrospectively, i.e. since the day of the birth, but also *pro futuro*.

⁹ Case-law is constant in holding the applicability of the revocation of the testament for supervening filiation also when such event does not depend upon the birth of a child after the *testamenti factio* or upon the subsequent acknowledgement of a child, but upon a judicial establishment of paternity occurred after the biological father's death. See, for all, Cass., 5 January 2018, n. 169, in *Corr. giur.*, 2018, 15 ff., with a comment by C. CICERO and G. CARA, *Autonomia privata e sopravvenienza di figli. Il problema della revocazione dell'atto giuridico*; and in *Giur. it.*, 2019, 53 ff., with observations by C. CICERO, *Revocazione del testamento – Il fondamento della revocazione testamentaria per sopravvenienza di figli*; and in *Fam. dir.*, 2019, 295 ff., with a comment by F.S. MATTUCCI, *Revoca del testamento per sopravvenienza di figli e dichiarazione giudiziale di paternità o maternità*.

2. A preliminary question: can a paternity dispute be initiated if one of the parties involved is missing?

Once the scene is set in its essential elements, time comes for details. Up to now we have talked about «missing» and deceased persons rather interchangeably, but, clearly, the two words entail significant differences both from a factual and from a legal viewpoint: according to the Italian civil code, the «missing» person is the one who has disappeared from the place of his/her last residence or domicile and there is no news of him/her (art. 48 cod. civ.); such person may be declared «absent» by the court, upon request of the persons listed in art. 49 cod. civ., if the last news dates back to two years earlier; the absent person may be declared «presumed dead» by the court, upon request of the persons listed in art. 58 cod. civ., when ten years have passed since the last news; and, finally, the person is declared dead when his vital functions have ceased.

The Italian civil code expressly permits paternity disputes when one of the parties of the claim – i.e. the alleged son/daughter, the mother or the alleged father – is deceased before filing the application. As far as paternity contestation is concerned, pursuant to art. 246 cod. civ., if the deceased person is the mother or the alleged father of the child whose paternity is disputed and the therein specified time-limit has not expired yet, the suit can be initiated by the descendants or ascendants, respectively within the same time-limit of six months and one year running from the day of the death; if the deceased person is the alleged son or daughter whose paternity is disputed, the suit can be initiated anytime by his/her spouse or descendants, within one year running from the date of the death.

As can be noticed, the civil code does not include in the range of the persons entitled to file the application the biological father of the child¹⁰, not even in the case of death of the presumed father, despite the fact that, as anticipated, he may bear his own individual interest in challenging the filiation status of the disputed child to find out his own descent, which is part of his personal identity, and to

¹⁰ Such exclusion of the biological father from the range of persons entitled to file the application and to intervene in the trial has always raised several doubts on the grounds of its compliance with the Italian Constitution, and now also with the European Convention on Human Rights (ECHR). In this direction, see, for scholarship, R. PANE, «Favor veritatis» ed azione di disconoscimento di paternità, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 71 ff., and S.A.R. GALLUZZO, *L'osservatorio comunitario*, nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 18 maggio 2006, n. 55339 (*Rozanski v. Poland*), in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 1054; for case-law, Trib. Trani, 3 March 1983, in *Giur. it.*, 1984, I, 166, with a comment by M.C. CAPURSO, *Figli concepiti da donna coniugata in conseguenza di separazione di fatto, contestazione della filiazione legittima, "favor veritatis"*; in *Giust. civ.*, I, 1984, 2255, with a comment by G. FINOCCHIARO; and in *St. civ. it.*, 1984, 655. The issue was so controversial that in 1991 it was referred to the Italian Constitutional Court: this latter was called upon to decide whether art. 244 cod. civ. is compliant with artt. 3 and 30 Cost., on the grounds that depriving him of the possibility to file the paternity contestation application amounts to unreasonable discrimination against the child's mother and infringes the principle of the equal distribution of parental rights and duties between the parents, regardless the fact that they are married. The Court (Corte Cost., 27 November 1991, n. 429, in *Giur. it.*, I, 1992, 385) rejected the referral as inadmissible, on the grounds that the choice to extend the entitlement to the claim beyond the borders of the matrimonial family would be up to the legislator. Furthermore, the Court observed that the *favor veritatis* upheld by constant case-law is not absolute, but is subject to compliance with the *favor minoris*, i.e. with what is the best interest of the child.

acknowledge his own paternity¹¹. Art. 244, line 9, cod. civ., though, entitles the public prosecutor to request the court the appointment of a special curator for filing an application in the child's interest, provided that this latter is a minor.

That has become, in practice, the escape rope for biological fathers willing to circumvent the gap in the entitlement: they report their paternity to the prosecutor, this latter requests the appointment of a special curator, and he files the paternity contestation application in the child's interest. But, as clarified by case-law, the resort to the mentioned strategy bears significant limits: it is practicable only when the son or daughter is minor; the biological father still has no right to be part of the trial; and the appointment of the special curator is subdued to a preliminary assessment of the child's best interest¹². In the case on which this contribution is focused, the fact that the alleged father is missing, and therefore there is no way for the child to preserve a relationship with him, could be considered as an element in favour of the biological father's claim.

As far as paternity establishment disputes are concerned, art. 276 cod. civ. provides that, in case the presumed father is deceased, the son or daughter is entitled to file the claim for the judicial establishment of paternity against his heirs¹³, or if there are none, against a curator appointed by the competent court, without any time-limit¹⁴. Moreover, art. 270 cod. civ. provides that, when the alleged son or daughter is deceased before filing the paternity establishment claim, this latter can be initiated by his/her descendants within the time-limit of two years running from the date of the death¹⁵.

The mentioned regime can reasonably be extended to the case of «presumed death», given that, pursuant to art. 63 cod. civ., this latter produces the same effects of “real” death, save for the reversibility of such effects if the presumed dead person returns or proves to be alive. Instead, nothing is provided for the case in which the presumed father or the child are just «missing» or «absent». On

¹¹ Art. 253 cod. civ. prohibits the acknowledgement of paternity of a child who has the status of somebody else's legitimate child and case-law is firm in applying the rule strictly: just to mention one recent judgment, see Cass., 11 October 2021, n. 27560, in *CED Cassazione*, which held that the removal of the filiation status through a paternity contestation is a preliminary requirement for both acknowledgement of paternity and judicial establishment of it.

¹² See, for all, Cass., 6 April 1995, n. 4035, in *Giust. civ.*, I, 1995, 2401; and in *Dir. fam. pers.*, I, 1996, 896, with comments by L. NIVARRA, *Ancora su padre naturale ed azione di disconoscimento della paternità*; and by L. TOSTI, *Verità o menzogna nella vita del minore: così la Cassazione elude la soluzione del problema*.

¹³ As recently clarified by the Italian Supreme Court, only the presumed father's direct heirs are entitled to be respondent in the paternity establishment claim, while the successors of his heirs and any other person alleging an individual interest in the claim are only entitled to third party intervention with the purpose of protecting such interests. See Cass., 7 December 2021, n. 38922, in *CED Cassazione*.

¹⁴ On this provision and its application in the transition period after the 2012 reform of family law, see the clarifications made by Cass., 19 September 2014, n. 19790, in *CED Cassazione*. As to scholarship, see N. CIPRIANI, *La disciplina transitoria nella riforma della filiazione*, in R. PANE (ed.), *Il nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 2015, 661 ff.

¹⁵ It is interesting to remark that case-law has recently extended the conclusion to the establishment of maternity. Namely, Milan Court of Appeal (App. Milano, 3 June 2021, in www.osservatoriofamiglia.it) held that the claim for the establishment of maternity can be initiated even after the death of the mother and despite this latter's will to remain anonymous, on the grounds that, in that case, such right is weakened and therefore the child's right to discover his or her own origin must prevail in the balancing over the mother's relatives right to protect the social identity she has built during her life.

the issue there are no precedents in case-law, probably due to the mentioned difficulties related to the DNA test, but we could reasonably argue that the paternity contestation or establishment claim is admissible if the persons listed in art. 48 cod. civ., namely the alleged father's or alleged son/daughter's successors, have first applied for a court order appointing a curator of the missing person.

Therefore, *prima facie* we could conclude that, legally speaking, in paternity disputes the status of «absent» or «missing» or «presumed dead» or ascertained «dead» is relevant only with reference to the quality of the persons entitled to stand for that party in the claim: either the successors or a court-appointed curator. Though, a more in-depth analysis of the factual situation reveals some further differences that are likely to have an impact on the trial, namely from the viewpoint of evidence. If the person continues to be factually “missing”, in the sense that no remains are found, then the DNA test must be undertaken through the comparison between the son or daughter or father and the other missing person's relatives (case 1); if the corps of the missing person is found, then the DNA sample for the paternity test will be taken from it (case 2); if only some remains are found, like detached body parts or bones, as may happen especially in cases of fire, war or natural disasters, then the preliminary problem is to identify them, i.e. to relate them to a certain individual (case 3).

In this latter case, the DNA testing on the remains will primarily serve the purpose of providing hints on the missing person, such as his race, origin and main somatic features, in order to restrict the range of persons whose genetic sequencing can possibly match with this latter's.

This means that the DNA comparison between the presumed father and the son or daughter is undertaken in the first place outside the context of the paternity proceeding and for a different purpose than the ascertainment of the parental relationship. In such context, in other words, the lack or the existence of a biological relationship between the alleged father and the alleged son or daughter would be a completely accidental discovery, which may subsequently lead to a judicial claim for paternity contestation or establishment.

In this framework, case 1 raises the problems of whether the court has the power to order the DNA test on the missing person's relatives and whether the court is allowed to draw any procedural consequences from their possible refusal to undertake the test; case 2 raises the problems of identifying the persons who are entitled to consent the collection of the DNA sample from the dead body of the alleged father or child, solving the possible conflicts of interests among them and establishing the consequences to be drawn by their refusal to consent the test; case 3 raises the problems of ascertaining whether out-of-court DNA tests or samples collected in the course of other proceedings are admissible as evidence and what their probating value should be.

3. The judicial power to order a DNA test on the missing person's relatives and the possible consequences of their refusal

While for a long time, even after the development of genetic mapping, legislation and courts have been firm in placing on the claimant the burden of proving, at least indirectly, facts like the mother's adultery or the presumed father's impotence at the time of the conception or the replacement of the

child at the time of his/her birth¹⁶, now the DNA findings are considered decisive¹⁷, even in the absence of the abovementioned elements¹⁸. Therefore, it is now an *acquis* of paternity disputes that

¹⁶ See, with reference to paternity establishment, App. Torino, 16 April 1930, in *Foro it.*, 1931, I, 311, with a comment by F. CARNELUTTI; with reference to paternity contestation, Cass., 23 January 1984, n. 541, in *Giur. it.*, I, 1984, 1079; and in *Giust. civ.*, 1985, 734; Cass., 17 August 1998, n. 8087, in *Fam. dir.*, 1998, 427, with a comment by V. CARBONE, *È preferibile un padre putativo a quello biologico?*; in *Giust. civ.*, I, 1999, 486; Cass., 22 October 2002, n. 14887, in *Giust. civ.*, I, 2002, 2739; in *Dir. giust.*, 41, 2002, 39, with observations by G. GRASSI, *Disconoscimento della paternità e liceità delle prove ematologiche*; in *Famiglia*, 2003, 1103, with a comment by A. RENDA, *Provata la non paternità non può dirsi provato l'adulterio: "mulatto di Toscana" redivivus?*; in *Fam. dir.*, 2003, 5, with a comment by V. CARBONE, *Il Dna che esclude la paternità biologica è anche "prova" dell'adulterio della moglie*; in *Riv. it. med. leg.*, I, 2003, 173, with observations by A. ARSENI, M. PESARESI, A. TAGLIABRACCI, *Ammissibilità e rilevanza delle prove ematologiche nelle indagini di paternità*; and Cass., 25 February 2005, n. 4090, in *Guida al dir.*, 2005, 26. The reason for such hierarchy between historical evidence and scientific evidence lied in the fact that the provisions on paternity contestation are drafted in such a way that the first type of evidence seems prejudicial to the second and in the fact that scientific evidence is collected through an order for physical examination, which bears narrow limits in the civil procedure code: see Cass., 27 July 1965, n. 1785, in *Foro it.*, I, 1965, 1871, with a comment by R. ZACCARIA, *Sulla prova ematologica nel giudizio di disconoscimento della paternità*; and in *Giur. cost.*, 1966, 1425, with a comment by A. BARBERA, *Aspetti della tutela della libertà personale nel processo civile (provvedimenti ex art. 118 c.p. e ricorso per Cassazione)*. For a divergent opinion, see Cass., 25 October 1979, n. 5593, in *Dir. fam.*, I, 1980, 94; and Cass., 12 November 1984, n. 5687, in *Giust. civ.*, I, 1985, 734, with a comment by A. FINOCCHIARO, *L'azione di disconoscimento di paternità e la prova dell'adulterio della moglie a mezzo degli esami ematologici e/o genetici*; and, as the first Italian judgment to have admitted that the DNA test can be used as evidence to establish paternity, Cass., 11 December 1980, n. 6400, in *Foro it.*, I, 1981, 719, with a comment by M. COMPORZI and P. MARTINI, *Il nuovo orientamento della Cassazione sulle prove del sangue e genetiche*; in *Giust. civ.*, I, 1981, 6, with a comment by A. FINOCCHIARO, *Le prove ematologiche e genetiche quale mezzo per dimostrare la paternità*; in *Giur. it.*, 1982, 737, with observations by C. DELITALA, *Le indagini ematologiche nella ricerca della paternità*. For further comments on the latter decision, see P. BENCIOLETTI, *La svolta della Cassazione nell'ammissione delle prove biologiche per la ricerca della paternità. Rilievi medico legali*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1981, 49 ff.; and A. BELVEDERE and M. BELVEDERE, *Genetica e Costituzione nell'accertamento giudiziale della paternità*, nota a Cass. 10 gennaio 1981, n. 218, in *Giust. civ.*, 1981, 2060 ff.

¹⁷ See M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, *passim*.

¹⁸ The turning point can be identified with Cass. (ord.), 5 June 2004, n. 10742, in *Foro it.*, I, 2004, 2726; in *Dir. giust.*, 2004, 25, with a comment by G. GRASSI, *Filiazione, prevale il "senso comune"*; in *Dir. fam.*, 2005, 482, with a comment by A. RENDA, *Troppo ardua la prova (diretta) dell'adulterio? La parola sull'art. 235, n. 3, c.c. passa alla Consulta*; in *Fam. dir.*, 2004, 569, with observations by E. BOLONDI, *La prova dell'adulterio al vaglio della Corte costituzionale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2005, 457, with a comment by A. QUERCI, *Azione di disconoscimento di paternità e prove biologiche. Profili di incostituzionalità. La questione era stata sollevata anche da due Corti di merito, Trib. Rovigo, ord. 28 ottobre 2004 e App. Venezia, ord. 30 marzo 2005*; which referred the question at issue to the Constitutional Court: Corte cost., 6 July 2006, n. 266, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 628, with a comment by M.D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*; in *Fam. dir.*, 2006, 461, with observations by E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*; and in *Famiglia*, with comments by E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un'incisiva riforma orientata al favor veritatis*; and W. VIRGA, *Disconoscimento di paternità, prova dell'adulterio e test ematogenetico: tra texne e dicte la Consulta opta per il giusto mezzo*. With the mentioned decision the Constitutional court held that former art. 235 cod. civ., concerning paternity contestation disputes, was inconsistent with the Constitution to the extent that it provided the prejudiciality of historical evidence. The decision was then upheld by subsequent case-law and extended to all the grounds for paternity contestation: Cass., 6 June 2008, n. 15088 e n. 15089, in *Fam. dir.*, 2009, 153, with a comment by G. GRASSO, *Le prove genetiche ed ematologiche e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'azione di disconoscimento della paternità: verso un sistema unitario della prova?*. For more general reflections on the topic, see, *ex multis*, G. BISCONTINI, *Prove ematologiche e filiazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 487

the court has the power to decide even *ex officio* the collection of DNA samples from the presumed father, the mother and the son or daughter, by means of an order for physical examination under art. 118 cod. proc. civ.¹⁹, and the subsequent acknowledgement of the findings in the trial by means of an order for expert evidence²⁰.

After all, art. 269 cod. civ., even though only in the section on paternity establishment disputes, provides that paternity (and maternity) «can be proved by any means»²¹. Within the meaning of that expression we could reasonably include a DNA test undertaken through the comparison between the genetic data of the child with the ones of his/her presumed father's relatives rather than with the ones of the presumed father himself²². Nothing seems to advocate against this conclusion, especially in light of the new DNA mapping methods and mostly, though not exclusively, in case the presumed father is missing, no remains of him are found and no specimen of tissues taken from him when he was alive are available in any laboratory. Moreover, the undertaking of the DNA test on the presumed father's relatives could be helpful whenever he is alive and present but refuses to comply with the court order for the collection of blood samples.

In fact, neither the parties' application nor their consent is a preliminary requirement for the mentioned order, but this latter is not enforceable against them in case they refuse to comply with it, as can be drawn from a combined reading of art. 118, line 2, cod. proc. civ., and the provisions set out by the civil procedure code with reference to expert evidence²³. This raises the problem of what probating value, if any, should be awarded to the non-compliance with the court order for physical examination.

ff.; G. FERRANDO, *Prove genetiche, verità biologica e principio di verità nell'accertamento della filiazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 725 ff.; E. CARBONE, *La prova scientifica negli accertamenti di filiazione*, nota a Cass. 3 aprile 2003, n. 5116, in *Famiglia*, 2004, 200 ff.; G. TUCCI, *Paternità biologica e paternità legale di fronte al DNA*, *ivi*, 2004, 453 ff.

¹⁹ On the qualification of blood samples collection as a certain type of evidence, see F. CARNELUTTI, *Prova del sangue*, nota a Cass., 4 March 1960, n. 400, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 129 ff.; and F. MASTROPAOLO, *Prelievi del sangue a scopo probatorio e poteri del giudice*, in *Riv. it. medicina legale*, 1987, 1085 ff.

²⁰ See L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1083 ff.; and A. FIGONE, *Prelievo ematico, tutela della libertà individuale e rapporto di filiazione*, nota a Corte. Cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Fam. dir.*, 1996, 422. As far as case-law is concerned, see, for all, Cass., 17 June 1992, n. 7465, in *CED Cassazione*; Cass., 22 July 2004, n. 1365, *ivi*; Cass., 24 March 2006, n. 6694, *ivi*; Cass., 2 July 2007, n. 14976, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 21, with observations by G. FERRANDO, *Le prove biologiche nell'accertamento della filiazione*; Cass., 25 January 2008, n. 1738, in *Fam. dir.* 2008, 790 ff., with a comment by G. FERRANDO, *Prove storiche e prove scientifiche nell'accertamento della paternità naturale*; Cass., 30 May 2014, n. 12194, in *CED Cassazione*; and Cass., 15 June 2015, n. 12312, *ivi*. For more in-depth and updated reflections on the topic, see L. BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, in C.M. BIANCA (ed.), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, 560.

²¹ See, just to mention the most recent decisions, Cass. (ord.), 5 June 2018, n. 14458, in *Quot. giur.*, 2018; Cass., 19 July 2013, n. 17773, in *Foro it.*, 2013, 3174; Cass., 19 November 2012, n. 20235, in *CED Cassazione*.

²² This has been the case in Cass., 22 January 2014, n. 1279, in *CED Cassazione*.

²³ See V. CARBONE, *Prove genetiche: rifiuto equivale ad ammissione?*, nota a Cass., 24 febbraio 1997, n. 1661, in *Fam. dir.*, 1997, 105. The reason lies in the fact that blood samples, even though scarcely intrusive, do amount to a medical treatment and are, therefore, generally subdued to the principle of free and informed consent. On this, see V. LANDI, *La disciplina del consenso al trattamento sanitario in alcuni ambiti specifici*, in U. RUFFULO (ed.), *La responsabilità medica*, Milano, 2005, 262 and 281.

According to almost unanimous case-law, courts have the power to draw from the refusal strings of evidence against the refuser under art. 116 cod. proc. civ. and assess them as «all other facts that tend to exclude paternity», in case of paternity contestation claims, or to affirm it, in case of paternity establishment claims²⁴. This solution appears to be in line with the European trend²⁵.

In particular, the European Court of Human Rights, seized by a French citizen against the French Republic, found that the solution at stake does not violate art. 8 of the Convention²⁶. The grounds for the decision were the following: the court power of constructing the refusal against the refuser was provided by the law (and more precisely, in that case, by former art. 340 *code civil*, art. 11 *code de procédure civile* and by case-law); it pursued a legitimate aim, i.e. the effective protection of the right to discover one's origin and the right to have one's filiation ascertained; and it was necessary in a democratic society, i.e. it was justified by a pressing social need and proportioned to the attainment of it, on the grounds that it stroke a reasonable balance between the right of the presumed father not to be subdued to a treatment without his consent and the interest of the disputed child²⁷.

Despite the European consensus, the solution at stake has raised several doubts among scholars²⁸. The two main questions concern whether the refusal, alone, is sufficient ground for the court decision on paternity or it must be assessed together with other pieces of evidence; and whether there are some cases in which the refusal to undertake the test is justified and thus cannot be constructed against the refuser²⁹.

²⁴ See, primarily, Corte Cost., 24 March 1986, n. 54, in *Gazzetta Ufficiale*, I Serie speciale, 26 marzo 1986, n. 12. Moreover, see Cass., 11 December 1980, n. 6400, above; Cass., 25 July 1992, n. 8976, in *Foro it.*, I, 1993, 1176; Cass., 1 June 1990, n. 5156, in *Corr. giur.*, 1990, 1134, with a comment by PROVENZALI; Cass., 23 January 1993, n. 791, in *Giur. it.*, I, 1993, 1914; Cass., 28 June 1994, n. 6217, in *Foro it.*, I, 1996, 251; Cass., 9 June 1995, n. 6550, in *Fam. dir.*, 1995, 426, with a comment by V. CARBONE. For a comparative overview on the issue, see C. SCLAVI, *DNA-test come "scientific evidence": poteri del giudice e validità della prova. Rilievi comparatistici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, 654; A. RIZZIERI, *La prova genetica del rapporto di filiazione: un breve esame comparatistico*, in *Studium iuris*, 2003, 132 ff.; with reference to the German system, R. FRANK, *Compulsory Physical Examinations for Establishing Parentage*, in *Int. J. Law Pol. Fam.*, 1996, 205 ff.; and, with reference to the Northern Europe systems, A. RENDA, *Filiazione biologica, adottiva ed artificiale in Scandinavia. Sistema dell'accertamento e principio di verità*, in *Familia*, 2004, 369 ff.

²⁵ See, e.g., French case-law, namely, Cour de Cassation, 8 July 2020, 18-20.961, in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000042128048/>; and the reference provided in nt. 26 below.

²⁶ ECHR, *Canonne v. France*, 22037/13, 2 June 2015.

²⁷ The same conclusion was reached in other cases. In ECHR, *Mikulić v. Croatia*, n. 53176/99, 7 February 2002; and in ECHR, *Ebru and Tayfun Engin Çolak v. Turkey*, n. 60176/00, 30 May 2006, the European Court of Human Rights found that the incapability of national jurisdictions to establish paternity due to the refusal of the presumed father to undertake the DNA test amounted to a violation of art. 8 ECHR. Although the Court agreed that the need to protect third parties could justify the unenforceability of the court order for physical examination against them, it held that such measure is proportioned and therefore consistent with the respect for private and family life imposed by the Convention only to the extent that there are other ways for the judge to make its decision on paternity.

²⁸ More widely, see F. DANOVÌ, *Il rifiuto della prova ematogenetica nell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 9.

²⁹ For an unconventional reflection on the topic from the viewpoint of the right to "informational self-determination", see A.P. SCARSO, *Raccolta di un campione biologico, violazione del diritto della personalità del minore e disconoscimento della paternità*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 423. The Author draws his reflection from a judgment by the German Constitutional Court (BVG, 13 February 2007, in *Neue Jur. Wochenschr.*, 2007, 753),

As to the first question, the majority of case-law firmly holds that the refusal amounts to an irrefragable hint of paternity, when the refuser is the presumed father and the claim is paternity establishment, of non-paternity, when the refuser is the presumed father and the claim is paternity contestation; and that such hint can stand alone as the justification for the court's decision³⁰.

The mentioned opinion has been challenged only by few judgments, which held that the refusal to undertake the DNA test cannot be the only ground for decision but must concur with other circumstances and be assessed in combination with them³¹. In other words, the establishment or denial of paternity must result from a plurality of «serious, accurate and concurring» hints under art. 2729 cod. civ., pursuant the substantive rule according to which those latter are the requirements for hints to be qualified as evidence³². The same opinion can be read in the mentioned decision by the European Court of Human Rights, though just as an additional argument in support of the conclusion, where it observes that, however, the national courts did not ground their judgments on the sole refusal of the presumed father to undertake the DNA test, but on several other circumstances, namely the parties' declarations, documents and witnesses³³.

Despite being a minority opinion in Italian case-law, this latter appears to be the more accurate solution from a normative viewpoint: art. 116 cod. proc. civ. only provides the judge with the power of drawing from the refusal «strings of evidence»; strings of evidence are something less than evidence itself, they share the same value of hints; and, as specified, by virtue of art. 2729 cod. civ., hints can acquire a probating value only when they are multiple and they are «serious, accurate and concurring».

which underlines that in paternity disputes the two scales of the balance are: 1) the right to biological identity, included in the right to understand and develop one's personality (*Verständnis und Entfaltung der Individualität*) and fundamental both for the search of selfness (*Individualitätsfindung*) and for self-awareness (*Selbstverständnis*); 2) the right to "informational self-determination (*informationelle Selbstbestimmung*), defined as the right of each individual to decide whether to become acquainted with certain personal data and how to use them.

³⁰ See, e.g., Cass., 11 December 1980, n. 6400, above; Cass., 29 December 1990, n. 12211, in *Corr. giur.*, 1991, 533 ff., with a comment by V. CARBONE; Cass., 28 June 1994, n. 6217, in *Foro it.*, I, 1996, 251 ff.; Cass., 24 February 1997, n. 1661, in *Fam. dir.*, 1997, 105 ff., with observations by V. CARBONE, *Prove genetiche: rifiuto equivale ad ammissione?*; Cass., 17 November 2000, n. 14910, in *Studium iuris*, 2002, 348 ff.; Cass., 29 November 2001, n. 15189, in *Fam. dir.*, 2002, 247 ff.; Cass., 17 February 2006, n. 3563, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 557 ff.; Cass., 2 July 2007, n. 14976, above; Cass., 16 April 2008, n. 10007, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 33 ff., with a comment by G. PALAZZOLO, *Accertamento dello status e interesse familiare alla successione*; Cass., 16 April 2008, n. 10051, in *Fam. dir.*, 2008, 896 ff., with a comment by S. TACCINI, *Accertamento della paternità a fini successori e comparazione genetica collaterale*; Cass., 13 November 2015, n. 23296, in *Giur. it.*, I, 2016, 1117 ff., with observations by A. RONCO, *Il rifiuto di sottoporsi all'esame del sangue può bastare per la dichiarazione giudiziale della paternità*; Cass., 21 December 2015, n. 25675, in *CED Cassazione*; Cass., 27 July 2017, n. 18626, *ivi*; Cass. (ord.), 8 November 2019, n. 28886, *ivi*; and even more recently Cass., 11 October 2021, n. 2756, *ivi*.

³¹ Cass., 27 July 2007, n. 16752, in *Fam. dir.*, 2008, 251 ff., with a comment by C. VALENTE, *Il rifiuto del preteso padre di sottoporsi alla prova del Dna e l'interesse del minore a conoscere la propria ascendenza genetica*, in *Fam. dir.* 2008, 252 ff.; and Cass., 25 January 2008, 1738, above. This opinion is upheld by F. DANOVÌ, *Il rifiuto della prova ematogenetica nell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità*, above.

³² On the requirements of presumption or circumstantial evidence, see Cass. (ord.), 3 February 2020, n. 2356, in *CED Cassazione*; Cass. (ord.), 12 April 2018, n. 9059, *ivi*; Cass. (ord.), 2 March 2017, n. 5374, *ivi*; and Cass., 26 August 2015, n. 17183, *ivi*.

³³ ECHR, *Canonne v. France*, above.



Besides, the mentioned solution seems to be the more reasonable, as, on one side, it places on the judge the burden of carefully assessing the merits of the refusal, and, on the other side, it prevents the risk of “explorative” decisions. Circumstantial evidence is admitted by the system when there are elements from which a certain fact can be inferentially drawn with a certain degree of certainty: there is no direct evidence of the fact to be proven, but the seriousness, accuracy and concurrence of circumstances lead to it with a high probability.

Art. 116 cod. proc. civ. applied to paternity disputes works when we assume that the presumed father refuses to undertake the test because he is aware of the outcome (or has a strong suspect) and prefers it to remain uncertain for the other parties. Whereas, if we assume that there are cases in which the presumed father refuses to undertake the test for reasons other than the awareness or the fear of the outcome, then we cannot draw from the refusal an automatic presumption of paternity or non-paternity.

The problem is even more complex when the presumed father is missing and therefore the DNA test is ordered to his relatives other than the disputed child and they refuse to comply. First of all, unlike the presumed father, they are not parties of the claim, and art. 116 cod. proc. civ. permits to draw strings of evidence from the refusal to undertake physical examination expressed by one of the parties. Given the exceptional nature of the mentioned provision, it should be considered non-extensible to other cases. Nevertheless, nothing prevents the application of art. 2729 cod. civ., so the judge may still draw from the refusal a hint that, read in combination with others, can lead to the presumption of paternity or non-paternity. The practical result is then the same as it would have been if art. 116 cod. proc. civ. was applied.

In this case it is even more crucial to underline that the judge can draw from the refusal alone not a presumption but just a hint. In fact, while the presumed father is likely to refuse the test because he is aware of the outcome and because he has a specific qualified interest in the claim, it is far from being a forgone conclusion that his relatives – who might also be distant relatives – know about the presumed father’s paternity or non-paternity. That is because such fact, i.e. the circumstance that the mother of the disputed child had a sexual intercourse with another man at the time of conception or the circumstance that there had been no intercourse with the presumed father at that time, is in principle external to their sphere of knowledge. In light of that, it would be unreasonable to draw a presumption of paternity or non-paternity without investigating and weighing further elements.

To such conclusion one could object that not drawing evidence from the refusal of the presumed father’s relatives to undertake the DNA test would mean leaving the other parties involved in the claim unprotected. The objection is not unfounded, as shown by courts practice: almost all available decisions have considered the refusal unjustified, even when confidentiality reasons were alleged³⁴, and

³⁴ The issue was raised namely with reference to the refusal for confidentiality reasons. See Cass., 7 November 2001, n. 13766, in *Fam. dir.*, 2002, 127, with a comment by A. FRASSINETTI, *Prova ematologica e tutela della riservatezza*. In the case decided by the court, which was a paternity establishment one, the alleged biological father justified his refusal on the grounds that the tribunal, in ordering the DNA test, should have provided for all the necessary measures to assure the confidentiality of the proceeding, under l. 675/1996, and request a prior opinion of the Privacy Authority on the processing of personal data. The Court held that the refusal was unjusti-

constructed it against the refuser, motivating the paternity establishment or denial on that exclusive ground³⁵.

That way, courts have ended up totally reversing the burden of proof, which should instead be upon the claimant, on the respondent father³⁶. We could say that this latter bears the burden of undertaking the test or otherwise proving his paternity or non-paternity. *De facto*, whenever construction against the refuser is automatic rather than being the result of a careful assessment of all the circumstances of the case, it becomes a way of circumventing the non-enforceability of the DNA test, a way of undermining the free consent principle and making the test compulsory.

Theoretically, the above-illustrated objection can be rebutted by observing that paternity and non-paternity can be proven by all means of evidence, even presumptions or circumstantial evidence, so it would be enough for the claimant to provide hints of the disputed facts, which normally, given the quality of the persons entitled to the claim, fall within their sphere of knowledge. Courts would consider several elements as possible hints and apply the requirements set out by art. 2729 cod. civ. with a certain degree of flexibility³⁷. Practically speaking, as remarked, whenever it is not possible to reach such threshold, courts would tend to place the risk of the lack of evidence on the respondent father.

4. The right to consent or refuse the collection of DNA samples on the remains of missing persons and the possible conflicts of interests

The refusal problem also occurs, with its own peculiarities, when the presumed father or the child are not simply missing but dead and their remains are found. Namely, the questions are whether the presumed father's or child's successors are entitled to exercise some kind of protection on the remains, in the name of a right to the physical or moral integrity of dead bodies, and whether such right should prevail over the son or daughter's right to discover his/her origins³⁸.

fied, on the grounds that the judge had no obligation under data protection provisions and that the experts appointed by the judge are bound to confidentiality by their very professional qualification and role.

³⁵ See F. DANOVI, above, nt. 28. One rare exception has been the case in which the presumed father refused to undertake the test on the grounds that he was affected by a serious disease: Cass., 15 June 2015, n. 12312, in *CED Cassazione*, where the presumed father, who refused to undertake the test on the grounds that he was affected by a serious disease, died during the proceeding and his heirs consented to the collection of the blood samples from themselves as well as from their deceased father.

³⁶ This concern can be also read in F. DANOVI, above nt. 28, par. 7.

³⁷ See, for instance, Cass., 5 August 1997, n. 7193, in *Fam. dir.*, 1998, 35 ff., with a comment by M. CAMPUS, *Questioni in tema di prova della paternità naturale*; Cass., 21 February 2003, n. 2640, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 62; Cass., 9 June 2005, n. 12166, in *CED Cassazione*, all of which, basically, to the purpose of paternity establishment were satisfied with the proof that the child was treated by his presumed biological father as if he was his "real" son (*tractatus*) and the proof that people from their entourage believed them to be father and son (*fama*), rather than requiring the direct proof of paternity. Such trend has been criticized by some scholars: see, in particular, V. CARBONE, *La paternità ... è una questione di logica*, nota a Cass. 30 gennaio 1985, n. 576, in *Corr. giur.*, 1985, 409 ff.; and M. DI NARDO, *L'accertamento giudiziale della filiazione naturale*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (eds.), *La filiazione*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, III, Milano, 2002, 408.

³⁸ A. BUSACCA, *Analisi genetiche su "parti staccate" del corpo umano ed accertamento della paternità naturale post mortem*, nota a Cass., 5 agosto 2008, n. 21128, in *Fam. dir.*, 2010, 1124.

As already pointed out, in civil proceedings the court order imposing the collection of DNA samples is unenforceable against living people, despite its very little intrusiveness, under the principle of free consent to medical treatment that can be derived from art. 32 Cost.; but nothing is provided by the legislation with reference to a possible authorization regime for the collection of the mentioned samples from dead bodies or remains.

As the national and supra-national debate on such delicate issue reveals, the possible options with reference to paternity disputes would be: 1) to hold that post-mortal collection of DNA samples is in principle permitted, as the Italian rules on police morgue permit the exhumation of corps when it is ordered by a court for reasons of investigations in the interest of justice³⁹; 2) to hold that the presumed father is entitled to express an anticipated refusal to be exhumated and subject to the DNA test after his death, as an act of disposition on his body similar to the ones provided by legislation for the consent to organs and tissues explant; 3) to hold that, in the absence of such declaration of will, the exhumation and collection of the DNA sample is permitted only if the deceased person's family consents, as it is for organs and tissues explant; 4) to hold that a case-by-case balancing is needed between the interests at stake, given that they both enjoy constitutional protection⁴⁰.

This latter option, which is somehow in-between and allows a more flexible approach, seems to be the one upheld by national courts⁴¹ and by the European Court of Human Rights⁴². They both seem

³⁹ See arts. 83 and 89 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, Approvazione del regolamento di polizia mortuaria. For further reflections, see R. IANNOTTA, *Polizia mortuaria*, in *Enc. giur.* Treccani, XXIII, Roma, 1990; and L. BALUCANI, *Polizia mortuaria*, in *Noviss. Dig. it., Agg.*, V, Torino, 1984, 1072. Such legislation is also mentioned by Cass., 19 July 2012, n. 12549, in *CED Cassazione*, which denied the existence of a right of relatives on the deceased's corps on the basis of the fact that the rules at issue permit court orders investigations on dead bodies for reasons of justice without requiring the family's consent.

⁴⁰ For an overview of the debate, also from a comparative law perspective, see A. RENDA, *Ipotesi sul prelievo di DNA da defunto nei giudizi di stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 807 ff.

⁴¹ For a more in-depth case study, see, though not so recent, M. ROBLES, *Le prove ematologiche sul defunto tra verità storica e processo*, in *Giur. it.*, 1998, 1313. The collection of blood samples from corps has been authorized, *ex multis*, by Cass., 16 April 2008, n. 10007, above; Cass., 27 January 1997, n. 807, in *Giust. civ.*, 1997, 1276. From a comparative law perspective, see, as the leading case the French proceeding brought against the famous singer Yves Montand, in which the court held that the exhumation of the corps was legitimate even though the person, when still alive, had expressly refused to consent to undergo paternity investigations: App. Paris, 17 December 1998, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 112, with a comment by F. DANOVI, *Il caso Yves Montand, ovvero quando il defunto ha bisogno di un avvocato*. The case has been highly disputed, to the extent that the French legislator then amended the civil code expressly providing that in civil disputes whatever genetic identification requires the prior express consent of the person involved. Absent such consent, the mentioned identification is prohibited even after the person's death (art. 16-11, *alinéa* 5: «*En matière civile, [l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques] ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort*»). In 2011 the provision at issue was challenged through the referral to the French Constitutional Court, but this latter confirmed its compliance with the Constitution, despite the divergent opinion upheld by the European Court of Human Rights (see below). For a reflection on the mentioned decision, from the perspective of an Italian jurist, see D. PARIS, *Requiescant in pace. Amen? – Riflessioni sul rispetto dei morti come limite alla ricerca della paternità, a partire da una recente pronuncia del Conseil Constitutionnel*, in *Riv. telem. giur. ass. ital. cost.*, 2, 2012.

to converge in acknowledging that the deceased person's family has a non-patrimonial right on the dead body and holding that the right to discover one's own biological origin should prevail in the balancing test.

In particular, the European Court of Human Rights, called upon to decide the case of an aged man who had been denied by Swiss authorities the possibility of collecting DNA samples from the body of his presumed father in order to establish his paternity, noted that a fair balance should be struck between the presumed son or daughter's interest to establish the identity of his/her ascendants, which is a fundamental right protected by the Convention under art. 8, i.e. the respect of private and family life, as an essential component of the right to personal identity, on one side, and «the right of third parties to the inviolability of the deceased's body, the right to respect for the dead, and the public interest in preserving legal certainty», which can equally fall under art. 8 ECHR, on the other⁴³.

In the case at stake, what convinced the Court to strike the balance in favor of the right to personal identity of the presumed son were the little intrusiveness of the measures with reference to the physical integrity of the corps and the fact that the opposition of the deceased father's relatives was not grounded on specific philosophical or religious reasons, while the claimant had a genuine interest in discovering his own origin, to the extent that it had been attempting all his life to find a conclusive answer.

Reading the Court's reasoning *a contrario*, we can assume that the outcome of the balancing test could be different if the measures applied for were intrusive for the physical integrity of the dead body or if the deceased's family opposition to the exhumation and the taking of the DNA sample was justified on the grounds of religious or philosophical beliefs⁴⁴. The issue, though, being rather delicate is far from uncontroversial, to the point that one of the judges of the case at issue, joined by another, expressed a dissenting opinion in which he claimed that due weight should be given also to a genuine opposition «on the simple ground of violating the intimacy of the family, not to mention the integrity of their father's mortal remains»⁴⁵.

What seems certain is that adopting an extreme approach, like permitting or denying *tout court* the DNA test on the corps, would turn into an unconstitutional outcome, as underlined in 1996 by a first

⁴² See, as one of the leading cases, ECHR, 13 July 2006, *Jäggi v. Switzerland*, application no. 58757/00, in *Dir. umani dir. int.*, 2006, 394.

⁴³ *Ibidem*. The Court added: «Although it is true that, as the Federal Court observed in its judgment, the applicant, now aged 67, has been able to develop his personality even in the absence of certainty as to the identity of his biological father, it must be admitted that an individual's interest in discovering his parentage does not disappear with age, quite the reverse. Moreover, the applicant has shown a genuine interest in ascertaining his father's identity, since he has tried throughout his life to obtain conclusive information on the subject. Such conduct implies mental and psychological suffering, even if this has not been medically attested».

⁴⁴ *Ibidem*, par. 41: «The Court notes that the Federal Court observed that the deceased's family had not cited any religious or philosophical grounds for opposing the taking of a DNA sample, a measure which is, moreover, relatively unintrusive. It should also be noted that it was thanks to the applicant that the lease on the deceased's tomb was renewed in 1997. Otherwise, the peace enjoyed by the deceased and the inviolability of his mortal remains would already have been disturbed at that time. In any event, the deceased's body will be exhumed when the current lease expires in 2016. The right to rest in peace therefore enjoys only temporary protection».

⁴⁵ Dissenting opinion of judge Hedigan, joined by judge Gyulumyan, in *Jäggi v. Switzerland*, above.

instance Italian court which referred the question to the Constitutional Court⁴⁶: the first interpretation would be against arts. 2, 3, 13 and 32 Cost., on the grounds that it would discriminate in terms of protection dead people against living people, given that those latter are entitled to refuse the DNA collection; the second interpretation would be against arts. 3 and 30 Cost., on the ground that it would discriminate who claims the establishment or contestation of the paternity of a dead person against who claims the establishment or contestation of the paternity of a living person, as this latter has the chance of obtaining the person's consent.

Neither the European Court nor the national ones have been faced with the problem of a possible will of the presumed father, expressed when he was still alive, not to be subject to the collection of any samples or not to be exhumated after his death. According to some scholars, that would prevent the court from ordering the DNA sample collection and preclude the possibility of whatever balancing test, as only public policy reasons would justify the infringement of the person's anticipated will on the disposition of its own body, reasons that do not occur in paternity disputes⁴⁷.

The issue is complex and would require an *ad hoc* analysis far beyond the space limits of this contribution, but it nevertheless deserves some remarks. Assuming that the right to discover one's own origin is not a public order interest – which does not seem so uncontroversial –, the conclusion that the will expressed by the presumed father alive must be complied with appears to be inevitable. Such expression of will is equal to the refusal of the court order for physical examination, with the only differences that it has been expressed out-of-court and in a time when it was out-of-context.

The point is: are such differences so relevant as to preclude from treating the two situations equally? In other words, can the judge construe the anticipated refusal against the refuser, even if he is dead and represented in the trial by his successors? It would be reasonable, if not to answer yes, to conclude that the judge can assess the anticipated refusal in combination with the other circumstances of the case and draw from them, when serious, accurate and concurring, a presumption of paternity or non-paternity. Anticipated or not, a refusal directed not to exhumation in general but to the DNA test or paternity test specifically is unlikely to be without significance in relation to the presumed father's awareness of his paternity or non-paternity. Besides, the opposite view would leave the problem of the protection of the other parties involved open.

Up to now, the reflection has been focused on the case in which the undertaking of the DNA test inevitably requires the exhumation of the corps, thus raising the problem of the dead person's right to be let alone and rest in peace. As a conclusive remark, it should be noted that the mentioned problem does not arise in case the DNA test does not require the exhumation of the corps, because detached parts of the person's body that had been taken from him/her when he/she was alive, e.g. dur-

⁴⁶ The referring decision is Trib. Min. Salerno, 15 January 1996, in G.U. 2 ottobre 1996, n. 40, serie spec., 92; while the decision by the Constitutional Court is Corte. Cost. (ord.), 26 February 1998, n. 39, in *Giur. it.*, I, 1998, 1318, con nota di M. ROBLES, *Le prove ematologiche su defunto: tra verità storica e processo*. According to the referring decision, in the absence of *ad hoc* legislative provisions on the consent to the collection of samples from corps, it would be inconsistent with the Constitution both to interpret arts. 269 cod. civ. and art. 118 cod. proc. civ. as permitting such collection in any case, and to interpret them as denying it in any case. The Constitutional Court held the inadmissibility of the referral, stating that the referred provisions can already be interpreted in a way which is consistent with the Constitution, thus avoiding taking a position on the issue.

⁴⁷ See, for all, A. RENDA, above, *passim*, also for further references.

ing surgery, are available as samples. In that case then, it can be reasonably argued that the court order of exhibition and expert evidence on the findings is enforceable without the need for the deceased person's family consent⁴⁸.

This conclusion has been upheld by the Italian Supreme Court, which, some years ago, clarified that the right to the physical integrity of dead bodies cannot be extended also to individual detached body parts (in the case at issue, a sample of lung tissue taken from the presumed father during a surgical treatment and preserved in formalin), due to the fact their separation from the rest of the body took place when the person to whom these latter belonged was still alive⁴⁹.

5. The controversial admissibility and probating value of DNA tests undertaken out-of-court

Time is now ripe to examine the last scenario depicted after setting the scene of the relationship between the new DNA testing methods and paternity disputes: the case in which the biological tie or the lack of it are discovered accidentally during the identification process of unidentified remains. Normally, the problems of DNA tests undertaken out-of-court concern the following aspects, respectively related to the admissibility of it as evidence and to its relevance and probating value: 1) the consent of the parties involved and their privacy in the sense of right to "informational self-determination", especially when the disputed child is a minor; 2) the possible conflict of interests arising when the disputed child is a minor and his or her consent needs to be expressed by the mother; 3) their confidential relationship with the laboratory; 4) the reliability of the collection process and findings interpretation; 5) the inevitable lack of fair trial safeguards in the formation of evidence⁵⁰.

⁴⁸ See, App. Napoli, 16 March 2017, in www.osservatoriofamiglia.it, which held that in paternity establishment disputes the court is entitled to ground the decision on expert evidence undertaken with DNA samples collected from the presumed father before he was buried following an order by the investigation judge issued without the need of the deceased person's family consent. The reason lies in the exceptional urgency deriving from the risk of the future impossibility or extreme difficulty of collecting the samples after the inhumation, given that the corps could be cremated or not identified or perished in such a way that the DNA would not be available.

⁴⁹ Cass., 5 August 2008, n. 21128, in *Fam. dir.*, 2010, 1124, with a comment by A. BUSACCA, *Analisi genetiche su "parti staccate" del corpo umano ed accertamento della paternità naturale post mortem*. The facts of the case are the following: R.T. lodged an application for the paternity establishment in the interest of her son, G.T., against the presumed father, G.P., married with children and recently deceased. Florence Tribunal ordered the seizure of some biological samples taken from G.P. during a surgical treatment, with the purpose of collecting the DNA and comparing it with the child's one. The test undertaken on lung tissue preserved in formalin revealed a very high probability of match between G.P. and G.T., therefore the tribunal established paternity. G.P.'s spouse, mother of his two sons born in the wedlock, appealed against the mentioned decision on two grounds: the unlawfulness of the use of samples collected that way; and the fact that the samples were unreliable, as they were likely to be biologically altered by G.P.'s cancer. The Court rejected the appeal, and the Supreme Court confirmed such decision.

⁵⁰ Taking into account the mentioned concerns, some legal systems expressly prohibit out-of-court paternity tests: namely, art. 16-11 of the French civil code reads that in civil proceedings genetic identification is permitted only following a court order issued in a paternity contestation, paternity establishment or maintenance claim.

As to the problems concerning the admissibility of out-of-court DNA tests, existing case-law unanimously requires the consent of all the parties involved⁵¹. Namely, the Italian Supreme Court clarified that the processing of genetic personal data which are of a non-medical nature through the undertaking of a DNA test, for the purpose of assessing the grounds for a paternity contestation claim, not only requires the prior authorization by the Privacy Authority under art. 90 of *Decreto legislativo* 30 June 2003 n. 196, but also the consent of the parties involved⁵². In the case at stake, the presumed father hired an investigation agency who collected cigarette ends belonging to the disputed son and brought them, without either this latter's consent or any authorization by the Italian Data Protection Authority, to a laboratory in order to take DNA samples and compare them with those drawn from the other two children born in the second wedlock.

Given the type of claim – an opposition against the injunction to stop the genetic data processing issued by the Privacy Authority following while the paternity contestation dispute was pending – the mentioned judgment simply confirmed the illegitimacy of the unconsented collection of DNA samples, without specifying the procedural consequences of such illegitimacy from the evidentiary viewpoint.

The issue has instead been faced by a more recent and complex decision which, in a lengthy *obiter dictum*, confirmed for paternity disputes what case-law had already been established with reference to other proceedings⁵³: pieces of evidence obtained in such a manner as to infringe the fundamental liberties granted to all individuals by the Constitution, such as personal freedom, the confidentiality of correspondence or the inviolability of domicile, cannot be admitted as sources of evidence, not even atypical⁵⁴.

More specifically, the infringement of the rules on data protection results into the illegitimate acquisition and the following inadmissibility as evidence of the pieces of information related to the quality of the natural person concerned, given the absolute prohibition of processing personal data collected in violation of the mentioned rules⁵⁵. In the case at stake, in which the Tribunal had ordered the expert evidence on samples (slides of tissues) stored by the institutes where the presumed father had been previously hospitalized, the Supreme Court found no violation of the provisions on personal data processing, as the genetic data were collected and treated for reasons of justice by virtue of a court order.

⁵¹ See Cass., 13 September 2013, n. 21014, in *CED Cassazione*; Trib. Asti, 25 July 2017, n. 638, in www.osservatoriofamiglia.it; Cass., 5 May 2020, n. 8459, in *Fam. dir.*, 2021, 289, with a comment by L. LA BATTAGLIA, *Essere o non essere (padre): obblighi di informazione tra genitori e tutela risarcitoria*; and in *Studium juris*, 2021, 79; and in *Foro it.*, I, 2021, 244; Trib. Roma, 10 June 2020, n. 8359, in www.osservatoriofamiglia.it; Cass., 13 July 2020, n. 14916, in *CED Cassazione*; Trib. Bologna, 7 May 2021, in www.osservatoriofamiglia.it.

⁵² Cass., 13 September 2013, n. 21014, in *Giur. it.*, 2014, 1367, with observations by S. LOIACONO, *Due questioni in tema di trattamento*; and in *Foro it.*, 2013, 3174; and in *Ragiusan*, 2013, 19; and in *Danno resp.*, 2014, 43, with a comment by F. AGNINO, *Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento*.

⁵³ See, *a contrario*, Cass., Sez. un., 12 February 2013, n. 3271, in *CED Cassazione*; and Cass., Sez. un., 12 June 2017, n. 14552, *ivi*, both of which held that the wiretappings undertaken in the course of different criminal proceedings, provided that they are admissible as evidence in disciplinary proceedings, provided that their undertaking was legitimate and compliant with constitutional and procedural rules.

⁵⁴ Cass., 5 May 2020, n. 8459, nt. 51 above.

⁵⁵ *Ibidem*.

In setting the mentioned principles courts have left aside paramount questions like who is entitled to consent on behalf of the disputed child and how the best interest of this latter, which might also be that of not knowing anything about the uncertainty of his/her status, could be properly safeguarded⁵⁶. Scholarship is divided. One option could be to hold that out-of-court DNA tests are not permitted when the disputed child is a minor of age, but this would be hard to advocate in the absence of a specific legislative prohibition; another one could be to claim that the consent of both parents, on the child's behalf, would be enough to grant the legitimacy of the test⁵⁷; and a third one could be to require that the minor consent is expressed by an *ad hoc* appointed curator under art. 320 cod. civ. in order to avoid a possible conflict of interest⁵⁸.

This latter option seems to be the most reasonable from a theoretical viewpoint, as not always the parents' interest match with the best interest of the child. While the parents who agree upon the test share the same interest to the ascertainment of the biological truth, each of them for their own motives, the child may carry the opposite interest to maintain his/her present status. As taught by case-law, neither the *favor veritatis* nor the *favor legitimitatis* are necessarily coincident with the *favor minoris*, and that is why this latter element needs to be carefully assessed by the court⁵⁹, also through the hearing of the child itself, whether capable of discernment⁶⁰. But, in practice, the principle of subsidiarity of judicial intervention in family matters and the proximity of the parents to the child would lead to presume that they know what is best for him or her.

Compared to the above-illustrated cases, the scenario we are dealing with in this section bears some peculiarities: in fact, here, the request of the out-of-court DNA test does not come from the parties involved in the future dispute and we can figure that the consent to the test – assuming that it would be necessary, which can be seriously doubted given the public policy interest underlying the identification of missing persons – has been properly obtained by the competent authorities. The point is that such consent was given by the missing person's possible family for a purpose other than the challenging of paternity. In other words, consent is informed and free with reference to the purpose of the identification of the missing person, but not with reference to the purpose of paternity establishment or contestation.

At present, no Italian or European judgment on the issue can be found; but there is one by the German Constitutional Court, dating back to 2007, that casts light on an aspect which is worth assessing

⁵⁶ See E. PRANDINI, *Implicazioni giuridiche, giurisprudenziali e medico-legali delle prove biologiche in tema di ricerca della paternità*, in *Fam dir.*, 1999, 199 and 297.

⁵⁷ In this direction, see M. SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, 3, Torino, 1999, 48.

⁵⁸ See G. FERRANDO, *Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento della filiazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 725. Some scholars even suggest that the parents who mutually agree to subdue the child to the DNA test should be sanctioned with the deprivation of parental responsibility (see D. RANALLETTA, E. LANDI, *Problemi giuridici e medico-legali nella ricerca biologica stragiudiziale di paternità sui minori legittimi e naturali*, in *Riv. it. med. leg.*, X, 1988, 144 ff.), but this appears to be a far too extreme and disproportioned measure, mostly if one considers that arts. 330 ff. civil code are applied in practice to very severe cases in which the life and health of the minor is seriously at risk.

⁵⁹ For a recent contribution on the concept of "best interest of the child", see G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, 72 ff. For a reflection on *favor veritatis*, see G. CHIAPPETTA, *Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis*, in *Actualidad Jur. Iberoam.*, julio 2016, 145-186.

⁶⁰ See F. TOMMASEO, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. dir.*, 2007, 409 ff.

in investigating the problem of the informed consent to the paternity test⁶¹. In the case at issue, the Court acknowledged that the child is entitled to a right of “informational self-determination” (*informationelle Selbstbestimmung*), i.e. a right to decide whether he or she wants to be informed of a certain circumstance or prefers to remain unaware of it. From such acknowledgement the Court drew the conclusion that out-of-court DNA samples undertaken without the child’s consent were inadmissible.

If we applied the conclusion to the case of the DNA test undertaken for purposes different than the paternity test, we should conclude that the automatic acquisition of the findings to the paternity dispute procedure would be and infringement of the right to the informational self-determination of the disputed child. He consented to the test because he wanted to discover the missing person’s identity, not because he wanted to discover his origin.

But, then, what would the consequence be? Would this prevent the court from ordering the acquisition of the out-of-court findings or their admission in case they were offered as evidence by another party? Would this be assessed as a refusal to undertake the DNA test? Answering yes to both questions seem illogical in terms of procedural efficiency, as it would force the court to order a new physical exam on the parties involved which can result into another refusal, this time to be constructed against the refuser under art. 116 cod. civ.

Besides, the refusal of the parties to the very acquisition or admission of the out-of-court findings is different from the refusal to undertake the physical examination for the collection of the DNA samples. In this latter case the right to refuse is justified by the need to preserve the constitutional principle that nobody can be forced to undergo medical treatment without his or her consent; in the first case no such rationale occurs. At most the refusal to the admission or acquisition of the out-of-court findings can be qualified as a denial of consent to the processing of personal genetic data.

But, as already outlined, the Italian Supreme Court finds no breach of privacy when personal data have been lawfully collected and are processed by a judicial authority for reasons of justice⁶². As mentioned, the case in which the court held such principle was about a court order for the exhibition of lung tissues samples collected by the medical staff from the presumed father when he was hospitalized. The present case is similar to it: in both cases the samples were collected with the consent of the presumed father for other reasons and in a time when he was unaware of any paternity concern. Such similarity should reasonably justify an equal treatment.

Once the out-of-court collected samples or the out-of-court DNA findings admitted as a piece of evidence, we should face the problems related to their probating value. An analysis of case-law on the issue reveals that it is rather undisputed: according to the Italian Supreme Court, it falls within the margin of discretion of tribunals to assess the opportunity of renewing or integrating expert evidence on findings obtained out-of-court and this cannot be a ground for appeal unless specific shortcomings are alleged and a more in-depth exam is expressly required⁶³. Only in this latter case the judge is bound to justify the refusal to proceed in that direction.

⁶¹ BVG, 13 February 2007, above.

⁶² Cass., 5 August 2008, n. 21128, above.

⁶³ See Cass., 13 July 2020, n. 14916, above. In that case the out-of-court expert evidence was challenged on the grounds that there had been no direct comparison between the son and the presumed father, as this latter had

In the case at stake, the Supreme Court valued the following circumstances: the out-of-court expert evidence had been committed to a renown geneticist with the consent of all the parties involved; this latter had compared the son's DNA with that of the presumed father's closest relative in the male line; the findings revealed a probability of 97,386%, which was absolutely coherent with the fact that the claimant and the respondent were relatives, unilateral sibling brothers as born from the same father; a new expert evidence would have been unfounded from a scientific viewpoint, as it required the comparison between a female DNA to ascertain a male DNA, and useless, as, at the time of the test, all parties had agreed upon the *an* of it; and the reliability of the expert to which the undertaking of the test had been committed.

The court's reasoning and the principle held appear to be reasonable as, on side, they enable the judge to avoid duplications which would clearly be against procedural efficiency, on the other side, they grant him/her enough margin of discretion to remedy the shortcomings of possible negligently conducted investigations.

not been exhumated, and that the comparison had been undertaken only with one of the two other children of the presumed father. Furthermore, see Trib. Bologna, 7 May 2021, above; Trib. Roma, 10 June 2020, above; and Trib. Asti, 25 July 2017, above.