



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza

Ciclo XXIX

**ACQUISIZIONE DI MATERIALE BIOLOGICO E BANCHE DATI FORENSI: UN EQUO
CONTEMPERAMENTO TRA INTERESSI POTENZIALMENTI CONFLIGGENTI**

Coordinatore : Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore : Ch.mo Prof. Daniele Rodriguez

Dottoranda : Vittoria Marchese

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO PRIMO	
ACQUISIZIONE DI MATERIALE BIOLOGICO E BANCHE DATI FORENSI: UN INQUADRAMENTO	5
1. Cenni introduttivi.....	5
2. Il prelievo biologico: una premessa medico-legale	5
3. Prelievo biologico coattivo: una qualificazione giuridica	7
4. Prelievo biologico coattivo ed incidenza sulla libertà personale	12
4.1. Il contenuto della libertà personale nella giurisprudenza della Corte costituzionale	12
4.2. Le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale	15
4.3. Le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale nell'esecuzione coattiva del prelievo biologico	17
5. Prelievo biologico ed invasività	21
5.1. Salute, integrità fisica e dignità nell'esecuzione coattiva del prelievo biologico	23
5.2. La «sfera corporale» nell'esecuzione coattiva del prelievo biologico	26
6. Prelievo biologico e diritti processuali.....	28
6.1. Prelievo biologico coattivo ed imputato “organo” di prova	29
6.2. Il privilegio di non autoincriminazione nell'esecuzione coattiva del prelievo biologico	31
6.3. Le alternative rispetto all'esecuzione coattiva del prelievo biologico	34
7. Prelievo biologico coattivo e terzi	36
8. La raccolta di reperti organici	38
8.1. La raccolta di reperti organici come espediente per superare il rifiuto della persona.....	39
8.2. La raccolta di reperti organici nella disciplina dell'esame della scena del reato	44
9. L'analisi del DNA.....	47
9.1. L'analisi forense del DNA: inquadramento medico-legale e giuridico	47
9.2. Analisi forense del DNA e <i>standard</i> qualitativi	51
10. L'archiviazione e il trattamento di dati genetici.....	56
11. L'archiviazione e il trattamento di dati genetici: la tutela della riservatezza.....	61
11.1. La tutela della riservatezza nel contesto nazionale	62
11.2. La tutela della riservatezza nel contesto europeo	66
12. L'archiviazione e il trattamento di dati genetici: il rispetto della presunzione d'innocenza	72
CAPITOLO SECONDO	
DIRITTI E INDAGINI GENETICHE NEL PROCESSO PENALE: PROPOSTA DI UN MODELLO DI	
DISCIPLINA	75
1. Cenni introduttivi.....	75
2. Prelievo biologico coattivo: proposta di un modello di disciplina.....	76
2.1. Prelievo biologico coattivo e libertà personale	77
2.2. Prelievo biologico coattivo, salute, integrità fisica e dignità: proposta di un modello di disciplina	80
2.3. Prelievo biologico coattivo e «sfera corporale»: proposta di un modello di disciplina	82
2.4. Prelievo biologico coattivo e diritti processuali: proposta di un modello di disciplina	84
2.5. Prelievo biologico coattivo e i terzi: proposta di un modello di disciplina	86

3.	La raccolta di reperti organici: proposta di un modello di disciplina.....	87
4.	L'analisi forense del DNA: proposta di un modello di disciplina	90
5.	L'archiviazione e il trattamento di dati genetici: proposta di un modello di disciplina	93
CAPITOLO TERZO		
DIRITTI E INDAGINI GENETICHE NEL PROCESSO PENALE: ANALISI DELLA DISCIPLINA ITALIANA		99
1.	Cenni introduttivi	99
2.	Il prelievo biologico coattivo nella legge 30 giugno 2009, n. 85.....	101
2.1.	Prelievo biologico coattivo e libertà personale nella legge 30 giugno 2009, n. 85	104
2.2.	Prelievo biologico coattivo, salute, integrità fisica e dignità nella legge 30 giugno 2009, n. 85.....	109
2.3.	Prelievo biologico e «sfera corporale» nella legge 30 giugno 2009, n. 85	117
2.4.	Prelievo biologico coattivo e diritti processuali nella legge 30 giugno 2009, n. 85	118
2.5.	Prelievo biologico coattivo e terzi nella legge 30 giugno 2009, n. 85	122
3.	La raccolta di reperti organici nella legge 30 giugno 2009, n. 85.....	124
4.	L'analisi forense del DNA nella legge 30 giugno 2009, n. 85.....	127
5.	L'archiviazione e il trattamento di dati genetici nella legge 30 giugno 2009, n. 85	136
5.1.	I principi di legalità e di finalità nella legge 30 giugno 2009, n. 85	138
5.2.	Il principio di proporzionalità nella legge 30 giugno 2009, n. 85: misure di sicurezza.....	140
5.3.	Il principio di proporzionalità nella legge 30 giugno 2009: tempi di conservazione	144
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE		150
BIBLIOGRAFIA.....		154
GIURISPRUDENZA		166

RIASSUNTO

La legge 30 giugno 2009, n. 85 costituisce il primo intervento normativo organico sulla acquisizione e sul trattamento dell'informazione genetica a fini forensi.

Con la legge n. 85 del 2009, il presidente della Repubblica è autorizzato ad aderire al Trattato di Prüm sul rafforzamento della cooperazione transfrontaliera. Uno degli strumenti attuativi privilegiati per l'ottemperanza degli obblighi discendenti dall'adesione al Trattato è rappresentato dallo scambio di informazioni genetiche, sul presupposto che le parti contraenti si impegnano «a creare e a gestire degli schedari nazionali di analisi del DNA al fine di perseguire le violazioni penali». La riforma prevede, a tale fine, l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA e del relativo Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale.

Il legislatore del 2009 interviene, poi, a colmare la persistente lacuna sull'esecuzione coattiva dei prelievi biologici, scaturita dalla declaratoria di illegittimità dell'articolo 224 c.p.p., di cui alla sentenza costituzionale n. 238 del 1996. In proposito, la legge n. 85 introduce norme che si propongono di affrontare sistematicamente la dimensione probatoria degli accertamenti corporali coattivi e recano consistenti modifiche al codice di procedure penale.

La riforma del 2009 è, nel complesso, apprezzabile per aver riportato nel campo dei principi fondamentali del diritto processuale penale una materia rimasta troppo a lungo priva di regolamentazione nel nostro Paese.

L'obiettivo del presente lavoro è la definizione di un modello di disciplina in materia di indagine genetica, che soddisfi le istanze di salvaguardia sottese a ciascuna delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e tenga debito conto degli aspetti applicativi. Si tratta di una proposta *de iure condendo* con cui è destinata a confrontarsi la disciplina vigente nel nostro Paese.

ABSTRACT

In June 2009, the Italian Parliament passed Law n. 85.

This law regulates the institution of the Italian National Forensic DNA Database and introduces modification articles of the Code of Penal Procedure in relation to the technical assessments that can affect personal freedom involved in biological sampling and collection of DNA profiles.

Italian law No. 85/2009 ratifies the Prüm Treaty which is an agreement of seven EU Member States regarding cooperation in justice and home affairs and establishing the highest possible standard of cooperation in exchange of information, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration.

Even though DNA databases are a great value for investigation and society, it may be troublesome to solve the balance between the public interest in crime control and individual rights such as personal freedom, dignity and privacy.

The critical analysis of the Italian regulation testifies that a fair balance between individual rights and social security is extremely hard to fulfill.

INTRODUZIONE

L'impatto dell'evoluzione tecnologica sul mondo giuridico porta con sé notevoli criticità per l'operatore del diritto, costretto a muoversi su un terreno, in cui gli aspetti giuridici si intersecano con quelli, a lui estranei, spiccatamente tecnici¹. In tale contesto, la ricerca di un equilibrio costituzionalmente accettabile² «tra efficienza del processo e garanzie individuali»³ risente delle difficoltà interpretative ed applicative poste dall'irruzione del sapere scientifico.

Alla descritta complessità non si sottrae l'analisi forense del DNA, la quale si caratterizza per un'ulteriore delicatezza degli interessi in gioco⁴ perché ad essere chiamate in causa sono articolate dimensioni della persona, che si spingono oltre «il tema dell'intrusione della sfera corporale»⁵, fino a coinvolgerla come sistema informativo⁶.

La genetica forense ha mutato il volto delle tecniche di identificazione a fini processuali, assumendo un ruolo primario nell'accertamento del fatto⁷⁸ sin dal suo primo impiego, in un processo statunitense del 1987⁹. Eppure, il legislatore italiano ha varato una disciplina organica della materia solo nel 2009, con la legge n. 85¹⁰.

Nonostante il notevole ritardo, la legge 30 giugno 2009, n. 85 ha il merito di introdurre una disciplina costituzionalmente rispettosa in tema in materia di prelievo biologico da vivente, ponendo fine al vuoto legislativo scaturito dalla sentenza costituzionale del 1996¹¹.

¹ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 8.

² G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, n. 12, p. 2646.

³ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 7.

⁴ P. TONINI, *Accertamento del fatto ed indagini genetiche: un difficile bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, speciale n. 2, p. 3.

⁵ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 47.

⁶ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Pol. dir.*, 2006, n. 1, p. 3.

⁷ P. RIVELLO, *Tecniche scientifiche e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 4, p. 1702.

⁸ A. SCARCELLA, *Banca dati del DNA e nuove frontiere dell'investigazione scientifica*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 7.

⁹ E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2008, p. 161.

¹⁰ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali*, cit., p. 2630.

¹¹ C. Cost. 27 giugno 1996, n. 238, con nota di A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2150 ss.; G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 3570 ss.; M. RUOTOLO, *Prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento di valori*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2151 ss.; G. P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, cit., pp. 3225 ss.; M. GIACCA, *In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte cost. n. 238 del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, n. 2, pp. 602 ss..

Con la stessa legge, è istituita una banca dati ufficiale del DNA, così adempiendo agli obblighi discendenti dall'adesione al Trattato di Prüm¹². Ad integrare la disciplina sul funzionamento della banca dati italiana è, da ultimo, intervenuto il regolamento di attuazione, adottato con d. P.R. 17 aprile 2016, n. 87, la cui analisi è, quindi, di estrema attualità.

L'espressione di un giudizio critico sulla normativa italiana presuppone che siano preliminarmente individuate e approfondite le questioni problematiche connesse all'impiego del DNA nel processo penale. Si potranno, così, identificare i requisiti di una disciplina che soddisfi adeguatamente le esigenze di salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive, pur nella inevitabile tensione con i concorrenti interessi investigativi e probatori. Le disposizioni della legge n. 85 del 2009 e del relativo regolamento saranno, infine, considerate alla luce dei requisiti così elaborati.

Si è ritenuto coerente seguire un ordine di esposizione che ricalca le fasi in cui si articola l'indagine genetica: l'acquisizione del DNA da persone oppure da cose e luoghi, l'analisi forense, il trattamento e l'eventuale conservazione del materiale biologico e dei dati estratti. In modo "simmetrico", i capitoli ripercorrono questi stessi passaggi, con l'obiettivo, rispettivamente, di inquadrare le questioni problematiche nel processo penale, di proporre un modello di disciplina e di analizzare le soluzioni effettivamente recepite dagli interventi normativi del 2009 e del 2016.

¹² 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*, in *Crit. pen.*, 2009, n. 3-4, pp. 213 ss.

CAPITOLO PRIMO
ACQUISIZIONE DI MATERIALE BIOLOGICO E BANCHE DATI FORENSI: UN
INQUADRAMENTO

1. Cenni introduttivi

Il primo capitolo si propone di individuare quali situazioni giuridiche soggettive, sostanziali e processuali, siano compromesse dall'acquisizione, dall'analisi e dall'eventuale archiviazione di materiale biologico.

La valutazione critica delle novità introdotte dalla legge 30 giugno 2009, n. 85 e dal relativo regolamento di attuazione non può, infatti, prescindere da un'operazione di inquadramento dell'indagine genetica nell'ambito del processo penale e da un tentativo di ricognizione delle coordinate assiologiche della materia. Si tratta di considerazioni preliminari, destinate a conservare rilievo, quale che sia il dato normativo vigente¹.

È, quindi, opportuno ricostruire il contesto giuridico in cui si inserisce la disciplina varata nel 2009, attraverso l'individuazione dei diritti individuali giuridiche rilevanti e degli strumenti di tutela attivabili a loro favore. A tal fine, devono essere valorizzati, in special modo, gli interventi giurisprudenziali, che hanno indicato la via al legislatore. Peraltro, la consapevolezza delle nuove sfide, che l'evoluzione tecnologica dispiega per il diritto, suggerisce di allargare la prospettiva anche alle criticità di segno tecnico-operativo, di cui, pure, una disciplina deve farsi carico.

2. Il prelievo biologico: una premessa medico-legale

Benché il primo momento della c.d. indagine genetica sia spesso indicato genericamente in dottrina come prelievo biologico, l'approvvigionamento del DNA, a partire dal quale è estratto il profilo genetico da sottoporre a comparazione, può realizzarsi in due forme; solo la prima, appunto il prelievo, richiede un intervento su persona vivente, mentre la repertazione consiste nel raccogliere tracce organiche su cose, luoghi o cadavere.

Tra queste modalità di acquisizione del materiale biologico per scopi forensi esistono «affinità funzionali»², potendo costituire, alternativamente, il fondamento delle operazioni di laboratorio successive³, ma la diversità dell'oggetto, cui sono riconducibili modalità e problematiche differenziate, suggerisce che esse siano analizzate separatamente. Le riflessioni circa la

¹ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 9.

² C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 11.

³ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 81.

compatibilità del prelievo biologico con i diritti della persona non si attagliano, infatti, alla repertazione, che esige, piuttosto, riflessioni relative alla corretta conduzione dell'esame della scena del reato.

Prelievo biologico è qualsiasi manovra diretta ad acquisire il materiale necessario per l'esecuzione di ricerche e analisi⁴. L'oggetto del prelievo da persona vivente è il campione biologico; le finalità cui questa manovra risponde, nell'ambito del processo penale, sono la disponibilità di una quantità di DNA, ascrivibile con certezza alla persona indagata o imputata, e il raffronto del relativo profilo genetico con quelli relativi ai reperti organici raccolti in sede di sopralluogo o al materiale archiviato in un *database*.

Per il genetista forense, il prelievo è il «punto cruciale»⁵, il «fondamento analitico»⁶ delle indagini di identificazione, da esso dipendendo il buon esito delle successive fasi, dirette a conservare, analizzare e confrontare il materiale; la corretta esecuzione del prelievo presenta aspetti procedurali problematici⁷ e presuppone competenze specialistiche degli operatori⁸, che si caratterizzano in senso peculiare a seconda dell'oggetto.

Le sostanze biologiche da cui è ricavabile il DNA sono quelle costituite di cellule nucleate: sangue, saliva, cellule epiteliali, peli, capelli, unghie, ossa, liquido seminale⁹.

Il prelievo eseguito per scopi forensi ha, tipicamente, per oggetto sangue, saliva, peli, capelli. Il sangue è il fluido d'elezione, perché ricco di cellule nucleate, di rado soggetto a interferenze e conservabile per lungo tempo a basse temperature¹⁰. Il prelievo di saliva è eseguito mediante tamponi appositi, oggi disponibili anche in *kit* preconfezionati, costruiti in diversi materiali¹¹. Il

⁴ V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi creato dalla sentenza n. 238 del 1996*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 3, 1997, p. 363.

⁵ L. MAZZARINI, A. TAGLIABRACCI, *Problematiche giuridiche e deontologiche*, in A. Tagliabracci (a cura di) *Introduzione alla genetica forense. Indagini di identificazione personale e di paternità*, Springer, Milano, 2010, p. 141.

⁶ P. GAROFANO, *Le attività tecniche*, loc. ult. cit.

⁷ Secondo C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 31-34, la dottrina si è focalizzata tendenzialmente sulla valutazione dei risultati della prova del DNA, ma scarsa attenzione è stata rivolta alle modalità di espletamento e ai limiti operativi.

⁸ P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di) *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Cedam, Padova, 2010, p. 409.

⁹ A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario profili tecnici*, in *Rassegna penitenziaria*, n. 2, 2011, p. 6.

¹⁰ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità: aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 121: da 10 ml di sangue prelevato sono ricavabili circa 5 mg di DNA conservabile per lungo tempo a basse temperature.

¹¹ I tamponi tradizionali in cotone e dacron sono economici, ma presentano lo svantaggio di dover essere conservati a -20°C; i tamponi-spazzolini in materiale sintetico, più costosi, costituiscono il supporto migliore, consentendo una conservazione per lunghi periodi del campione a temperatura ambiente e migliorando l'assorbimento e successivamente il rilascio di materiale biologico, con conseguente incremento dell'efficienza delle metodiche di estrazione.

prelievo di capelli e formazioni pilifere è operazione agevole e meno problematica¹², pur richiedendo l'accortezza di asportare anche il bulbo¹³.

In generale, dal punto di vista tecnico, il momento del prelievo deve essere curato per scongiurare il rischio di contaminazioni: sarebbe opportuno venga svolto in un locale dedicato in via esclusiva a tale attività, cui abbia accesso – oltre alle persone che vi sono assoggettate – un limitato numero di operatori¹⁴, addestrati specificamente per svolgere questa mansione e preparati sugli aspetti igienici, sanitari, di profilassi¹⁵. Si è osservato che al prelievo ematico, in particolare, dovrebbe procedere personale abilitato o addestrato¹⁶; si noti, comunque, che esso, pur scontando l'equivoco culturale che lo lega necessariamente all'uso della siringa, può effettuarsi oggi con l'impiego di lancette pungidito – le stesse impiegate autonomamente dai pazienti diabetici per il controllo della glicemia¹⁷ – che permettono di rilasciare, su supporti dedicati, quantità esigue di sangue.

Ciascun campione, poi, quale ne sia la tipologia, deve essere conservato in contenitori sterili, debitamente etichettati ed idonei a minimizzare le eventualità di degradazione, contaminazione, rottura¹⁸ e scambio¹⁹. Il campione deve essere, quindi, inoltrato al laboratorio di analisi per la fase di estrazione e la successiva analisi.

Il prelievo e le operazioni immediatamente successive devono essere realizzate in modo da assicurare che non sia interrotta la cosiddetta catena di custodia, ossia la procedura documentabile volta a tracciare tutti i movimenti del campione²⁰.

3. Prelievo biologico coattivo: una qualificazione giuridica

Il prelievo biologico si inserisce nel processo penale quale atto di natura tecnica funzionale all'espletamento di un mezzo di prova – la perizia – o di un atto investigativo – l'accertamento

¹² P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 148.

¹³ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, p. 42.

¹⁴ L. MAZZARINI, A. TAGLIABRACCI, *Problematiche giuridiche e deontologiche*, *loc. ult. cit.*, auspicano il controllo degli ingressi nel locale destinato al prelievo, attraverso *badge*, al fine di risalire all'operatore che ha prelevato un campione eventualmente contaminato.

¹⁵ *Ibidem*. Il locale dovrebbe avere pareti lavabili fino a due metri di altezza ed essere decontaminato con l'uso di ipoclorito di sodio al 5%. Auspicabilmente, tra un'attività di prelievo e la successiva, o almeno una volta al giorno, la stanza dovrebbe essere irradiata con luce ultravioletta. Ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, «Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro», gli operatori dovrebbero essere dotati dei dispositivi di protezione individuale (occhiali o maschere protettivi, camice monouso o con elastico ai polsi, guanti in lattice o in nitrile).

¹⁶ V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi creato dalla sentenza n. 238 del 1996*, *cit.*, p. 363.

¹⁷ P. GAROFANO, *Le attività tecniche*, *loc. ult. cit.*

¹⁸ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, *loc. ult. cit.*

¹⁹ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, p. 171.

²⁰ P. GAROFANO, *Le attività tecniche*, *cit.*, p. 84.

tecnico²¹. Il prelievo biologico da vivente costituisce atto ripetibile, almeno di regola²²; quindi, quando svolto nel corso delle indagini preliminari, si inserirebbe nella disciplina codicistica di cui all'articolo 359 c.p.p.²³ in materia di accertamenti tecnici ripetibili.

La comprensione della nozione processualpenalistica²⁴ di prelievo biologico richiede di esaminare preliminarmente quella, di creazione giurisprudenziale²⁵ di accertamento corporale, di cui il prelievo biologico costituisce una *species*.

Gli accertamenti corporali, attuabili nel corso delle indagini o in sede di ricostruzione della prova, sono una categoria composta di atti – di cui manca una compiuta disciplina nel codice di rito²⁶ – accomunati dall'aver per oggetto direttamente la persona²⁷, ma connotati da diversi gradi di intensità dell'intervento sulla sfera personale²⁸. A seconda dell'entità del sacrificio subito dalla persona, gli accertamenti corporali sono qualificabili come incidenti o come non incidenti sulla libertà personale; quelli incidenti sulla libertà personale, a loro volta, possono attuarsi con modalità invasive o non invasive.

L'inquadramento, nell'ambito di queste classificazioni, del prelievo biologico è dovuto ad alcune pronunce della Corte costituzionale ed alle successive elaborazioni dottrinali, che, nel complesso, hanno delineato il modello di riferimento per la disciplina del prelievo biologico, adottando quale parametro la natura dell'eventuale coercizione.

Si noti, a tale ultimo proposito, che è l'aggettivo “coattivo” a costituire il punto di partenza della nostra indagine, suggerendo una «correlazione inequivoca»²⁹ tra l'istituto del prelievo biologico

²¹ Cass. pen., sez. I, 23 giugno 2005, n. 32925, in *Guida dir.*, 2005, n. 38, pp. 82 ss.; Cass. pen., sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14852, in *CED Cass.*, 2007, n. 237359; da ultimo, Cass. pen., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, in *CED Cass.*, n. 260591.

²² Si possono immaginare, quali situazioni atte a determinare l'irripetibilità del prelievo biologico, la morte o l'irreperibilità del soggetto, a cui sia stato prelevato materiale biologico insufficiente per consentire la ripetizione dell'analisi. Così, R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1233; in termini analoghi: R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in R. E. Kostoris, R. Orlandi (a cura di) *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 342; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 139, nota n. 170; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 4, p. 1434. Mentre non determina irripetibilità la consumazione del materiale a causa dell'analisi, potendo sempre essere nuovamente svolto un prelievo sul soggetto; si veda Cass. pen., sez. I, 20 febbraio 2014, n. 37250, in *Diritto e giustizia*, consultabile al seguente indirizzo web: http://www.dirittoegiustizia.it/news/15/0000069636/Non_occorre_la_rogoratoria_quando_l_autorita_straniera_spontaneamente_si_attiva_a_favore_di_quella_italiana.html?cnt=21.

²³ «1. Il pubblico ministero, quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera.

2. Il consulente può essere autorizzato dal pubblico ministero ad assistere a singoli atti di indagine.»

²⁴ Nel processo civile, il prelievo biologico è esperibile per l'esecuzione delle indagini di paternità e maternità (art. 269 c.c.).

²⁵ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 5, p. 615.

²⁶ P. FELICIONI, *Considerazioni sul prelievo di materiale biologico dall'imputato*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 386 ss.

²⁷ P. DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 181.

²⁸ P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 9, p. 3451.

²⁹ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, *cit.*, p. 26.

e il bene costituzionalmente tutelato della libertà personale; la problematicità dell'esecuzione del prelievo biologico, in altre parole, risiede nella possibilità di ricorrere alla forza per vincere la resistenza opposta da indagato o imputato³⁰. Si tratta, cioè, di valutare, di fronte al rifiuto della persona di sottoporsi al prelievo biologico, se, in quale misura e con quali garanzie, sostanziali e processuali, la sua volontà personale sia coercibile³¹. Ne discende che le considerazioni che seguono sono riferite agli accertamenti corporali, e in particolare ai prelievi biologici, praticati coattivamente; sarà oggetto di approfondimento, comunque, anche il prelievo biologico su base volontaria, esigendo ugualmente la sua esecuzione il rispetto di cautele operative a tutela della dignità e della salute e prospettando ulteriori aspetti critici.

Alla luce di una sentenza costituzionale ormai risalente³², il criterio per determinare l'incidenza o meno degli accertamenti corporali sulla libertà personale risiede nell'“esteriorità” dell'accertamento, piuttosto che nel carattere temporaneo oppure lieve della coercizione³³. Pronunciandosi in merito ai rilievi segnaletici³⁴, ma con statuizioni valide per gli accertamenti corporali coattivi in generale, la Corte costituzionale, in quella sentenza, definisce non incidenti sulla libertà personale le operazioni, che, pur comportando una momentanea immobilizzazione della persona, sono rivolte alla conoscenza di dati esteriori³⁵; è, questo, il caso – citando gli stessi esempi proposti dalla Corte – dei rilievi dattiloscopici nonché dei rilievi descrittivi, fotografici e antropometrici che si limitino a descrivere, fotografare e misurare parti del corpo normalmente esposte all'altrui vista. Gli accertamenti in parola, cioè, pur avendo per oggetto il corpo della persona, ne preservano integra la sfera di libertà e pertanto si sottraggono alla declaratoria di illegittimità per violazione dell'articolo 13 comma 2 della Costituzione, profilandosi, piuttosto, come prestazioni imposte al soggetto per ragioni di giustizia.

Declinando questa classificazione nell'attualità del nostro codice di procedura penale, sono riconducibili agli accertamenti corporali non incidenti sulla libertà personale: gli atti e le operazioni che può compiere la polizia giudiziaria per assicurare le fonti di prova avvalendosi eventualmente di persone idonee (articolo 348 comma 4 c.p.p.); i rilievi dattiloscopici,

³⁰ *Ibidem*.

³¹ P. DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, cit., p. 182.

³² C. cost., sent. 27 marzo 1962, n. 30, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 240 ss.

³³ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, n. 9, p. 1094; P. DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, cit., pp. 183-184; F. RATTO TRABUCCO, *La costituzionalità delle modalità di prelievo coattivo di materiale biologico per l'estrazione del profilo del DNA: tampone buccale versus puntura digitale*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, Cedam, Padova, 2011, pp. 165-166.

³⁴ La Corte costituzionale con la citata sentenza ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 4 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 733, nella parte in cui consentiva all'autorità di pubblica sicurezza, al di fuori delle garanzie previste dall'articolo 13, di disporre anche quei rilievi segnaletici (descrittivi, fotografici ed antropometrici) che determinavano un assoggettamento totale della persona all'altrui potere.

³⁵ Escluse le cavità e l'epidermide vestita; R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 332.

fotografici e antropometrici e gli altri accertamenti tramite i quali la polizia giudiziaria identifica l'indagato (articolo 349 comma 2 c.p.p.); gli accertamenti e i rilievi sulle persone diversi dall'ispezione personale compiuti dagli ufficiali di polizia giudiziaria nei casi di urgenza (articolo 354 comma 3 c.p.p.).

Nella ricostruzione della Consulta, incidenti sulla libertà personale, con le conseguenze in termini di garanzie associatevi, sono le misure «intracorporali»³⁶, la cui esecuzione coattiva comporta sostanziali restrizioni fisiche o morali di libertà, analoghe a quelle dell'arresto, quali quelle – riportando nuovamente le esemplificazioni della pronuncia – implicate dal prelievo di sangue o da complesse indagini psicologiche o psichiatriche.

La pronuncia appena commentata, sebbene non si occupi direttamente delle problematiche sottese all'esecuzione coattiva del prelievo biologico, rileva in questa sede per avere incluso, a titolo esemplificativo, quello di sangue tra i provvedimenti incidenti sulla libertà personale.

Tale inquadramento trova consacrazione in due successive pronunce, ove la Corte costituzionale affronta il tema specifico del rifiuto di sottoporsi a prelievo ematico, che è l'unica forma di prelievo biologico con cui si è finora misurata.

La sentenza 18 marzo del 1986, n. 254 costituisce la prima occasione in cui è portata all'attenzione della Corte la legittimità del rifiuto opposto dall'imputato al prelievo di sangue. La Consulta non fa seguire alla valenza restrittiva della libertà personale, riconosciuta effettivamente nel prelievo ematico coattivo, l'incostituzionalità degli articoli del vecchio codice di rito denunciati dal giudice remittente.

La Corte costituzionale torna ad esprimersi sull'esecuzione forzata del prelievo di sangue nella sentenza 27 giugno 1996, n. 238³⁷. Nel frattempo, è entrato in vigore il nuovo codice di procedura penale e la Corte, ribadita la qualificazione del prelievo ematico quale misura incidente sulla libertà personale, accoglie la questione di costituzionalità.

Pur giungendo a soluzioni opposte circa l'integrazione delle garanzie connesse alla tutela della libertà personale, è rilevante, in questa sede, che la giurisprudenza costituzionale abbia mantenuto ferma la qualificazione del prelievo coattivo come misura incidente sulla libertà personale. Esistono atti, già disciplinati dal codice di procedura penale, che sono agevolmente

³⁶ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, loc. ult. cit. Si veda, dello stesso Autore, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 333, in cui critica che la distinzione è labile e che l'ispezione non è necessariamente misura «intracorporale», potendo limitarsi alla visione di parti del corpo vestite.

³⁷ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2142 ss. La vicenda, piuttosto nota, è quella della lacrimazione della Madonnina di Civitavecchia e del rifiuto del proprietario della statuetta di sottoporsi a prelievo sanguigno. Il pubblico ministero, infatti, chiede di sottoporre l'indagato e alcuni suoi familiari, sospettati di aver collocato il proprio sangue sulla statua, a perizia ematologica per verificare l'eventuale corrispondenza tra le tracce rinvenute sul luogo del reato e i campioni dei soggetti; il giudice per le indagini preliminari concede l'incidente probatorio, ma nell'udienza per la nomina del perito, l'indagato rifiuta di sottoporsi a prelievo e il suo difensore solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 131 e 178 c.p.p.

riconducibili a misure incidenti sulla libertà personale per espressa previsione dell'articolo 13 comma 2 della Costituzione: è il caso delle ispezioni personali (art. 245 c.p.p.) e delle perquisizioni personali (art. 249 c.p.p.)³⁸.

La seconda distinzione tratteggiabile nell'ambito degli accertamenti corporali incidenti sulla libertà personale è quella, di elaborazione dottrinale, tra accertamenti invasivi e non invasivi.

Un riferimento a queste categorie si rinviene nella sentenza del 1996, sopra citata, in cui la Corte costituzionale precisa che l'ambito di operatività delle statuizioni ivi contenute non deve ritenersi limitato solo alle forme invasive di prelievo, qual è quello di sangue; il prelievo invasivo è, però, secondo la Corte, particolarmente «allarmante ... in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona ... e di quella sottrae una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla»³⁹.

Non è agevole l'individuazione, a partire da questo spunto giurisprudenziale, di un criterio condivisibile di invasività, in base a cui classificare le forme di prelievo biologico praticabili⁴⁰. L'inquadramento delle forme di prelievo biologico nell'ambito delle categorie degli accertamenti corporali invasivi e di quelli non invasivi risente, infatti, di interpretazioni non sempre uniformi in letteratura. Senza addentrarsi, per ora, nelle variegate proposte di inclusione di ciascuna modalità di prelievo nell'una o dell'altra delle due categorie, si noti che il valore individuale al centro di tutela non è, in questo caso, la libertà personale, ma, rifacendosi all'espressione elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza del 1996, la «sfera corporale».

L'analisi condotta ha permesso di collocare il prelievo biologico coattivo nel processo penale: il prelievo biologico coattivo è un accertamento corporale effettuabile contro la volontà della persona, incidente sulla sua libertà personale e, a seconda delle modalità di esecuzione, può essere valutato come invasivo o come non invasivo.

Dalla qualificazione giuridica del prelievo biologico quale atto incidente sulla libertà personale e dalla sua potenziale invasività discende l'opportunità di individuare gli strumenti di tutela destinati ad operare ogniqualvolta il perseguimento degli scopi di accertamento sottesi alla sua esecuzione si traduca in una restrizione dei diritti individuali del soggetto passivo⁴¹.

³⁸ P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, cit., p. 3451.

³⁹ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, cit.

⁴⁰ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati*, 2007, n. 4, p. 470.

⁴¹ A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati "sanitari" nel processo penale*, in L. Lenti., E. Palermo, P. Zatti (a cura di) *Trattato di biodiritto. Volume III, I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 511.

4. Prelievo biologico coattivo ed incidenza sulla libertà personale

La giurisprudenza della Corte costituzionale, cui si è fatto cenno, è inequivoca nel riconoscere, nell'esecuzione coattiva del prelievo ematico, una qualche⁴², pur transitoria⁴³ restrizione della libertà personale.

Si tratta, allora, di risalire alla nozione di libertà personale alla base di tali pronunciamenti, allo scopo di delineare l'ambito di operatività delle sentenze in commento, anche rispetto alle altre forme di prelievo biologico, diverse da quello ematico. A tale scopo, gli strumenti costituzionali di protezione dello *status libertatis* devono essere considerati sia rispetto agli accertamenti riguardanti, in generale, il corpo della persona, sia nella loro lettura offerta dalla Corte costituzionale con riferimento specifico al prelievo biologico.

4.1. Il contenuto della libertà personale nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Con l'avvento della Costituzione repubblicana e il superamento della concezione autoritaria fascista⁴⁴, la libertà personale viene sancita nella sua massima espansione come diritto soggettivo perfetto, azionabile tanto nei confronti dei privati che dei soggetti pubblici⁴⁵. È il primo dei diritti connotati del carattere di inviolabilità nell'ordinamento costituzionale italiano, presupposto degli altri, che logicamente precede e di cui consente l'esplicazione⁴⁶.

La nozione originaria alla base dell'articolo 13, emergente dai lavori preparatori⁴⁷ e richiamata nella prima giurisprudenza⁴⁸ della Corte, è quella di libertà "dagli arresti", che, evocando il contenuto del *writ of habeas corpus* della tradizione giuridica anglosassone⁴⁹, si risolve nell'assicurare al cittadino l'assenza di coercizioni arbitrarie sul corpo. Dopotutto, la dimensione

⁴² C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.*

⁴³ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 934.

⁴⁴ Si veda, *amplius*, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 362 ss.

⁴⁵ M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza e il fermo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3.

⁴⁶ V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 2; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 111; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 38.

⁴⁷ I lavori preparatori dell'Assemblea Costituente sono stati raccolti in una pubblicazione ad opera del Segretariato generale della Camera dei deputati *La Costituzione della Repubblica, nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente* (Roma, 1970).

⁴⁸ È il caso delle pronunce nn. 2/1956, 49/1959, 12/1960, 45/1960, 68/1964, 52/1967, 13/1972, 20/1975, 210/1995. Nella sentenza n. 49/1959 l'oggetto dell'articolo 13 è identificato nella «tutela della libertà personale contro ogni forma di costrizione o limitazione fisica compiuta senza l'intervento dell'autorità giudiziaria; concerne, insomma, le garanzie supreme dell'*habeas corpus* che sono una delle pietre angolari della convivenza civile in un regime democratico» Si veda, in senso contrario, la sentenza 3 luglio 1956, n. 11, in cui l'operare delle garanzie a tutela della libertà personale era già ricollegato a quella «sorta di degradazione giuridica» che l'ammonizione, oggetto del giudizio, comportava. Si rinvia a C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 27, nota n. 18 e a A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1985, pp. 156 ss.

⁴⁹ Lo statuto *Habeas corpus* risale al 1679 e contiene i *writs* che potevano essere azionati davanti al giudice per sollecitare il controllo della legalità su detenzioni ed arresti.

di tutela oggetto dell'attenzione del legislatore costituzionale emerge in modo piuttosto evidente dalla lettura dei commi successivo al primo; si pensi al richiamo, operato dal secondo comma, a detenzione, ispezione, perquisizione personale, ossia a fattispecie tipiche di sacrificio della libertà in senso fisico⁵⁰.

A tale restrittiva impostazione, si è affiancata, in epoca più recente, un'interpretazione estensiva della locuzione, che vi ha ricompreso la libertà morale⁵¹, fino a ritenere tutelata costituzionalmente la libertà psicofisica, della mente e del corpo nella loro indissolubile unità⁵².

L'accoglimento dell'una o dell'altra concezione di libertà personale porta con sé conseguenze di rilievo sul piano dell'operatività della garanzie associate al principio di inviolabilità della libertà personale: attribuendole il significato tradizionale, gli strumenti di tutela si applicano a quelle situazioni di soggezione della persona, che ne importino un mero *patis*⁵³; qualora, viceversa, si dia seguito al significato omnicomprensivo di libertà personale, la relativa tutela costituzionale opererebbe rispetto a tutte le misure, anche di carattere obbligatorio, che incidano negativamente sulla personalità morale del singolo o che costituiscano strumenti di coazione psichica nei suoi confronti⁵⁴.

Nonostante la difficoltà di risalire a una nozione sufficientemente ferma di libertà personale, è ormai pressoché assodato in dottrina che la protezione offerta dall'articolo 13 della Costituzione non si estende alle lesioni della sola libertà morale, che non compromettano anche la sfera fisica, a pena di un esagerato allargamento della tutela offerta dal principio in commento⁵⁵.

Non è, comunque, agevole la ricostruzione del significato di libertà personale nella materia di nostro specifico interesse, che risente dei percorsi poco lineari della giurisprudenza costituzionale⁵⁶ e di divergenze dottrinali⁵⁷.

⁵⁰ V. GREVI, voce *Libertà personale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali, Volume V*, Treccani, Roma, 1996, pp. 297 ss.

⁵¹ Si veda la sentenza n. 11 del 1956. Si tratta, inoltre, di significato che era già stato assegnato alla libertà personale nella sentenza, più volte nominata, n. 30 del 1962.

⁵² F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 12. Si veda anche P. GROSSI, *Libertà personale, di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 205 ss.

⁵³ F. R. DINACCI, *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 213.

⁵⁴ Trattasi, ad esempio, della narcoanalisi, della psicoanalisi e della manipolazione del processo formativo di decisioni od opinioni. Si veda R. D'ALESSIO, *Art. 13*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, p. 80.

⁵⁵ L. ELIA, *Libertà personale e misure prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 30; A. CERRI, *Libertà: II) Libertà personale - dir. cost.*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990, p. 6; M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale, cit.*, p. 462 richiama, in proposito, le critiche di G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, p. 367.

⁵⁶ M. RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. Giust.*, 2004, n. 2-3, pp. 235-264; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 239 ss.

Proprio nella sentenza del 1962, già commentata, che prospetta una prima qualificazione del prelievo ematico tra le operazioni incidenti sulla libertà personale⁵⁸, la Corte costituzionale include le «sostanziali restrizioni fisiche e morali di libertà» tra quelle tutelabili *ex* articolo 13, ritenendo integrati i presupposti per l'attivazione delle relative garanzie ogni volta che queste restrizioni implicino «un assoggettamento totale della persona all'altrui potere»⁵⁹.

Questa è la dimensione di libertà personale da cui muove la Corte – ancorché pervenendo a soluzioni opposte circa la costituzionalità delle norme censurate – nelle due successive occasioni⁶⁰ in cui si è pronunciata sulla legittimità dell'esecuzione forzata del prelievo ematico.

In una visione via via più moderna e sensibile all'evoluzione tecnologica, il nucleo di tutela offerto dall'articolo 13 è arricchito di sfumature: vi si affianca il richiamo alla dignità, alla vita e all'incolumità dell'interessato, all'intimo della sua psiche, alla sua salute⁶¹. Le pronunce in parola testimoniano l'evoluzione che, nel corso di un decennio, il pensiero della Corte ha maturato circa l'atteggiarsi della tutela processuale dei diritti individuali nel bilanciamento con il concorrente interesse di accertamento del fatto.

A questa evoluzione, coincidente con il mutamento culturale suscitato dall'entrata in vigore del nuovo codice di rito, corrisponde una lettura sempre più pregnante dei mezzi tecnici di tutela che la Costituzione associa alle situazioni, ammesse in via derogatoria, di restrizione della libertà personale.

È doveroso, a questo punto, analizzare il significato di queste garanzie nell'enunciazione costituzionale, per comprendere come debbano essere realizzate, ad opera del legislatore ordinario, nella disciplina degli accertamenti corporali coattivi, in specie dei prelievi biologici coattivi.

Preliminarmente, deve essere completata l'operazione, già avviata, di inquadramento di prelievo biologico nel processo penale. Infatti, la circostanza che l'oggetto delle pronunce in commento sia l'esecuzione forzata del solo prelievo ematico potrebbe far sorgere incertezze sulla validità delle nostre riflessioni anche per le altre forme di prelievo biologico. Sul presupposto che da persona vivente può essere acquisito materiale biologico diverso dal sangue, ci si potrebbe chiedere se l'ottemperanza legislativa delle garanzie enunciate nell'articolo 13 della

⁵⁷ M. L. FERRANTE, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Archivio pen.*, 2012, n. 2, pp. 591-593.

⁵⁸ C. cost., sent. 27 marzo 1962, n. 30, *cit.*

⁵⁹ « ... la garanzia dell'*habeas corpus* non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere.»

⁶⁰ C. cost., sent. 18 marzo 1986, n. 254, *cit.* richiamata da C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*

⁶¹ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 433, nota n. 94.

Costituzione, come specificate dalla giurisprudenza, si imponga esclusivamente per il prelievo ematico oppure per tutte le forme di prelievo biologico.

Deve ritenersi, con il conforto della dottrina maggioritaria⁶², che la tutela connessa alle restrizioni della libertà personale operi per il prelievo biologico coattivo, in generale, in quanto accertamento incidente sulla libertà personale; simile conclusione è avvalorata dalle statuizioni della sentenza n. 238/1996, che estendono la portata della declaratoria di illegittimità oltre l'ambito del *petitum*, traducendosi in un generico divieto di procedere agli accertamenti corporali senza il consenso della persona interessata, in assenza di una disciplina normativa rispettosa dei principi costituzionali in materia di libertà personale. Di conseguenza, le riflessioni sulle prerogative di questa disciplina sono valide per il prelievo biologico coattivo considerato unitariamente e a prescindere dalla sua forma.

4.2. Le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale

L'articolo 13 della Carta costituzionale, enunciato il principio di inviolabilità della libertà personale, puntualizza i presupposti per l'esercizio, in via derogatoria, di poteri coercitivi. L'obbligatorio rispetto di questi presupposti è connesso, nel comma secondo della norma costituzionale, all'esecuzione di ogni «forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale» o di «qualsiasi altra restrizione della libertà personale».

Il prelievo biologico è attratto nell'ambito di applicazione di questa disposizione in quanto riconducibile all'ipotesi di chiusura di «qualsiasi altra restrizione della libertà personale»⁶³, formula con cui il Costituente ha inteso estendere la portata garantista della norma oltre le situazioni esemplificate. Già si è appurata l'incidenza del prelievo biologico sulla libertà persona; si aggiunga che il prelievo è un provvedimento limitativo della libertà personale, come lo sono l'ispezione e la perquisizione personali, e non privativo della stessa, come, invece, la detenzione⁶⁴.

La legittimità di deroghe alla regola generale dell'invioabilità, sia nella forma di limitazioni che di vere e proprie privazioni della libertà personale, è subordinata dal secondo comma

⁶² R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, cit., p. 1093; V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi*, cit., p. 362; G. UMANI RONCHI, *Marcia indietro dell'Italia sul test del DNA: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *Guida dir.*, 1996, n. 30, pp. 67 ss.; M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 456.

⁶³ È preferibile questo inquadramento piuttosto che la collocazione proposta nella sentenza, citata, n. 30 del 1962, tra le ispezioni personali. Si vedano C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 29, nota n. 20 e P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 154.

⁶⁴ M. GIALUZ, *Commento all'articolo 5 Cedu*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebeky (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 111, distingue tra misure privative della libertà personale e misure meramente limitative della medesima.

dell'articolo 13 al ricorrere congiunto delle due garanzie della riserva di legge e della riserva di giurisdizione.

La prima garanzia vincola la discrezionalità del legislatore ordinario⁶⁵, nella fase di predisposizione della normativa, alla specificazione tassativa dei «casi» e dei «modi» delle misure incidenti sulla libertà personale; la riserva di legge si concreta in una disciplina che enuclei, con sufficiente grado di precisione, le circostanze in cui è consentito procedere ad atti incidenti sulla libertà personale e il *quomodo*, il procedimento attraverso cui si realizza la restrizione⁶⁶, conseguentemente moderando anche i poteri degli organi preposti all'applicazione delle misure⁶⁷. Trattandosi di riserva assoluta, tale disciplina deve essere adottata con legge del Parlamento, o con atto equiparato⁶⁸, fatta salva la regolamentazione di aspetti tecnici o secondari, che potrebbe essere demandata a una fonte di grado secondario⁶⁹.

La riserva di giurisdizione esige che ad ordinare il provvedimento restrittivo sia l'autorità giudiziaria, da intendersi, secondo l'interpretazione attualmente prevalente⁷⁰, come autorità giudicante, con esclusione, quindi, del pubblico ministero. In via eccezionale e in casi tassativi, tuttavia, restrizioni della libertà personale possono essere disposte dall'autorità di pubblica sicurezza, ma provvisoriamente, essendo assoggettate alla successiva convalida del giudice⁷¹. Si noti che la garanzia della riserva di giurisdizione – sebbene sia, come si è appena verificato, non assoluta – è corredata dal cosiddetto principio di motivazione, in base al quale l'atto con cui è disposta la misura coercitiva è un atto motivato, che dimostri la sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni legislative per l'adozione di quella misura⁷². Quest'obbligo di motivazione risulta in linea con il comma sesto dell'articolo 111 della Costituzione, che, a sua volta, enuncia la regola generale, volta ad assicurare la ricostruibilità dell'*iter* logico che giustifica la

⁶⁵ V. GREVI, voce *Libertà personale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. V, Treccani, Roma, 1996, pp. 297 ss.

⁶⁶ C. FANUELE, *op. ult. cit.*, p. 42.

⁶⁷ M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare*, *cit.*, p. 7.

⁶⁸ Ossia avente forze di legge, quale decreto legge o decreto legislativo.

⁶⁹ A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 36 ss.; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 32, nota n. 30.

⁷⁰ Dava all'espressione un'interpretazione estensiva, volta a includervi sia il giudice sia il pubblico ministero, tra gli altri, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, *cit.*, p. 388. È preferibile, però, soprattutto per i provvedimenti coercitivi più gravi, intenderla riferita al solo giudice, come organo *super partes* che offrirebbe maggiori garanzie dell'organo dell'accusa in quanto soggetto solo alla legge (art. 101 co. 2 Cost.) e obbligato a essere terzo e imparziale (art. 111 co. 2 Cost.), come sostenuto a partire da V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, *cit.*, pp. 74 ss. Osserva C. FANUELE, *op. ult. cit.*, p. 41 che il codice del 1988 ha dato solo in parte seguito a questa tesi rigorosa, avendo riconosciuto in capo al pubblico ministero la facoltà di disporre direttamente le perquisizioni e le ispezioni personali.

⁷¹ Sulla qualifica di autorità di pubblica sicurezza, nel contesto di cui all'articolo 13 comma 3, esistono incertezze nella dottrina, che pare divisa tra chi include nella nozione il pubblico ministero e gli agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria, e chi ritiene si tratti degli agenti delle forze dell'ordine. Si rinvia a P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, *cit.*, pp. 50-51

⁷² A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1985, p. 196.

decisione⁷³, per cui «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»; è, altresì, coerente con la possibilità, offerta dal comma settimo dello stesso articolo 111, di azionare utilmente gli strumenti di impugnazione avverso i provvedimenti che dispongano misure incidenti sulla libertà personale, contro cui è «sempre ammesso» il ricorso per cassazione per violazione di legge⁷⁴.

4.3. Le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale nell'esecuzione coattiva del prelievo biologico

A connotare queste garanzie in senso peculiare rispetto all'esecuzione coattiva del prelievo biologico soccorre la giurisprudenza costituzionale, cui si è già fatto cenno.

Con la sentenza n. 254 del 1986, sotto il vigore del codice di procedura penale del 1930, la Corte costituzionale si occupa per la prima volta in modo diretto dell'istituto del prelievo biologico⁷⁵. Nel caso specifico, l'imputato rifiuta di essere sottoposto al prelievo di sangue disposto nel corso di un procedimento per alterazione di stato⁷⁶.

La Corte è investita dal giudice istruttore del Tribunale di Torino⁷⁷ della legittimità costituzionale degli articoli 146, 314 e 317 del codice di procedura penale del 1930 per contrasto con l'articolo 13, commi 2 e 4⁷⁸, della Costituzione, ritenendosi da parte del giudice remittente che l'ordinamento processuale non porrebbe limitazioni ai poteri dispositivi e coattivi del magistrato nella scelta dei mezzi investigativi né all'uso della coazione fisica in caso di opposizione dell'imputato; gli articoli censurati nel loro complesso, non indicando puntualmente i «casi» e i «modi» delle compressioni della libertà personale, non soddisferebbero le condizioni della riserva di legge. Benché accolga l'inquadramento del prelievo biologico tra gli accertamenti idonei ad incidere sulla libertà personale e riconosca che la relativa disciplina deve conformarsi all'articolo 13 comma 2, con un rinvio alla sentenza n. 30 del 1962⁷⁹, la Corte costituzionale dichiara infondata la questione.

La motivazione è «laconica»⁸⁰, basata su una lettura poco rigorosa della riserva di legge: «le ragioni relative alla giustizia penale, e all'accertamento della verità che la concerne»⁸¹

⁷³ C. FANUELE, *loc. ult. cit.*

⁷⁴ M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare, cit.*, pp. 8-9.

⁷⁵ C. cost., sent. 18 marzo 1986, n. 254, *cit.*

⁷⁶ *Ex art.567 co. 2 c.p.* L'imputato è accusato di falsità nel riconoscimento della paternità naturale.

⁷⁷ G.I. Torino, ord. 10 ottobre 1978, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 695 ss.

⁷⁸ Il comma 4 dell'articolo 13 dispone punita «È ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

⁷⁹ C. cost., sent. 27 marzo 1962, n. 30, *cit.*

⁸⁰ Per una ricostruzione della dottrina, per lo più critica: A. FERRARO, *Il prelievo ematico e la violenza "lecita"*, in *Cass. pen.*, 1986, pp. 870 ss.; N. MAZZACUVA, G. PAPPALARDO, *Prelievo ematico coattivo e accertamento della verità: spunti problematici*, in *Foro it.*, 1987, I, pp. 719 ss.; F. MASTROPAOLO, *Prelievi del sangue a scopo*

basterebbero ad integrare i «casi» che legittimano le restrizioni di libertà personale, mentre tra i «modi» legittimi vi è indubbiamente – sostiene la Corte – la perizia medico-legale, corredata da congrua motivazione giudiziale.

In questa ricostruzione tautologica⁸² del principio di tassatività, basata sull'identificazione tra i «casi» di limitazione della libertà personale e la necessità di acquisire la prova⁸³, non si intravedono i caratteri della puntuale disciplina legislativa auspicata dall'articolo 13 comma 2. Né alla lettura riduttiva della riserva di legge rimediano le rassicurazioni della Corte sui vincoli che la discrezionalità del giudice incontra in ordine alla scelta della tipologia di prelievo; sono, cioè, invocati gli articoli 2 e 32 della Costituzione, il cui rispetto basterebbe a vietare le operazioni lesive della vita, dell'incolumità, della salute della persona. Al di là di questo scarno riferimento alla necessità di salvaguardare anche gli altri diritti soggettivi compromessi, non rinveniamo, in questa pronuncia, indizi significativi per comprendere come debbano essere realizzate le garanzie costituzionali negli interventi del legislatore ordinario in materia di libertà personale.

Ad ancorare a «criteri obiettivamente riconoscibili»⁸⁴ la realizzazione dell'articolo 13 comma 2 nella disciplina del prelievo biologico soccorre la successiva sentenza n. 238 del 1996, che testimonia un'accresciuta sensibilità verso l'uso della persona quale fonte diretta di prova⁸⁵. La Corte perviene a una rimediazione sul punto, imposta dalla «maggior forza con cui il principio della libertà personale si è affermato nel nuovo codice di procedura penale, ispirato in modo particolarmente accentuato al *favor libertatis*»⁸⁶.

La vicenda è quella, nota, della lacrimazione della Madonnina di Civitavecchia. Il proprietario della statua, sospettato di avervi collocato il proprio sangue per simularne la lacrimazione⁸⁷, rifiuta di assoggettarsi al prelievo ematico disposto dal pubblico ministero in sede di incidente

probatorio e poteri del giudice, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1987, n. 4, pp. 1081 ss. *Contra* G. P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3225, ritiene «sostanzialmente condivisibile» quell'impostazione.

⁸¹ C. cost., sent. 18 marzo 1986, n. 254, *cit.*

⁸² C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 30.

⁸³ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, *cit.*, p. 1094.

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, n. 4, p. 1026.

⁸⁶ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.* Ricchissima è la bibliografia in materia: A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2150 ss.; G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 3570 ss.; M. RUOTOLO, *Prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento di valori*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2151 ss.; G. P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, *cit.*, pp. 3225 ss.; R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, *cit.*, pp. 1091 ss.; G. UMANI RONCHI, *Marcia indietro dell'Italia sul test del DNA*, *cit.*, pp. 67 ss.; D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, *cit.*, pp. 1022 ss.; V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi*, *cit.*, pp. 361 ss.; M. GIACCA, *In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte cost. n. 238 del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, n. 2, pp. 602 ss.

⁸⁷ Il reato contestato è quello di abuso della credulità popolare, sanzionato dall'articolo 661 del codice penale.

probatorio e diretto a verificare, tramite perizia ematologica, la corrispondenza tra i profili dell'indagato e dei suoi familiari e quelli ricavabili dalle tracce organiche reperite sulla Madonnina. La Corte trova fondata la questione di costituzionalità sollevata dal difensore dell'imputato⁸⁸ e dichiara illegittimo l'articolo 224 comma 2 c.p.p. nella parte in cui «consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei casi e nei modi dalla legge».

Il punto di partenza del ragionamento della Corte è l'eccessiva genericità della locuzione «provvedimenti necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali», a cui l'articolo 224 comma 2 del codice riconduce una serie «indeterminata»⁸⁹ di provvedimenti, tra cui anche il prelievo biologico, senza distinzione tra quelli incidenti e quelli non incidenti sulla libertà personale.

Sul presupposto che il prelievo ematico è da annoverarsi tra gli accertamenti incidenti sulla libertà personale, la Corte propone una lettura del corredo di garanzie connesse a questa qualificazione ben più rigorosa della disciplina «indistinta»⁹⁰ che si è limitato ad introdurre il codice del 1988⁹¹. La legittimità dell'esecuzione coattiva delle misure incidenti sulla libertà personale è, cioè, subordinata alla «specificazione al positivo dei casi e dei modi» che si traduce nella fissazione di «presupposti, condizioni e limiti per l'adozione del provvedimento» oltre che nella «precisazione della tipologia delle misure restrittive adottabili».

Richiamando criticamente la sentenza del 1986, la Corte puntualizza che il riferimento alle ragioni relative alla giustizia penale non basta a specificare i «casi» delle misure, rappresentandone solo la finalità, così come la compatibilità con la dignità, la vita e l'incolumità fisica del soggetto passivo non realizza l'indicazione dei «modi», ma solo dei limiti negativi che la misura specifica incontra nel contesto generale dell'ordinamento.

La sentenza in parola ha prodotto effetti rilevanti sulla prassi investigativa, facendo scaturire espressamente dalla rilevata insufficienza del dato normativo un divieto assoluto – processualmente sanzionato, ex articolo 191 c.p.p., con l'inutilizzabilità⁹² – per il giudice di disporre l'esecuzione del prelievo biologico e degli altri accertamenti atipici incidenti sulla

⁸⁸ GIP Civitavecchia, ord. 13 dicembre 1995, n.167, in G. U., I, 6 marzo 1996, n. 10, pp. 54 ss. Si noti che la questione è sollevata in relazione agli articoli 131 e 378 c.p.p.

⁸⁹ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*

⁹⁰ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*

⁹¹ In un passaggio della sentenza, è osservato che già il legislatore del codice del 1988 avrebbe dovuto disciplinare le misure incidenti sulla libertà personale in modo coerente con l'articolo 13 comma 2 Cost., come è stato fatto con l'accompagnamento coattivo; si veda R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 1093. Osserva, peraltro, C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 31, che l'ampiezza della locuzione aveva il vantaggio di supplire alle carenze della disciplina codicistica in tema di perizia.

⁹² Trattasi della sanzione che colpisce le prove assunte in violazione di legge. G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico, cit.*, p. 932; M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale, cit.*, p. 456;

libertà personale senza il consenso dell'interessato, fino all'introduzione di una normativa che attui le garanzie costituzionali in modo solido ed articolato⁹³.

Consapevole della circostanza che una persistente lacuna in materia risulterebbe in un ostacolo all'accertamento dei fatti⁹⁴, al divieto la Corte accompagna il monito rivolto al legislatore di intervenire sulla materia. Benché si tratti, indubbiamente, di «decisione coraggiosa e coerente»⁹⁵, alcuni commentatori hanno disapprovato proprio l'eccessiva ampiezza degli spazi lasciati al legislatore ordinario⁹⁶, osservando che sarebbe stata più appropriata l'adozione di una sentenza interpretativa di rigetto⁹⁷ o comunque l'espressione di un principio, da recepire in un testo legislativo, ma immediatamente operante per il giudice⁹⁸. Il vuoto normativo che è seguito dalla sentenza n. 238, infatti, ha talora costretto giudice e pubblico ministero a rinunciare «all'ausilio, potenzialmente determinante, delle tecnologie»⁹⁹ volte ad analizzare il campione biologico, potendo la sua acquisizione essere paralizzata dal rifiuto legittimo di indagato o imputato¹⁰⁰.

L'analisi compiuta finora ha permesso di raggiungere un primo risultato nel percorso di elaborazione di un modello di disciplina normativa del prelievo biologico. Si è chiarito, infatti, che l'esecuzione coattiva del prelievo biologico, in quanto provvedimento incidente sulla libertà personale, deve essere disciplinata con legge ordinaria e che la relativa disciplina deve indicarne tassativamente i «casi» e i «modi» e consentirne l'adozione solo con atto motivato del giudice, in ossequio alle garanzie poste in Costituzione a tutela della libertà personale. Il contributo della giurisprudenza della Corte costituzionale è stato decisivo per comprendere il significato di tali garanzie rispetto al prelievo biologico coattivo.

Tuttavia, questo primo risultato, pur rimanendo fermo, è parziale, perché è la stessa natura «plurilesiva»¹⁰¹ del prelievo biologico ad esigere che l'analisi sia approfondita, prendendo in considerazione altre situazioni giuridiche soggettive, non assistite da specifici strumenti

⁹³ Parla di «solida ed articolata cornice di tipo squisitamente garantistico» V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 21.

⁹⁴ R. E. KOSTORIS, *loc. ult. cit.*; V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *op. ult. cit.*, p. 362.

⁹⁵ V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *op. ult. cit.*, p. 361.

⁹⁶ G. P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, cit., pp. 3222 ss.

⁹⁷ G. ROMEO, *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, in *Riv. di polizia*, 1997, p. 282.

⁹⁸ M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale*, cit., p. 2152. *Contra* A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, cit., p. 2151.

⁹⁹ V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *op. ult. cit.*, p. 362.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Si viene a creare, come osservano gli Autori, uno squilibrio tra accusa e difesa, a vantaggio delle istanze difensive.

¹⁰¹ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1432. Parla di «vocazione polioffensiva propria del prelievo» C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 36.

costituzionali di tutela¹⁰², ma la cui valorizzazione è imprescindibile nella costruzione di una disciplina rispettosa della persona nel suo complesso¹⁰³.

5. Prelievo biologico ed invasività

Si è già chiarito, in occasione dell'inquadramento medico-legale dell'istituto, che il DNA necessario per le analisi forensi può essere ricavato da diverse sostanze biologiche e che, in base all'oggetto, il prelievo si diversifica nella forma. Dal punto di vista giuridico, con l'espressione prelievo biologico si allude, quindi, a una categoria eterogenea di atti, la cui esecuzione coattiva – accomunata dall'incidenza sulla libertà personale – coinvolge altri beni, altrettanto degni di protezione, ma di cui si rivela complessa una trattazione unitaria perché si tratta di beni «mutevoli»¹⁰⁴ a seconda del materiale organico da acquisire.

Analoga complessità investe il tentativo di classificare le forme di prelievo biologico in base alla loro invasività, in quanto, essendo molteplici i valori individuali in rilievo, non pare potersi rinvenire un unico parametro di ripartizione, né di invasività figura una definizione nel nostro ordinamento¹⁰⁵, ove la libertà personale è concepita come un «bene giuridico unico»¹⁰⁶, senza cenno a diversi gradi di tutela.

Lo sforzo della dottrina di elaborare un criterio di invasività ha il merito, pur nell'oggettiva difficoltà di accordare la preferenza ad uno in particolare, di far emergere la rilevanza che, in questa materia, assumono diritti altri rispetto a quello di libertà personale e di scongiurare il rischio che solo quest'ultimo, anche per le descritte conseguenze associate al suo mancato rispetto, si trovi al centro dell'attenzione del legislatore e dell'interprete. Dopotutto, già dalla sentenza costituzionale n. 238 del 1996 emerge l'esigenza di valutare la legittimità del prelievo biologico coattivo anche alla luce di parametri che «travalica[no] la sfera della libertà personale»¹⁰⁷.

In un passaggio di quella sentenza, la valenza restrittiva della libertà personale, individuata nell'esecuzione coattiva del prelievo ematico, è giudicata particolarmente «allarmante ... perché, seppur in minima misura, *invade* la sfera corporale della persona ... e di quella sfera sottrae una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla»¹⁰⁸.

¹⁰² R. E. KOSTORIS, *Prelevi biologici coattivi*, cit., pp. 334-335.

¹⁰³ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 32, osserva che una normativa conforme alla tutela predisposta in materia di libertà personale è condizione necessaria, ma non sufficiente a realizzare un ragionevole contemperamento tra gli interessi in gioco.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 34.

¹⁰⁵ E. SEGATEL, *Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi ai prelievi biologici*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 349 e ss.

¹⁰⁶ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 460.

¹⁰⁷ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, cit.

¹⁰⁸ Corsivo aggiunto.

La Corte costituzionale stessa sembra, almeno a una prima lettura, supporre l'esistenza di forme invasive – a cui riconduce il caso, oggetto della pronuncia, del prelievo ematico – e non invasive di prelievo biologico e mettere in relazione l'invasività con la «sfera corporale». È, quest'ultima, un'espressione nuova, la cui comparizione nel linguaggio della Corte pare riconducibile alla, pur modesta¹⁰⁹, attitudine ablativa del prelievo ematico, consistente nella sottrazione di una parte «non certo nulla» del corpo.

In assenza di riferimenti interpretativi nella stessa giurisprudenza costituzionale¹¹⁰, si può tentare di delimitare *a contrario* la nozione di «sfera corporale» rispetto ad altri beni considerati, a diverso titolo, nella sentenza n. 238.

Nell'argomentare della Corte, l'invasione della «sfera corporale» denota una lesione che si somma a quella, inevitabile, della libertà personale¹¹¹. La nozione in commento, quindi, non è sovrapponibile a quella di libertà personale, di cui pare profilarsi piuttosto come una *species*¹¹², ugualmente attratta nell'area di protezione di cui all'articolo 13. Più precisamente, rispetto all'incidenza sulla libertà personale, l'invasività è un *quid pluris*, indifferente ai fini del rispetto della doppia garanzia di legge e di giurisdizione – cui resta assoggettato anche il prelievo biologico non invasivo¹¹³ – ma produttiva di effetti ulteriori.

La peculiare limitazione della «sfera corporale» che connota il prelievo invasivo, infatti, è, secondo la Corte, «bisognevole di attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione dei casi e dei modi in cui può essere disposta»¹¹⁴. La sentenza n. 238 evidenzia, cioè, un nesso di interdipendenza tra l'invasività del prelievo ematico e l'esigenza di una determinazione particolarmente specifica dei «casi» e dei «modi» di restrizione della libertà personale, ma non dà altri suggerimenti, sfruttabili in una prospettiva *de iure condendo*¹¹⁵.

¹⁰⁹ C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.* La sentenza n. 238 parla, infatti, di un'invasione «in minima misura».

¹¹⁰ M. CINGOLANI, *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte Costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, nn. 4-5, p. 875.

¹¹¹ Che è «termine di paragone implicito», osserva C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 35, nota n. 38.

¹¹² M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, *cit.*, p. 459, parla di «nocciolo duro» all'interno dell'area presidiata dalla libertà personale; R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, pp. 333-335, osserva, con riguardo all'ispezione, che, una volta ricompreso un istituto tra i provvedimenti incidenti sulla libertà personale, non è consentito individuare, all'intero di tale categoria, quelli che «comportino restrizioni di modesta (ma analoga) entità», per escluderli dal novero delle misure incidenti sulla libertà personale e, quindi, dall'assoggettamento alle garanzie *ex art. 13 co. 2 Cost.* *Contra* R. O. V. VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 345, nel senso che «il divieto di disporre misure che incidano sulla libertà personale dell'indagato non riguarda anche i prelievi cd. non invasivi, per la ragione che gli stessi non determinano affatto una compressione della sfera di libertà della persona.»

¹¹³ G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. Pen.*, 2008, n. 1, p. 8.

¹¹⁴ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*

¹¹⁵ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 36, osserva che i giudici costituzionali fissano l'obiettivo, ma si sottraggono al compito di definire i mezzi per raggiungerlo.

Criteri utili ad orientare l'azione legislativa in materia possono, allora, ricercarsi nei riferimenti della Corte costituzionale agli ulteriori valori individuali in gioco; si tratta di riferimenti che concorrono, peraltro, a delimitare il concetto di «sfera corporale».

5.1. Salute, integrità fisica e dignità nell'esecuzione coattiva del prelievo biologico

Subito dopo aver avvertito sull'invasività del prelievo ematico, la Corte rileva che lo stesso non compromette «di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica)» della persona, «né la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione»¹¹⁶.

Quest'ultima specificazione, circa il carattere routinario¹¹⁷ del prelievo ematico nella prassi, risolve un'apparente contraddizione con la prospettiva biologica della questione. Il prelievo di sangue, considerato nella sua materialità, è, di fatto, in grado di incidere su quei beni. Segnatamente, incide sull'integrità fisica, compromessa dalla penetrazione di uno strumento sotto la cute, e sulla salute, che ne risulta implicata, nella dimensione più lata di benessere¹¹⁸, a causa della sensazione dolorosa o, quanto meno, fastidiosa del prelievo¹¹⁹; la dignità della persona, poi, ne risulta coinvolta a causa della necessità di porre in essere manovre atte a immobilizzarla per un tempo non irrisorio¹²⁰.

Con l'inciso «in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione», quindi, la Corte pare voler chiarire che l'inattitudine del prelievo biologico a collidere con beni quali salute, integrità fisica, dignità è «estrinseca»¹²¹, ossia riconducibile alla sicurezza del contesto in cui esso è, di regola, posto in essere. Questi ulteriori valori, però, sono in astratto pregiudicabili dall'atto del prelievo e, benché sprovvisti di appositi strumenti processuali di tutela costituzionale, hanno autonoma rilevanza¹²²; perciò, non possono essere trascurati da una disciplina legislativa che interessi l'«indefettibile nucleo essenziale dell'individuo»¹²³.

¹¹⁶ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*, ma lo stesso richiamo alla routinarietà del prelievo ematico nella pratica medica si ritrovava nella sentenza n. 54/1986.

¹¹⁷ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, *cit.*, p. 1094. *Contra* C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, *cit.*, p. 105.

¹¹⁸ Nel Preambolo dell'atto costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, ratificato dall'Italia con d.lgs. C.P.S. 4 marzo 1947, n. 1068, si definisce la salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non consiste soltanto in un'assenza di malattia o di infermità».

¹¹⁹ M. CINGOLANI, *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte Costituzionale 194 e 238 del 1996*, *cit.*, p. 877, che considera anche il sacrificio imposto all'incolumità individuale, rispetto a cui il prelievo ematico presenta i tratti caratteristici della malattia, tale da integrare il delitto di lesioni personali. Nel senso della riconducibilità del prelievo ematico alla nozione di trattamento sanitario: G. NORELLI, E. MAZZEO, *Sulla progressiva svalutazione del consenso all'atto medico nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1989, pp. 311 ss.

¹²⁰ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, *cit.*, p. 76.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Così, con riguardo in particolare alla salute, R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, *cit.*, p. 335.

¹²³ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*

Anche in questo caso, giova allargare la prospettiva oltre il prelievo di sangue; vagliare l'opportunità di garanzie in favore di questi diritti¹²⁴ è, anzi, doveroso per l'esecuzione del prelievo di materiale biologico diverso, che, a differenza di quest'ultimo, non può dirsi altrettanto ordinario nella prassi medica.

A proposito della tutela della salute, non si concorda con l'opinione dottrinale che esclude la pertinenza del richiamo all'articolo 32 della Costituzione in materia di prelievo biologico eseguito a scopi forensi, se non, residualmente, in ipotesi estreme e meramente ipotetiche¹²⁵.

Si condivide, invece, la perplessità di poter giustificare la coercibilità del prelievo biologico, riconducendolo a un trattamento sanitario obbligatorio; il prelievo biologico è disposto al fine di accertare i fatti nell'ambito del processo penale, quindi per ragioni diverse da quelle di tutela della salute, come interesse della collettività, di cui al comma 2 della norma¹²⁶.

L'articolo 32 ha un diverso significato nella nostra materia, costituendo, piuttosto, il fondamento costituzionale dell'introduzione di cautele specifiche per la protezione della salute della persona sottoposta ad esecuzione coattiva del prelievo biologico, considerando che è proprio la sua opposizione, più o meno ostinata, a rendere l'operazione potenzialmente pericolosa per la salute della persona che vi soggiace¹²⁷.

Sul presupposto che «il prelievo attuato su un soggetto che oppone resistenza fisica difficilmente può considerarsi rispettoso della dignità»¹²⁸, una legge che modifichi il codice di rito in punto di prelievo biologico coattivo non può trascurare il «valore fondativo»¹²⁹ che la dignità ha assunto nel sistema biogiuridico europeo e la sua capacità di espansione a seconda dei contesti¹³⁰. Nell'ambito del processo penale, i principi sanciti negli articoli 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹³¹ e nell'articolo 3 della Convenzione europea per la

¹²⁴ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, loc. ult. cit.

¹²⁵ M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico*, cit., p. 2155; S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 11, p. 3559; FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 105; M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 464; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 32.

¹²⁶ N. MAZZACUVA, G. PAPPALARDO, *Prelievo ematico coattivo e accertamento della verità: spunti problematici*, cit., p. 719; D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, cit., p. 1040; S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, loc. ult. cit.

¹²⁷ D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, cit., p. 1040;

¹²⁸ A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario profili tecnici*, cit., p. 26. In questo senso, anche P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, p. 76; C. DAL MIGLIO, A. GENTILOMO, A. PICCININI, L. D'ARIA, *Dal prelievo coattivo alla banca dati dei profili genetici: l'ennesima incompiuta*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 2007, n. 1, p. 71; F. RATTO TRABUCCO, *La costituzionalità delle modalità di prelievo coattivo di materiale biologico per l'estrazione del profilo del DNA: tampone buccale versus puntura digitale*, cit., p. 177.

¹²⁹ G. RESTA, *La dignità*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di) *Trattato di biodiritto. Volume I. Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 259 ss; si veda anche A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. Kostoris (a cura di) *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2015, II ed., pp. 148 ss.

¹³⁰ L. NORDENFELT, *The varieties of dignity*, in *Health Care Anal.*, 2012, n. 4, pp. 69 ss.

¹³¹ Art. 1 "Dignità umana": «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata.»; art. 4 "Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti": «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti.»

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹³², come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹³³, possono assumere il significato di vietare la strumentalizzazione del corpo della persona¹³⁴ e di valorizzarne l'autonomia morale¹³⁵.

L'opportunità di vagliare la legittimità del prelievo biologico coattivo anche alla luce di diritti diversi dalla libertà personale è avvalorata da un altro passaggio della sentenza n. 238. La Corte si riallaccia al proprio precedente del 1986, ove si rimarcava il divieto per il giudice di «disporre mezzi istruttori che mettessero in pericolo la vita o l'incolumità o risultassero lesivi della dignità della persona o invasivi dell'intimo della sua psiche, perché sarebbero in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali ex art. 2 Cost.»¹³⁶; in quel precedente, si diceva parimenti escluso, dal novero dei poteri dispositivi del giudice, quello di, «mediante i mezzi istruttori, mettere in pericolo la salute del periziando perché violerebbe l'art. 32 Cost.»¹³⁷. Dall'ineludibile rispetto dei diritti fondamentali, la più risalente sentenza n. 54/1986 inferiva un indice di soddisfazione della riserva di legge quanto ai «modi». Invece, nello spirito della sentenza del 1996, questi beni giuridici sono enfatizzati come «limiti negativi»¹³⁸ che il «contesto generale dell'ordinamento» pone all'esecuzione del prelievo invasivo.

Questo passaggio pare indirizzare l'intervento del legislatore, in primo luogo, nel senso di espungere aprioristicamente dal catalogo delle forme di prelievo esperibili quelle illegittime, perché non realizzabili se non per il tramite di un macroscopico sacrificio dei diritti fondamentali¹³⁹, per loro natura sottratti a ogni contemperamento con interessi concorrenti¹⁴⁰. Né si potrebbe dar seguito all'ordine di eseguire coattivamente una tipologia di prelievo, pur non espressamente vietata da una norma, ma di cui si constati la non compatibilità con i diritti fondamentali a causa di «particolari ed eccezionali situazioni»¹⁴¹, potendosi semmai valutare se

Potrebbe essere pertinente anche il richiamo alla protezione dell'integrità psichica, di cui all'art. 3 "Diritto all'integrità della persona": «Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge, il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani.»

¹³² Art. 3 "Proibizione della tortura": «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti.»

¹³³ Corte eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, e Corte eur. dir. uomo, sent. 5 aprile 2011, Sarigiannis c. Italia.

¹³⁴ M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di) *Trattato di biodiritto. Volume II. Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 419-421, allude a rischi di «reificazione della persona».

¹³⁵ G. RESTA, *La dignità*, cit., p. 289.

¹³⁶ C. cost., sent. 18 marzo 1986, n. 254, cit.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, cit.

¹³⁹ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., pp. 32-34.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 33.

¹⁴¹ D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, cit., p. 1040.

il prelievo possa essere eseguito in un'altra delle forme ammesse, senza sacrificio per i beni in discorso.

Si noti che queste situazioni giuridiche soggettive «restano incomprimibili nel processo penale»¹⁴² anche per gli accertamenti corporali che si svolgano con il consenso della persona. La salvaguardia di salute, integrità fisica e dignità – realizzabile sia attraverso il rispetto delle garanzie oggettive e soggettive di esecuzione del prelievo sia vietando le tipologie che si traducano in una negazione di questi valori – si impone anche per il prelievo biologico su base volontaria, per il quale non si profilano, invece, le problematiche di compatibilità con l'articolo 13 della Costituzione in materia di tutela della libertà personale¹⁴³.

5.2. La «sfera corporale» nell'esecuzione coattiva del prelievo biologico

Rispetto ai beni giuridici contigui, la «sfera corporale» assume un significato diverso nelle argomentazioni della Corte costituzionale.

Non rinvenendosi pertinenti punti di emersione della «sfera corporale» nel nostro ordinamento¹⁴⁴, sembra potersene individuare il contenuto in quella «intangibilità (potremmo arrivare a dire: ... sacralità) del corpo di chi è coinvolto in un procedimento penale»¹⁴⁵, la cui *deminutio* comporta uno stato di soggezione totale della persona, con conseguente perdita della libertà di una autodeterminazione¹⁴⁶. Si spiega, allora, anche in considerazione degli altri valori individuali di cui si è sottolineato il coinvolgimento, il maggior rigore degli strumenti atti a presidiare l'esecuzione del prelievo invasivo, nel contesto degli atti incidenti sulla libertà personale.

Come si è accennato, il risalto dato dalla Corte costituzionale alla «sfera corporale» è il punto di partenza delle proposte dottrinali di classificazione tra accertamenti corporali coattivi invasivi e non invasivi. Il *proprium* dell'invasività è stato prevalentemente¹⁴⁷ riconosciuto nell'«interferenza interna»¹⁴⁸ dell'accertamento, recuperando la distinzione tratteggiata dalla

¹⁴² P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove reali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 311.

¹⁴³ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238. Secondo P. TONINI, sub *art. 224bis c.p.p.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2010, pp. 2227 ss., la norma di riferimento diviene, in tali situazioni, l'articolo 5 del codice civile.

¹⁴⁴ Osserva M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 466, che un riferimento significativo potrebbe cercarsi nel divieto di violenza fisica e morale sulla persona detenuta, di cui all'articolo 13 comma 4 della Costituzione,

¹⁴⁵ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, *cit.* p. 1431; di sacralità parla anche M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*

¹⁴⁶ Per M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 465 «In questa chiave la libertà corporale sembra collocarsi al grado meritevole di più alta protezione».

¹⁴⁷ V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *op. ult. cit.*, p. 363; G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. Pen.*, n. 1, 2008, p. 8; M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, pp. 468 ss.; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, *cit.*, p. 153; P. FELICIONI, *Considerazioni sul prelievo di materiale biologico dall'imputato*, *cit.*, p. 399, distingue ulteriormente tra gli accertamenti invasivi che sottraggono un *quid* alla sfera corporale e quelli che aggiungono qualcosa.

¹⁴⁸ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 469.

stessa Corte nella sentenza del 1962 in tema di rilievi¹⁴⁹. Gli accertamenti corporali invasivi oltrepasserebbero la barriera fisica che separa l'individuo dall'ambiente esterno, interrompendone l'integrità del corpo, attraverso l'impiego di strumenti, quali bisturi od aghi, introdotti nel corpo umano¹⁵⁰; viceversa, sarebbero non invasivi gli accertamenti corporali che non superano tale barriera e interessano il corpo solo esteriormente. Tale classificazione – si è sottolineato¹⁵¹ – ben evidenzia la compresenza di due componenti nell'ambito della libertà personale: nel caso degli accertamenti invasivi, vi è l'intrusione nella sfera più intima della persona, fino a lederne la libertà morale; viceversa, a connotare gli accertamenti non invasivi sarebbe la sola coercizione fisica, anche se non si può omettere di constatare che, in tali accertamenti, esiste comunque una compressione di volontà e, quindi, di libertà morale.

Nonostante una discreta convergenza della dottrina su un tale parametro di invasività, resta difficile ipotizzare un criterio chiaro e non arbitrario¹⁵², in base al quale inquadrare le pratiche di prelievo comunemente impiegate per fini forensi. La confusione è stata da alcuni¹⁵³ attribuita alla circostanza che l'aggettivo "invasivo" finisce per essere impiegato in accezione lata, «travalicando, di fatto, i limiti definiti in senso medico»¹⁵⁴.

Il prelievo ematico, prototipo di prelievo invasivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nell'opinione maggioritaria¹⁵⁵, secondo altri commentatori¹⁵⁶ non è invasivo, anche alla luce delle più recenti metodiche di ampia diffusione che consentono di raccogliere su supporti dedicati quantità piccolissime di sangue¹⁵⁷. Sul prelievo di capelli e su quello di peli, benché si tratti di accertamenti "esteriori" nel senso appena delineato, sono stati sollevati dubbi alla luce della necessaria asportazione del bulbo, che renderebbe l'operazione «microcruenta»¹⁵⁸. Né vi è

¹⁴⁹ C. cost., sent. 18 marzo 1986, n. 254, *cit.* In chiave critica, R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi, cit.*, pp. 333.

¹⁵⁰ G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici, loc. ult. cit.*

¹⁵¹ M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*

¹⁵² G. CAPOCCIA, *Istituzione di una banca dati del DNA a fini identificativi e di giustizia*, in *Rass. penit. e crim.*, 2007, n. 1, p. 50.

¹⁵³ V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi, cit.*, p. 363; S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 11, p. 3559.

¹⁵⁴ V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *loc. ult., cit.*, «ciò comporta il rischio di confusioni per cui nessuna differenza si denoterebbe fra una invasione di sfera privata, anche solamente psicologica, ed una invasione della sfera fisica dell'individuo»

¹⁵⁵ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma, cit.*, p. 623; V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi, loc. ult. cit.*; F. RATTO TRABUCCO, *La costituzionalità delle modalità di prelievo coattivo, cit.*, p. 177.

¹⁵⁶ Parla di «*presque-totale non invasività*» M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico, cit.*, p. 2155; nello stesso senso, specialmente se realizzato tramite puntura digitale E. OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 248.

¹⁵⁷ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA, cit.*, p. 81.

¹⁵⁸ P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale, cit.*, p. 168.

unanimità sul prelievo di saliva perché, secondo alcune opinioni¹⁵⁹, la forza adoperata per costringere la persona a dischiudere le labbra allo scopo di introdurre il tampone sarebbe idonea a renderlo invasivo¹⁶⁰.

Benché parte della dottrina sia orientata nel senso di ritenere determinante una definizione normativa di invasività, sul presupposto che esclusivamente la disciplina del prelievo coattivo invasivo esigerebbe un'attuazione particolarmente determinata della riserva di legge¹⁶¹, è agevole constatare la difformità di vedute in materia e, dunque, la labilità di una distinzione¹⁶².

È, allora, preferibile ritenere che gli spunti in punto di invasività, ricavabili dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e rielaborati dalla dottrina, valgano per il prelievo biologico in generale. In altre parole, il significato dei passaggi della sentenza n. 238 in commento è quello di imporre una rimediazione della legittimità del prelievo biologico coattivo, qualunque ne sia la forma, anche alla luce di situazioni giuridiche soggettive ulteriori rispetto alla libertà personale.

I riferimenti della Corte costituzionale all'invasione della «sfera corporale» e alla potenziale collisione con salute, integrità fisica e dignità dovrebbero essere recepiti da una riforma legislativa in materia, attraverso la predisposizione di una serie di cautele aggiuntive a quelle che l'attuazione dell'articolo 13 comma 2 richiede per gli atti incidenti sulla libertà personale, piuttosto che introducendo un criterio normativo di invasività.

6. Prelievo biologico e diritti processuali

La libertà personale e gli altri diritti individuali sanciti in Costituzione, di cui sinora si è discusso, «preesistono al processo»¹⁶³, ossia spettano alla persona a prescindere dall'assunzione della qualifica di imputato o di indagato; il processo penale è, però, la sede tipica di esplicazione della dicotomia autorità-libertà¹⁶⁴, ove questi diritti possono subire compressioni e ove, di conseguenza, operano i meccanismi di garanzia associati alla loro tutela¹⁶⁵.

¹⁵⁹ R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Quad. camerti*, 1992, p. 420; E. OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, cit., p. 243; F. RATTO TRABUCCO, *loc. ult. cit.*

¹⁶⁰ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 335; P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 228.

¹⁶¹ Secondo M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, cit., pp. 259-260, «“appiattare” su un unico livello» le diverse tipologie di prelievo finisce per trascurare «il fatto che ognuna di esse si caratterizza per un differente grado di invasività nella sfera fisica ed intima dell'individuo». Nello stesso senso, M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 471.

¹⁶² R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, 333.

¹⁶³ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 44.

¹⁶⁴ L.P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, n. 1, p. 134.

¹⁶⁵ V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 13-14; P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 43 e ID., *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 193.

Esistono, poi, diritti che nel processo trovano origine e che competono all'indagato, all'imputato e alle altre parti¹⁶⁶. Benché i diritti di natura processuale si pongano in «rapporto di tendenziale complementarità»¹⁶⁷ con gli interessi di accertamento del reato, la necessità di una loro adeguata tutela va egualmente ponderata dal legislatore nella ricerca di una composizione con tali interessi.

È, quindi, opportuno riflettere sul ruolo dei diritti processuali nella materia *de qua*, per comprendere se ed in quale misura debbano essere contemplati nell'ambito di una disciplina complessivamente rispettosa della persona. Si tratta di approfondire segnatamente il rapporto tra l'esecuzione coattiva del prelievo biologico e il diritto di difesa costituzionalmente garantito.

6.1. Prelievo biologico coattivo ed imputato “organo” di prova

Secondo un convincimento pacifico¹⁶⁸, l'articolo 24 comma 2¹⁶⁹ della nostra Costituzione accoglie un'accezione lata del diritto di difesa, idonea a ricomprendere nella relativa sfera di protezione non solo la difesa tecnica o formale, ma anche la cosiddetta autodifesa¹⁷⁰.

L'autodifesa si articola, a sua volta, nel diritto di difendersi provando¹⁷¹ e nella componente passiva della «facoltà di non fornire elementi in proprio danno»¹⁷², tradizionalmente espressa con il richiamo al brocardo latino *nemo tenetur se detegere*¹⁷³. Quest'ultimo privilegio di non autoincriminazione, in particolare, sembrerebbe «in qualche modo coinvolt[o]»¹⁷⁴ nell'esecuzione di un prelievo biologico senza il consenso dell'indagato o dell'imputato¹⁷⁵. Sul presupposto che il significato informativo ricavabile da un campione di DNA è potenzialmente equivalente a una dichiarazione incriminante, si potrebbe essere indotti a pensare che l'interessato possa rendere incoercibile il prelievo biologico, opponendo il diritto di non collaborare¹⁷⁶.

¹⁶⁶ M. BORDIERI, *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi a prelievo di DNA*, in *Cass. pen.*, 2004, n. 12, p. 4172.

¹⁶⁷ V. GREVI, *op. ult. cit.*, p. 14.

¹⁶⁸ E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 408 ss.; N. CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Jovene, Napoli, 1985, pp. 61 ss.

¹⁶⁹ «La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

¹⁷⁰ P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 613.

¹⁷¹ Come potere di ciascuna delle parti del processo di ricercare e fare assumere le prove a sostegno dei fatti affermati G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, p. 12.

¹⁷² L. PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 312.

¹⁷³ Sulle elaborazioni dottrinali su *privilege against self-incrimination, right to be silent, right not to declare*, si veda O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in G. Uberris, G.P. Voena (a cura di) *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 319 ss.

¹⁷⁴ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi, cit.*, p. 1094, nota n. 4.

¹⁷⁵ Si noti che tutte le considerazioni che seguono sono riferite sia all'indagato sia all'imputato.

¹⁷⁶ *Ivi*; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 23-24.

Tuttavia, occorre prendere atto di una distinzione dottrinale elaborata ancora nella vigenza del codice di procedura penale del 1930¹⁷⁷, ossia quella tra imputato “organo” di prova ed imputato “oggetto” di prova. Il riferimento al principio *nemo tenetur se detegere* è pertinente solo qualora l’imputato, nella veste di “organo” di prova, contribuisca attivamente all’accertamento del fatto con le proprie dichiarazioni¹⁷⁸. La decisione dell’imputato di non collaborare è, in queste situazioni, non coercibile, in quanto estrinsecazione di una «componente negativa»¹⁷⁹ del diritto di difesa.

Altre attività investigative o probatorie¹⁸⁰ hanno, invece, per oggetto l’imputato come «mera realtà fisica»¹⁸¹, non esigendo alcuna sua attivazione fisica o verbale¹⁸². L’imputato che versi in tale condizione di «soggezione»¹⁸³ non può impedire l’emergere di elementi informativi dal proprio corpo, invocando il diritto di non autoincriminazione per sottrarsi all’accertamento, e la coercizione diretta a vincerne l’eventuale opposizione si profila come legittima¹⁸⁴. Peraltro, anche quando l’imputato è “oggetto” di prova, resta ferma, sul piano del diritto positivo, l’esigenza di tutelarne i diritti sostanziali compromessi dagli accertamenti corporali¹⁸⁵, di cui già si è diffusamente discusso.

Si tratta di verificare, alla luce della richiamata distinzione, se il prelievo di materiale biologico faccia assumere all’imputato la veste di “organo” di prova, tale da consentirgli di invocare il privilegio di non autoincriminazione, oppure se ne implichi solo un *patis*¹⁸⁶ non attratto nell’area di incidenza del diritto di autodifesa passiva.

¹⁷⁷ E. FLORIAN, *Delle prove penali, Volume I*, Vallardi, Milano, 1924, pp. 136 ss. Si vedano, più recentemente: O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 186 ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 191 ss.; P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, cit., pp. 3451 ss. e ID., *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., pp. 618 ss.; M. BORDIERI, *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell’imputato di sottoporsi a prelievo di DNA*, cit., pp. 4172 ss.

¹⁷⁸ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., p. 618.

¹⁷⁹ A. LARONGA, *Le prove penali atipiche nel processo penale*, Cedam, Padova, 2002, p. 56; M. BORDIERI, *loc. ult. cit.*

¹⁸⁰ Si annoverano, tra di esse, l’ispezione, la perquisizione e la ricognizione personali, alcune forme di perizia.

¹⁸¹ A. LARONGA, *Le prove penali atipiche nel processo penale*, cit., p. 57; P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, cit., p. 3451.

¹⁸² *Ibidem.*

¹⁸³ A. LARONGA, *loc. ult. cit.*

¹⁸⁴ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., p. 618. Secondo la stessa Autrice, il fondamento della legittimità degli atti coercitivi è da ricercarsi nell’articolo 2 della Costituzione, ove è affermato un dovere dei consociati di collaborare all’accertamento del fatto; si veda P. FELICIONI, *Riconoscimento vocale condotto dalla polizia giudiziaria*, in A. Scalfati (a cura di) *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 203.

¹⁸⁵ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., p. 619; M. BORDIERI, *loc. ult. cit.*

¹⁸⁶ M. BORDIERI, *loc. ult. cit.*

In proposito, alcune voci dottrinali hanno ipotizzato diverse soluzioni a seconda del materiale da acquisire¹⁸⁷. Si è, cioè, sostenuto che, rispetto al prelievo di capelli e di peli la persona verserebbe in una posizione di inerzia¹⁸⁸, che renderebbe la sua eventuale resistenza legittimamente superabile con la forza¹⁸⁹; per le stessi ragioni, seppur tradizionalmente considerato invasivo¹⁹⁰, il prelievo ematico sarebbe estraneo all'area protetta dal diritto al silenzio¹⁹¹. Viceversa, non sarebbe coercibile il prelievo di materiale biologico, la cui esecuzione coattiva non si risolve in una immobilizzazione, ma implichi l'attivazione, benché minima, della persona¹⁹². L'esempio richiamato a sostegno di tale impostazione è il prelievo coattivo di saliva, che presuppone almeno la collaborazione consistente nell'apertura del cavo orale¹⁹³.

6.2. Il privilegio di non autoincriminazione nell'esecuzione coattiva del prelievo biologico

Tuttavia, simile posizione poggia su un'interpretazione non rigorosa del principio *nemo tenetur se detegere*, volta a includervi la facoltà dell'imputato di sottrarsi a qualsiasi contegno collaborativo, da cui possa trarsi un apporto *latu sensu* conoscitivo potenzialmente pregiudizievole¹⁹⁴.

Invece, il *facere* protetto dalla garanzia costituzionale si limita alle dichiarazioni verbali della persona¹⁹⁵, che ne testimoniano una «partecipazione consapevole al processo»¹⁹⁶, e non si estende alle informazioni ricavabili indirettamente dal corpo¹⁹⁷, le quali esistono «nella loro oggettività»¹⁹⁸ e il cui conseguimento forzoso prescinde da un pregiudizio della libertà di autodeterminazione¹⁹⁹. Pare doversi concludere che il riferimento al canone in commento non è

¹⁸⁷ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*; M. BORDIERI, *op. ult. cit.*, p. 4178. *Contra*: C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 24; R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, *cit.*, p. 331, nota n. 5; P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 76.

¹⁸⁸ Così C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.*; M. BORDIERI, *loc. ult. cit.*

¹⁸⁹ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*

¹⁹⁰ Si richiamano le considerazioni svolte *supra*.

¹⁹¹ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*

¹⁹² P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*; M. BORDIERI, *loc. ult. cit.* In chiave dubitativa: C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 24-25.

¹⁹³ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*; E. OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, *cit.*, p. 243.

¹⁹⁴ Nel senso che il prelievo biologico, indipendentemente dall'oggetto, sia lesivo del diritto di difendersi tacendo: V. GAROFOLI, G. PAVONE, *La tutela della sicurezza pubblica tra priorità italiane e rapporti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 93; secondo altre opinioni, la tutela del diritto di autodifesa si differenzia in base al modo di acquisizione dell'informazione da elementi materiali: C. FANUELE, *L'efficacia "rappresentativa" auto-indiziante dei saggi calligrafici assunti da persona non indagata né imputata*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 6, p. 70.

¹⁹⁵ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, *cit.*, p. 1094, nota n. 4; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 25.

¹⁹⁶ R. E. KOSTORIS, *loc. ult. cit.*

¹⁹⁷ Di «"informazioni corporali"» parla GIALUZ M., *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in A. Scalfati (a cura di) *Le indagini atipiche*, *cit.*, p. 292.

¹⁹⁸ P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, *cit.*, p. 614.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

pertinente nella prospettiva del prelievo biologico, il cui espletamento non impone l'adesione del soggetto indagato o imputato.

Questa conclusione, tuttavia, non consente di sottoporre la persona a prelievo senza che sia stata preventivamente resa edotta del significato processuale dell'operazione. Lo stesso l'articolo 24 comma 2, appunto, promuove l'autodeterminazione della persona nel corso del processo, ma rileva anche l'articolo 13, comma 4 della Costituzione, che ne protegge la libertà morale²⁰⁰.

Solo la «consapevolezza delle implicazioni dell'operazione»²⁰¹ pone l'imputato nella condizione di esercitare effettivamente la propria difesa, in condizione di parità con l'accusa ex articolo 111 comma 2 della Costituzione²⁰², nonché di controllare la destinazione dei dati che lo riguardano, di cui conserva la titolarità dopo il prelievo e la relativa analisi genetica²⁰³. Depone nel medesimo senso anche una lettura ampia dell'articolo 188 del codice di procedura penale²⁰⁴, che esige la «consapevolezza della persona interpellata di essere stata richiesta di compiere un atto potenzialmente auto-indiziante e del rispettivo fine»²⁰⁵. Per tali ragioni, non convince il ricorso al prelievo obbligatorio²⁰⁶ di sostanza organica per l'accertamento del tasso alcolemico al fine di impiegare i risultati dell'analisi forense del DNA nel processo a carico del conducente²⁰⁷: la formazione della volontà della persona è, quantomeno, alterata dall'inganno sulla reale finalità del prelievo²⁰⁸.

La compatibilità del prelievo biologico coattivo con il principio del *nemo tenetur se detegere*²⁰⁹, comunque, è orientamento costante anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti

²⁰⁰ P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., p. 614.

²⁰¹ I. BOIANO, *L'obbligo di informazione sulle finalità del prelievo di campioni organici*, in *Cass. pen.*, 2009, n.1, p. 4348.

²⁰² «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata».

²⁰³ I. BOIANO, *loc. ult. cit.*

²⁰⁴ «Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

²⁰⁵ C. FANUELE, *L'efficacia "rappresentativa" auto-indiziante dei saggi calligrafici assunti da persona non indagata né imputata*, cit., p. 69. Si veda anche ID., *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 49. In termini opposti, *Cass. pen.*, sez. I, 23 ottobre 2008, Tripodi, in *Guida dir.*, 2008, I, pp. 95 ss, ove si è sostenuto che il consenso non deve essere necessariamente "informato", essendo processualmente irrilevante che all'indagato sia stata comunicata la finalità del prelievo da parte degli inquirenti.

²⁰⁶ Non è coercibile, ma il rifiuto è penalmente sanzionato ex art. 187 co. 5 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, c.d. Codice della Strada.

²⁰⁷ Come avvenuto nel corso delle indagini per l'omicidio di Yara Gambirasio. Nel senso di distinguere tra prelievi invasivi e non, U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., pp.351-353. Più di recente,

²⁰⁸ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, cit., p. 170; *contra* R. O. V. VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., pp. 385 ss.

²⁰⁹ Si noti che in nessuna norma della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali esiste consacrazione espressa del privilegio di non autoincriminazione, il quale è, comunque, desumibile dal «"sistema" delle norme convenzionali». Così P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio*, cit., p. 611.

dell'uomo, che, in più occasioni²¹⁰, ha circoscritto l'ambito di operatività del privilegio alla «decisione ... di mantenere il silenzio»²¹¹, escludendone l'applicazione quando le fonti di prova reali siano acquisibili indipendentemente dalla volontà dell'inquisito²¹², come avviene nel caso, espressamente citato, del «prelievo di sangue, d'urina oppure altro materiale biologico in vista di una analisi del DNA»²¹³.

Si noti che, più recentemente²¹⁴, i giudici di Strasburgo hanno valutato la legittimità dell'acquisizione forzata di prove reali²¹⁵ anche alla luce di altri parametri, quali l'invasività dell'accertamento e l'adozione di cautele per la tutela della salute del periziando²¹⁶. Stando a questa ultima giurisprudenza europea, i prelievi biologici coattivi non sono lesivi del diritto di autodifesa, ma solo «in linea di principio»²¹⁷, ossia qualora siano svolti con modalità rispettose della dignità della persona e non lesive del suo diritto alla salute²¹⁸.

Pare esserci, in proposito, una convergenza con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 238 del 1996²¹⁹ circa quei valori – ulteriori rispetto a quello della libertà personale, direttamente oggetto della questione di costituzionalità – che fungono da «limiti negativi» nell'espletamento degli accertamenti corporali coattivi. Pur pronunciandosi sulla legittimità dell'esecuzione forzata del prelievo biologico alla luce di due diversi principi, le Corti si focalizzano, in termini non dissimili, anche sulle modalità di attuazione della coercizione, concordando sul divieto di quelle operazioni degradanti, «mortificanti sul corpo»²²⁰ o rischiose per la salute.

²¹⁰ Corte eur. dir. uomo, sent. 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito; Corte eur. dir. uomo, sent. 21 dicembre 2000, Quinn c. Irlanda; Corte eur. dir. uomo, sent. 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito; Corte eur. dir. uomo, sent. 21 marzo 2001, Haeney e Mc Guinness c. Irlanda.

²¹¹ Corte eur. dir. uomo, sent. 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, § 69.

²¹² G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, cit., pp. 9 ss.

²¹³ Corte eur. dir. uomo, sent. 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, § 69.

²¹⁴ Corte eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania.

²¹⁵ Nel caso, la somministrazione di un emetico al fine di accertare l'ingestione di una bustina di plastica contenente sostanze stupefacenti.

²¹⁶ Corte eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, § 109. Nel ragionamento della Corte, vengono in considerazione non solo l'articolo 6 C.e.d.u., ma anche l'articolo 3, che vieta i trattamenti inumani e degradanti; inoltre, rileva il peso determinante, per la decisione di condanna, dell'elemento probatorio ottenuto con mezzi invasivi. F. ZACCHÉ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminazione e diritto al silenzio*, in R. E. Kostoris, A. Balsamo (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 191; G. UBERTIS, *op. ult. cit.*, p. 10; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 76, nota n. 290.

²¹⁷ G. UBERTIS, *loc. ult. cit.*

²¹⁸ F. ZACCHÉ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminazione e diritto al silenzio*, cit., p. 192; G. UBERTIS, *loc. ult. cit.*; M. DANIELE, *Prelevi e trasmissione di dati genetici*, in R.E. Kostoris (a cura di) *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Bologna, 2015, p. 392.

²¹⁹ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, cit.

²²⁰ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 76.

6.3. Le alternative rispetto all'esecuzione coattiva del prelievo biologico

Il rifiuto di soggiacere al prelievo di materiale biologico non pare, in definitiva, costituire esercizio legittimo del diritto di non collaborare. Su tale presupposto, sono state proposte soluzioni, alternative all'uso di poteri coercitivi, esperibili di fronte all'opposizione al prelievo: la valutazione giudiziale del rifiuto come elemento probatorio a carico oppure il ricorso a una sanzione²²¹. È opportuno vagliarle al fine di verificare se siano strumenti la cui introduzione normativa è preferibile, rispetto ad ammettere e disciplinare l'esecuzione coattiva.

Una prima alternativa è stata oggetto di attenzione da parte dei commentatori dopo la sentenza costituzionale del 1996²²², da cui, come noto, scaturiva il divieto di ricorrere alla coazione per prelevare materiale biologico da persona vivente, fino all'emanazione di una legge coerente con la tutela della libertà personale. Si ipotizzava, così, di attribuire al dissenso valenza indiziante, sottoposta alla regola generale del libero convincimento²²³, nel tentativo di supplire al sacrificio assoluto²²⁴ degli interessi investigativi e probatori, che sarebbe altrimenti derivato dalla rinuncia allo svolgimento dell'indagine genetica per opposizione dell'interessato.

Nella stessa direzione si è orientata, negli anni successivi, la giurisprudenza di legittimità con una serie di sentenze²²⁵, che hanno assegnato valore «probatorio integrativo»²²⁶ al rifiuto dell'imputato di sottoporsi al prelievo biologico finalizzato all'analisi comparativa del DNA. Si riteneva il rifiuto valutabile dal giudice come elemento di convincimento solo qualora fosse determinato da «argomenti pretestuosi»²²⁷, non già se motivato dalla «invasione della propria sfera corporea»²²⁸ o dalla «violazione della libertà personale»²²⁹. Tali impostazioni, pur richiamandosi alla sentenza n. 238, parevano, comunque, non condivisibili perché, nel periodo di

²²¹ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, cit., p. 1096; P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., p. 623.

²²² C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, cit.

²²³ Di cui all'articolo 192 c.p.p. G. ROMEO, *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, cit., p. 287.

²²⁴ M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale*, cit., p. 2154.

²²⁵ Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 1997, Mazzola, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pp. 1330 ss.; Cass. pen., sez. VI, 2 novembre 1998, Archesso, in *CED Cass.*, n. 213448; Cass. pen., sez. I, 20 settembre 2002, n. 37108, Peddio, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3500 ss.; Cass. pen., sez. II, 8 luglio 2004, Alcamo ed altri, in *CED Cass.*, n. 230245. In senso adesivo, si veda il commento di M. BORDIERI, *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi a prelievo di DNA*, cit., p. 4168 ss.

²²⁶ Cass. pen., sez. I, 20 settembre 2002, n. 37108, Peddio, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3500 ss.

²²⁷ *Ibidem*. Nel caso oggetto della pronuncia, l'imputato adduceva che l'analisi del campione da lui prelevato ne avrebbe dimostrato il pregresso coinvolgimento in altre attività illecite.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ibidem*. Non pare corretta l'identificazione tra invasività e incidenza sulla libertà personale che la Corte di cassazione pare implicitamente prospettare con l'avverbio «quindi», omesso volutamente nella citazione perché ritenuto confondente. Si veda E. SEGATEL, *Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi ai prelievi biologici*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 353.

tempo compreso tra la dichiarazione di incostituzionalità e l'approvazione di una normativa che colmasse la lacuna, il rifiuto appariva legittimo esercizio di uno *ius excludendi*²³⁰.

Ma l'assegnazione di un valore probatorio negativo al mancato consenso di soggiacere al prelievo biologico non convince nemmeno in una prospettiva *de iure condendo*.

Si è osservato che una previsione che ammetta la valutazione del rifiuto alla stregua di un argomento di prova *contra reum* – in modo non dissimile dall'articolo 118 del codice di rito civile²³¹ – sarebbe una «soluzione meno “forte”»²³² della coercizione.

Peraltro, destano perplessità gli eccessivi margini di discrezionalità giurisdizionale²³³ e la disparità di trattamento che ne potrebbero risultare²³⁴. La mancata adesione dell'interessato al prelievo biologico, pur considerata unitamente ad altri elementi, non è, infatti, inequivocabilmente rivelatrice di responsabilità²³⁵, ben potendo il significato del suo comportamento essere «ambiguo e non univoco»²³⁶. Inoltre, nella circostanza che l'imputato sarebbe costretto a fornire un campione biologico per provare la propria innocenza è riscontrabile un rovesciamento dell'onere probatorio²³⁷, oltre che un contrasto con il principio di presunzione di non colpevolezza²³⁸.

Si potrebbe immaginare, quale seconda alternativa, di introdurre una sanzione per il dissenziente, come nuova figura di reato, sul modello della frode processuale di cui all'articolo 374 c.p.²³⁹, oppure come pena²⁴⁰. Pare, tuttavia, strumento scarsamente efficace, soprattutto a fronte di un

²³⁰ Così, R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 331; A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, cit., p. 2150; E. SEGATEL, *Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi ai prelievi biologici*, cit., p. 356; M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in A. Gaito (a cura di) *La prova penale*, Volume I, Utet, Torino, 2008, p. 85; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1433. Si veda anche un indirizzo minoritario nella giurisprudenza di legittimità: Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2002, Jolibert, in *Giur. it.*, 2003, pp. 534 ss.; Cass. pen., sez. II, 5 marzo 1998, Daccò, in *CED Cass.*, n. 210927.

²³¹ Che autorizza il giudice civile a desumere un argomento di prova, da valutare unitamente alle altre risultanze istruttorie già acquisite, dal rifiuto non giustificato di sottoporsi a prelievo ematico per l'accertamento della paternità o maternità naturale. Si rinvia a V. CARBONE, *Dal divieto di indagini sulla paternità alla possibilità di provarla con ogni mezzo*, in *Fam. e dir.*, 1997, n. 2, pp. 107 ss.; A. LARONGA, *Le prove penali atipiche nel processo penale*, cit., pp. 77-78; a F. MASTROPAOLO, *Prelievi del sangue a scopo probatorio e poteri del giudice*, cit., p. 1098.

²³² R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, cit., p. 1096, nota n. 6. Di recente, F. MINISCI, C. CURRELI, *Il pubblico ministero. Compiti e poteri nelle indagini e nel processo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 8.

²³³ D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, cit., p. 1043.

²³⁴ G. P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, cit., p. 3226.

²³⁵ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., pp. 623-624; E. SEGATEL, *op. ult. cit.*, p. 357.

²³⁶ D. VIGONI, *loc. ult. cit.*, ipotizza la volontà di fuorviare le indagini a favore di terzi, mentre C. CESARI, *Prova del “DNA” e contraddittorio mancato*, in *Giur. it.*, 2003, p. 537, evidenzia che il dissenziente potrebbe voler tenere riservata una patologia o un legame biologico non noto; in questo senso anche E. SEGATEL, *loc. ult. cit.* Osservano la «scarsa rilevanza probatoria» del rifiuto P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove reali*, cit., 2012, p. 312.

²³⁷ C. FANUELE, *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 307.

²³⁸ V. GAROFOLI, G. PAVONE, *La tutela della sicurezza pubblica tra priorità italiane e rapporti internazionali*, cit., p. 100; M. MONTAGNA, *loc. ult. cit.*

²³⁹ G. ROMEO, *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, cit., p. 287.

²⁴⁰ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, cit., p. 1096;

prelievo biologico disposto per l'accertamento di reati gravi, per cui l'indagato potrebbe essere indotto a preferire l'irrogazione della sanzione²⁴¹.

Inoltre, non si giustificherebbe, sul piano teorico, la previsione di una sanzione per il mancato consenso al prelievo biologico; infatti, sebbene esistano, nel nostro ordinamento, altre ipotesi sanzionatorie del rifiuto di sottoporsi ad accertamenti obbligatori²⁴², esse sono collegate a finalità ulteriori rispetto a quelle, meramente probatorie, del prelievo biologico²⁴³.

In conclusione, rispetto alle alternative prospettate, l'opzione da privilegiare, in quanto meglio si inserisce nel nostro ordinamento, pare quella di ammettere l'esercizio di poteri coercitivi, nell'ipotesi che l'indagato o l'imputato rifiuti di fornire spontaneamente un campione biologico²⁴⁴.

7. Prelievo biologico coattivo e terzi

Paiono opportune alcune precisazioni per il caso in cui la persona da assoggettare a prelievo sia un terzo, non indagato o imputato.

I campioni biologici di soggetti terzi²⁴⁵ sono tipicamente oggetto di acquisizione nei c.d. *screening* genetici di massa, una tecnica che mira a confrontarli con le tracce organiche reperite sul luogo del reato o sulle cose ad esso pertinenti, allo scopo di circoscrivere o indirizzare le indagini²⁴⁶. Il significato più intuitivo di fornire, di regola su base consensuale, il proprio DNA è, anzitutto, quello di escludere un coinvolgimento nei fatti.

Un primo rischio insito nel ricorso al *mass screening* è che chiunque condivide una determinata "qualità"²⁴⁷ – gli abitanti di un'area territoriale, gli inquilini di un condominio, i frequentatori di un locale²⁴⁸ – finisca per essere attinto dalla richiesta di un campione biologico.

²⁴¹ M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale*, cit., pp. 2154-2155.

²⁴² Alla tutela della salute della vittima del reato di violenza sessuale è preordinato l'accertamento obbligatorio di cui all'articolo 16 della legge 15 febbraio 1996, n. 66; quello di cui agli articoli 186 e 187 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (c.d. Codice della strada) risponde a un superiore interesse di solidarietà sociale.

²⁴³ D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, cit., p. 1041-10142; P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., p. 624.

²⁴⁴ Per l'opinione opposta, si rinvia a M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., pp. 479-480. Secondo l'Autore, cumulare i due rimedi di «coercizione indiretta» sarebbe soluzione dissuasiva e in grado, a differenza della coazione, di preservare l'intangibilità della libertà corporale.

²⁴⁵ Tralasciando il caso della persona offesa dal reato, cui può essere chiesto di fornire un campione biologico al fine di isolare il suo DNA rispetto a quello dell'autore.

²⁴⁶ F. CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in C. Casonato, C. Picocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, cit., p. 347; G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, n. 12, p. 2643.

²⁴⁷ F. CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, loc. cit.; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, cit., p. 263; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1435;

²⁴⁸, p. 347.

Preoccupa, inoltre, l'eventualità che il rifiuto di acconsentire alla donazione di un campione biologico possa rendere la persona non collaborante oggetto di «particolare “attenzione”»²⁴⁹ delle autorità inquirenti. L'irragionevolezza di un'impostazione che riconosca il diritto di rifiutare, ma ammetta, nel contempo, di trarre dal rifiuto conseguenze negative, è palese ove si considerano il ribaltamento del principio dell'onere della prova²⁵⁰ e l'inammissibile violazione del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza²⁵¹ che ne discenderebbero.

Qualche voce isolata rileva che, a fronte dell'utilità dell'esame su materiale biologico di terzi e del minimo sacrificio loro imposto²⁵², non occorrerebbe differenziarli dall'indagato; e che, comunque, distinzioni siffatte non esistono, nella disciplina codicistica, per l'espletamento di ispezioni e perquisizioni su persona non indagata²⁵³. L'opinione opposta riconosce una violazione dell'articolo 3 della Costituzione nella parificazione giuridica tra situazioni disomogenee, che deriverebbe dalla sottoponibilità a prelievo coattivo anche dei terzi²⁵⁴.

Diverso è il significato di prelevare campioni biologici a terzi c.d. «non estranei»²⁵⁵, ossia legati da vincoli di parentela con il presunto responsabile. Il *familial searching*, applicato allo *screening* di massa²⁵⁶, si propone di rinvenire corrispondenze parziali tra i profili relativi ai reperti organici e il profilo del consanguineo donatore²⁵⁷.

Ove il legislatore ammettesse l'esecuzione coattiva del prelievo biologico anche nei confronti dei consanguinei dell'indagato, è stata ipotizzata l'estensione del regime di favore già predisposto per i prossimi congiunti dall'articolo 199 c.p.p. a proposito della testimonianza²⁵⁸. L'opinione prevalente evidenzia, in altre parole, «l'anomalia di un sistema che consente ad una persona di astenersi dal deporre o dal rendere dichiarazioni e può invece essere costretta al prelievo coattivo

²⁴⁹ Si veda l'articolo di S. RODOTÀ, *Se la società impone la schedatura genetica*, pubblicato il 13 gennaio 2005 in <http://www.privacy.it/rodo20050113.html>

²⁵⁰ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., pp. 181-182.

²⁵¹ C. BRUSCO, *DNA e valutazione della prova scientifica alla luce di un recente intervento legislativo*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 307.

²⁵² P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., pp. 222-223.

²⁵³ *Ivi*, p. 222; il rilievo è condiviso da A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1434, che, però, non esclude che possano essere introdotte gradazioni e requisiti più rigorosi, come già faceva l'art. 310 co. 1 del c.p.p. del 1930 per l'ispezione corporale di persona diversa dall'imputato.

²⁵⁴ Che potrebbe far addirittura riemergere la questione di costituzionalità che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 238 del 1996, aveva ritenuto assorbita. Così, A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 3, p. 401.

²⁵⁵ A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, cit., p. 400.

²⁵⁶ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., p. 2644.

²⁵⁷ Un caso in cui una simile tecnica fu usata con successo in Italia è stato a Dobbiaco, quando nel 2002 il pubblico ministero chiese e ottenne la collaborazione di tutti gli abitanti maschi del paesino a depositare un campione di saliva; tra i campioni di saliva venne rinvenuto quello del padre dell'assassino.

²⁵⁸ A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, cit., p. 400; C. BRUSCO, *DNA e valutazione della prova scientifica alla luce di un recente intervento legislativo*, cit., p. 265; P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 223; A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati “sanitari” nel processo penale*, cit., p. 528; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 169, nota n. 25.

di materiale biologico con la possibile conseguenza di offrire la prova della responsabilità del prossimo congiunto»²⁵⁹.

Le peculiarità di questi soggetti, d'altronde, sono note anche al Consiglio d'Europa, che nell'*Explanatory Memorandum* della Raccomandazione relativa alla protezione dei dati sanitari²⁶⁰ riconosce una «posizione giuridica intermedia» ai familiari dell'interessato e sollecita gli Stati Membri ad accordare loro una tutela legale ibrida – di cui, tuttavia, non sono tratteggiati i contenuti²⁶¹ – tra quella dei terzi estranei e quella del soggetto direttamente coinvolto²⁶².

Tecnicamente, però, l'introduzione di una specifica facoltà di astensione per il «“testimone genetico”»²⁶³, non sembra percorribile, perché esiste una *servitus iustitiae* esigibile dai terzi quando l'accertamento nei loro confronti li ponga in una posizione di mera soggezione²⁶⁴; si creerebbe, altrimenti, un'asimmetria rispetto a mezzi di ricerca della prova, come ispezione o perquisizione, la cui disciplina non contempla analoga facoltà²⁶⁵.

8. La raccolta di reperti organici

L'estrazione del profilo genetico può realizzarsi anche a partire da materiale biologico diverso dal campione, che è prelevato direttamente dalla persona; come si è accennato, cioè, un profilo genetico può essere ottenuto da reperti organici. In genetica forense, si parla di repertazione per indicare la raccolta di tracce su oggetti, sul luogo del reato, su cadaveri o resti cadaverici²⁶⁶; essa differisce dal prelievo non solo quanto all'oggetto, ma anche rispetto alle modalità di esecuzione²⁶⁷.

La raccolta di reperti rientra tra le attività di carattere puramente materiale della polizia giudiziaria²⁶⁸; avviene tipicamente in sede di sopralluogo giudiziario²⁶⁹ e trova una collocazione codicistica nell'articolo 354, comma 2 c.p.p.²⁷⁰, che consente agli ufficiali di polizia giudiziaria

²⁵⁹ C. BRUSCO, *DNA e valutazione della prova scientifica alla luce di un recente intervento legislativo*, loc. ult. cit.

²⁶⁰ Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (97) 5 del 13 febbraio 1997.

²⁶¹ E. STEFANINI, *op. ult. cit.*, p. 222.

²⁶² A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 399;

²⁶³ A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 400.

²⁶⁴ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove reali*, cit., p. 178; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

²⁶⁵ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 104; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

²⁶⁶ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., p. 108; S. PROCACCIANTI, G. SEIDITA, P. PROCACCIANTI, *Genetica e laboratorio di medicina legale*, in M. Zagra, A. Argo, B. Madea, P. Procaccianti (a cura di) *Medicina legale orientata per problemi*, Elsevier, Milano, 2011, pp. 387 ss.

²⁶⁷ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 12.

²⁶⁸ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 94.

²⁶⁹ O «esame della scena del crimine» come suggerisce S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 3, p. 262.

²⁷⁰ «Se vi è pericolo che le cose, le tracce e i luoghi indicati nel comma 1 si alterino o si disperdano o comunque si modificano e il pubblico ministero non può intervenire tempestivamente, ovvero non ha ancora assunto la direzione delle indagini, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose. Se del caso, sequestrano il corpo del reato e le cose a questo pertinenti.» Il testo del comma è stato

di compiere «i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose»²⁷¹, quando esiste il pericolo che le tracce si modifichino e il pubblico ministero non può intervenire tempestivamente oppure ancora non ha assunto la direzione delle indagini. La previsione citata va letta unitamente al comma 4 dell'articolo 348 c.p.p.²⁷², che consente alla polizia giudiziaria di servirsi di ausiliari laddove, per l'espletamento delle operazioni di assicurazione delle fonti di prova, siano necessarie «specifiche competenze tecniche». Inoltre, la raccolta dei reperti si potrebbe realizzare attraverso il ricorso a mezzi di ricerca della prova, quali ispezioni e perquisizioni²⁷³.

8.1. La raccolta di reperti organici come espediente per superare il rifiuto della persona

A seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 224 c.p.p., la repertazione – che di regola dovrebbe avere per oggetto residui organici di soggetti ignoti – è stata praticata dalle autorità inquirenti per raccogliere reperti riconducibili con certezza all'indagato, a fronte del rifiuto da questi opposto al prelievo e del divieto di procedervi coattivamente²⁷⁴.

In un'ottica di non dispersione degli elementi di prova²⁷⁵, si è diffusa la prassi, avvalorata da numerose sentenze della Corte di cassazione, di recuperare il DNA non facente più parte del corpo dell'indagato²⁷⁶. Il presupposto da cui muovono questi orientamenti è la nozione, ormai consolidata presso la giurisprudenza di legittimità²⁷⁷, di «cosa pertinente al reato» come qualsiasi *res* che sia correlata, anche solo indirettamente, al reato per cui si procede e strumentale al suo accertamento²⁷⁸, non occorrendo una relazione di pertinenza immediata tra di essa e il fatto²⁷⁹. In

successivamente integrato dall'articolo 9 della legge 18 marzo 2008, n. 48, in riferimento ai dati e ai sistemi informatici.

²⁷¹ Deve ritenersi che la polizia giudiziaria proceda a rilievi, cioè a un'operazione tecnica preliminare all'espletamento della successiva consulenza; in materia si rinvia a S. SOTTANI, *Rilievi ed accertamenti sulla scena del crimine*, in *Arch. Pen.*, 2011, n. 3, pp. 777 ss. In questo senso, Cass. pen., sez. I, 3 maggio 2011, R., in *Guida dir.*, 2011, n. 46, pp. 92 ss. Secondo E. APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 12, pp. 4034 ss., comunque, gli «accertamenti» di cui all'art. 354 co. 2 c.p.p. devono essere intesi in senso atecnico.

²⁷² «La polizia giudiziaria, quando, di propria iniziativa o a seguito di delega del pubblico ministero, compie atti od operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, può avvalersi di persone idonee le quali non possono rifiutare la propria opera.»

²⁷³ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, cit., p. 165.

²⁷⁴ M. LEPERA, *Il prelievo di campioni organici all'insaputa dell'indagato: una prassi contra legem*, in *Giust. Pen.*, 2014, III, pp. 645 ss.

²⁷⁵ P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, cit., p. 3454.

²⁷⁶ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 12.

²⁷⁷ *Ex plurimis* Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1996, Patanè, in *CED Cass.*, n. 206639; Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 1997, Iannini, in *CED Cass.*, n. 207591; Cass. pen., sez. III, 12 febbraio 2002, Pedron, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 970 ss; Cass. pen., sez. I, 2 febbraio 2005, Candela e altro, in *CED Cass.*, n. 233448.

²⁷⁸ B. GALGANI, *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccesso di zelo difensivo o formalismi della Suprema corte?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1813.

²⁷⁹ C. FANUELE, *loc. ult. cit.*

questa nozione sono espressamente incluse «le cose necessarie ... all'identificazione del colpevole»²⁸⁰ e, per tale via, vi è fatto rientrare l'oggetto recante la traccia organica²⁸¹.

Proceduralmente, l'acquisizione avviene tramite il sequestro probatorio delle cose recanti tracce organiche attribuibili all'indagato, abbandonate²⁸² oppure ancora nella sua «sfera di dominio»²⁸³ personale²⁸⁴. Nel primo caso, si procede al rilevamento delle tracce su oggetti – tipicamente bicchieri, tazze, mozziconi – maneggiati dall'indagato spontaneamente²⁸⁵ o a seguito dell'offerta “maliziosa” delle autorità inquirenti²⁸⁶. Nel secondo caso, per superare il rifiuto dell'indagato di soggiacere spontaneamente al prelievo, è disposta la perquisizione domiciliare, diretta a rinvenire e a sequestrare effetti personali dell'indagato, per poi analizzare e sottoporre a comparazione i residui organici rinvenuti²⁸⁷.

È opportuno vagliare la legittimità di queste «piccole “astuzie” investigative»²⁸⁸ alla luce dei principi già delineati a proposito del prelievo biologico, per verificare se essi possano dirsi applicabili a queste ipotesi peculiari di repertazione. Dopotutto, è la stessa Corte di cassazione, che, lascia trasparire il dubbio che si tratti di interventi sul corpo dell'indagato, seppur di tipo “mediato”²⁸⁹, in quanto per riferirvisi, parla di «prelievo del DNA della persona indagata» realizzato «attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibilità»²⁹⁰. Sul punto, occorre distinguere. Vi sono modalità, alternative al prelievo, certamente legittime: è il caso della raccolta di una *res derelicta* – come il mozzicone di sigaretta abbandonato per strada – che è “fornita” dall'indagato «nello svolgimento della sua vita quotidiana senza sollecitazione da parte dell'autorità giudiziaria»²⁹¹. Si propende, viceversa, per l'illegittimità²⁹² dell'impiego

²⁸⁰ Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1996, Patanè, *cit.*

²⁸¹ Un conto è la cosa recante la traccia, altro la traccia stessa secondo P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, *cit.*, pp. 3455 ss.; sull'eccessiva dilatazione della nozione di «cosa pertinente al reato», si veda anche R. DEL COCO, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, *cit.*, p. 87. Invece, per P. DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, *cit.*, p. 191, è il reperto biologico a costituire «cosa pertinente al reato».

²⁸² È il caso delle tracce rinvenibili su mozziconi di sigaretta e su bicchieri o tazze.

²⁸³ P. DI GERONIMO, *loc. ult. cit.*

²⁸⁴ Cellule di desquamazione dell'epidermide sugli indumenti, tracce salivari sullo spazzolino, capelli sul pettine.

²⁸⁵ R. DEL COCO, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico*, *cit.*, p. 85.

²⁸⁶ Cass. pen., sez. I, 11 marzo 2003, Esposito, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 34, pp. 98 ss.; Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2005, D., in *Guida dir.*, 2005, n. 35, pp. 105 ss.; Cass. pen., sez. I, 23 giugno 2005, P., in *Guida dir.*, 2005, n. 38, pp. 82 ss.; Cass. pen., sez. I, 13 novembre 2007, Pannone, in *CED Cass.*, n. 239101.

²⁸⁷ Cass. pen., sez. I., 2 febbraio 2005, Candela e altro, *cit.*; Cass. pen., sez. II, 13 marzo 2007, Minnella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1812 ss.; Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 2007, Mallia, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3368 ss.; nella giurisprudenza di merito: Ass. Torino, 21 aprile 2004, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 351 ss.

²⁸⁸ R. E. KOSTORIS, *Prelevi biologici coattivi*, *cit.*, p. 330.

²⁸⁹ R. DEL COCO, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico*, *cit.*, p. 84.

²⁹⁰ Cass. pen., sez. I., 2 febbraio 2005, Candela e altro, *cit.*

²⁹¹ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale*, *cit.*, p. 616. Nel medesimo senso: C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, *cit.*, p. 93; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, *cit.*, p. 1443. C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 12, nota n. 4. Isolata l'opinione contraria: C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, *cit.*, p.1830.

processuale di campioni prelevati o raccolti ad altri fini, e segnatamente diagnostici²⁹³, di cui difficilmente può sostenersi la natura di «cosa pertinente al reato»²⁹⁴.

Più problematica è la valutazione degli altri stratagemmi – la raccolta c.d. occulta e il ricorso ai mezzi di ricerca della prova²⁹⁵ – praticati per rendere «meno drammatiche le conseguenze»²⁹⁶ del divieto di procedere coattivamente al prelievo.

Nella giurisprudenza largamente prevalente della Corte di cassazione, l'acquisizione così realizzata è giudicata legittima ove «espletata ... tramite il corretto uso del potere-dovere di perquisizione e sequestro, anche se sia finalizzata alla raccolta delle c.d. tracce biologiche»²⁹⁷. A giudizio della Corte, l'obiezione circa l'estensibilità del divieto di cui alla sentenza costituzionale n. 238/1996²⁹⁸ a queste operazioni è facilmente superabile, perché esse non sono invasive o costrittive²⁹⁹, tali da esigere il rispetto delle particolari garanzie tratteggiate per il prelievo biologico. Non trattandosi di interventi ablativi sulla persona³⁰⁰, cioè, la Corte esclude qualsiasi limitazione della libertà personale³⁰¹ dell'indagato, né vi intravede una lesione della sua salute o della sua integrità fisica³⁰².

La circostanza che la raccolta c.d. occulta faccia seguito a un'offerta delle autorità inquirenti motivata dal solo fine di acquisire materiale biologico dell'indagato è irrilevante per la Corte, in quanto «nessuna disposizione di legge subordina lo svolgimento delle indagini al consenso dell'indagato quando appunto non si risolve in violazioni della libertà personale o di altri diritti costituzionalmente garantiti»³⁰³.

La Corte è piuttosto sbrigativa anche sulla repertazione effettuata sugli effetti personali “custoditi” dall'indagato presso la sua abitazione: il ricorso alla perquisizione domiciliare per tali

²⁹² *Contra* C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 38, alla coazione deve essere preferita l'acquisizione di informazioni da cartelle cliniche o altra documentazione medica.

²⁹³ Nel senso dell'utilizzabilità del materiale già impiegato per accertamenti di natura sanitaria: Cass. pen., sez. I, 22 giugno 1999, Fata, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 3101 ss.; Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 2005, in CED Cass., n. 232122.

²⁹⁴ M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, *cit.*, p. 88; P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale*, *cit.*, p. 616 e p. 617, nota n. 31; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

²⁹⁵ Così indica le altre due vie seguite dalle autorità inquirenti P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, *cit.*, pp. 3454 ss.

²⁹⁶ P. RIVELLO, *La perizia*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, Giappichelli Torino, 2013, p. 440.

²⁹⁷ Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 2007, Mallia, *cit.*, «purché il provvedimento che dispone la perquisizione ed il sequestro ... contenga la puntuale indicazione del reato per il quale si procede e degli oggetti individuati dallo scopo di espletare la comparazione tra le tracce relative al profilo genetico raccolte in sede di perquisizione con quelle ematiche rinvenute sul luogo di perpetrazione del delitto.»

²⁹⁸ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*

²⁹⁹ Cass. pen., sez. I, 2 febbraio 2005, Candela e altro, *cit.*

³⁰⁰ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 12.

³⁰¹ B. GALGANI, *Libertà personale e “raccolta” di campioni biologici: eccesso di zelo difensivo o formalismi della Suprema corte?*, *cit.*, pp. 1815 ss.

³⁰² Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 2007, Mallia, *cit.*

³⁰³ Cass. pen., sez. I, 11 marzo 2003, Esposito, *cit.*

scopi non deve essere assoggettato allo stesso regime del prelievo biologico, fintantoché la perquisizione «sia espletata nell'osservanza delle norme processuali vigenti in tema di limitazione della libertà individuale, con riferimento sia a quella personale che domiciliare», essendo già contemplata con sufficiente tipicità dal codice di rito³⁰⁴.

Queste soluzioni interpretative sono formalmente aderenti alla lettera dell'articolo 13 della Costituzione³⁰⁵. Non sfugge, però, che si tratta, pur sempre, di *escamotages* per superare l'ostruzionismo dell'indagato³⁰⁶, i quali, di fatto, consentono di pervenire a un risultato assimilabile a quello del prelievo biologico – cioè consentire l'analisi e la comparazione del profilo genetico dell'indagato con quelli relativi alle tracce raccolte sulla scena del delitto – «ma saltando a piè pari tutte le cautele» che ne devono accompagnare l'introduzione nel nostro ordinamento³⁰⁷.

Per segnalare «l'essenza *borderline*»³⁰⁸ di tali espedienti, in dottrina si è parlato di «prelievo indiretto»³⁰⁹, sebbene impropriamente, cioè sovrapponendo il concetto di prelievo e quello di raccolta.

Si è, quindi, proposta una lettura “evolutiva” della sentenza costituzionale del 1996: benché la Consulta si fosse limitata, all'epoca, a considerare la libertà personale nel senso intuitivo di assenza di coercizioni sul corpo, l'articolo 13 proteggerebbe, attualmente, anche le aggressioni all'intimità della persona, che, pur prescindendo dall'elemento della fisicità, sarebbero, comunque, manifestazioni della libertà personale³¹⁰. Nel frattempo, cioè, i nuovi orizzonti della scienza hanno reso il corpo un «sistema informativo»³¹¹ e nel mondo giuridico parrebbe profilarsi «una categoria nuova ed autonoma»³¹² di atti incidenti sulla libertà personale, la cui disciplina dovrebbe essere ispirata dalla stessa logica di residualità, che deve permeare quella del prelievo biologico, e parimenti allinearsi all'attuazione scrupolosa della riserva di legge e di giurisdizione³¹³.

Tuttavia, il richiamo alla tutela della libertà personale pare non attagliarsi alle descritte modalità di repertazione, a meno di non volerle caricare di un contenuto eccessivamente vasto³¹⁴. Il

³⁰⁴ B. GALGANI, *loc. ult. cit.*

³⁰⁵ B. GALGANI, *op. ult. cit.*, pp. 1826 ss.

³⁰⁶ R. DEL COCO, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico, cit.*, p. 85; M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA, cit.*, p. 79; A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati “sanitari” nel processo penale, cit.*, p. 521, sottolinea che alla polizia giudiziaria è preclusa l'ispezione personale

³⁰⁷ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche, cit.*, p. 1444.

³⁰⁸ B. GALGANI, *op. ult. cit.*, p. 1829.

³⁰⁹ *Ibidem.*

³¹⁰ *Ivi*, pp. 1829-1830; A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati “sanitari” nel processo penale, cit.*, pp. 523-524.

³¹¹ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo, cit.*, p. 3.

³¹² B. GALGANI, *op. ult. cit.*, p. 1830.

³¹³ *Ivi*, pp. 1830 ss; R. DEL COCO, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico, cit.*, p. 88.

³¹⁴ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 14.

materiale biologico oggetto della raccolta è, infatti, privo di legami con quella «sfera corporale»³¹⁵, che la Corte costituzionale ha voluto corredare di speciali garanzie nel momento in cui la si invada attraverso l'esercizio di una coercizione³¹⁶.

Il mancato contatto fisico pare escludere dal bilanciamento anche le altre situazioni giuridiche soggettive suscettibili di venir compromesse dal prelievo, ossia salute, integrità fisica, dignità³¹⁷. Non è in gioco, inoltre, la facoltà di non autoincriminarsi, in quanto all'indagato non è richiesta alcuna attivazione³¹⁸.

Invece, merita una riflessione più accurata la compatibilità di questa pratica con la protezione della libertà morale. La sua natura «surrettizia e insidiosa»³¹⁹ parrebbe mal conciliarsi con la libertà di autodeterminazione, la cui tutela *ex* articolo 188 c.p.p. esige la consapevolezza dell'indagato circa le conseguenze processuali dei propri comportamenti³²⁰. Peraltro, si è osservato, correttamente, che l'acquisizione del materiale biologico, con i mezzi descritti, è permessa da un «comportamento liberamente tenuto»³²¹ dall'indagato, la cui volontà si forma senza condizionamenti, né costrizioni³²². Dunque, le pratiche in commento nemmeno violano la libera partecipazione dell'indagato al processo.

Semmai, è il momento successivo, di archiviazione dei dati ottenuti dai reperti acquisiti per tale via, che esige lo stesso livello di protezione dei dati estratti dai campioni biologici³²³. In tale prospettiva, si deve aderire al principio già affermato nel 1987 dal Consiglio d'Europa, nella Raccomandazione sull'uso dei dati personali in ambito di polizia³²⁴, per cui l'interessato dovrebbe essere informato dell'eventuale detenzione dei dati relativi a materiale biologico raccolto a sua insaputa, non appena l'attività della polizia non possa essere più pregiudicata da questa comunicazione³²⁵.

³¹⁵ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*

³¹⁶ P. DI GERONIMO, *op. ult. cit.*, p. 192; A. CAMON, *loc. ult. cit.*; P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale*, *cit.*, pp. 617-618.

³¹⁷ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 12 ss.; P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, *cit.*, p. 3455.

³¹⁸ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*

³¹⁹ R. DEL COCO, *op. ult. cit.*, p. 86.

³²⁰ Nella accezione lata evidenziata *supra*, . In questo senso, in dottrina, R. DEL COCO, *loc. ult. cit.*; M. MONTAGNA, *loc. ult. cit.*; P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, *cit.*, p. 49.

³²¹ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 16; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

³²² *Ivi*, pp. 15 ss.

³²³ Su cui § 10. In tal senso C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 13, «assicurare che restino riservati i dati genetici ricavati dal materiale biologico appartenente ad un soggetto è certo un'istanza di cui il legislatore deve farsi seriamente carico»; G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, *cit.*, p. 933.

³²⁴ Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (87) 15 del 17 settembre 1987.

³²⁵ Così il principio n. 2 - Raccolta di dati: «Quando vengono raccolti e registrati dati riguardanti una persona a sua insaputa, se i dati non sono stati distrutti, ella dovrà essere informata che informazioni sul suo conto sono detenute, ove possibile, e se l'oggetto dell'attività della polizia non rischi di subirne un maggiore pregiudizio.»

Sebbene il filone giurisprudenziale in discorso sia piuttosto «disinibito»³²⁶, deve concludersi, per le ragioni esposte, nel senso dell'inapplicabilità delle peculiari garanzie soggettive che assistono l'esecuzione del prelievo anche alla raccolta di tracce, pur con certezza riconducibili all'indagato, la quale resta assoggettata alle regole vevolevoli, più in generale, per la repertazione.

8.2. La raccolta di reperti organici nella disciplina dell'esame della scena del reato

Ma quali sono queste regole? Si è già accennato all'inquadramento codicistico della raccolta di materiale biologico nell'attività di assicurazione delle fonti di prova, di cui all'articolo 354 c.p.p., che, però, è stata introdotto quando ancora le potenzialità del DNA per il processo penale erano inimmaginabili³²⁷ e non ha subito modifiche, se non su aspetti irrilevanti rispetto alla materia di nostro interesse, provocando un'«asincronia»³²⁸ tra le attività consentite da quella norma e le operazioni complesse che, di fatto, sono poste in essere in sede di sopralluogo. Quella codicistica è una disciplina «obsoleta»³²⁹, incapace di far fronte alle molteplici insidie alla genuinità della prova penale, che, proprio in questa fase, si annidano³³⁰. La repertazione, infatti, è «l'anello debole»³³¹ dell'analisi genetica, un momento delicatissimo³³², la cui scorretta esecuzione è destinata a riflettersi negativamente sulle successive fasi e sull'attendibilità dei risultati³³³.

Per queste ragioni, le tecniche applicate devono essere «funzionali e specifiche»³³⁴, le attrezzature precise e all'avanguardia e gli operatori devono distinguersi per comprovate competenze. Innanzitutto, il rischio di contaminazione è elevato³³⁵: il reperto biologico è inquinabile dalla presenza, praticamente costante, di residui cellulari da parte di chi lo manipoli,

³²⁶ M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 79.

³²⁷ E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 161, riporta, infatti, che il DNA è stato per la prima volta impiegato per fini forensi nel processo penale nel 1987.

³²⁸ D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, p. 801.

³²⁹ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, cit., p. 166.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ M. STRAMAGLIA, *Il DNA: testimone invisibile od ordalia giudiziaria?*, in L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di) *Incontri ravvicinati con la prova penale. Un anno di seminari a Roma Tre*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 80.

³³² A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1433.

³³³ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 340; V. ONOFRI, *Dalla teoria alla pratica: i reperti biologici*, in (a cura di) A. Tagliabracci, *Introduzione alla genetica forense. Indagini di identificazione personale e di paternità*, cit., p. 47.

³³⁴ F. DONATO, *Indagini e acquisizione di dati probatori sulla scena del crimine Protocolli operativi e utilizzabilità della prova: aspetti criminalistici*, in M. Montagna (a cura di) *Il delitto di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Aracne, Roma, 2012, p. 103.

³³⁵ *Ibidem*. Osserva che «una qualche forma di contaminazione non può essere evitata» C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 340.

prima o dopo la raccolta³³⁶, per cui dovrà essere cura dell'operatore utilizzare idonei mezzi di protezione fisica³³⁷ e avvalersi di supporti dedicati e sterili³³⁸.

Poiché il materiale biologico è, per natura, soggetto a degradazione, anche la conservazione deve essere assistita da cautele specifiche³³⁹, tra cui sono annoverabili: l'asciugatura all'aria prima di inserirlo negli appositi contenitori, preferibilmente cartacei, per evitare la formazione di muffe³⁴⁰; l'etichettatura e la documentazione scritta e fotografica³⁴¹; la temperatura di conservazione³⁴².

Il complesso documentato delle operazioni finalizzate a tracciare il reperto biologico, dal momento del rilevamento a quello in cui viene analizzato e prodotto in processo, prende il nome di catena di custodia³⁴³. Affinché la catena di custodia sia preservata e, quindi, il risultato sia attendibile, appare imprescindibile che ciascuna delle descritte operazioni di raccolta, conservazione e custodia sia condotta con rigore metodologico³⁴⁴. Vi deve provvedere «personale altamente qualificato, specializzato ed esperto»³⁴⁵. Più precisamente, le criticità sottese alla raccolta di tracce organiche esigono che la polizia giudiziaria non vi proceda in autonomia³⁴⁶, ma si avvalga di esperti con competenze specialistiche, mentre la fase di conservazione dovrebbe essere curata da professionisti che abbiano già maturato esperienza di laboratorio³⁴⁷, preferibilmente gli stessi che procederanno all'estrazione³⁴⁸. Poiché le attività

³³⁶ S. PROCACCIANTI, G. SEIDITA, P. PROCACCIANTI, *Genetica e laboratorio di medicina legale*, cit., p. 391.

³³⁷ Quali guanti, calzari, tute monouso.

³³⁸ Evitando di mescolare in uno stesso contenitore reperti provenienti da "sedi" diverse.

³³⁹ *Mutatis mutandis* sono considerazioni valide anche per la conservazione del campione prelevato da vivente.

³⁴⁰ R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Quad. Camerti*, 1992, p. 419; U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., p. 110.

³⁴¹ S. PROCACCIANTI, G. SEIDITA, P. PROCACCIANTI, *Genetica e laboratorio di medicina legale*, cit., p. 393.

³⁴² In celle frigorifere a 4° C se si conservano per tempi brevi e a -20° C se si prevedono lunghi tempi prima delle analisi di laboratorio. U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., pp. 109 ss; P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, in P. Tonini (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale*, supplemento a *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 6, p. 46. Si noti che, per ragioni di economia, una selezione preventiva dei reperti da raccogliere ed analizzare può essere opportuna³⁴², anche al fine di non sovraccaricare i laboratori. U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *loc. ult. cit.*; G. LAGO, *Legge n. 85 del 2009 e banche dati nazionali del DNA a fini di giustizia: spunti di studio comparato con raccomandazioni internazionali*, in C. Conti (a cura di) *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 188. Per una descrizione pervasiva di ciascuna delle fasi, sia consentito rinviare a F. DONATO, *Indagini e acquisizione di dati probatori sulla scena del crimine Protocolli operativi e utilizzabilità della prova: aspetti criminalistici*, cit., pp. 103 ss.

³⁴³ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove reali*, cit., p. 334; P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, in M. Montagna (a cura di) *Il delitto di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, cit., p. 184.

³⁴⁴ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *op. ult. cit.*, p. 111; F. DONATO, *Indagini e acquisizione di dati probatori sulla scena del crimine Protocolli operativi e utilizzabilità della prova: aspetti criminalistici*, cit., p. 115.

³⁴⁵ P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, *loc. ult. cit.*; F. DONATO, *op. ult. cit.*, p. 101, parla di necessaria «elevatissima competenza e specializzazione».

³⁴⁶ R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, *loc. ult. cit.*

³⁴⁷ R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, *loc. ult. cit.*

³⁴⁸ *Ibidem*; M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 482.

tecniche caratterizzanti la repertazione sono profondamente influenzate dallo sviluppo di nuove tecnologie, occorre, altresì, che agli operatori sia assicurato un costante aggiornamento professionale³⁴⁹.

Per evitare che «attività ispirate al pressapochismo ed alla superficialità»³⁵⁰ si traducano in indagini improduttive, le singole metodiche e le relative prassi, sperimentate e validate dalla comunità scientifica internazionale, dovrebbero essere recepite in protocolli operativi condivisi³⁵¹. I professionisti adibiti al c.d. sopralluogo giudiziario potrebbero, così, conformare il proprio operato a un *modus operandi* predefinito ed uniforme sul territorio nazionale, seppur, ovviamente, differenziato in considerazione delle peculiarità di ciascuna metodica³⁵².

Un intervento in materia deve elaborare, insomma, soluzioni che assicurino uno *standard* metodologico all'esecuzione di queste fasi.

Le complessità esecutive evidenziate sono aggravate dalla difficoltà di instaurare, in questa fase, un contraddittorio effettivo³⁵³, considerato che, ai sensi dell'articolo 356 del codice di rito³⁵⁴, il difensore ha il diritto di assistere, ma non di essere preavvisato³⁵⁵. Una revisione delle previsioni codicistiche in materia è urgente³⁵⁶ perché, trattandosi di operazioni, per lo più, irripetibili³⁵⁷, il controllo della difesa, contestuale alla raccolta, costituisce fondamentale garanzia di «“controllabilità” dell'attendibilità»³⁵⁸ dei risultati dell'analisi; invece, «un contraddittorio

³⁴⁹ F. DONATO, *op. ult. cit.*, p. 115.

³⁵⁰ L. GAROFANO, *Le nuove tecniche d'indagine e la prova scientifica*, in M. Barillaro (a cura di) *Il nucleo familiare alle radici del crimine. Condotte, moventi, sviluppi processuali, risvolti di criminologia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 52.

³⁵¹ S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 3, p. 274; P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, *cit.*, p. 185.

³⁵² Le tracce potrebbero essere deteriorate, vecchie o miste.

³⁵³ M. STRAMAGLIA, *Il DNA: testimone invisibile od ordalia giudiziaria?*, *cit.*, p. 79; P. TONINI, *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, p. 823 ss.

³⁵⁴ «Il difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini ha facoltà di assistere, senza diritto di essere preventivamente avvisato, agli atti previsti dagli articoli 352 e 354 oltre che all'immediata apertura del plico autorizzata dal pubblico ministero a norma dell'articolo 353 comma 2.»

³⁵⁵ Secondo S. SOTTANI, *Rilievi ed accertamenti sulla scena del crimine*, *cit.*, p. 780, «i semplici “rilievi”, ancorché siano prodromici all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con essi, per cui, pur essendo essi irripetibili, la loro effettuazione non deve avvenire nell'osservanza delle forme stabilite dall'art. 360 c.p.p., le quali sono riservate soltanto agli “accertamenti” veri e propri, se ed in quanto qualificabili di per sé come irripetibili.»

³⁵⁶ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, *cit.*, p. 166; M. STRAMAGLIA, *Il DNA: testimone invisibile od ordalia giudiziaria?*, *cit.*, pp. 80-81; P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, *cit.*, p. 186.

³⁵⁷ S. SOTTANI, *Rilievi ed accertamenti sulla scena del crimine*, *loc. ult. cit.*; A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, *loc. ult. cit.* Osserva, però, R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, *cit.*, p. 342, che il pericolo di alterazione non sarebbe di per sé sufficiente ad integrare il requisito dell'irripetibilità, perché un conto è l'urgenza, altro l'irripetibilità.

³⁵⁸ C. CONTI, *La prova scientifica*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, *cit.*, p. 93. Si noti, però, quando ancora le indagini sono a carico di ignoti, il contraddittorio è impossibile.

“postumo”»³⁵⁹ sulla catena di custodia è praticamente impossibile, quando la raccolta è stata «unilaterale»³⁶⁰ e la documentazione realizzata in modo insufficiente³⁶¹.

A proposito delle conseguenze processuali, l'orientamento prevalso in dottrina³⁶² e presso la giurisprudenza di legittimità³⁶³ riconduce le irregolarità relative alla catena di custodia ad elementi di formazione del convincimento giudiziale in punto di attendibilità della prova. Invece, a causa dell'assenza di una disciplina espressa delle procedure tecnico-scientifiche, si esclude l'operatività di categorie sanzionatorie, in particolare dell'inutilizzabilità³⁶⁴, che potrebbe scongiurare il rischio dell'eccessiva discrezionalità insita nella valutazione del giudice³⁶⁵.

9. L'analisi del DNA

La trattazione ha riguardato finora la fase di approvvigionamento del DNA, nelle due diverse forme del prelievo biologico e della repertazione, e quella della sua conservazione fino alle analisi di laboratorio.

Non meno rilevanti sono i successivi passaggi del cosiddetto processamento del DNA, volti ad ottenere dal materiale biologico dati suscettibili di confronto e di eventuale archiviazione. Tali passaggi coinvolgono valutazioni di segno diverso da quelle svolte nella precedente sezione.

I diritti della persona costituiranno pur sempre il parametro di indagine e di valutazione delle soluzioni normative, ma la persona non viene più in considerazione nella sua fisicità³⁶⁶, quanto nella sua componente informazionale³⁶⁷, che «rende possibili nuove forme di controllo, ed esige nuove e più forti garanzie»³⁶⁸ a tutela, in particolare, della riservatezza.

9.1. L'analisi forense del DNA: inquadramento medico-legale e giuridico

Il campione biologico o il reperto organico, debitamente acquisito e conservato, deve essere inoltrato al laboratorio di analisi per l'estrazione, che consiste nella purificazione e

³⁵⁹ M. STRAMAGLIA, *Il DNA: testimone invisibile od ordalia giudiziaria?*, cit., p. 81.

³⁶⁰ C. CONTI, *La prova scientifica*, loc. ult. cit. In questo senso, D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, cit., p. 800.

³⁶¹ M. STRAMAGLIA, loc. ult. cit.

³⁶² P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, cit., pp. 187-188 e ID., *Ispezioni*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, cit., p. 674; C. CONTI, *La prova scientifica*, cit., pp. 96-97.

³⁶³ Cass. pen., sez. I, 22 febbraio 2007, Manno, in *Mass. Uff.*, n. 236291; Cass. pen., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, cit.

³⁶⁴ È isolata la posizione espressa in Cass. pen., sez. III, 16 dicembre 2009, n. 2270, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1076 ss.

³⁶⁵ P. FELICIONI, *Ispezioni*, loc. ult. cit.; C. CONTI, *La prova scientifica*, cit., p. 97; P. TONINI, *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, cit., p. 836.

³⁶⁶ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, cit., p. 22.

³⁶⁷ M. MACIOTTI, *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di) *Trattato di biodiritto. Volume II. Il governo del corpo*, cit., p. 1205.

³⁶⁸ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, loc. ult. cit.

nell'isolamento del materiale contenuto nel nucleo cellulare (nDNA) o nei mitocondri (mtDNA) dalle componenti proteiche e da qualsiasi altra sostanza³⁶⁹.

La vera e propria analisi biologica del DNA è la tipizzazione. Si tratta di una consolidata tecnica di laboratorio diretta ad analizzare i polimorfismi del DNA, ossia le variazioni genetiche rilevabili almeno una volta su cento individui di una popolazione di riferimento³⁷⁰. L'elevato grado di variabilità che connota, in particolare, i cosiddetti *Short Tandem Repeats* (STRs) li ha resi i marcatori genetici di elezione in genetica forense³⁷¹.

Ai fini dell'analisi, il materiale biologico necessita di essere amplificato. La metodica adottata per l'amplificazione è la Reazione a Catena della Polimerasi (PCR³⁷²), che consiste nell'applicare alcuni *primers* ai tratti di DNA (marcatori o *marker* o *loci*) contenenti i polimorfismi, duplicandoli in modo esponenziale numerose volte e portandoli ad un numero tale da renderli più facilmente analizzabili³⁷³.

³⁶⁹ Si rinvia a U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità: aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, cit., p. 124-126, ove sono elencate e spiegate le diverse fasi in cui si scompone questo passaggio, ossia: lisi cellulare; degradazione o precipitazione delle proteine o di altri componenti cellulari; isolamento del DNA; purificazione del DNA. L'estrazione può essere manuale o automatizzata; si veda *amplius* A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario*, cit., p. 8; E. NOBILE, A. BARBARO, A. LA MARCA, P. ROMEO, *La prova tecnica nel processo penale. Aspetti pratico-scientifici*, Key Editore, Frosinone, 2016, p. 253. Per una rassegna delle più comuni modalità di estrazione, si veda P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., pp. 85-86.

³⁷⁰ C. TURCHI, *La variabilità del genoma umano*, in A. Tagliabracci (a cura di) *Introduzione alla genetica forense. Indagini di identificazione personale e di paternità*, Springer, Milano, 2010, pp. 20 ss.

³⁷¹ E. NOBILE, A. BARBARO, A. LA MARCA, P. ROMEO, *La prova tecnica nel processo penale. Aspetti pratico-scientifici*, cit., p. 253. Esistono, poi, i Single Nucleotide Polimorfisms (SNPs), nei quali un singolo nucleotide in soggetti diversi ha una base diversa, che possiedono, però, un'informatività identificativa più bassa rispetto agli STRs. Altri accertamenti genetico-forensi, realizzabili con la PCR e rilevanti a fini processuali penali hanno per oggetto: il DNA mitocondriale, ottenuto da un campione che contenga basse concentrazioni di DNA o in cui il DNA sia degradato, la cui analisi è utile nella mappatura delle persone legate in via materna, impiegato nelle ipotesi di riapertura di vecchi casi giudiziari o di scarsa quantità di materiale biologico da analizzare; il cromosoma Y, ereditato per via paterna ed utilizzato per separare tracce miste maschili e femminili, quali quelli tipicamente presenti sulla scena di un delitto di violenza di violenza sessuale; il cromosoma X, impiegabile, nel processo penale per accertare la consanguineità tra sorelle. Si veda P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, in P. Tonini (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale*, supplemento a *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 6, p. 47; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., pp. 28-30; C. TURCHI, *La variabilità del genoma umano*, in A. Tagliabracci (a cura di) *Introduzione alla genetica forense. Indagini di identificazione personale e di paternità*, cit., pp. 27 ss.; E. NOBILE, A. BARBARO, A. LA MARCA, P. ROMEO, *La prova tecnica nel processo penale. Aspetti pratico-scientifici*, cit., pp. 254 ss.

³⁷² Acronimo per *Polymerase Chain Reaction*. La tecnica, che ha permesso di superare le difficoltà dovute alla scarsità di materiale biologico, fu messa a punto da Kary B. Mullis nel 1985 e gli valse il Nobel per la chimica nel 1993.

³⁷³ A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario*, cit., p. 9. In estrema sintesi, al campione vengono aggiunti i composti necessari alla formazione del DNA e una coppia di *primer*, ossia due frammenti che si legano in maniera complementare alle estremità del filamento da amplificare; a questo punto, con un certo ciclo di temperatura, si innesca un meccanismo che crea una copia del pezzo di filamento compreso tra le regioni marcate dai due *primer* e a ogni ciclo si può ottenere un raddoppio del numero di copie del tratto di DNA interessato. Si vedano U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., pp. 127 ss. e A. COCITO, *L'ambito definitorio*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., pp. 51 ss.

L'analisi di un certo numero di marcatori, selezionati dalla comunità scientifica internazionale³⁷⁴, consente di ottenere il profilo genetico³⁷⁵, una serie alfanumerica, che è «la forma ultima che assume il dato a seguito dell'analisi di laboratorio»³⁷⁶. Il profilo genetico è unico ed individuale³⁷⁷ della persona da cui il campione è stato prelevato o a cui è ascrivibile il reperto raccolto. In genetica forense, è il profilo genetico a costituire oggetto dei confronti con i profili già archiviati o relativi ad altri campioni o reperti³⁷⁸. L'esito positivo delle operazioni di raffronto, in gergo tecnico *match*, costituisce un'informazione obiettiva di natura probabilistica su cui il giudice può fondare, insieme alle altre risultanze probatorie, il suo convincimento³⁷⁹.

L'analisi e la comparazione dei profili si inseriscono nel processo penale come attività peritale o, se svolte nel corso delle indagini preliminari, come accertamento tecnico³⁸⁰. Nella giurisprudenza di legittimità³⁸¹, è pacifica la contrapposizione tra la prodromica «attività di constatazione o raccolta dei dati materiali pertinenti al reato o alla sua prova»³⁸², in che consistono il prelievo biologico e la repertazione, e «lo studio e la elaborazione critica dei medesimi»³⁸³, oggetto della perizia o dell'accertamento tecnico.

La comparazione dei profili genetici è attività ripetibile³⁸⁴. Viceversa, non è agevole la valutazione della natura ripetibile dell'analisi; il giudice deve essere coadiuvato, nell'espressione di tale giudizio, dal perito o consulente³⁸⁵. In particolare, quando le tracce organiche sono scarse, può realizzarsi l'evenienza che l'estrazione consumi interamente il materiale a disposizione e, di

³⁷⁴ L'European Network of Forensic Science Institute (ENFSI) e l'European DNA Profiling Group (EDNAP) hanno selezionato 12 *loci* STR, che definiscono l'European Standard Set (ESS). Si veda al commento di A. COCITO, *Parametri internazionali e affidabilità dei laboratori nelle analisi dei reperti e campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., pp. 93-96.

³⁷⁵ A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario*, cit., p. 10.

³⁷⁶ G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici: la Banca Dati Nazionale del DNA e il bilanciamento tra le ragioni di giustizia e la tutela della privacy*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 107, nota n. 14.

³⁷⁷ Salvo il caso dei fratelli gemelli monozigoti. Si veda L. COMINATO, L. MARTINA, M. SOLLAZZO, *Genetica forense*, in G. Brunetti (a cura di) *Biologia forense*, Nuova Cultura, Roma, 2014, p. 80.

³⁷⁸ A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *loc. ult. cit.*

³⁷⁹ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità: aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, cit., p. 472.

³⁸⁰ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 341; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1434.

³⁸¹ *Ex plurimis* Cass. pen., sez. I, 23 giugno 2005, n. 32925, in *Guida dir.*, 2005, n. 38, pp. 82 ss.; Cass. pen., sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14852, in *CED Cass.*, 2007, n. 237359; Cass., sez. II, 13 marzo 2007, Minnella, *cit.*; Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2008, Tripodi, *cit.*; Cass. pen., sez. I, 3 maggio 2011, R., *cit.*; Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2012, n. 2087, in *CED Cass.*, n. 251775; Cass. pen., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, *cit.*; Cass. pen., sez. II, 9 maggio 2014, n. 33076, in *Guida dir.*, 2014, n. 37, pp. 65 ss.

³⁸² Cass. pen., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, in *CED Cass.*, n. 260591.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ Cass. pen., sez. II, 9 maggio 2014, n. 33076, *cit.* A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1434. Nel senso che, di conseguenza, non sia necessario il rispetto delle garanzie difensive si veda Cass. pen., sez. II, 19 ottobre 2011, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, pp. 314 ss.

³⁸⁵ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., p. 112; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1434.

conseguenza, non si possa rinnovare l'analisi³⁸⁶. Laddove si constati l'irripetibilità dell'analisi, la sua esecuzione segue la «procedura assai garantita»³⁸⁷ di cui all'articolo 360 c.p.p.³⁸⁸; altrimenti, la norma di riferimento pare essere il precedente articolo 359 c.p.p. sull'accertamento tecnico ripetibile, che non prevede il previo avviso per la partecipazione del difensore.

Il rispetto delle garanzie difensive, di cui si è ampiamente sottolineata l'esigenza nel momento della raccolta di reperti, si impone anche per le fasi di analisi e di comparazione del DNA al fine di assicurare «un vero e proprio controllo preventivo»³⁸⁹.

Invece, in assenza di una specifica sanzione codicistica³⁹⁰, la giurisprudenza di legittimità è piuttosto disinvolta nel far scaturire la nullità intermedia dell'atto, ma non l'inutilizzabilità della prova, dal mancato rispetto dell'avviso alla persona e al difensore in caso di analisi genetica di cui si è ritenuta l'irripetibilità³⁹¹. Eppure, la previsione dell'inutilizzabilità per il mancato controllo della difesa sarebbe coerente con la garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova³⁹²; peraltro, la mancata previsione dell'inutilizzabilità nel caso in commento non è riconducibile ad una delle tre situazioni, tassativamente indicate dall'articolo 111 della Costituzione, in cui è ammissibile una deroga per legge a questa regola³⁹³. Si noti che a questo, più corretto, inquadramento è giunta la Corte di cassazione, seppur in riferimento ad accertamenti tecnici irripetibili di altra natura, di cui ha dichiarato, appunto, l'inutilizzabilità, ove svolti senza la presenza della difesa³⁹⁴.

Ad ogni modo, quando l'espletamento dell'analisi del DNA preceda l'esistenza di indizi a carico di soggetto determinato, collocandosi nell'ambito di indagini a carico di ignoti, intuitivamente il diritto di difesa non può essere debitamente garantito comunque, nonostante, cioè, l'assodata irripetibilità dell'accertamento³⁹⁵.

³⁸⁶ R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1233; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

³⁸⁷ A. CAMON, *loc. ult. cit.*

³⁸⁸ La presenza del difensore è, comunque, garantita, ma non necessaria.

³⁸⁹ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, *cit.*, p. 232.

³⁹⁰ A. PULVIRENTI, *Un caso di mancato contraddittorio in tema di accertamenti tecnici irripetibili per l'analisi del DNA: nullità o inutilizzabilità?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 49.

³⁹¹ Cass., sez. III, 11 ottobre 2012, n. 46715, in *CED Cass.*, n. 253992; Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 45959, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, pp. 44 ss.

³⁹² Ai sensi del comma 5 dell'art. 111 Cost.: «La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.»

³⁹³ A. PULVIRENTI, *Un caso di mancato contraddittorio in tema di accertamenti tecnici irripetibili per l'analisi del DNA: nullità o inutilizzabilità?*, *loc. ult. cit.*

³⁹⁴ Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2011, n. 37490, in *Diritto e giustizia*, 22 ottobre 2011; Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2009, n. 3908, in *CED Cass.*, n. 246022.

³⁹⁵ La giurisprudenza di legittimità è unanime sul punto: Cass. pen., sez. II, 24 settembre 2008, n. 37708 in *CED Cass.*, n. 242094; Cass. pen., sez. II, 24 novembre 2011, n. 45929, in *Guida dir.*, 2012, n. 9, pp. 71 ss.; Cass. pen., sez. I, 10 gennaio 2014, n. 9284, in *Guida dir.*, 2014, n. 28, pp. 82 ss.; Cass. pen., sez. II, 4 giugno 2015, n. 24999.

9.2. Analisi forense del DNA e *standard* qualitativi

L'attendibilità del risultato dell'analisi del DNA «lungi dall'essere un costante, è invece il prodotto di una operazione di accertamento da condurre con la massima cautela»³⁹⁶.

Alla luce della complessità dell'analisi forense del DNA³⁹⁷, numerose sono le criticità esecutive rilevabili. Una delle principali cause di errore è la contaminazione³⁹⁸, che può essere scongiurata con l'adempimento di alcuni accorgimenti pratici, quali l'isolamento fisico, la pulizia degli ambienti, la sterilità dei reagenti, la tipizzazione – per ragioni di esclusione – del DNA del personale di laboratorio³⁹⁹.

Accanto a questi errori di carattere manuale, vi possono essere errori “strumentali”⁴⁰⁰, riconducibili cioè ai reagenti e alle apparecchiature impiegati⁴⁰¹, e di interpretazione dei risultati⁴⁰², la quale è rimessa, in ultimo, alle valutazioni tecniche dell'operatore⁴⁰³. L'errore interpretativo, in particolare, può essere dovuto alla disponibilità di materiale biologico scarso, misto o degradato⁴⁰⁴. È stato, talora, controverso specialmente l'impiego, a fini di identificazione, del cosiddetto DNA Low Copy Number (DNA LCN), che non consente una definizione univoca del profilo genetico, in quanto diverse amplificazioni dello stesso campione forniscono variazioni casuali dei risultati, determinando, quindi, l'attribuzione a soggetti diversi⁴⁰⁵.

Quanto alla valutazione dei risultati dell'analisi, la mancanza di *standard* diffusi sul territorio nazionale rende difficoltosa una «fattiva collaborazione multicentrica»⁴⁰⁶ tra i laboratori, che producono dati disomogenei. Questa lacuna è, in parte, dovuta alla circostanza che l'Italia ha conosciuto un'irruzione in campo giudiziario delle tecniche di analisi genetico-forensi «di

³⁹⁶ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 481.

³⁹⁷ A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, n. 4, p. 1313.

³⁹⁸ A. COCITO, *Parametri internazionali e affidabilità dei laboratori nelle analisi dei reperti e campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 92.

³⁹⁹ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., pp. 129-130.

⁴⁰⁰ D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, cit., p. 793.

⁴⁰¹ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, cit., p. 88.

⁴⁰² D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *loc. ult. cit.*

⁴⁰³ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, cit., p. 170-172, propone la sostituzione con metodiche completamente automatizzate; E. NOBILE, A. BARBARO, A. LA MARCA, P. ROMEO, *op. ult. cit.*, p. 259.

⁴⁰⁴ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, *loc. ult. cit.*

⁴⁰⁵ P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, cit., pp. 192-193. Si vedano, più di recente, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, *La complessità in genetica-forense: l'analisi di DNA in limitata quantità (Low Copy Number DNA) e l'interpretazione di tracce commiste*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, pp. 179 ss.

⁴⁰⁶ A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, cit., p. 1314.

fatto»⁴⁰⁷, senza che ne fossero, cioè, preliminarmente elencati i requisiti di affidabilità e, spesso, affidandosi a laboratori in origine afferenti ad altri settori⁴⁰⁸.

Da anni, la dottrina medico-legale ha evidenziato la centralità della correttezza e dell'uniformità del metodo, quali condizioni per consentire la massima attendibilità del *test* del DNA in ambito forense⁴⁰⁹; parimenti, è stata sollecitata l'introduzione di forme di controllo sulla qualità delle operazioni di laboratorio e del prodotto⁴¹⁰.

Indubbiamente, i laboratori che collaborano con l'autorità giudiziaria devono dotarsi di personale competente, attrezzature adeguate, protocolli scientificamente provati⁴¹¹; le esigenze peculiari delle analisi per fini di giustizia, rispetto a quelle meramente scientifiche⁴¹², richiedono, in particolare, «la pluralità e la specificità»⁴¹³ di competenze degli operatori.

Ma questi sono requisiti non «sufficienti per garantire il prodotto»⁴¹⁴. In questo campo, non pare ammissibile un sistema autoreferenziale, che si basi solo su periodo di attività del laboratorio, esperienza e titoli accademici degli addetti⁴¹⁵. Viceversa, sono imprescindibili la standardizzazione e il controllo di qualità delle procedure analitiche⁴¹⁶ e la produzione di dati omogenei⁴¹⁷.

Nella direzione di elaborare e diffondere «criteriologie unificate»⁴¹⁸ a livello europeo si muove l'*European Network of Forensic Science Institute* (ENFSI)⁴¹⁹. Istituito negli anni Novanta del secolo scorso, la sua anima scientifica, per quello che rileva in questa sede, è il *DNA Working group*, che si propone di favorire la ricerca e lo scambio di conoscenze di carattere tecnico, di individuare gli *standard* metodologici per l'analisi forense del DNA, di promuovere

⁴⁰⁷ *Ivi*, p. 1313.

⁴⁰⁸ Quali genetica medica o biologia molecolare; si veda A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, loc. cit., che osserva, comunque, che esistono istituti universitari che hanno intrapreso con grande senso di responsabilità la "conversione" ad attività genetico-forensi.

⁴⁰⁹ A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, cit., pp.1307 ss.; U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., pp. 129 ss.; P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, cit., pp. 46-48.

⁴¹⁰ Già A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, cit., pp. 1313-1314.

⁴¹¹ *Ibidem*. Nello stesso senso R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 340.

⁴¹² R. DOMENICI, *Prova del DNA*, in *Dig. disc. pen.*, Volume X, Utet, Torino, 1995, p. 382.

⁴¹³ M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 91, nota n. 99.

⁴¹⁴ U. RICCI, *L'accreditamento ISO 17025:2005 nel laboratorio di genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, n. 1, p. 76.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, cit., p. 47.

⁴¹⁷ A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, cit., pp. 1313-1314.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ Istituito il 20 ottobre 1995 e riconosciuto dall'Unione Europea come l'unico riferimento della comunità forense nel 2009, l'ENFSI raggruppa i principali istituti di scienze forensi di 36 Paesi dell'Europa.

Si può consultare il sito web ufficiale al seguente indirizzo: <http://www.enfsi.eu>.

l'elaborazione di linee guida⁴²⁰. Queste linee guida sono emesse periodicamente ed indirizzano l'attività dei laboratori iscritti, indicando le modalità di controllo delle contaminazioni⁴²¹, i criteri minimi per ottenere un profilo genetico⁴²², le competenze del personale⁴²³.

La rilevanza dell'attività di ricerca e di produzione scientifica dell'ENFSI⁴²⁴ è stata sancita dal Consiglio d'Europa nella Risoluzione del 2001 sullo scambio dei risultati delle analisi del DNA⁴²⁵, che ha espressamente invitato gli Stati Membri a svolgere le analisi «conformemente a tecniche in materia di DNA scientificamente sperimentate e approvate, in base a studi svolti nel contesto del gruppo di lavoro "DNA" dell'ENFSI», in particolare impiegando i marcatori selezionati dall'ENFSI⁴²⁶, ed a «specificare, dietro richiesta, i requisiti di qualità e le prove valutative in uso»⁴²⁷; quest'ultima precisazione allude alla validazione interna dei laboratori, ossia al superamento dei *proficiency test*, o *test* di prova, che l'ENFSI periodicamente organizza per valutare oggettivamente la conformità delle metodiche impiegate dagli iscritti agli *standard* raccomandati⁴²⁸.

La standardizzazione delle metodiche per le indagini forensi del DNA è esigenza nota al Consiglio d'Europa fin dal 1992, quando emetteva la Raccomandazione sull'uso del DNA in ambito penale⁴²⁹, suggerendo forme di collaborazione, a livello nazionale ed internazionale,

⁴²⁰ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, cit., pp. 91-93; F. DONATO, *Indagini e acquisizione di dati probatori sulla scena del crimine Protocolli operativi e utilizzabilità della prova: aspetti criminalistici*, in M. Montagna (a cura di) *Il delitto di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Aracne, Roma, 2012, p. 114.

⁴²¹ "Contamination prevention guidelines", consultabile al seguente indirizzo web: http://www.enfsi.eu/sites/default/files/documents/dna_contamination_prevention_guidelines_for_the_file_contamination_prevention_final_-_v2010_0.pdf.

⁴²² "Recommended Minimum Criteria for the Validation of Various Aspects of the DNA Profiling Process", disponibile al link: http://www.enfsi.eu/sites/default/files/documents/minimum_validation_guidelines_in_dna_profiling_-_v2010_0.pdf; per un commento si rinvia a U. RICCI, *L'accreditamento ISO 17025:2005 nel laboratorio di genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 74.

⁴²³ "Concept Training Document", consultabile al seguente indirizzo web: http://www.enfsi.eu/sites/default/files/documents/recommendations_for_the_training_of_dna_staff_-_v2010_0.pdf.

⁴²⁴ F. CASASOLE, *Una legge attesa su due fronti: interno ed internazionale*, in C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, M. Tomasi (a cura di) *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 2014, pp. 178-179; U. RICCI, *L'accreditamento ISO 17025:2005 nel laboratorio di genetica forense*, cit., p. 75.

⁴²⁵ Risoluzione del Consiglio del 25 giugno 2001 sullo scambio dei risultati delle analisi del DNA (2001/C 187/01).

⁴²⁶ A. COCITO, *Parametri internazionali e affidabilità dei laboratori nelle analisi dei reperti e campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 94.

⁴²⁷ «II. Tecniche in materia di DNA nell'ambito della scienza forense. 1. Per l'analisi forense del DNA, gli Stati membri sono invitati ad impiegare almeno i marcatori del DNA elencati nell'allegato I che costituiscono l'ESS, allo scopo di facilitare lo scambio dei risultati dell'analisi del DNA. 2. Gli Stati membri sono invitati ad elaborare i risultati dell'analisi ESS conformemente a tecniche in materia di DNA scientificamente sperimentate e approvate, in base a studi svolti nel contesto del gruppo di lavoro "DNA" dell'ENFSI. Gli Stati membri dovrebbero essere in grado di specificare, dietro richiesta, i requisiti di qualità e le prove valutative in uso.»

⁴²⁸ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, cit., p. 92.

⁴²⁹ Raccomandazione n. R (92) 1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa all'utilizzazione dell'analisi dell'acido deossiribonucleico (DNA) nell'ambito del sistema giudiziario penale.

finalizzate alla diffusione di procedure uniformi e alla loro validazione⁴³⁰; sono, inoltre, enucleati i requisiti dei laboratori idonei a svolgere analisi forensi di identificazione negli Stati Membri, che devono possedere, in particolare, «elevate competenze e conoscenze professionali unite a idonee procedure per i controlli di qualità, integrità scientifica, adeguata sicurezza delle installazioni e delle sostanze oggetto di studio»⁴³¹.

Nella stessa Raccomandazione, quindi già nel 1992, si evidenziavano la necessità di un controllo di qualità dei laboratori e l'opportunità che ciascuno Stato Membro stilasse un elenco degli istituti accreditati⁴³².

L'acquisizione dell'accREDITAMENTO, in conformità alle norme europee in materia di qualità, è una delle esigenze costantemente rilevate anche dall'ENFSI, che ha istituito un apposito *Quality and Competence Committee*, con il compito specifico di elaborare linee di condotta in materia di qualità e genetica forense e di fornire assistenza ai laboratori iscritti al fine di conseguire l'accREDITAMENTO⁴³³.

Con specifico riguardo ai laboratori, il processo di accREDITAMENTO deve avvenire in conformità alla norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17025 "Requisiti generali per la competenza dei laboratori di prova e di taratura"⁴³⁴; essa si basa su un'altra norma europea in materia, la UNI EN ISO 9001⁴³⁵, la quale certifica che l'organizzazione si è dotata di un sistema di gestione della qualità adeguato per la sua attività, ma non riguarda i prodotti, come, invece, la ISO/IEC 17025⁴³⁶.

L'accREDITAMENTO del laboratorio di genetica forense garantisce la qualità del sistema attraverso l'attestazione, da parte di un ente certificatore terzo ed autorevole, delle competenze tecniche del

⁴³⁰ Art. 10 "Standard tecnici" «Gli Stati Membri dovrebbero promuovere la standardizzazione delle tecniche di analisi del DNA a livello nazionale e internazionale. Ciò può comportare forme di collaborazione fra laboratori per la validazione delle procedure di analisi e controllo.»

⁴³¹ Art. 6 "AccREDITAMENTO di laboratori e istituti e controllo dell'analisi del DNA" «L'analisi del DNA è una procedura scientifica sofisticata che dovrebbe essere svolta soltanto da laboratori in possesso di idonee strutture ed esperienza. Gli Stati Membri dovrebbero provvedere a stilare un elenco di laboratori o istituti accreditati che soddisfino i seguenti requisiti: elevate competenze e conoscenze professionali unite a idonee procedure per i controlli di qualità, integrità scientifica, adeguata sicurezza delle installazioni e delle sostanze oggetto di studio, adeguate garanzie onde assicurare la riservatezza assoluta dell'identità della persona cui si riferiscono i risultati dell'analisi del DNA, garanzie del rispetto delle condizioni fissate nella presente Raccomandazione. Gli Stati Membri dovrebbero prevedere strumenti per effettuare verifiche periodiche dei laboratori accreditati.»

⁴³² Così, l'articolo 6, già citato, della Raccomandazione n. R (92) 1.

⁴³³ Si può consultare il documento emanato dal Comitato "Policy on standards for accreditation" al seguente indirizzo web: http://www.enfsi.eu/sites/default/files/documents/bylaws/policy_on_standards_for_accreditation.pdf

⁴³⁴ La norma è attualmente vigente nella versione pubblicata nel 2005, UNI EN ISO/IEC 17025:2005, ma entro il 31 maggio 2017 sarà approvata la versione revisionata.

⁴³⁵ "Sistemi di gestione per la qualità – Requisiti". L'ultima versione pubblicata è UNI EN ISO 9001:2008.

⁴³⁶ U. RICCI, *L'accREDITAMENTO ISO 17025:2005 nel laboratorio di genetica forense*, cit., p. 85. L'*International Laboratory Accreditation Association* (ILAC) ha pubblicato la brochure "Securing testing, measurement or calibration services" sulle differenze con la certificazione: http://www accredia.it/UploadDocs/3948_Securing_testing_measurement_or_calibration_services_ILAC_Brochure.pdf.

personale, della validità dei metodi, della riferibilità dei sistemi di misurazione e di taratura, delle condizioni ambientali. L'adesione a questo *standard* qualitativo si compone di requisiti gestionali, consistenti nel riesame periodico degli obiettivi in una logica di miglioramento continuo, e di requisiti tecnici, che determinano più direttamente l'affidabilità del risultato⁴³⁷.

La conformità alla norma ISO/IEC 17025 dei laboratori che svolgono indagini di genetica forense, collaborando con l'autorità giudiziaria, è «l'unico modo oggi disponibile per garantire la qualità in un settore ove i fallimenti processuali degli ultimi anni, in tema di analisi del DNA, sono stati numerosi»⁴³⁸ ed è, oggi, espressamente richiesta dal Consiglio dell'Unione europea per la circolazione dei dati genetici⁴³⁹.

In Italia, attualmente, iscritti all'ENFSI sono i laboratori del RaCIS (Raggruppamento Carabinieri Investigazioni Scientifiche) e della DAC-SPS (Direzione Centrale Anticrimine della Polizia di stato, Servizio Polizia Scientifica)⁴⁴⁰, mentre solo il RIS (Raggruppamento Investigazioni Scientifiche) di Roma, i laboratori di Roma, Napoli e Palermo della Polizia di Stato e l'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi⁴⁴¹ sono accreditati secondo la norma ISO/IEC 17025 da Accredia⁴⁴², l'ente italiano di accreditamento⁴⁴³. Tra i privati, sono accreditati il SIMEF (Studio Indagini Mediche E Forensi) di Reggio Calabria e il CHELAB (Chemical Laboratories) di Treviso.

Nessuna norma – fatta eccezione per le citate fonti europee, che hanno, comunque, natura di *soft law* – ha subordinato l'introduzione, in ambito processuale penale, delle tecniche di indagine genetico-forense al conseguimento dell'accREDITAMENTO.

D'altra parte, in letteratura si sono evidenziate le carenze di un sistema che basi la qualificazione dei laboratori esclusivamente sull'accREDITAMENTO, il quale ha il pregio di incentivare la razionalizzazione dei processi produttivi e la stesura di protocolli⁴⁴⁴, ma non interviene in punto di verifica della validità del metodo che nei protocolli è recepito⁴⁴⁵.

L'affidabilità del prodotto dell'analisi forense del DNA è, effettivamente, un insieme di fattori: in aggiunta all'accREDITAMENTO, è essenziale la validazione interna⁴⁴⁶ delle metodiche in uso

⁴³⁷ U. RICCI, *L'accREDITAMENTO ISO 17025:2005 nel laboratorio di genetica forense*, cit., pp. 81 ss.

⁴³⁸ *Ivi*, p. 71. Nel medesimo senso, F. CASASOLE, *Una legge attesa su due fronti: interno ed internazionale*, cit., pp. 179-181.

⁴³⁹ Decisione Quadro 2009/905/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009 sull'accREDITAMENTO dei fornitori di servizi forensi che effettuano attività di laboratorio.

⁴⁴⁰ La lista dei membri iscritti, dei diversi Stati è consultabile al link: <http://www.enfsi.eu/about-enfsi/members>

⁴⁴¹ U. RICCI, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁴⁴² <http://www.accredia.it/>

⁴⁴³ U. RICCI, *La qualità nel settore della genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, pp. 241-243.

⁴⁴⁴ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, cit., pp. 93-94.

⁴⁴⁵ *Ibidem*; A. JAMIESON, *Laboratory accreditation*, in A. Jamieson, S. Bader (a cura di) *A guide to forensic DNA*, Wiley, 2016, p. 83.

⁴⁴⁶ A. JAMIESON, *Laboratory accreditation*, loc. ult. cit.

presso i laboratori e che esse corrispondano a quelle riconosciute dalla comunità scientifica nazionale⁴⁴⁷. Anche l'iscrizione all'ENFSI costituisce, quindi, garanzia indispensabile della qualificazione di un laboratorio⁴⁴⁸.

10. L'archiviazione e il trattamento di dati genetici

L'acquisizione di materiale biologico e l'estrazione di profili genetici per scopi di accertamento penale pone «il problema d'una loro sorte più generale»⁴⁴⁹, la questione, cioè, del loro trattamento e della loro, eventuale, conservazione⁴⁵⁰.

Le potenzialità dell'indagine genetica si amplificano, infatti, qualora i profili genetici ottenuti siano oggetto di un sistematico confronto con profili già archiviati⁴⁵¹: cresce la probabilità di rinvenire un *match*, quindi di pervenire all'identificazione dell'autore del reato per cui si procede, di metterlo in relazione con altri reati, nonché di identificare persone scomparse⁴⁵².

I vantaggi dell'archiviazione del DNA per l'accertamento del reato hanno determinato la diffusione di banche dati cosiddette criminalistiche del DNA, di cui è emersa ben presto l'opportunità di una regolamentazione specifica⁴⁵³.

Nel 1995, in Regno Unito, a cura del *Forensic Science Service*, fu istituita la prima banca dati del DNA su scala nazionale⁴⁵⁴; in numerosi altri Paesi⁴⁵⁵, è stata successivamente disciplinata l'istituzione di banche dati nazionali del DNA, anche al fine di consentire uno scambio informativo nella prospettiva della lotta al terrorismo transnazionale⁴⁵⁶.

Un impulso significativo, in questa direzione, è pervenuto, nel 2005, dalla sottoscrizione del Trattato di Prüm⁴⁵⁷, relativo alla collaborazione nella lotta contro il terrorismo, la criminalità

⁴⁴⁷ I Genetisti Forensi Italiani (GeFI), l'appendice italiana dell'*International Society of Forensic Genetics* (ISFG), emettono linee guida su alcuni specifici aspetti tecnici. Si rinvia a <http://www.gefi-isfg.org/index.php?idpagina=4>.

⁴⁴⁸ P. GAROFANO, *op. ult. cit.*, pp. 94-95.

⁴⁴⁹ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 486.

⁴⁵⁰ R. E. KOSTORIS, *Prelevi biologici coattivi*, cit., pp. 343-344; E. DI NICOLA, *DNA Database dell'impronta genetica: l'anomalia italiana*, in A. Cicognani, S. Pelotti (a cura di) *Il DNA nella società: test genetici, disastri di massa, identificazione criminale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 29 ss.

⁴⁵¹ P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di) *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, cit., p. 420; contra, R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, cit., p. 418.

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ P.D. MARTIN, H. SCHMITTER, P.M. SCHNEIDER, *A brief history of the formation of DNA databases in forensic science within Europe*, in *Forensic. Sci. Int.*, 2001, 119 (2), pp. 225 ss.

⁴⁵⁴ P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, cit., p. 45; A. LINACRE, *The UK National DNA Database*, in *The Lancet*, 2003, 361, pp. 1841 ss.

⁴⁵⁵ Paesi Bassi, Austria, Finlandia, Norvegia, Germania, Danimarca, Svizzera, Svezia, Francia; in proposito P.M. SCHNEIDER, P.D. MARTIN, *Criminal DNA databases: the European situation*, in *Forensic. Sci. Int.*, 2001, 119 (2), pp. 232 ss. Attualmente, 25 Paesi Membri dell'Unione Europea hanno varato legislazioni per istituire e disciplinare banche dati nazionali del DNA; un riassunto della situazione dei *DNA databases* si può consultare su: <http://www.genewatch.org/sub-568625>

⁴⁵⁶ R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 344.

⁴⁵⁷ Concluso il 27 maggio 2005 tra Germania, Spagna, Francia, Austria, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo, entrato in vigore il 1° novembre 2006. Si rinvia a V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 235;

organizzata e l'immigrazione clandestina⁴⁵⁸. Tra le aree di intervento determinanti⁴⁵⁹ del Trattato vi sono la raccolta e lo scambio di informazioni genetiche, in relazione a cui gli Stati contraenti si impegnano a «creare e gestire degli schedari nazionali di analisi del DNA al fine di perseguire le violazioni penali»⁴⁶⁰ e a garantire la piena disponibilità dei dati⁴⁶¹.

La creazione di «schedari nazionali di analisi del DNA», pur recando indubbi benefici in termini di efficacia repressiva⁴⁶², «chiama in causa molteplici articolazioni dell'essere persona nella sua dimensione costituzionale»⁴⁶³, che vanno oltre l'intrusione nella «sfera corporale»⁴⁶⁴, che è invece la maggiore preoccupazione destata dal prelievo biologico forzoso⁴⁶⁵.

Lo studio delle banche dati forensi del DNA sottende, dunque, la ricerca di un bilanciamento complesso tra queste «articolazioni» e le ragioni di sicurezza sociale⁴⁶⁶. La complessità del bilanciamento discende dalla peculiarità dei dati genetici, tanto sotto il profilo strutturale, quanto nella prospettiva degli strumenti di tutela dei diritti e degli interessi rilevanti⁴⁶⁷. È, in particolare, la nozione di *privacy* ad assumere, rispetto alla gestione dei dati genetici, una connotazione oggettiva più ampia di quella tradizionale⁴⁶⁸. La letteratura nordamericana ha coniato, in proposito, un approccio noto come *genetic exceptionalism*⁴⁶⁹ per alludere alla specificità degli

M. CORASANIPLURISTI, *La banca dati del DNA: primi aspetti problematici dell'attuazione del trattato di Prüm*, in *Dir. inf.*, 2009, n. 3, pp. 437 ss.; E. CALVANESE, *Adesione al Trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., pp. 9 ss.

⁴⁵⁸ P. RIVELLO, *La perizia*, cit., p. 447.

⁴⁵⁹ Altre aree di intervento del Trattato di Prüm sono: la raccolta e lo scambio di informazioni sulle impronte digitali; lo scambio dei dati dei registri di immatricolazione dei veicoli; le misure dirette a contrastare il terrorismo; le misure dirette a contrastare l'immigrazione illegale. *Amplius* A. MUSUMECI, *La ratifica del Trattato di Prüm*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., pp. 14-15.

⁴⁶⁰ Articolo 2, paragrafo 1.

⁴⁶¹ E. CALVANESE, *Adesione al Trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, cit., p. 25; M. DANIELE, *Prelievi e trasmissione di dati genetici*, cit., p. 389; V. A. MARANDOLA, *Informational sharing nella prospettiva del Trattato di Prüm e della decisione di recepimento nel quadro giuridico dell'Unione*, in F. Peroni, M. Gialuz (a cura di) *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, EUT, Trieste, 2009, pp. 164 ss.

⁴⁶² G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 45.

⁴⁶³ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., p. 2635.

⁴⁶⁴ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, cit.

⁴⁶⁵ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 193; G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., p. 2634.

⁴⁶⁶ L. SCAFFARDI, *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona alla ricerca di una legislazione europea armonizzata*, in *AFDUDC*, 2008, n. 12, p. 845.

⁴⁶⁷ C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI, G. VACCARI, *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in A. Torre (a cura di) *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 114; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 25.

⁴⁶⁸ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 46.

⁴⁶⁹ R. BAYER, *Public Health Policy and the AIDS Epidemic: An End to HIV Exceptionalism?*, in *New England Journal of Medicine*, 1991, 324, pp. 1500 ss. In senso critico, V. MARZOCCO, S. ZULLO, *La genetica tra esigenze di giustizia e logica precauzionale. Ipotesi sul genetic exceptionalism*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, cit., pp. 128-129.

strumenti di tutela che i dati genetici esigerebbero rispetto alla generalità delle informazioni personali⁴⁷⁰.

Preliminarmente, occorre analizzare le caratteristiche strutturali dei dati genetici. Si tratterà, poi, di verificare se il significato di dato genetico rilevante per gli scopi propri del processo penale corrisponda effettivamente all'ampiezza informativa che la dottrina riconosce, con preoccupazione, in questi dati. Una corretta delimitazione della nozione di dato genetico pertinente nella nostra materia consente di individuare i rischi effettivi del suo trattamento e le garanzie adeguate per la sua protezione.

Le resistenze all'introduzione di banche dati del DNA sono giustificate in dottrina alla luce di alcune caratteristiche specifiche dei dati genetici, tali da differenziarli dai restanti dati personali e addirittura da elevarli a un livello superiore di tutela in quanto dati super-sensibili⁴⁷¹.

I dati genetici sono, anzitutto, imm modificabili nel tempo⁴⁷² – caratteristica, questa, su cui poggia l'attendibilità identificativa del DNA. Proprio l'immutabilità del DNA, però, è giudicata allarmante nella prospettiva di un'eventuale *disclosure*, foriera di rischi più gravi rispetto alla diffusione di informazioni di qualsiasi altra natura, potendo esitare in un vero e proprio "furto d'identità" che «non ammette possibilità di soluzioni»⁴⁷³.

Dai dati genetici si traggono, potenzialmente, numerose informazioni assai significative dal punto di vista sia qualitativo che quantitativo⁴⁷⁴. Questa «molteplicità di informazioni»⁴⁷⁵ concerne lo stato di salute attuale e il genere del titolare, ricavabili pure dai "comuni" dati sanitari⁴⁷⁶, ma si estende anche a rivelarne la predisposizione a sviluppare determinate patologie, le relazioni biologiche, le caratteristiche somatiche e, secondo alcuni⁴⁷⁷, la propensione a comportamenti e attitudini caratteriali.

⁴⁷⁰ C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI, G. VACCARI, *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, loc. ult. cit.

⁴⁷¹ M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, cit., p. 390; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 212 e 331.

⁴⁷² E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 3; M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, cit., p. 401.

⁴⁷³ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 94; M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, cit., p. 400.

⁴⁷⁴ Parla di «impressionante numero di informazioni» G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 48.

⁴⁷⁵ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, cit., p. 7.

⁴⁷⁶ G. GENNARI, loc. ult. cit.

⁴⁷⁷ A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, cit., p. 1328; V. COLONNA, G. BARBUJANI, *Quattro domande a cui la genetica può cercare di rispondere*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, cit., p. 14, per un commento alle sentenze Ass. App. Trieste, 18 settembre 2009, n. 5 e Trib. Como, 20 maggio 2011, n. 536.

Quindi, i dati genetici permettono di conoscere, in particolare, le patologie a cui è predisposto il titolare⁴⁷⁸. L'attitudine predittiva, che è la caratteristica del dato genetico ad essere sfruttata per adottare misure preventive o terapeutiche a beneficio della salute, è richiamata dalla dottrina giuridica per rendere palese la forza stigmatizzante⁴⁷⁹ di un suo uso illegittimo in ambito assicurativo e lavorativo⁴⁸⁰: esisterebbe una sorta di «paradosso genetico»⁴⁸¹.

Altro tratto del dato genetico rilevante in ambito forense è la sua parziale condivisione tra persone legate da relazioni biologiche⁴⁸², su cui si basa la già descritta tecnica di indagine nota come *familial searching*. Emerge una entità nuova per il contesto giuridico, il cosiddetto gruppo biologico⁴⁸³, distinto dalla famiglia in senso civilistico e comprendente tutti coloro i quali hanno in comune le medesime caratteristiche ereditarie⁴⁸⁴. La stessa *World Health Organization* (WHO) ha avuto occasione di rilevare che l'informazione genetica è “familiare” e non di esclusiva proprietà del singolo e che, sussistendo legami di parentela, non vi è un solo titolare, ma più contitolari di dati genetici⁴⁸⁵.

Molto si è discusso della complessità di risolvere giuridicamente gli eventuali conflitti sulla rivendicazione di informazione che hanno più di un titolare⁴⁸⁶. In questa sede, comunque, interessano più le perplessità espresse relativamente allo sfruttamento investigativo della condivisione genetica e alle sue implicazioni, consistenti nel coinvolgimento “virtuale” dei consanguinei nel procedimento penale⁴⁸⁷. Si è criticato, cioè, che «attraverso i dati genetici di una sola persona, ci si impadronisce dei corpi di un intero gruppo biologico»⁴⁸⁸. L'uso investigativo delle informazioni relative al DNA prospetta ulteriori criticità, perché potrebbero

⁴⁷⁸ Per alludere a tale peculiarità dei dati genetici, si parla di *future diaries*. Si vedano E. STEFANINI, *op. ult. cit.*, p. 4 e I. A. COLUSSI, *Towards a genetic registry?* in R. Bin, S. Lorenzon, N. Lucchi (a cura di) *Biotech innovations and fundamental rights*, Springer, Milano, 2012, p. 281.

⁴⁷⁹ C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI, G. VACCARI, *loc. ult. cit.*; G. GENNARI, *loc. ult. cit.*

⁴⁸⁰ M.T. ANNECCA, *op. ult. cit.*, pp. 406 ss. Più di recente M. BORZAGA, *La disciplina dei dati genetici nelle fonti giuslavoristiche sovranazionali: una questione di diritto antidiscriminatorio?*, in C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, M. Tomasi (a cura di) *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, *cit.*, pp. 17 ss.

⁴⁸¹ *Ivi*, p. 406.

⁴⁸² S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, *loc. ult. cit.*

⁴⁸³ A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, *cit.*, p. 399.

⁴⁸⁴ Appartengono al medesimo gruppo biologico, ad esempio, il donatore di gameti ed il genitore naturale.

⁴⁸⁵ “Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services”, 1998. Per un commento, C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, *cit.*, pp. 66-67.

⁴⁸⁶ G. GENNARI, *Privacy, genetica e zanzare indiscrete*, *cit.*, pp. 505-506; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, *cit.*, p. 118; R. CILIBERTI, L. BATTISTUZZI, A. BONSIGNORE, F. DE STEFANO, *La condivisione genetica: una relazione pericolosa? Il trattamento dei dati genetici del defunto nella realtà italiana. Generalità ed esemplificazione casistica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, n. 1, pp. 57 ss.

⁴⁸⁷ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, *cit.*, p. 74.

⁴⁸⁸ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, *loc. ult. cit.*

essere indirettamente svelati vincoli biologici ignorati dagli interessati o, viceversa, smentite relazioni familiari ritenute pacifiche⁴⁸⁹.

Così delineate le specificità dei dati genetici, rimarcate nella dottrina giuridica, ci si deve interrogare sulla reale consistenza delle informazioni funzionali agli scopi di accertamento in ambito processuale penale. L'accezione di dato genetico, presupposta dalle opinioni avverse all'uso forense del DNA, sembra, infatti, «eccessivamente indeterminata»⁴⁹⁰ ed esige una rimediazione, che valorizzi anche i termini scientifici della questione.

A tale fine, è necessario distinguere, in modo netto, il profilo genetico dal campione biologico e dal reperto organico, sia sul piano strutturale, che delle conseguenze del loro rispettivo trattamento⁴⁹¹.

Il profilo genetico è, per struttura, effettivamente un dato. Tuttavia, è un dato utile esclusivamente per l'identificazione⁴⁹² e non vi possono essere ricavate informazioni sul titolare diverse da quelle identificative⁴⁹³. Le sequenze che lo costituiscono sono, infatti, biologicamente inattive e non codificanti, per cui il profilo genetico non consente, in particolare, di risalire a notizie sanitarie presenti o future sulla persona che vi è associata⁴⁹⁴, come, invece, paventato. In altre parole, l'archiviazione del profilo genetico in banche dati criminalistiche si giustifica alla luce della sua capacità identificativa «straordinariamente elevata»⁴⁹⁵, ma ne va ribadita l'inconsistenza informativa ad altri fini, per cui il timore di un suo uso inappropriato appare privo di fondamento.

Invece, dai campioni biologici e dai reperti organici sono, potenzialmente, ricavabili informazioni corrispondenti al contenuto attribuito in letteratura ai dati genetici e, nella prospettiva di una evoluzione tecnologica, anche altre o più precise notizie sulla persona e sul gruppo biologico⁴⁹⁶. Tuttavia, essi non sono definibili come dati, in quanto si tratta di materiale biologico, di «oggetti fisici assai particolari»⁴⁹⁷.

Poiché le cosiddette banche dati del DNA si propongono di conservare, di regola, sia i profili genetici che i campioni e i reperti, non sono propriamente banche solo “di dati”, considerata la differente consistenza di campioni e di reperti⁴⁹⁸.

⁴⁸⁹ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., pp. 74-75.

⁴⁹⁰ G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici*, cit., p. 107.

⁴⁹¹ S. SALARDI, *DNA ad uso forense: paladino di giustizia o reo di ingiustizie?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, n. 6, p. 1362.

⁴⁹² *Ibidem.* G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici*, cit., p. 109.

⁴⁹³ P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, cit., p. 48.

⁴⁹⁴ *Ivi*, pp. 48-49.

⁴⁹⁵ G. LAGO, *loc. ult. cit.*

⁴⁹⁶ *Ivi*, p. 108.

⁴⁹⁷ *Ivi*, p. 112.

⁴⁹⁸ *Ibidem.*

È agevole constatare, a questo punto, che la tutela della riservatezza esigerebbe di regolamentare in modo rigoroso il trattamento di campioni e reperti, piuttosto che dei dati genetici, i quali, se tracciati con i polimorfismi opportuni⁴⁹⁹, non paiono prospettare le denunciate «derive inquietanti»⁵⁰⁰. Sono il trattamento e la conservazione di campioni e reperti, cioè, ad imporre la predisposizione di una disciplina adeguata per proteggere i diritti individuali concorrenti⁵⁰¹. Viceversa, si condivide l'esortazione a «liberarsi dall'errata convinzione che sia possibile estrapolare da un profilo genetico depositato in una banca dati informazioni sanitarie circa patologie presenti o per le quali il soggetto in esame è potenzialmente predisposto»⁵⁰²; infatti, è il profilo genetico ad essere qualificabile come il dato genetico, ma non nella generica accezione spesso richiamata in dottrina, configurandosi, piuttosto, come un dato genetico «a scopo identificativo forense»⁵⁰³.

Si è dissipato un doppio equivoco: da un lato, il dato genetico, correttamente inquadrato come profilo genetico, non ha la portata informativa contestata in dottrina; dall'altro, il campione biologico ed il reperto organico consentirebbero, in via potenziale, di risalire alla ricchezza di informazioni di cui si è trattato, ma non sono tecnicamente qualificabili quali dati.

11. L'archiviazione e il trattamento di dati genetici: la tutela della riservatezza

L'introduzione di una disciplina organica per il trattamento, a fini giudiziari, dei dati genetici appare imprescindibile. Una regolamentazione è urgente a maggior ragione ove si consideri che, in Italia, l'attività diretta a registrare il DNA acquisito nel contesto dei procedimenti penali è praticata, in via di fatto, ormai da tempo, in banche dati cosiddette domestiche delle singole forze di polizia⁵⁰⁴, non coordinate, né controllate, ma organizzate secondo linee guida elaborate di volta in volta e in ambito puramente interno⁵⁰⁵. In questo quadro e alla luce della singolarità rilevate a proposito dei campioni e dei reperti, è necessaria la definizione legislativa di limiti e garanzie rigorosi⁵⁰⁶ volti a salvaguardare la riservatezza del titolare.

L'incursione delle nuove tecnologie nel contesto giuridico comporta una rimodulazione della protezione della *privacy*. Il diritto alla riservatezza si è arricchito di significati, nell'elaborazione

⁴⁹⁹ A. COCITO, *Parametri internazionali e affidabilità dei laboratori nelle analisi dei reperti e campioni*, cit., p. 98.

⁵⁰⁰ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, cit., p. 4.

⁵⁰¹ G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 112; S. SALARDI, *DNA ad uso forense*, loc. ult. cit.

⁵⁰² P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche*, cit., p. 49.

⁵⁰³ G. LAGO, *op. ult. cit.*, pp. 107-108.

⁵⁰⁴ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 46; L. MARAFIOTI, *Le banche dati del DNA. Una nuova frontiera investigativa nel Trattato di Prüm*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 1. La più estesa è quella del RIS (Reparto Investigazioni Scientifiche); si veda P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 237.

⁵⁰⁵ E. DE NICOLA, *DNA database dell'impronta genetica. L'anomalia italiana*, cit., pp. 39 ss.

⁵⁰⁶ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 45.

dottrinale, oltre la tradizionale concezione di *right to be alone*⁵⁰⁷. Accanto a questo nucleo originario va delineandosi una *informational privacy*, ossia un diritto dell'interessato di trattenere determinate informazioni nella propria sfera privata⁵⁰⁸ e di esercitare un controllo sulla loro circolazione⁵⁰⁹. Si è parlato, in altre parole, di «autodeterminazione informativa»⁵¹⁰, nel senso che il titolare dei dati personali oggetto di trattamento deve poter conoscere il tipo di informazioni di cui lo Stato dispone e il modo in cui possono essere utilizzate⁵¹¹.

Il trattamento dei campioni biologici e dei profili genetici evoca, quindi, entrambe le accezioni di *privacy*: la segretezza, come diritto di evitarne la conoscibilità da parte dei terzi, e la riservatezza, quale diritto di impedirne la diffusione da parte di chi ne sia legittimamente a conoscenza⁵¹². La protezione di entrambe queste dimensioni della *privacy* è indispensabile, nella materia di nostro interesse, «come garanzia contro una peculiare forma di utilizzo della identità personale»⁵¹³ che è alla base del funzionamento dei *database* forensi.

Ci si propone di seguito di ricostruire la cornice di riferimento per la protezione della *privacy* cosiddetta genetica⁵¹⁴, sul piano del diritto nazionale e delle fonti europee, allo scopo di identificare i principi e gli strumenti costituiti di uno «statuto giuridico differenziato»⁵¹⁵ per il trattamento delle informazioni relative al DNA nel processo penale.

11.1. La tutela della riservatezza nel contesto nazionale

Alla tutela della riservatezza, come noto, non è dedicata norma espressa nella nostra Costituzione, pur essendone pacifica la rilevanza costituzionale, in virtù dell'opera della giurisprudenza⁵¹⁶. Con la sentenza 11 giugno 2009, n. 173⁵¹⁷, ne è stata riconosciuta l'inclusione nell'alveo dei diritti fondamentali, superandosi la precedente «parcellizzazione»⁵¹⁸ che circoscriveva la tutela della riservatezza alle sole manifestazioni riconducibili direttamente agli

⁵⁰⁷ I. A. COLUSSI, *Dati genetici e forze di polizia: intersezioni europee*, in L.S. Rossi (a cura di) *La protezione dei diritti fondamentali: Carta di Nizza e standards internazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 280.

⁵⁰⁸ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., pp. 65-66.

⁵⁰⁹ E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 17; G. GENNARI, *Privacy, genetica e zanzare indiscrete*, cit., p. 2634.

⁵¹⁰ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 78.

⁵¹¹ *Ivi*, pp. 78 ss.

⁵¹² G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Utet, Torino, 2007, pp. 200-201.

⁵¹³ G. GENNARI, *loc. ult. cit.*

⁵¹⁴ G. LAURIE, *Genetic privacy. A challenge to medico-legal norms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; Y. ERLICH, A. NARAYANAN, *Routes for breaching and protecting genetic privacy*, in *Nature*, 2014, vol. 15, pp. 409 ss.; P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in P. Tonini (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 52; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 8; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 67.

⁵¹⁵ M.T. ANNECCA, *op. ult. cit.*, p. 390.

⁵¹⁶ Il fondamento costituzionale è tradizionalmente rivenuto nell'articolo 2 Cost. Così C. Cost., sent. 12 aprile 1973, n. 38, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 362 ss.

⁵¹⁷ C. Cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 4647 ss.

⁵¹⁸ G. GENNARI, *Genetica forense e Codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, n. 5, p. 1187.

articoli 14 e 15 della Costituzione. All'elevazione della riservatezza a «diritto fondamentale riguardante la vita privata dei cittadini nei suoi molteplici aspetti»⁵¹⁹ corrisponde la necessità di «dare al diritto fondamentale alla riservatezza una tutela più intensa, rispetto a quella, rivelatasi insufficiente, del recente passato»⁵²⁰. In questa ricostruzione di maggior respiro⁵²¹, può intravedersi, peraltro, anche la tutela dell'identità genetica, quale componente dell'identità personale⁵²².

Nella normativa interna, però, non si rinvencono misure specifiche per realizzare la «tutela più intensa»⁵²³ incoraggiata dalla Consulta. Il Codice per la protezione dei dati personali⁵²⁴, che di dato genetico non dà una definizione⁵²⁵, dedica il Titolo II della Parte II al trattamento dei dati personali da parte della forze di polizia. Per quel che rileva nella materia di nostro diretto interesse, l'articolo 55 include i dati genetici tra i dati il cui trattamento in ambito giudiziario, «implica[ndo] maggiori rischi di un danno all'interessato»⁵²⁶, richiede la verifica⁵²⁷ e la comunicazione⁵²⁸ preliminari al Garante per la protezione dei dati personali, che prescriva le misure a garanzia dell'interessato⁵²⁹. Il successivo articolo 56 del Codice sancisce l'applicabilità

⁵¹⁹ C. Cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173, *cit.*

⁵²⁰ *Ibidem.*

⁵²¹ Confermata anche in C. Cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 320, in *Giur. cost.*

⁵²² A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1, pp. 141 ss.

⁵²³ C. Cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173, *cit.*

⁵²⁴ Adottato con d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

⁵²⁵ F. DI LELLA, *Ambiti di rilevanza e tutela dei dati genetici*, in *Dir. e giur.*, 2009, n. 4, p. 497.

⁵²⁶ Art. 55 “Particolari tecnologie” «1. Il trattamento di dati personali che implica maggiori rischi di un danno all'interessato, con particolare riguardo a banche di dati genetici o biometrici, a tecniche basate su dati relativi all'ubicazione, a banche di dati basate su particolari tecniche di elaborazione delle informazioni e all'introduzione di particolari tecnologie, è effettuato nel rispetto delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti ai sensi dell'articolo 17 sulla base di preventiva comunicazione ai sensi dell'articolo 39.»

⁵²⁷ Art. 17. “Trattamento che presenta rischi specifici” «1. Il trattamento dei dati diversi da quelli sensibili e giudiziari che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, è ammesso nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato, ove prescritti.

2. Le misure e gli accorgimenti di cui al comma 1 sono prescritti dal Garante in applicazione dei principi sanciti dal presente codice, nell'ambito di una verifica preliminare all'inizio del trattamento, effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti, anche a seguito di un interpello del titolare.»

⁵²⁸ Art. 39. Obblighi di comunicazione «1. Il titolare del trattamento è tenuto a comunicare previamente al Garante le seguenti circostanze: a) comunicazione di dati personali da parte di un soggetto pubblico ad altro soggetto pubblico non prevista da una norma di legge o di regolamento, effettuata in qualunque forma anche mediante convenzione;

b) trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute previsto dal programma di ricerca biomedica o sanitaria di cui all'articolo 110, comma 1, primo periodo.

2. I trattamenti oggetto di comunicazione ai sensi del comma 1 possono essere iniziati decorsi quarantacinque giorni dal ricevimento della comunicazione salvo diversa determinazione anche successiva del Garante.

3. La comunicazione di cui al comma 1 è inviata utilizzando il modello predisposto e reso disponibile dal Garante, e trasmessa a quest'ultimo per via telematica osservando le modalità di sottoscrizione con firma digitale e conferma del ricevimento di cui all'articolo 38, comma 2, oppure mediante telefax o lettera raccomandata.»

⁵²⁹ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, *cit.*, p. 51; M. GIALUZ, *La tutela della privacy nell'ambito del trattamento domestico dei dati genetici e della cooperazione informativa*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, *cit.*, pp. 190-191.

dell'articolo 10 commi 3, 4 e 5 della legge 10 aprile 1981, n. 121⁵³⁰ alle forme elettroniche di gestione e raccolta dei dati genetici⁵³¹; in base al rinvio a quelle norme, all'interessato deve essere assicurato direttamente l'accesso ai dati genetici che lo riguardano al fine di accertare la correttezza del trattamento. Il controllo sulle banche forensi del DNA prescritto dalla lettura complessiva di queste norme del Codice della *privacy* resta, tuttavia, solo «formale ed esterno»⁵³², limitandosi a prevedere il potere del Garante di impartire raccomandazioni sulle modalità di secretazione ed accesso ai dati⁵³³.

Né è pertinente il richiamo all'articolo 90⁵³⁴, unico articolo del Capo V del Titolo V, espressamente intitolato "Dati genetici". Ai sensi all'articolo 90, il Garante emana periodicamente un'Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici, i cui principi sono, però, espressamente rivolti agli esercenti le professioni sanitarie, agli organismi sanitari pubblici e privati, ai laboratori di genetica medica, agli enti o agli istituti di ricerca, alle associazioni e agli altri organismi pubblici e privati aventi finalità di ricerca, ai farmacisti⁵³⁵, mentre si rinvia a un futuro, apposito provvedimento la regolamentazione del trattamento dei dati genetici da parte dei soggetti pubblici in ambito giudiziario, per ragioni di giustizia, per finalità di difesa o di sicurezza dello Stato⁵³⁶. Nondimeno, può riconoscersi validità generale⁵³⁷ alla definizione di dato genetico, offerta dalla prima Autorizzazione del 2007⁵³⁸ e ribadita nelle successive⁵³⁹, come «dato che, indipendentemente dalla tipologia, riguarda la costituzione genotipica di un individuo,

⁵³⁰ «Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza».

⁵³¹ Art. 56. "Tutela dell'interessato" «1. Le disposizioni di cui all'articolo 10, commi 3, 4 e 5, della legge 10 aprile 1981, n. 121, e successive modificazioni, si applicano anche, oltre che ai dati destinati a confluire nel Centro elaborazioni dati di cui all'articolo 53, a dati trattati con l'ausilio di strumenti elettronici da organi, uffici o comandi di polizia.»

⁵³² G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, loc. ult. cit.

⁵³³ *Ivi*, pp. 51-52.

⁵³⁴ Art. 90. "Trattamento dei dati genetici e donatori di midollo osseo" «1. Il trattamento dei dati genetici da chiunque effettuato è consentito nei soli casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata dal Garante sentito il Ministro della salute, che acquisisce, a tal fine, il parere del Consiglio superiore di sanità.

2. L'autorizzazione di cui al comma 1 individua anche gli ulteriori elementi da includere nell'informativa ai sensi dell'articolo 13, con particolare riguardo alla specificazione delle finalità perseguite e dei risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati e al diritto di opporsi al medesimo trattamento per motivi legittimi.

3. Il donatore di midollo osseo, ai sensi della legge 6 marzo 2001, n.52, ha il diritto e il dovere di mantenere l'anonimato sia nei confronti del ricevente sia nei confronti di terzi.»

⁵³⁵ P. PERRI, *Le istituzioni di garanzia*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 152. Per un commento delle Autorizzazioni, si veda F. DI LELLA, *Ambiti di rilevanza e tutela dei dati genetici*, cit., pp. 14 ss.

⁵³⁶ P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in P. Tonini (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 52.

⁵³⁷ *Ibidem*.

⁵³⁸ Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 22 febbraio 2007.

⁵³⁹ Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 21 giugno 2011; Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 11 dicembre 2014.

ovvero i caratteri generali trasmissibili nell'ambito di un gruppo di individui legati da vincoli di parentela»⁵⁴⁰.

Di diretta rilevanza per la protezione dei dati genetici trattati nel contesto del processo penale è, invece, una Segnalazione del 2007, che il Garante ha emesso nell'esercizio della sua funzione consultiva ex articolo 154, comma 1, lettera f), del Codice della *privacy*⁵⁴¹, indirizzandola a Governo e Parlamento⁵⁴². In questo provvedimento, l'autorità elenca i principi che devono governare l'istituzione ed il funzionamento delle banche dati forensi del DNA; si tratta di principi che dovrebbero essere attuati da specifiche disposizioni a livello legislativo per assicurare «garanzie concrete, effettive ed inequivoche per le persone interessate»⁵⁴³.

Il trattamento e la conservazione dei dati genetici dovrebbe essere espressamente limitato, secondo il Garante, alle finalità di identificazione, in armonia a quanto previsto dal Trattato di Prüm. Per tale scopo, è sufficiente che siano oggetto di archiviazione solo le sequenze alfanumeriche, quindi i profili genetici; i relativi campioni biologici⁵⁴⁴ devono essere distrutti dopo l'esecuzione dell'analisi, che deve esser condotta tramite l'applicazione di sistemi di analisi che non consentano l'individuazione di patologie da cui sia affetto l'interessato. A proposito delle misure di sicurezza, il Garante prescrive che i soggetti abilitati all'accesso ai dati siano scelti in modo selettivo e solo in rapporto ad attività identificative disposte per legge e che siano assicurate la tracciabilità delle operazioni di accesso ai dati e periodiche procedure di controllo; stante la delicatezza delle informazioni, si demanda alla legge l'introduzione di disposizioni specifiche che assicurino un elevato livello di sicurezza e di qualità dei dati e dei sistemi. La disciplina ha il compito di definire le modalità attraverso cui gli interessati possono esercitare i diritti loro garantiti dal Codice per la protezione dei dati personali, quali accesso, aggiornamento, cancellazione dei dati. L'osservanza delle norme in materia di protezione dei dati personali deve essere assicurata dalla previsione per legge di un controllo istituzionale in capo al Garante⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ Tale definizione è mutuata dalla Raccomandazione R(97)5 del 13 febbraio 1997 Protection on medical data adottata dal Consiglio d' Europa, la quale recita: «tutti i dati, indipendentemente dalla tipologia, che riguardano i caratteri ereditari di un individuo o le modalità di trasmissione di tali caratteri nell' ambito di un gruppo di individui legati da vincoli di parentela.»

⁵⁴¹ Art. 154. «Compiti» «1. Oltre a quanto previsto da specifiche disposizioni, il Garante, anche avvalendosi dell'Ufficio e in conformità al presente codice, ha il compito di: ... f) segnalare al Parlamento e al Governo l'opportunità di interventi normativi richiesti dalla necessità di tutelare i diritti di cui all'articolo 2 anche a seguito dell'evoluzione del settore ...»

⁵⁴² Segnalazione al Parlamento e al Governo sulla disciplina delle banche dati del Dna a fini di giustizia del 19 settembre 2007, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1456163>

⁵⁴³ *Ibidem*.

⁵⁴⁴ Il Garante non tratta espressamente dei reperti organici, ma deve ritenersi che i principi espressi riguardo ai campioni biologici valgano anche per i reperti organici.

⁵⁴⁵ Per un commento si rinvia a C. COLAIACOVO, *Competenza del garante per la protezione dei dati personali sull'applicazione del Trattato di Prüm*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., pp. 182 ss.

11.2. La tutela della riservatezza nel contesto europeo

L'esigenza di un'adeguata tutela della riservatezza è desumibile dal complesso delle fonti sopranazionali intervenute in materia di raccolta e scambio dei dati relativi al DNA.

Già nel 1987, il Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione sull'uso dei dati personali in ambito di polizia⁵⁴⁶, ammetteva l'archiviazione dei dati personali limitatamente a quanto strettamente necessario al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalle autorità di polizia⁵⁴⁷, ordinandone la cancellazione quando quegli obiettivi si fossero esauriti⁵⁴⁸.

Il riconoscimento della centralità dei diritti individuali nella materia *de qua* è dovuto alla Raccomandazione del 1992, che si occupa in modo precipuo dell'uso del DNA nel contesto del sistema giudiziario penale. L'*Explanatory Memorandum*, con cui il documento si apre, paventa il rischio di un sacrificio eccessivo dei diritti e delle libertà individuali «*if the proper balance is not struck between opposite interests in accordance with what is necessary in a democratic society*»⁵⁴⁹. In linea con la ricerca di un temperamento adeguato a salvaguardare, in particolare, la *privacy*, il Consiglio d'Europa indica la regola generale della distruzione dei campioni biologici dopo la decisione definitiva del procedimento nel corso del quale sono stati acquisiti⁵⁵⁰. In via di eccezione, i campioni possono essere conservati, ad esempio se il titolare sia stato condannato per un reato grave «*against the life, integrity and security of a person*»⁵⁵¹, spettando ai singoli Stati Membri fissare i termini massimi di archiviazione. Invece, i reperti organici di cui non è stata possibile l'associazione a un soggetto, possono essere conservati fino alla definizione del procedimento nell'ambito del quale sono stati raccolti⁵⁵². Non è escluso *a priori* dalla Raccomandazione l'impiego dei campioni o reperti e dei relativi profili genetici per finalità diverse da quelle attinenti al processo penale, sia per ragioni di salute, su richiesta del soggetto a cui sono stati prelevati i campioni, sia per fini statistici o di ricerca, in tale ipotesi a seguito di completa anonimizzazione⁵⁵³.

⁵⁴⁶ Si rinvia a G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 52 e a F. CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, cit., p. 334.

⁵⁴⁷ Principio 3.

⁵⁴⁸ Principio 7.

⁵⁴⁹ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 53, nota n. 31.

⁵⁵⁰ *Ivi*, p. 53.

⁵⁵¹ Punto n. 8 “*Storage of samples and data*”. Si veda F. CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, loc. ult. cit.

⁵⁵² G. GENNARI, loc. ult. cit.; F. CASASOLE, loc. ult. cit.

⁵⁵³ Principio n. 3 “*Use of samples and information derived there from*”. Per un commento G. GENNARI, loc. ult. cit.; M. SCOLETTA, *La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 138, nota n. 15.

Invece, né il Trattato di Prüm né la Decisione 2008/615/GAI del Consiglio – con cui le disposizioni essenziali del Trattato sono recepite nel diritto dell’Unione⁵⁵⁴ – intervengono sulla tutela dei diritti dell’interessato con riferimento ai dati trattati a livello nazionale⁵⁵⁵. L’ambito applicativo delle norme sulla protezione dei dati personali, contenute nelle cosiddette Decisioni Prüm, è circoscritto ai dati trasmessi o resi disponibili tra gli Stati Membri e non riguarda il trattamento domestico⁵⁵⁶. Lo stesso approccio connota, peraltro, la Decisione 2008/977/GAI⁵⁵⁷ – adottata al fine di assicurare un elevato livello di protezione della *privacy* quando i dati personali siano trattati nell’ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale⁵⁵⁸ – i cui principi non possono invocarsi per definire le garanzie a tutela della riservatezza applicabili all’archiviazione ed al trattamento per gli scopi propri del diritto processuale penale interno⁵⁵⁹. La carenza di regole minime a cui ciascuno degli Stati deve conformarsi per la costituzione ed il funzionamento dei *DNA databases*, oltre che rendere difficoltoso lo stesso scambio transnazionale di informazioni, è criticabile e si inserisce in una più generale «tendenza a privilegiare le preoccupazioni securitarie rispetto alla tutela dei diritti fondamentali»⁵⁶⁰. Le indicazioni più specifiche sul rapporto tra banche dati forensi del DNA e protezione della riservatezza sono state espresse dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, nella sentenza *S. and Marper v. the United Kingdom* del 2008⁵⁶¹, che può fungere da strumento di integrazione delle lacune nelle fonti sinora analizzate⁵⁶². Prima di approfondire gli spunti per una disciplina, ricavabili dalla lettura di questo pronunciamento, sono opportune due sintetiche considerazioni.

⁵⁵⁴ Decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, in GUUE L 210 del 6 agosto 2008, pp. 1 ss. Contestualmente, le disposizioni normative per l’attuazione amministrativa e tecnica di questa Decisione erano previste nella Decisione 2008/616/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, relativa all’attuazione della decisione 2008/615/GAI sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, in GUUE L 210 del 6 agosto 2008, pp.12 ss. *Amplius* E. CALVANESE, *Adesione al Trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, cit., pp. 13 ss.

⁵⁵⁵ M. GIALUZ, *La tutela della privacy nell’ambito del trattamento domestico dei dati genetici e della cooperazione informativa*, cit., p. 187; I. A. COLUSSI, *Dati genetici e forze di polizia: intersezioni europee*, cit., p. 295.

⁵⁵⁶ F. COSTAMAGNA, *Banche dati del DNA e lotta contro il crimine: quale tutela per i diritti fondamentali in Europa?*, in *ISPI Policy Brief*, 2008, n. 197, p. 6.

⁵⁵⁷ Decisione quadro 2008/977/gai del consiglio del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell’ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, in GU L 350 del 30 dicembre 2008, pp. 60 ss.

⁵⁵⁸ F. COSTAMAGNA, *Banche dati del DNA e lotta contro il crimine: quale tutela per i diritti fondamentali in Europa?*, loc. ult. cit. Nello stesso senso, M. GIALUZ, *La tutela della privacy nell’ambito del trattamento domestico dei dati genetici e della cooperazione informativa*, loc. ult. cit.

⁵⁵⁹ G. GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 54.

⁵⁶⁰ F. COSTAMAGNA, *Banche dati del DNA e lotta contro il crimine: quale tutela per i diritti fondamentali in Europa?*, cit., p. 7.

⁵⁶¹ Corte eur. dir. uomo, sent. 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*.

⁵⁶² I. A. COLUSSI, *Dati genetici e forze di polizia: intersezioni europee*, cit., p. 294.

Anzitutto, giova considerare il pieno riconoscimento⁵⁶³ del diritto alla riservatezza nel sistema giuridico europeo, sia nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu, nel seguito della trattazione), il cui articolo 8 sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁵⁶⁴, sia nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁶⁵, negli articoli 7⁵⁶⁶ e 8⁵⁶⁷. Questa ultima norma, in particolare, è innovativa, perché introduce un inedito diritto alla protezione dei dati personali ed appositi strumenti di tutela⁵⁶⁸. È rilevante, inoltre, che l'articolo 7 della Carta di Nizza non riproduca le limitazioni del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ammissibili, invece, secondo la Cedu⁵⁶⁹. Oggi, anche alla luce della valorizzazione della Carta di Nizza nel Trattato di Lisbona⁵⁷⁰, la riservatezza riveste un «rango che si può definire “costituzionale”»⁵⁷¹ quando si tratta di dare applicazione del diritto europeo⁵⁷².

In secondo luogo, merita una breve notazione il valore «superlegislativo»⁵⁷³ accordato dalla Corte costituzionale alle norme convenzionali. In due note sentenze⁵⁷⁴, la Consulta ha ricondotto la Cedu all'articolo 117, comma 1 della Costituzione e, per tale via, le ha riconosciuto il rango di fonte interposta tra la legge ordinaria e la Costituzione stessa⁵⁷⁵; ma l'aspetto di maggior

⁵⁶³ F. COSTAMAGNA, *op. ult. cit.*, p. 2.

⁵⁶⁴ Art. 8 “Diritto al rispetto della vita privata e familiare” «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tali diritti se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

⁵⁶⁵ Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

⁵⁶⁶ Art. 7 “Rispetto della vita privata e familiare” «Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni.»

⁵⁶⁷ Art. 8 “Protezione dei dati di carattere personale” «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.»

⁵⁶⁸ F. COSTAMAGNA, *loc. ult. cit.*

⁵⁶⁹ I. A. COLUSSI, *Dati genetici e forze di polizia: intersezioni europee*, cit., p. 292.

⁵⁷⁰ L'art. 6 del TUE ne afferma il valore giuridico vincolante. C. COLAIACOVO, *Competenza del garante per la protezione dei dati personali sull'applicazione del Trattato di Prüm*, cit., p. 174.

⁵⁷¹ *Ibidem.*

⁵⁷² Stante l'articolo 51 comma 1 della Carta di Nizza: «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati.»

⁵⁷³ I. A. COLUSSI, *Dati genetici e forze di polizia: intersezioni europee*, cit., p. 297.

⁵⁷⁴ C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348 in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3508 ss.; C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, pp. 3555 ss. Per un commento si rinvia, *ex plurimis*, a R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti Cedu: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 205 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. e soc.*, 2009, pp. 213 ss.; G. UBERTIS, *La “rivoluzione d'ottobre” della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 19 ss.

⁵⁷⁵ G. GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 55.

interesse, ricavabile dalle pronunce, è che le norme della Convenzione rilevano nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo⁵⁷⁶.

Alla luce di queste considerazioni preliminari, devono ritenersi vincolanti anche nel nostro ordinamento⁵⁷⁷ le statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, di seguito riportate, sulla tutela della *privacy* delle persone le cui informazioni genetiche siano archiviate in banche dati.

Quindi, pur pronunciandosi sull'ordinamento inglese, il dispositivo e la motivazione⁵⁷⁸ di *S. and Marper* enunciano principi dalla portata assolutamente generale⁵⁷⁹, dalla cui considerazione non può prescindere un intervento normativo in materia di banche dati forensi del DNA.

Il caso ha per oggetto la legislazione allora vigente in Regno Unito, che ammetteva la conservazione illimitata del DNA di qualunque soggetto fosse stato sottoposto a prelievo biologico in connessione con un reato, anche se solo sospettato⁵⁸⁰. Di entrambi gli *applicants* – S., minore accusato di tentato furto e Marper, di violenza sessuale – era stata esclusa la colpevolezza all'esito dei procedimenti. Di fronte al rifiuto delle forze di polizia di eliminare dal *National DNA Database* i campioni biologici prelevati in occasione dell'arresto, erano instaurati tre giudizi civili, rispettivamente dinanzi all'Alta Corte, alla Corte d'Appello e alla *House of Lords*, che si concludevano con il rigetto delle istanze⁵⁸¹. Secondo i giudici inglesi, la compressione della *privacy* era giustificabile ai sensi del secondo paragrafo dell'articolo 8 della Cedu, perché rispondente all'esigenza, necessaria in una società democratica, di prevenzione dei reati⁵⁸².

La Corte europea dei diritti dell'uomo, interrogata sulla compatibilità delle previsioni anglosassoni con gli articoli 8 e 14⁵⁸³ della Convenzione, vi ravvisa, invece, una violazione non giustificata del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Il punto di partenza del ragionamento è la ricostruzione del significato di *private life*, rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie di cui all'articolo 8 Cedu, affermatasi nella giurisprudenza

⁵⁷⁶ I. A. COLUSSI, *op. ult. cit.*, p. 299; G. GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 55.

⁵⁷⁷ A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, *cit.*, p. 166.

⁵⁷⁸ A. M. CAPITTA, *loc. ult. cit.*

⁵⁷⁹ G. GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 56.

⁵⁸⁰ V. SELLAROLI, *Il caso "S. and Marper" e la Corte europea: il DNA e il bilanciamento tra opposte esigenze in una società democratica*, in *Legisl. pen.*, 2009, n. 4, pp. 639 ss.

⁵⁸¹ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, *cit.*, pp. 170 ss.

⁵⁸² G. GENNARI, *loc. ult. cit.*

⁵⁸³ Art. 14 "Divieto di discriminazione" «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.»

della stessa Corte: la nozione non si presta a una definizione esaustiva⁵⁸⁴, includendo molteplici aspetti dell'identità fisica e sociale⁵⁸⁵.

In riferimento alla fattispecie in questione, la Corte conferma un proprio precedente⁵⁸⁶, in cui già aveva avuto occasione di statuire che le informazioni relative al DNA non sono “neutrali”, a causa dell'elevato potere identificativo del titolare. In *S. and Marper*, si aggiunge che la circostanza che il materiale biologico consenta di risalire alle relazioni biologiche è da ritenersi di per sé sufficiente a qualificare la sua conservazione come un'interferenza nel diritto di cui all'articolo 8⁵⁸⁷.

Si tratta, quindi, di accertare se l'interferenza riscontrata possa dirsi legittima, tale da rientrare nelle eccezioni consentite dal paragrafo 2 dello stesso articolo 8⁵⁸⁸, che la Corte ripercorre con specifico riguardo alla conservazione delle informazioni genetiche in banche nazionali del DNA. In via generale, l'archiviazione dovrebbe essere prevista dalla legge, che deve elencare, in modo dettagliato, le condizioni e le modalità della conservazione e del trattamento, la durata della conservazione, dell'utilizzo e dell'accessibilità delle informazioni da parte di terzi, le modalità di distruzione⁵⁸⁹.

La disciplina, oltre a dover essere chiara e dettagliata stando all'esposto principio di legalità, dovrebbe rispettare il requisito dello «scopo legittimo»⁵⁹⁰; le misure in commento sono, quindi, ammissibili solo se preordinate al perseguimento di determinate finalità, che la disciplina si deve far carico di indicare in modo esplicito, individuandoli, secondo gli esempi della stessa Corte, nella prevenzione di reati particolarmente gravi, oppure in ragioni di ordine pubblico o sicurezza sociale⁵⁹¹.

L'ultima verifica di legittimità delle misure concerne la loro necessità in una società democratica, che un radicato orientamento della Corte europea⁵⁹² raccorda con la proporzionalità dell'ingerenza rispetto allo scopo legittimo dichiarato⁵⁹³. La conservazione dei campioni e dei dati genetici può dirsi proporzionata, secondo la Corte, quando è mantenuta entro limiti

⁵⁸⁴ G. GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 57.

⁵⁸⁵ Corte eur. dir. uomo, sent. 7 febbraio 2002, Mikulic. c. Croazia. Per una disamina delle principali sfaccettature che la nozione di vita privata ha assunto nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si veda I. A. COLUSSI, *op. ult. cit.*, pp. 282 ss.

⁵⁸⁶ Corte eur. dir. uomo, sent. 7 dicembre 2006, Van der Velden c. Paesi Bassi.

⁵⁸⁷ M. MONTAGNA, A. MANONI, *Prova del DNA, conservazione di dati personali e censure della Corte europea dei diritti dell'uomo nei riguardi del Regno Unito*, in *diritti-cedu.unipg.it*, p. 5.

⁵⁸⁸ A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo, cit.*, p. 150.

⁵⁸⁹ *Ibidem*. Nel medesimo senso, I. A. COLUSSI, *op. ult. cit.*, pp. 286-287.

⁵⁹⁰ Art. 8 § 2 Cedu.

⁵⁹¹ I. A. COLUSSI, *op. ult. cit.*, p. 287.

⁵⁹² Sin da Corte eur. dir. uomo, sent. 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno Unito.

⁵⁹³ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, p. 151.

temporali coerenti con il principio di finalità⁵⁹⁴ e motivata dalla legislazione nazionale sulla base di un parametro di ragionevolezza⁵⁹⁵.

Così tratteggiati i presupposti che rendono accettabili le limitazioni della *privacy* genetica, la Corte conclude nel senso che «il potere incondizionato ed indiscriminato di conservazione dei profili genetici di persone sospettate, ma mai riconosciute responsabili di alcuna condotta illecita, manca l'obiettivo di un giusto equilibrio tra i concorrenti interessi pubblici e privati»⁵⁹⁶. Dunque, non può dirsi giustificata, alla luce, in particolare, del principio di necessità in una società democratica, la conservazione illimitata di campioni biologici e profili genetici, ammessa dalla legislazione inglese, anche rispetto a persone innocenti⁵⁹⁷.

Se ne ricava che la protezione del diritto al rispetto della vita privata e familiare deve tradursi in tempi di conservazione del DNA precisamente delimitati dalle legislazioni nazionali⁵⁹⁸.

La giurisprudenza della Corte europea e le fonti sovranazionali, nel loro complesso, sembrano ruotare attorno al principio di proporzionalità, per cui il bilanciamento realizzato a livello legislativo può comportare «il sacrificio della soluzione tecnicamente più efficiente»⁵⁹⁹, ove tale soluzione pregiudichi eccessivamente il diritto individuale alla riservatezza.

Nella prospettiva opposta, l'ENFSI⁶⁰⁰ raccomanda di procedere all'archiviazione non solo dei profili genetici – che sarebbe di per sé sufficienti a soddisfare lo scopo identificativo⁶⁰¹ – ma anche dei campioni biologici, sul presupposto che l'avanzamento delle ricerche e delle tecnologie potrebbe consentire analisi sempre più precise⁶⁰².

È proprio il trattamento del campione, però, che presenta rischi effettivi di violazione dei diritti individuali⁶⁰³, per cui parrebbe, al contrario, opportuno distruggerlo subito dopo l'analisi⁶⁰⁴,

⁵⁹⁴ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 174.

⁵⁹⁵ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, p. 153. La Corte aveva, infatti, escluso la violazione dell'articolo nel sistema francese di registrazione della residenza dei soggetti condannati per reati sessuali, in quanto l'interferenza poteva dirsi giustificata in virtù della gravità dei reati perseguiti e accompagnata da garanzie sufficienti per il titolare dei dati; così in Corte eur. dir. uomo, sent. 17 dicembre 2009, Bouchacourt c. Francia.

⁵⁹⁶ Corte eur. dir. uomo, sent. 4 dicembre 2008, cit., tradotta da G. GENNARI, *loc. ult. cit.*

⁵⁹⁷ M. MONTAGNA, A. MANONI, *Prova del DNA, conservazione di dati personali e censure della Corte europea dei diritti dell'uomo nei riguardi del Regno Unito*, cit., p. 5.

⁵⁹⁸ A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA: questioni in tema di alimentazione, trattamento e accesso, presupposti, cancellazione e tempi di conservazione (artt. 5-15 l. n. 85/09)*, in *Pol. dir.*, 2011, n. 3, pp. 448-449.

⁵⁹⁹ *Ivi*, p. 58.

⁶⁰⁰ ENFSI Recommendation No. 31 in *DNA Database management review and recommendations*, ENFSI DNA Working Group, April 2016 disponibile a link: http://www.enfsi.eu/sites/default/files/documents/final_version_enfsi_2016_document_on_dna-database_management_0.pdf

⁶⁰¹ A. MONTI, *Conservazione dei campioni biologici e tutela dei diritti fondamentali della persona*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 55.

⁶⁰² S. QUATTROCOLO, *I risvolti attuativi delle novelle in tema di prelievi coattivi: raccolta di campioni su incapaci; verbalizzazione delle operazioni; distruzione dei campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 338.

⁶⁰³ A. MONTI, *Conservazione dei campioni biologici e tutela dei diritti fondamentali della persona*, *loc. ult. cit.*

come suggerito dalla Raccomandazione del 1992, anche a fronte della possibilità di poterlo, di regola, nuovamente acquisire⁶⁰⁵.

12. L'archiviazione e il trattamento di dati genetici: il rispetto della presunzione d'innocenza

La vicenda esaminata in *S. and Marper* induce ulteriori valutazioni, che superano la compatibilità delle banche dati forensi del DNA con il solo diritto alla *privacy* ed attengono alla garanzia della presunzione di innocenza.

Le considerazioni in materia sono sviluppate dalla Corte europea nell'ambito dell'analisi della doglianza relativa all'articolo 8 e non in riferimento alla contestazione, ritenuta assorbita⁶⁰⁶, sulla disparità di trattamento di cui all'articolo 14 Cedu, né chiamando direttamente in causa la presunzione di innocenza, di cui all'articolo 6 paragrafo 2⁶⁰⁷, nemmeno invocato dai ricorrenti.

La Corte di Strasburgo rileva, comunque, la sussistenza di un nesso tra la conservazione indefinita del DNA di soggetti non condannati oppure mai sospettati e la presunzione di non colpevolezza. Più precisamente, si afferma che la perdurante detenzione dei campioni biologici e dei profili genetici dei ricorrenti, nei confronti dei quali non è stata emessa sentenza di condanna, alimenta la percezione che non fossero completamente innocenti⁶⁰⁸. In altre parole, vi è un rischio di stigmatizzazione nella conservazione delle informazioni genetiche di persone riconosciute innocenti alle stesse condizioni – ossia, nel caso inglese, senza limiti di tempo – dei soggetti condannati⁶⁰⁹.

Tali statuizioni sono coerenti con la precedente giurisprudenza della Corte europea: si è andata via via affermando un'interpretazione estensiva della nozione di presunzione di innocenza, i cui effetti garantistici si propagano anche oltre i confini del processo penale⁶¹⁰. In virtù di tale «valenza extraprocessuale»⁶¹¹, la protezione offerta dall'articolo 6 Cedu abbraccia anche le espressioni di sospetto pronunciate dopo la chiusura del procedimento⁶¹². In particolare, la Corte ha ritenuto violato il principio della presunzione di innocenza ove, nonostante la conclusione del

⁶⁰⁴ N. VAN CAMP, K. DIERICKX, *The retention of forensic DNA samples: a socio-ethical evaluation of current practices in the EU*, in *Journal of Medical Ethics*, 2008, n. 34, p. 608.

⁶⁰⁵ A. COCITO, *L'ambito definitivo*, cit., p. 50.

⁶⁰⁶ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, p. 155.

⁶⁰⁷ Art. 6 “Diritto ad un processo equo” «... 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata ...»

⁶⁰⁸ L. CAMPBELL, *Criminal labels, the European Convention on human rights and the presumption of innocence*, in *Modern Law Review*, 2013, n. 4, p. 689.

⁶⁰⁹ A. GALETTA, *The changing nature of the presumption of innocence in today's surveillance societies: rewrite human rights or regulate the use of surveillance technologies?*, in *European Journal of Law and Technology*, 2013, n. 4, p. 5.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ P. PAULESU, *La presunzione d'innocenza tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in A. Balsamo, R.E. Kostoris (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 134.

⁶¹² L. CAMPBELL, p. 1.

procedimento con proscioglimento o archiviazione, la decisione giudiziale riflettesse un'opinione di colpevolezza⁶¹³ oppure l'intervento delle autorità nazionali sfociasse in trattamenti non coerenti con la riconosciuta innocenza⁶¹⁴.

Nel sistema convenzionale, dunque, la presunzione di innocenza opera, oltre che come regola di giudizio, come regola di trattamento⁶¹⁵ ed esprime l'interesse a non essere stigmatizzati dallo Stato⁶¹⁶.

In *S. and Marper*, la dimensione «*reputation-related*»⁶¹⁷ della presunzione di innocenza si raccorda, in realtà, con la tutela dell'immagine e quindi con l'articolo 8⁶¹⁸, mentre non è riconosciuta la violazione dell'articolo 6, che avrebbe, invece, determinato garanzie più di ampie rispetto a quelle relative alla sola tutela della riservatezza⁶¹⁹.

Nondimeno, il ragionamento della Corte è di interesse perché se ne ricava l'incompatibilità con il sistema Cedu della conservazione del DNA di persone innocenti, in quanto mai indagate oppure destinatarie di pronunce di proscioglimento o archiviazione. Anche a non voler invocare direttamente la presunzione di innocenza, suscita perplessità, sotto il profilo della ragionevolezza, che riceva il medesimo trattamento della persona condannata chi non è mai stato indagato, oppure chi è stato indagato, ma «da subito ritenuto non meritevole di un processo per carenza di elementi»⁶²⁰. È vero che, in quest'ultimo caso, si tratta di formule terminative revocabili, ma la definitività o meno della pronuncia appare «appiglio ... del tutto formale»⁶²¹ per sostenere una prognosi di pericolosità.

Il DNA di questi soggetti andrebbe distrutto subito⁶²², per evitare di «livellare la popolazione sotto una comune etichetta di “sospettati”»⁶²³.

In ossequio al più volte richiamato principio di proporzionalità, insomma, il trattamento delle informazioni genetiche – in particolare il limite temporale della loro conservazione – deve essere modulato secondo parametri di natura oggettiva e soggettiva⁶²⁴, ovvero in base al tipo o alla gravità del commesso reato e allo *status* processuale dei titolari.

⁶¹³ Corte eur. dir. uomo, sent. 25 marzo 1983, Minelli c. Svizzera; Corte eur. dir. uomo, sent. 28 ottobre 2003, Baars c. Paesi Bassi. Si veda A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, p. 158.

⁶¹⁴ Corte eur. dir. uomo, sent. 10 febbraio 1995, Allenet de Ribemont c. Francia.

⁶¹⁵ Analogamento, in riferimento alla presunzione di innocenza nel processo penale interno si veda G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, *cit.*, pp. 28 ss.

⁶¹⁶ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, p. 159.

⁶¹⁷ A. GALETTA, *loc. ult. cit.*

⁶¹⁸ *Ibidem*.

⁶¹⁹ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, pp. 159-160.

⁶²⁰ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, *cit.*, p. 2636.

⁶²¹ *Ibidem*.

⁶²² A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA*, *cit.*, p. 449.

⁶²³ *Ibidem*.

⁶²⁴ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, pp. 177 ss.; A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA*, *loc. ult. cit.*

CAPITOLO SECONDO

DIRITTI E INDAGINI GENETICHE NEL PROCESSO PENALE: PROPOSTA DI UN MODELLO DI DISCIPLINA

1. Cenni introduttivi

Dalle riflessioni condotte nel primo capitolo è emerso con nitidezza che una normativa sull'uso del DNA in ambito giudiziario penale deve essere corredata da precise disposizioni a tutela della sfera personale, che ne risulta coinvolta in una duplice prospettiva¹.

L'atto investigativo o probatorio di acquisizione di campioni biologici da vivente chiama in causa il diritto alla tutela della libertà personale, oltre che la salvaguardia della salute, dell'integrità fisica e della dignità della persona, con cui collide un accertamento avente direttamente per oggetto il corpo della persona, qual è il prelievo biologico; la raccolta di tracce organiche, invece, non richiede alcun contatto con la persona fisica ed esula dalle considerazioni sulla necessità di tutelare tali diritti.

L'analisi del DNA e il trattamento dei dati, risultanti tanto dal prelievo quanto dalla repertazione, sono passaggi dell'indagine forense del DNA in cui è prevalente l'esigenza di tutelare la riservatezza del titolare dei dati e dei suoi consanguinei.

Comune a tutte le fasi è, poi, la necessità di ricercare soluzioni legislative ed interpretative che realizzino un appropriato temperamento tra gli interessi di accertamento e il rispetto delle garanzie difensive.

Inoltre, dagli approfondimenti svolti è emerso che l'indagine genetica è operativamente un procedimento complesso e articolato in fasi, per ciascuna delle quali è indispensabile una disciplina puntuale degli aspetti peculiari e problematici². Si è profilata, cioè, l'esigenza che una riforma della materia recepisca le criticità tecniche che rischiano di rendere l'accertamento inefficace e dunque inutile in sede forense³.

L'obiettivo del presente capitolo è la definizione di un modello di riferimento, che soddisfi le istanze di salvaguardia sottese a ciascuna delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e tenga debito conto degli aspetti applicativi. Si tratta di una proposta *de iure condendo* con cui è destinata a confrontarsi qualsiasi disciplina che intervenga sul punto.

¹ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 193.

² P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di) *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Cedam, Padova, 2010, p. 409.

³ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità: aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 99.

Ai fini di questa elaborazione, devono essere ponderate le opinioni dottrinali e le proposte della letteratura genetico-forense; rilevano, altresì, la via seguita dal legislatore nazionale per istituti limitrofi, la cornice sovranazionale di tutela della persona e gli spunti estrapolabili, con i dovuti adattamenti, da talune legislazioni straniere.

2. Prelievo biologico coattivo: proposta di un modello di disciplina

L'inquadramento del prelievo biologico coattivo nell'ambito del processo penale permette di proporre le linee conduttrici di una disciplina che realizzi un bilanciamento accettabile tra la protezione dei diritti del soggetto passivo e le istanze di accertamento del fatto.

Indicazioni vincolanti per l'iniziativa legislativa⁴ provengono, anzitutto, dall'articolo 13, comma 2, della Costituzione e discendono dalla qualificazione processualpenalistica del prelievo biologico come misura incidente sulla libertà personale. In ossequio alle garanzie della riserva di legge e di giurisdizione, l'esecuzione coattiva del prelievo biologico deve essere disciplinata con legge ordinaria, che ne deve indicare tassativamente i «casi» e i «modi» e consentire l'adozione solo con atto motivato del giudice⁵.

Il tentativo di riempire di contenuto gli strumenti di tutela della libertà personale, rispetto alla materia di nostro specifico interesse, deve prendere le mosse dalle statuizioni della Corte Costituzionale nella sentenza 27 giugno 1996, n. 238⁶. Nella pronuncia in parola, il significato di queste garanzie è valorizzato al massimo grado⁷ e il legislatore ordinario vi può trovare tratteggiate le coordinate per una disciplina del prelievo biologico coattivo.

A connotare in senso peculiare la disciplina del prelievo biologico è la constatazione della sua attitudine a collidere con altri diritti individuali, in specie ad invadere la «sfera corporale»⁸; la natura ablativa⁹ del prelievo biologico, cioè, fa scaturire l'esigenza di un'«attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione dei casi e dei modi»¹⁰.

Peraltro, prima di delineare quali siano i requisiti di una normazione particolarmente «attenta»¹¹ in materia, rispetto a quella riservata a una «comune» restrizione della libertà personale, pare opportuno recuperare dal primo capitolo un'osservazione, che concorre a definire l'ambito di intervento di una disciplina. Giova, cioè, ribadire che il ragionamento svolto dalla Corte a proposito del prelievo ematico – che è il tipo di prelievo a costituire oggetto del caso specifico

⁴ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 26.

⁵ V. GREVI, voce *Libertà personale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali, Volume V*, Treccani, Roma, 1996, pp. 297 ss.

⁶ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2142 ss.

⁷ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc., cit.*, p. 1093.

⁸ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*

⁹ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo, cit.*, p. 32.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ C. cost., sent. 19 luglio 1996, n. 257, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 410 ss.

giunto al vaglio di costituzionalità – è suscettibile di estensione al prelievo biologico coattivo, in generale¹²; anzi, si è osservato che, con la sentenza n. 238, «di fatto la Consulta ha “creato” la categoria degli accertamenti corporali coattivi»¹³, rispetto alla quale il prelievo ematico è una delle *species*¹⁴.

2.1. Prelievo biologico coattivo e libertà personale

Rispetto alle «garanzie di base»¹⁵, dunque, all'esecuzione coattiva del prelievo biologico dovrebbe corrispondere un'attuazione più intensa¹⁶ della riserva di legge; si tratta di una proiezione di quel principio di proporzionalità, di cui si è sostenuto, sin da epoca risalente¹⁷, il riconoscimento implicito nell'articolo 13 della Costituzione, quale condizione di legittimità degli strumenti di intervento del potere pubblico nell'ambito della libertà personale¹⁸. In base a tale principio, il legislatore modula diversamente la relativa disciplina¹⁹, a seconda dell'entità dell'intrusione nella libertà dell'individuo.

A livello lessicale, innanzitutto, la definizione legislativa dei «casi» e dei «modi» deve brillare per precisione e analiticità, sforzandosi di rifuggire clausole vaghe, generiche o «semanticamente “dilatate”»²⁰ e di contemplare ogni aspetto rilevante della misura²¹.

L'elevato grado di dettaglio del dettato legislativo non è, di per sé, risolutivo²². È decisivo che l'iniziativa legislativa impronti il ricorso alla coazione per l'espletamento del prelievo biologico a un criterio di «residualità estrema»²³, ammettendolo solo laddove il materiale biologico non sia

¹² R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, cit., p. 1093; V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 3, 1997, p. 362; G. UMANI RONCHI, *Marcia indietro dell'Italia sul test del DNA: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *Guida dir.*, 1996, n. 30, pp. 67 ss.; M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati*, 2007, n. 4, p. 456.

¹³ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 5, p. 615.

¹⁴ S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 11, p. 3563.

¹⁵ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in R. E. Kostoris, R. Orlandi (a cura di) *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 334. Secondo l'Autore, le garanzie imposte dalla eventuale invasività di una misura incidente sulla libertà personale sono «da assicurare, *indipendentemente* da quelle fissate a tutela della libertà personale in ordine ai casi e ai modi della sua compressione»; *ivi*, p. 335.

¹⁶ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 467.

¹⁷ L. ELIA, *Libertà personale e misure prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 64.

¹⁸ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti, La prova per le fattispecie penali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 12; M. CAIANELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 3-4, p. 147.

¹⁹ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, p. 334; A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pp. 196-197.

²⁰ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 75.

²¹ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, pp. 459-460.

²² C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 35, nota n. 41, ove sottolinea criticamente i rischi del tentativo di affinare, oltre un certo grado, la precisione lessicale, anche per le ricadute sulla disciplina delle misure limitative in generale, che non dovrebbe, in base a tale ragionamento, poter essere affidata a formule troppo generiche, sulla base della minor entità del sacrificio.

²³ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 467, che parla anche di una sorta di doppia *extrema ratio*.

altrimenti reperibile²⁴ ed esclusivamente se il contributo cognitivo ricavabile dal prelievo sia irrinunciabile per l'accertamento del fatto²⁵. La determinazione legislativa dei «casi», cioè, deve essere improntata al canone della stretta ed assoluta indispensabilità, che lo renda illegittimo ogniquale volta siano disponibili altre modalità, ugualmente in grado di soddisfare le esigenze investigative o probatorie, ma capaci di preservare i diritti soggettivi con cui collide il prelievo coattivo²⁶. In materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, la cui disciplina già contempla analogo requisito, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'assoluta indispensabilità dell'acquisizione attiene «all'effettiva utilità dei risultati, poiché ... può essere autorizzata qualora si dimostri essenziale per la prosecuzione delle investigazioni e non si configurano alternative alla raccolta degli elementi probatori con essa conseguiti»²⁷. In questo senso, in Regno Unito il prelievo di campioni è ammesso, solo se vi siano «*reasonable grounds*» per ritenere che dal prelievo biologico si otterrà una conferma oppure una confutazione della colpevolezza dell'indiziato²⁸.

Inoltre, il legislatore ordinario deve impegnarsi nella selezione di delitti gravi, la cui persecuzione giustifichi l'impiego di mezzi coercitivi; lo spettro dei «casi» va, dunque, ulteriormente circoscritto in funzione della serietà dell'illecito perseguito, deducibile dal livello di pena edittale²⁹ oppure dalla «qualità» dell'illecito stesso³⁰. Quest'ultima opzione è stata accolta nell'articolo 706-56 del codice di procedura penale francese³¹, che ammette l'esecuzione del prelievo biologico senza consenso nei confronti dei sospettati dei delitti di violenza sessuale e di terrorismo, elencati nell'articolo 706-55,³². Il § 81g Stra[prozeßordnung]³³ tedesco

²⁴ Ad esempio se il profilo genetico è già archiviato oppure qualora sia possibile raccogliere reperti ascrivibili con certezza alla persona. Per C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 38, e P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, *cit.*, p. 221, alla coazione deve essere preferita l'acquisizione di informazioni da cartelle cliniche o altra documentazione medica.

²⁵ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 4, p. 1430.

²⁶ C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice*, in *Guida dir.*, n. 30, 2009, p. 73; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 267.

²⁷ Cass. pen., sez. III, 23 maggio 1997, Bormolini, in *CED Cass.*, n. 208634. In chiave, invece, critica M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1225.

²⁸ Section 62 (1), Part V del *Police and Criminal Evidence Act*.

²⁹ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, *cit.*, p. 39. Anche in questo presupposto si riconosce la tecnica di redazione normativa già usata per le intercettazioni. *Contra* P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, *cit.*, p. 624, osserva che l'accertamento dei fatti è interesse generale che prescinde dalla gravità del reato.

³⁰ E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2008, p. 165; analogamente D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, n. 4, p. 1039.

³¹ Introdotto dalla legge 25 giugno 2001, n. 2001-539136, come modificata dalla successiva legge 18 marzo 2003, n. 2003-239.

³² Anche se l'originaria impostazione è stata via via allargata anche ai reati a sfondo sessuale e a quelli contro la persona e la proprietà. Si vedano: E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, *cit.*, p. 180; P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale*, p. 191.

³³ Introdotto dalla legge di riforma del codice di procedura penale tedesco del 7 settembre 1998 in materia *DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*.

circoscrive il prelievo biologico coattivo ai casi in cui si profili la sua necessità per l'accertamento di gravi reati, anche in tal caso elencati, ma rimette la decisione finale al giudice, che valuta se la personalità dell'indagato, le modalità del fatto o altre circostanze lascino presumere che il soggetto commetterà nuovamente il medesimo reato³⁴. Il modello tedesco è richiamato da chi ritiene che il solo limite edittale sia uno «sbarramento debole»³⁵ all'esecuzione del prelievo coattivo, che dovrebbe essere subordinata, in aggiunta, alla sussistenza di indizi gravi di colpevolezza³⁶.

Una legislazione che concepisca l'esecuzione coattiva del prelievo biologico come *extrema ratio*³⁷ sarebbe coerente³⁸ con la Raccomandazione del Consiglio d'Europa sull'uso dei dati personali in ambito di polizia³⁹, che invita gli Stati Membri a limitare il ricorso all'indagine genetica ai casi giudiziari in cui è «necessario per la prevenzione di un pericolo concreto o per la repressione di una determinata infrazione penale»; a sua volta, la successiva Risoluzione del Parlamento europeo sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica⁴⁰ ne ammette l'uso nei procedimenti penali «in via eccezionale – ed esclusivamente su decisione del giudice – in settori specificamente delimitati»⁴¹.

Sebbene l'esortazione della Corte alla speciale attenzione del legislatore si riferisca in modo particolare alla riserva di legge, lo stesso rigore deve connotare l'attuazione della riserva di giurisdizione: la decisione sul prelievo coattivo deve essere riservata da una legge al giudice⁴², anche laddove l'esigenza di procedervi emerga nel corso delle indagini preliminari⁴³; la motivazione giudiziale deve dare conto delle ragioni che giustificano l'invasione della libertà corporale⁴⁴, rendendola imprescindibile nella situazione specifica.

³⁴ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009, p. 146; E. GALLI, *L'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. La delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria (legge 30 giugno 2009, n. 85)*, in D. Fondaroli (a cura di) *Nuove strategie di polizia per una "società aperta"*, Cedam, Padova, 2011, p. 55.

³⁵ A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1430.

³⁶ V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi creato dalla sentenza n. 238 del 1996*, *cit.*, p. 364; R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, *cit.*, p. 1095; P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

³⁷ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, *cit.*, p. 467; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, *cit.*, p. 267.

³⁸ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 52.

³⁹ Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (87) 15 del 17 settembre 1987.

⁴⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1989 sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica.

⁴¹ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione (doc. A 2-327/88) sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica*, in *Med. mor.*, 1989, n. 3, pp. 579 ss.; il rilievo è di C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, *cit.*, p. 38, nota n. 47.

⁴² C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice*, *cit.*, p. 68; A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1432.

⁴³ *Contra* M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, *cit.*, p. 269.

⁴⁴ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 476, con il vantaggio di poter sanzionare l'assenza di tale motivazione o la sua eccessiva laconicità.

Altrettanto scrupolosa, poi, deve essere l'individuazione legislativa dei «modi» nonché, come emerge in un altro passaggio della stessa sentenza, dei «tipi di misure» adottabili. In tale direzione, devono essere tassativamente elencati i tipi di materiale biologico prelevabili e specificato il procedimento per il cui tramite avviene il prelievo⁴⁵.

2.2. Prelievo biologico coattivo, salute, integrità fisica e dignità: proposta di un modello di disciplina

Quanto alla individuazione dei «modi» e dei «tipi», il tentativo legislativo di bilanciamento deve realizzarsi con la tutela di situazioni giuridiche ulteriori rispetto alla libertà personale, richiamate espressamente nella sentenza n. 238, in particolare con la tutela della salute e dell'integrità fisica della persona e della sua dignità. A tali valori il legislatore deve assicurare adeguata protezione, attraverso la predisposizione di garanzie *ad hoc*, aggiuntive a quelle previste in favore della libertà personale⁴⁶.

La protezione della salute e dell'integrità fisica del soggetto passivo del prelievo biologico coattivo è assicurata da disposizioni che precisino la qualifica dei soggetti adibiti all'immobilizzazione⁴⁷ e le competenze del personale adibito alla sua esecuzione, preferibilmente individuandolo in professionisti sanitari adeguatamente formati e specializzati per la raccolta di campioni da vivente⁴⁸. Il codice di rito già consente che l'ispezione personale possa essere svolta «per mezzo di un medico»⁴⁹; a causa della peculiarità dei beni aggrediti dal prelievo biologico coattivo, la sua esecuzione ad opera di professionisti sanitari dovrebbe essere resa obbligatoria, assistita da sanzioni processuali per il divieto⁵⁰. In Regno Unito, il *Police and Criminal Evidence Act* del 1984 ammette il prelievo – sia coattivo che consensuale – di determinati tipi di campioni⁵¹ «*only by a registered medical practitioner; or a registered health care professional*»⁵².

⁴⁵ F. RATTO TRABUCCO, *La costituzionalità delle modalità di prelievo coattivo di materiale biologico per l'estrazione del profilo del DNA: tampone buccale versus puntura digitale*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, Cedam, Padova, 2011, pp. 164 ss.

⁴⁶ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 335.

⁴⁷ F. RATTO TRABUCCO, *La costituzionalità delle modalità di prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 177 osserva che non è ipotizzabile che vi proceda lo stesso professionista sanitario incaricato dell'acquisizione del campione biologico.

⁴⁸ M. CINGOLANI, *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte Costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, nn. 4-5, p. 877; R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, loc. cit.; per M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, pp. 478-479, dovrebbe procedervi il personale sanitario dell'ASL, che abbia competenze specifiche per il prelievo, onde garantire il miglior esito dell'operazione.

⁴⁹ Art. 245 co. 3 c.p.p.; parla di «esercente la professione sanitaria» l'articolo 79 disp. att. cp.p.p.

⁵⁰ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 478.

⁵¹ I campioni c.d. *intimate* su cui *infra*, in questo paragrafo.

⁵² *Section 62 (9A) del Police and Criminal Evidence Act del 1984.*

Accanto a quelle soggettive, devono essere introdotte garanzie oggettive a tutela della salute⁵³, preordinate, cioè, a fissare gli strumenti adeguati, le metodiche e i requisiti dell'ambiente⁵⁴. Una normativa in materia si dovrebbe far carico di definire anche l'oggetto dell'informazione all'interessato, che dovrebbe investire le possibili implicazioni per la salute⁵⁵, e le modalità per l'espressione del consenso o del rifiuto.

Si è evidenziato che la dignità, nell'ambito delle fonti⁵⁶ e della giurisprudenza europee⁵⁷, ha il significato di contenere l'uso della forza nel processo penale; in particolare, l'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali impone agli Stati Membri non solo un divieto di porre in essere trattamenti inumani o degradanti, ma anche «una serie di obblighi positivi di tutela che coinvolgono ... il potere legislativo»⁵⁸.

La dignità, che già figura nel nostro ordinamento come limite allo svolgimento di talune attività probatorie⁵⁹, deve essere enfatizzata dal legislatore quale valore da rispettare, per arginare il rischio che l'esecuzione coattiva del prelievo sia accompagnata da intimidazioni e pressioni psicologiche o da manovre umilianti per il soggetto passivo⁶⁰. Onde evitare che tale richiamo si risolva in «una formula di stile, priva di contenuti effettivi»⁶¹, la coercizione deve essere espressamente limitata allo «stretto indispensabile»⁶², sia dal punto di vista del tempo, che dell'intensità; il rispetto della dignità, in altre parole, impone «un'interpretazione particolarmente rigorosa del principio di stretta necessità nella raccolta ... delle informazioni»⁶³. Questa esigenza si fa più stringente, ove a essere sottoposto a prelievo coattivo sia un minore di età, a favore del quale devono essere descritte specifiche modalità di esecuzione, che tengano conto della sua vulnerabilità⁶⁴. In questo senso depone l'articolo 40 della Convenzione di New York sui diritti

⁵³ R. E. KOSTORIS, *loc. ult. cit.*

⁵⁴ M. CINGOLANI, *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida*, *loc. ult. cit.*

⁵⁵ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, in *Riv. It. Med. Leg.*, n. 4-5, 2011, p. 942. In aggiunta all'informazione sul significato processuale dell'atto, su cui si dirà *infra*, in questo paragrafo.

⁵⁶ Artt. 1 e 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e art. 3 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁵⁷ Corte eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania; Corte eur. dir. uomo, sent. 5 aprile 2011, Sarigiannis c. Italia.

⁵⁸ A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. Kostoris (a cura di) *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2015, II ed., p. 149.

⁵⁹ Artt. 245 co. 2 e 249 co. 2 c.p.p., come integrati dall'art. 79 disp. att. c.p.p. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 76 e 224.

⁶⁰ P. FELICIONI, *Considerazioni sul prelievo di materiale biologico dall'imputato*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 410.

⁶¹ C. DAL MIGLIO, A. GENTILOMO, A. PICCININI, L. D'ARIA, *Dal prelievo coattivo alla banca dati dei profili genetici: l'ennesima incompiuta*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 2007, n. 1, p. 71.

⁶² P. FELICIONI, *Considerazioni sul prelievo di materiale biologico dall'imputato*, *loc. ult. cit.*

⁶³ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Pol. dir.*, 2006, n. 1, p. 12.

⁶⁴ C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice*, *cit.*, p. 76; P. TOZZO, R. PEGORARO, L. CAENAZZO, *Biobanks for non-clinical purposes and the new law on forensic biobanks: does the Italian context protect the rights of minors?*, in *J Med Ethics*, 2010, n. 12, pp. 776 ss. *Contra*, P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, *cit.*, p. 224.

del fanciullo⁶⁵, stando al quale il trattamento del minore, indagato o imputato, indagato o imputato, nell'ambito dei procedimenti penale è teso a promuoverne il «senso di dignità e valore».

In definitiva, il criterio fissato a livello legislativo, per ottemperare a una previsione dei «modi» complessivamente rispettosa dei diritti individuali, deve essere quello della «minor offensività»⁶⁶: dovrebbe essere introdotto il potere dell'autorità giudiziaria di scegliere, tra le tipologie previste, quelle implicanti il minor grado di sacrificio per la libertà personale e per gli altri diritti⁶⁷; sarebbe parimenti opportuno contemplare la facoltà della persona interessata di indicare il tipo di materiale di cui preferisce l'asportazione, in relazione alla propria sensibilità⁶⁸; una volta optato per una tipologia di prelievo, infine, l'esecuzione deve realizzarsi con modalità tale da ridurre al minimo il sacrificio subito dal dissenziente.

L'osservanza dei principi affermati negli articoli 2 e 32 della Costituzione, oltre che rilevare per la definizione dei «modi», concorre a delimitare i «tipi» di prelievo⁶⁹; alcuni passaggi della sentenza n. 238, infatti, si riferiscono a vita, salute, integrità fisica, dignità del soggetto passivo del prelievo coattivo quali «limiti negativi» alla sua esecuzione.

Nell'ambito di ammissibilità del espletamento forzoso del prelievo invasivo, compare una soglia non valicabile⁷⁰, rappresentata dal necessario rispetto dei diritti fondamentali⁷¹. Nella relativa disciplina, quindi, devono essere previste garanzie, di cui si è già tratteggiato il contenuto, volte a contenere le limitazioni che l'esecuzione coattiva del prelievo biologico implica per questi beni giuridici; inoltre, deve essere introdotto un divieto assoluto di ricorrere a forme di prelievo biologico coattivo, che si possano tradurre in una loro totale negazione⁷².

2.3. Prelievo biologico coattivo e «sfera corporea»: proposta di un modello di disciplina

Nel precedente capitolo, sono state esposte le proposte dottrinali di classificazione delle forme di prelievo biologico in base al grado di invasione della «sfera corporea»⁷³; in particolare, secondo

⁶⁵ Art. 40 co. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, New York, 1989: «Gli Stati parti riconoscono a ogni fanciullo sospettato accusato o riconosciuto colpevole di reato penale di diritto a un trattamento tale da favorire il suo senso della dignità e del valore personale, che rafforzi il suo rispetto per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali e che tenga conto della sua età nonché della necessità di facilitare il suo reinserimento nella società e di fargli svolgere un ruolo costruttivo in seno a quest'ultima.»

⁶⁶ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 41.

⁶⁷ *Ivi*. Così anche F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 251, osserva che la richiesta di sottoporre la persona a prelievo che, a parità di risultato, risulti meno invasivo potrebbe provenire dal perito.

⁶⁸ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 41-42, osserva che la scelta può essere condizionata da patologie, fobie o convincimenti religiosi.

⁶⁹ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, cit.

⁷⁰ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 464, nota n. 18.

⁷¹ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., pp. 32-34.

⁷² *Ivi*, p. 33.

⁷³ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, cit., parla di «modi» e di «tipi di misure».

alcune opinioni, l'attuazione della riserva di legge andrebbe realizzata diversamente secondo l'invasività della singola misura di cui è ammessa l'esecuzione coattiva⁷⁴. Aderendo a questa impostazione, il legislatore dovrebbe impegnarsi a fissare un criterio oggettivo di invasività, ad elencare tassativamente i prelievi invasivi e a prevedere, per questi, un rafforzamento delle garanzie dettate per quelli non invasivi. Il Regno Unito ha optato per una distinzione giuridicamente rilevante tra *intimate* e *non intimate samples*, corredando il prelievo biologico degli *intimate samples* di modalità più garantite di acquisizione⁷⁵. Il tratto distintivo dei campioni *intimate* – originariamente accolto, senza alcuna definizione, dal *Police and Criminal Evidence Act* – non è sovrapponibile all'invasività cui fa riferimento la dottrina italiana, perché richiama la sfera di intimità della persona⁷⁶, più che, come interpretato da qualcuno, la provenienza da cavità corporee interne⁷⁷. A seguito delle modifiche introdotte dal *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994, quali *intimate samples* sono elencati sangue, liquido seminale, urina, peli pubici e impronta dentale, mentre la saliva, inizialmente qualificata *intimate*, è oggi annoverata, insieme ai peli diversi da quelli pubici ed al materiale sottoungueale, tra i *non intimate*⁷⁸.

Peraltro, si sono già constatate la difformità di vedute in materia e, dunque, la labilità di una distinzione⁷⁹. È preferibile che l'esecuzione coattiva del prelievo biologico qualunque ne sia la forma, sia normata in modo tale da assicurare «garanzie costanti al massimo livello»⁸⁰; ciò, anche per scongiurare l'ammissibilità di una disciplina più generica per le metodiche di prelievo classificate come non invasive⁸¹.

L'invasività potrebbe, semmai, essere valorizzata dalla normativa in una prospettiva diversa da quella di una distinzione tra prelievi biologici invasivi e non: si allude a una clausola che, in aderenza al parametro di «minima offensività»⁸², già richiamato, orienti la scelta, nel caso

⁷⁴ Secondo M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, cit., pp. 259-260, «“appiattare” su un unico livello» le diverse tipologie di prelievo finisce per trascurare «il fatto che ognuna di esse si caratterizza per un differente grado di invasività nella sfera fisica ed intima dell'individuo». Nello stesso senso, M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 471.

⁷⁵ I reati inclusi nella nozione di *recordable offence* sono quelli per cui è prevista la reclusione e quelli elencati dalla legge. S. WELDON, *United Kingdom*, in Häyry M., Chadwick R., Anarson V., Anarson G. (a cura di) *The Ethics and Governance of Human Genetics Databases. European perspectives, Part II. Social Concerns*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 66 ss.

⁷⁶ M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, cit., p. 259; L. SCAFFARDI, *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, pp. 455-456.

⁷⁷ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 468.

⁷⁸ Così, la *section 65, Part V* del *Police and Criminal Evidence Act*, come modificato dal *Criminal Justice and Public Order Act*. Il testo della norma è consultabile al seguente indirizzo web: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/part/V>.

⁷⁹ R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, 333.

⁸⁰ G. CAPOCCIA, *Istituzione di una banca dati del DNA a fini identificativi e di giustizia*, in *Rass. penit. e crim.*, 2007, n. 1, p. 50.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 41.

concreto, verso le forme meno invasive tra quelle consentite dalla legge, su parere del consulente o perito e assecondando le preferenze della persona soggetta all'esecuzione coattiva. Si tratterebbe di una proiezione⁸³ del valore propulsivo che il principio di proporzionalità ha assunto nel diritto europeo⁸⁴; il principio di proporzionalità di derivazione comunitaria, infatti, si erge a «metodo generale da seguire per un'adeguata tutela dei diritti individuali in ambito processuale penale»⁸⁵ ed esige che, nel processo penale interno, siano privilegiate le soluzioni legislative ed interpretative in grado di imprimere coerenza complessiva al modo in cui la sfera individuale vi è protetta⁸⁶.

2.4. Prelievo biologico coattivo e diritti processuali: proposta di un modello di disciplina

Si è dimostrata, nel primo capitolo, l'estraneità del prelievo biologico rispetto all'area di protezione offerta dal privilegio di non autoincriminazione, per cui il rifiuto di soggiacervi non pare essere espressione legittima di tale privilegio.

Sono state, inoltre, vagliate le alternative alla coercizione, praticabili dinanzi all'opposizione del soggetto: la sua valutazione giudiziale come argomento di prova negativo, alla stregua dell'ordinamento inglese, che autorizza giudice e giuria a trarre «*inferences*» dall'opposizione dell'indagato al prelievo⁸⁷; oppure l'introduzione di una sanzione per il rifiuto, secondo una strada già adottata in Francia, ove il rifiuto di soggiacere al prelievo biologico è un reato, sanzionato con pena detentiva, fino a un anno di reclusione, oppure con ammenda⁸⁸.

All'esito di questi approfondimenti, l'opzione preferibilmente da recepire in una disciplina è parsa quella di ammettere l'esercizio di poteri coercitivi, nell'ipotesi che l'indagato o l'imputato rifiuti di fornire spontaneamente un campione biologico.

La circostanza che al centro della tutela offerta dall'articolo 24, comma 2 della Costituzione vi sia la «libera e consapevole»⁸⁹ partecipazione al processo penale⁹⁰ suggerisce, peraltro, un'ulteriore riflessione, con cui, invece, la normativa in materia deve confrontarsi. In considerazione della valenza indiziante che possono assumere i dati estratti da un campione biologico, l'interessato deve ricevere un'esauritiva informazione, non solo – come già ipotizzato

⁸³ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, cit., pp. 167-168; M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 485.

⁸⁴ D. U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill-over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 2005, n. 4-5, pp. 541 ss.

⁸⁵ M. CAIANELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale* in *Rass. penit. e crim.*, 2007, n. 1, p. 145.

⁸⁶ *Ivi*, p. 168.

⁸⁷ *Section 62 (10) (b)*, Part V del *Police and Criminal Evidence Act*.

⁸⁸ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 144; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2008, p. 181.

⁸⁹ P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 614.

⁹⁰ O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 152; R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, cit., p. 1094, nota n. 4.; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 24-25.

– sui potenziali pericoli del prelievo per la salute, ma anche sul suo valore processuale. L’informazione dovrebbe avere per oggetto natura, significato, scopo del prelievo, caratteristiche dei dati personali che permette di ottenere e conseguenze di un eventuale rifiuto⁹¹.

Inoltre, si ricordi che la compatibilità del prelievo biologico coattivo con il principio del *nemo tenetur se detegere* non è assoluta, ma dipende dal rispetto delle necessarie cautele a tutela dei diritti già richiamati. In senso convergente rispetto alla sentenza della Corte costituzionale n. 238, la Corte europea dei diritti dell’uomo⁹² ha, infatti, confermato la legittimità dell’esecuzione coattiva del prelievo di campioni biologici alla luce del citato principio, ma ha sollecitato l’introduzione di modalità esecutive rispettose della dignità della persona e non lesive del suo diritto alla salute⁹³.

In conclusione, il ricorso alla forza deve essere adeguatamente regolamentato in modo da garantire all’imputato una partecipazione al processo libera da condizionamenti, attraverso la previsione di un’adeguata informazione, estesa al diritto di difesa.

Il prelievo di materiale biologico da vivente è, di regola, ripetibile⁹⁴ e, quindi, dovrebbe seguire le disposizioni codicistiche di cui all’articolo 359 c.p.p.⁹⁵ in materia di accertamenti tecnici ripetibili. Tuttavia, per le peculiarità esposte, la sua disciplina esige l’introduzione legislativa di una procedura più garantita, che – accanto alla imprescindibilità, già rilevata, di un controllo giurisdizionale – assicuri alla persona una tutela più pregante del suo diritto di difesa⁹⁶.

Per evitare abusi, la persona dovrebbe essere obbligatoriamente assistita dal difensore⁹⁷ o, almeno, avvisata della facoltà di farsi assistere da una persona di fiducia, alla stregua di quanto previsto dagli articoli 245 e 249 c.p.p. per l’ispezione e la perquisizione personali; inoltre, posto che le indagini preliminari sono tipicamente un «contesto meno garantito», sarebbe opportuno che siano introdotte sanzioni processuali specifiche per scongiurare aggiramenti⁹⁸.

⁹¹ P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 9, p. 3452.

⁹² Corte eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania.

⁹³ G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. Pen.*, 2008, n. 1, p. 10; M. DANIELE, *Prelievi e trasmissione di dati genetici*, in R.E. Kostoris (a cura di) *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Bologna, 2015, p. 392.

⁹⁴ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, *cit.*, p. 342; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 139, nota n. 170; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, *cit.*, p. 1434.

⁹⁵ «1. Il pubblico ministero, quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera.

2. Il consulente può essere autorizzato dal pubblico ministero ad assistere a singoli atti di indagine.»

⁹⁶ P. FELICIONI, *L’acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, *cit.*, p. 232.

⁹⁷ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 475.

⁹⁸ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, *cit.*, p. 1433.

2.5. Prelievo biologico coattivo e i terzi: proposta di un modello di disciplina

Il prelievo biologico da terze persone può essere ammesso legislativamente, a condizione che siano introdotte previsioni adeguate per differenziarne i requisiti e le modalità rispetto al prelievo biologico dall'indagato e dall'imputato. Quindi, il criterio che deve guidare il legislatore è, ancora una volta, quello di proporzionalità⁹⁹.

La soluzione auspicabile sarebbe prevedere che i campioni biologici possano essere acquisiti da terzi solo su base volontaria¹⁰⁰, a seguito di un'informazione che specifichi la facoltà di astenersi, senza che il rifiuto assuma valore probatorio¹⁰¹.

Si tratta dell'opzione fatta propria dall'ordinamento britannico¹⁰², che riconosce lo svolgimento di *mass screening* solo se indispensabile per l'accertamento di determinati gravi reati e se sussiste il consenso dei partecipanti¹⁰³, da esprimere in forma scritta e a seguito di esaustive informazioni circa lo scopo del prelievo biologico e il suo uso limitatamente all'indagine in corso¹⁰⁴; un secondo, ulteriore consenso scritto è necessario per autorizzare la detenzione dei propri dati al fine di impiegarli per future «*speculative searches*»¹⁰⁵.

Sul presupposto che quando è «maggiore la distanza dalla regiudicanda, le tutele dovrebbero crescere»¹⁰⁶, è opportuno ipotizzare, almeno, l'introduzione di requisiti diversi e più rigorosi rispetto al prelievo biologico su persona non indagata o imputata¹⁰⁷, ove si dovesse optare per ammetterne l'esecuzione coattiva. Il prelievo coattivo sui terzi potrebbe essere ancorato al presupposto della particolare gravità del delitto perseguito, determinabile sulla base della pena o desumibile dalla tipologia del reato¹⁰⁸. È interessante la limitazione soggettiva prescelta dalla Germania, dove il § 81c *Strafprozessordnung* ammette l'esecuzione forzata del prelievo

⁹⁹ E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 195.

¹⁰⁰ A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 3, p. 398.

¹⁰¹ C. BRUSCO, *DNA e valutazione della prova scientifica alla luce di un recente intervento legislativo*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 265.

¹⁰² Così, la section 64, Part V del *Police and Criminal Evidence Act*, come modificato dal *Criminal Justice and Public Order Act*, e l'Annex F del *Code of Practice D* del *Police and Criminal Evidence Act*.

¹⁰³ L. SCAFFARDI, *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona*, cit., pp. 468-469.

¹⁰⁴ A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, cit., p. 401; G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, n. 12, pp. 2644-2645.

¹⁰⁵ Annex F del *Code of Practice D* del *Police and Criminal Evidence Act*. Si veda C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 173, nota n. 37.

¹⁰⁶ A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1435; in questo senso anche C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice*, cit., p. 74.

¹⁰⁷ C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice*, loc. ult. cit.; M. PIERDONATI, *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 298.

¹⁰⁸ M. PIERDONATI, *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali*, cit., p. 298.

biologico solo sui terzi che abbiano assistito alla commissione del reato e, comunque, esclude l'impiego di tecniche invasive nei loro confronti¹⁰⁹.

Una disciplina in materia dovrebbe farsi carico di salvaguardare in modo speciale la posizione dei cosiddetti terzi «non estranei»¹¹⁰, ossia legati da relazioni di consanguineità con la persona indagata. Non potendosi accogliere, per le ragioni illustrate nel primo capitolo, la proposta di introdurre una specifica facoltà di astensione in favore di questi soggetti¹¹¹, un riforma deve comunque recepire le sollecitazioni del Consiglio d'Europa circa il riconoscimento di una protezione conforme alla loro «posizione giuridica intermedia»¹¹². L'esigenza di proteggere il sentimento di solidarietà familiare potrebbe emergere in una legge, seppur a titolo diverso dalla facoltà di astensione, cioè nel senso di salvaguardare il diritto di autodeterminazione del terzo: un intervento legislativo potrebbe disporre che il congiunto riceva un'informazione specifica anche sul *familial seraching*, ossia sulla possibilità che dal proprio DNA possano essere estratti dati idonei non solo a «scagionarlo», ma pure a ricavare indirettamente il coinvolgimento di un consanguineo nei fatti¹¹³.

3. La raccolta di reperti organici: proposta di un modello di disciplina

Per l'acquisizione del DNA da reperti organici, da un intervento legislativo non si pretende quel bilanciamento focalizzato sulla valorizzazione dei diritti individuali, necessario, invece, per il prelievo da vivente. Nondimeno, si sono poste in luce, nel precedente capitolo, talune criticità nella raccolta dei reperti, che una legge non può trascurare¹¹⁴.

A differenza del prelievo biologico, la raccolta di tracce organiche da cose, luoghi, cadaveri è attività della polizia giudiziaria già disciplinata dal codice di procedura penale, nell'ambito del sopralluogo giudiziario¹¹⁵. Ma quella vigente è una disciplina che indubbiamente necessita di un ammodernamento¹¹⁶ che tenga conto del pregiudizio che la violazione delle *leges artis* in fase di repertazione può comportare per l'attendibilità del risultato dell'analisi¹¹⁷.

¹⁰⁹ M. STRAMAGLIA, *Prelevi coattivi e garanzie processuali*, cit., p. 265, nota n. 27.

¹¹⁰ A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, cit., p. 400.

¹¹¹ Come sostenuto da A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, cit., p. 400; C. BRUSCO, *DNA e valutazione della prova scientifica alla luce di un recente intervento legislativo*, cit., p. 265; P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 223; A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati "sanitari" nel processo penale*, cit., p. 528; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 169, nota n. 25.

¹¹² *Explanatory memorandum* della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (97) 5 del 13 febbraio 1997.

¹¹³ S. SALARDI, *DNA ad uso forense: paladino di giustizia o reo di ingiustizie?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, n. 6, pp. 1373-1374.

¹¹⁴ R. E. KOSTORIS, *Prelevi biologici coattivi*, cit., p. 340.

¹¹⁵ S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 3, p. 262; A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1433.

¹¹⁶ A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1432; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 161.

¹¹⁷ R. E. KOSTORIS, *Prelevi biologici coattivi*, loc. ult. cit.; A. CAMON, loc. ult. cit.

È indifferibile, anzitutto, un adeguamento delle norme codicistiche esistenti al progresso tecnologico nel frattempo intervenuto, prevedendo, almeno, che l'esame della scena del crimine sia condotto da personale specializzato e costantemente aggiornato¹¹⁸, in conformità a prassi validate dalla comunità scientifica e raccolte in appositi protocolli uniformi sul territorio nazionale¹¹⁹. È difficile immaginare che tali protocolli siano recepiti con legge ordinaria¹²⁰, che non ha l'elasticità sufficiente per essere modificata in funzione delle potenzialità continuamente emergenti in genetica forense e mal si adatta al grado di analicità necessario in questa materia¹²¹. Queste linee di comportamento, allora, possono essere «cristallizzate»¹²² in un decreto ministeriale¹²³; le fonti regolamentari sono, infatti, strumenti più agili, che potrebbero garantire una disciplina «“giovane” e scientificamente “aggiornata”»¹²⁴.

Si possono immaginare anche garanzie, alternative o aggiuntive rispetto a quella appena delineata, per un adeguamento della disciplina vigente. La documentazione, attualmente rappresentata dal verbale di sopralluogo, dovrebbe essere integrata con la previsione di una videoregistrazione obbligatoria ed integrale della ricerca e della raccolta del materiale biologico¹²⁵. Si è poi caldeggiata l'introduzione, come già in alcuni ordinamenti degli Stati Uniti d'America, di una figura soggettiva, che controlli ed assicuri la correttezza delle «procedure di polizia»¹²⁶ e dei «modi di raccolta e di conservazione dei reperti»¹²⁷; il ruolo di garante dovrebbe essere rivestito da un organismo pubblico ed indipendente, accreditato in conformità a norme europee¹²⁸.

¹¹⁸ R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Quad. Camerti*, 1992, p. 419; P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, in P. Tonini (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale*, supplemento a *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 6, p. 46; F. DONATO, *Indagini e acquisizione di dati probatori sulla scena del crimine Protocolli operativi e utilizzabilità della prova: aspetti criminalistici*, in M. Montagna (a cura di) *Il delitto di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Aracne, Roma, 2012, p. 101 e 115.

¹¹⁹ S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 274.

¹²⁰ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1434, nota n. 41; S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, loc. ult. cit.

¹²¹ S. LORUSSO, loc. ult. cit.

¹²² P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, in M. Montagna (a cura di) *Il delitto di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, cit., p. 187.

¹²³ *Ibidem*; P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, cit., p. 186.

¹²⁴ V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi*, cit., p. 364; nello stesso senso, F. CASASOLE, *Le indagini tecnico-scientifiche nel processo penale: un connubio tra scienza e diritto in perdurante attesa di disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 11, p. 1446; in senso critico, invece, A. CAMON, loc. ult. cit.

¹²⁵ F. CAPRIOLI, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3530; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1433.

¹²⁶ G. SPANGHER, *Brevi riflessioni, sparse, in tema di prova tecnica*, in C. Conti (a cura di) *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 28. In termini adesivi, A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1434.

¹²⁷ F. DONATO, op. ult. cit., p. 116.

¹²⁸ S. LORUSSO, op. ult. cit., p. 273.

La disciplina attuale è, inoltre, carente, per quanto attiene alla tutela effettiva del contraddittorio tra le parti¹²⁹. Ai sensi dell'articolo 356 c.p.p.¹³⁰, il difensore ha diritto di assistere, ma non di essere preavvisato. Una riforma in materia, per superare l'unilateralità della raccolta¹³¹, deve realizzare l'anticipazione del contraddittorio con la difesa¹³² alla fase di acquisizione di tracce organiche¹³³; la proposta più convincente, anche perché realistica, è l'estensione delle garanzie di cui all'articolo 360 c.p.p.¹³⁴. Sarebbe così assicurata la «controllabilità»¹³⁵, da parte della difesa, dei passaggi della raccolta e della conservazione del DNA.

L'introduzione di una disciplina espressa delle metodiche tecnico-scientifiche rende plausibile la tesi, al momento non percorribile¹³⁶, che riconduce alla categoria delle sanzioni processuali le irregolarità relative alla catena di custodia¹³⁷; la legge di riforma, cioè, potrebbe introdurre un'ipotesi di inutilizzabilità la per la violazione delle regole relative alla corretta conservazione dei reperti.

Invece, non pare debba essere accolta da un intervento legislativo la proposta dottrinale di ancorare l'ammissibilità della raccolta di reperti a condizioni analoghe a quelle del prelievo biologico, in particolare alla gravità del reato e all'assoluta indispensabilità per la prova¹³⁸. Non si condivide, infatti, la preoccupazione sull'«asimmetria»¹³⁹ che si determinerebbe, altrimenti, rispetto al rigore preteso per il prelievo biologico, in quanto, come più volte sottolineato, la raccolta di tracce organiche non richiede alcuna attivazione fisica della persona e non esige,

¹²⁹ M. STRAMAGLIA, *Il DNA: testimone invisibile od ordalia giudiziaria?*, in L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di) *Incontri ravvicinati con la prova penale. Un anno di seminari a Roma Tre*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 79.

¹³⁰ «Il difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini ha facoltà di assistere, senza diritto di essere preventivamente avvisato, agli atti previsti dagli articoli 352 e 354 oltre che all'immediata apertura del plico autorizzata dal pubblico ministero a norma dell'articolo 353 comma 2.»

¹³¹ C. CONTI, *La prova scientifica*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p.9 93.

¹³² R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, cit., p. 121; P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*; V. BARBATO, G. LAGO, V. MANZARI, *op. ult. cit.*, pp. 364-365.

¹³³ P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, cit., p. 186; A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, p. 166. Una soluzione analoga è abbracciata dal disegno di legge cd. disegno di legge Alfano, presentato dal Governo nel febbraio 2009, che propone l'introduzione di un articolo 370bis rubricato «Indagini tecnico-scientifiche» nel codice di rito

¹³⁴ «1. Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici. [...] 3. I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve. [...]»; in tal senso, A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, loc. ult. cit.

¹³⁵ C. CONTI, *La prova scientifica*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 93.

¹³⁶ C. CONTI, *La prova scientifica*, cit., pp. 96-97; P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, cit., pp. 187-188.

¹³⁷ P. TONINI, *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, pp. 835-836.

¹³⁸ B. GALGANI, *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccesso di zelo difensivo o formalismi della Suprema corte?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1819; R. DEL COCO, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 88.

¹³⁹ R. DEL COCO, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico*, loc. ult. cit.

quindi, lo stesso livello di protezione dei suoi diritti¹⁴⁰. Inoltre, quello dell'assoluta indispensabilità è il criterio che deve ispirare l'esecuzione coattiva del prelievo biologico e il suo significato, già chiarito, è quello di evitare il prelievo contro la volontà della persona quando esistano altre strade percorribili per procurarsi il materiale della persona¹⁴¹; tra queste strade, vi è anche la raccolta di cose recanti tracce organiche riferibili con certezza all'indagato o imputato, prassi che sembra restare praticabile, nonostante le perplessità espresse circa la sua natura poco trasparente, anche dopo il superamento del vuoto normativo sul prelievo¹⁴².

4. L'analisi forense del DNA: proposta di un modello di disciplina

I campioni biologici e i reperti organici, prelevati e raccolti secondo i criteri indicati, sono sottoposti ad analisi per estrarre i profili genetici, i quali costituiscono l'oggetto della successiva attività di comparazione¹⁴³. Le operazioni di analisi e di confronto dei risultati sono inquadrabili nel dibattito come perizia e nelle indagini preliminari come accertamento tecnico, quest'ultimo, a seconda delle caratteristiche del materiale biologico, ripetibile o irripetibile¹⁴⁴.

Una legge che riformi le vigenti disposizioni codicistiche in materia deve farsi carico, anzitutto, di assicurare il diritto alla prova delle parti e l'instaurazione del contraddittorio tecnico¹⁴⁵, che non paiono attualmente soddisfatti, non figurando nel codice alcuna menzione delle garanzie difensive rispetto alla fase di analisi vera e propria. Si consideri, poi, che la carenza delle norme del codice non è compensata da un'interpretazione giurisprudenziale in senso garantistico perché l'orientamento, pressoché costante presso la Corte di cassazione, esclude l'inutilizzabilità dell'indagine genetica, che integri un accertamento tecnico irripetibile, per mancato avviso al difensore e all'indagato¹⁴⁶.

È, quindi, una novella legislativa a dover garantire la partecipazione effettiva del difensore all'analisi e alla comparazione, con l'ausilio di un consulente tecnico¹⁴⁷, e a dover sanzionare

¹⁴⁰ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 12.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 38.

¹⁴² Cass. pen., sez. II, 9 maggio 2014, n. 33076, in *Guida dir.*, 2014, n. 37, pp. 65 ss; Cass. pen., sez. V, 10 giugno 2014, n. 42284. *Contra* M. LEPERA, *Il prelievo di campioni organici all'insaputa dell'indagato: una prassi contra legem*, in *Giust. Pen.*, 2014, III, pp. 651-652.

¹⁴³ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., pp. 85-86.

¹⁴⁴ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 341; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1434.

¹⁴⁵ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 232.

¹⁴⁶ *Ex plurimis* Cass., sez. III, 11 ottobre 2012, n. 46715, in *CED Cass.*, n. 253992; Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 45959, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, pp. 44 ss. È isolata l'opinione che ricollega l'inutilizzabilità al mancato avviso, peraltro sostenuta in riferimento ad accertamenti diversi da quello genetico: Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2011, n. 37490, in *Diritto e giustizia*, 22 ottobre 2011; Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2009, n. 3908, in *CED Cass.*, n. 246022.

¹⁴⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, XVI ed., 2015, p. 516, nota n. 67; P. FELICIONI, *loc. ult. cit.* Il consulente tecnico di parte può essere nominato in relazione ad una perizia già disposta (art. 225 c.p.p.),

espressamente la relativa violazione con l'inutilizzabilità¹⁴⁸. Andrebbe esplicitato l'obbligo di conservare un quantitativo di materiale sufficiente affinché il consulente tecnico possa eseguire un «re-test»¹⁴⁹ del DNA¹⁵⁰. Potrebbe essere interessante l'aggiunta di un caso di incidente probatorio¹⁵¹, che, nella prospettiva della difesa, è «una strada più “garantita”»¹⁵² rispetto a quella di sollecitare il pubblico ministero ad attivare un accertamento tecnico, perché consente un intervento tempestivo del difensore¹⁵³.

Le descritte istanze difensive potrebbero essere ancor meglio realizzate tramite l'introduzione nel codice di rito di ipotesi *ad hoc* di perizia e di accertamento tecnico¹⁵⁴, aventi per oggetto l'indagine genetica, la cui disciplina contempra previsioni specifiche in grado di porre l'interessato nella condizione di esercitare effettivamente il suo diritto alla prova¹⁵⁵.

Le garanzie formali previste dalle vigenti norme del codice di rito sono carenti anche in punto di selezione del perito e del consulente tecnico per l'espletamento dell'analisi¹⁵⁶. In proposito, un intervento legislativo deve tenere conto di una serie di aspetti operativi, concernenti la competenza del personale che procede all'analisi, la qualificazione del laboratorio, la validazione scientifica e la standardizzazione delle metodiche di tipizzazione¹⁵⁷.

La soluzione migliore per assicurare che i laboratori incaricati dell'analisi forense del DNA siano affidabili, nei termini descritti, è l'elevazione ad obbligo di legge¹⁵⁸ dell'accreditamento

senza che una perizia sia stata disposta (art. 233 c.p.p.) o per confutarne i risultati (art. 312 c.p.p.); si veda P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove reali*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 322 ss.

¹⁴⁸ A. PULVIRENTI, *Un caso di mancato contraddittorio in tema di accertamenti tecnici irripetibili per l'analisi del DNA: nullità o inutilizzabilità?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 49.

¹⁴⁹ V. GAROFOLI, G. PAVONE, *La tutela della sicurezza pubblica tra priorità italiane e rapporti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 116.

¹⁵⁰ U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità: aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, cit., p. 330; P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 215; E. NOBILE, A. BARBARO, A. LA MARCA, P. ROMEO, *La prova tecnica nel processo penale. Aspetti pratico-scientifici*, Key Editore, Frosinone, 2016, p. 273.

¹⁵¹ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 219.

¹⁵² B. GALGANI, *Una nuova ipotesi di incidente probatorio*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 309.

¹⁵³ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 485.

¹⁵⁴ R. DOMENICI, *Prova del DNA*, in *Dig. disc. pen.*, Volume X, Utet, Torino, 1995, p. 382.

¹⁵⁵ V. GAROFOLI, G. PAVONE, *La tutela della sicurezza pubblica tra priorità italiane e rapporti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 111.

¹⁵⁶ R. DOMENICI, *Prova del DNA*, loc. ult. cit.

¹⁵⁷ A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, n. 4., pp. 1313-1314; R. E. KOSTORIS, *Prelevi biologici coattivi*, cit., p. 340; U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., pp. 129 ss.; P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, cit., p. 47; A. COCITO, *Parametri internazionali e affidabilità dei laboratori nelle analisi dei reperti e campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 92.

¹⁵⁸ H.M. WALLACE, A.R. JACKSON, J. GRUBER, A.D. THIBEDAU, *Forensic DNA databases. Ethical and legal standards: a global review*, in *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, 2014, n. 4, pp. 60-61; U. RICCI, *L'accreditamento ISO 17025:2005 nel laboratorio di genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, n. 1, pp. 69 ss. e ID., *La qualità nel settore della genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, pp. 235 ss.

UNI EN ISO/IEC 17025¹⁵⁹. Peraltro, il conseguimento dell'accreditamento non “assorbe” il controllo sulla qualità delle metodiche di laboratorio¹⁶⁰, per cui è opportuno che un'altra previsione specifichi le modalità di estrazione del profilo genetico da impiegare, identificandole in quelle riconosciute dalla comunità scientifica e raccomandate dall'ENFSI¹⁶¹.

In Francia, già nel 1991, questa consapevolezza è emersa nell'ambito della *Société de médecine légale et de criminologie*, che ha emanato un'apposita Risoluzione sulla definizione dei metodi di identificazione genetica con finalità giudiziaria, in cui l'esecuzione delle analisi forensi del DNA è limitata ai soli laboratori autorizzati, sottoposti a controlli periodici di qualità ai sensi delle norme europee ed iscritti in apposite liste presso le Corti d'appello¹⁶².

L'introduzione degli obblighi di accreditamento ai sensi della norma ISO/IEC 17025 e di conformità alle linee guida dell'ENFSI assicura che l'analisi sia condotta nel rispetto di specifici *standard* qualitativi, garantendo, in ultimo, l'attendibilità del risultato che fa ingresso nel processo penale¹⁶³. Qualora una simile soluzione fosse recepita dalla disciplina, la scelta del laboratorio risulterebbe preliminarmente indirizzata verso quelli che svolgano attività istituzionale di analisi in ambito processuale penale, accreditati ed iscritti all'ENFSI.

La legge potrebbe, poi, rinviare a un regolamento la descrizione dettagliata di tutti gli aspetti tecnici relativi alla tipizzazione del DNA per scopi forensi. In tale direzione si è mosso il Regno Unito, ove sono emanati periodicamente¹⁶⁴ appositi *Codes of Practice and Conduct for forensic science providers and practitioners in the Criminal Justice System*, curati dal *Forensic Science Regulator*¹⁶⁵. Quest'ultimo è un organismo pubblico, che, coadiuvato da un apposito *Forensic Science Advisory Council* e da *subcommittees* specializzati, si occupa di diffondere pubblicazioni per uniformare le metodiche di analisi forensi del DNA, incentivare l'adesione a determinati *standard* qualitativi e raccogliere dati sullo stato di attuazione di queste linee guida presso i laboratori inglesi¹⁶⁶; nei citati *Codes of practice*, sin dal 2011, l'accreditamento è espressamente

¹⁵⁹ UNI EN ISO/IEC 17025:2005 “Requisiti generali per la competenza dei laboratori di prova e di taratura”.

¹⁶⁰ A. JAMIESON, *Laboratory accreditation*, in A. Jamieson, S. Bader (a cura di) *A guide to forensic DNA*, Wiley, 2016, p. 83.

¹⁶¹ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, cit., pp. 93-94.

¹⁶² A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, cit., p. 1325.

¹⁶³ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, loc. ult. cit. Si veda, nello stesso senso, P. PERRI, *Le istituzioni di garanzia*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 158.

¹⁶⁴ La prima versione è del 2011, la versione 2.0 è stata pubblicata nel 2014, l'ultima risale al febbraio 2016.

¹⁶⁵ L'attività di questo organismo è descritta al seguente link: <https://www.gov.uk/government/organisations/forensic-science-regulator>

¹⁶⁶ H.M. WALLACE, A.R. JACKSON, J. GRUBER, A.D. THIBEDAU, *Forensic DNA databases. Ethical and legal standards: a global review*, cit., p. 60. Al link di seguito riportato, possono essere consultati alcuni dei documenti emessi, riguardanti l'analisi forense del DNA nel processo penale: <https://www.gov.uk/government/collections/dna-guidance>

dichiarato obbligatorio per tutti i laboratori che forniscano servizi di analisi del DNA nell'ambito dei procedimenti penali.

L'interesse per l'opzione anglosassone risiede anche nella creazione di un organismo *ad hoc*, composto da professionisti di comprovata competenza in materia di genetica forense e incaricato di coordinare le attività dei laboratori sul territorio nazionale. Si potrebbe immaginare che una soluzione simile possa essere raccolta dal nostro legislatore, eventualmente "sfruttando" un organismo già esistente come il Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita (CNBBSV)¹⁶⁷, all'interno del quale, però, dovrebbe essere istituita una commissione costituita da genetisti forensi, che si occupi in modo specifico dei profili tecnico-operativi, emanando documenti di indirizzo per i laboratori ed eseguendo verifiche circa l'adesione degli stessi alle metodiche riconosciute dalla comunità scientifica.

5. L'archiviazione e il trattamento di dati genetici: proposta di un modello di disciplina

Il fenomeno delle banche dati forensi del DNA impone al legislatore di intervenire su un terreno, seppur non strettamente processuale¹⁶⁸, ugualmente meritevole di una rigorosa regolamentazione, che contemperi le «inconfutabili ricadute positive in termini di sicurezza sociale»¹⁶⁹ con la protezione di situazioni giuridiche soggettive, diverse da quelle sinora analizzate, ma altrettanto rilevanti a livello costituzionale¹⁷⁰.

Infatti, il trattamento e l'archiviazione dei campioni biologici richiede, in particolare, l'introduzione di strumenti di tutela in favore della riservatezza, a causa dell'ampiezza e della delicatezza di informazioni ricavabili dai campioni.

Le garanzie che il legislatore ha il dovere di predisporre sono, però, inedite nel panorama normativo attuale, perché devono essere adeguate per proteggere una dimensione nuova della riservatezza, indicata in letteratura *genetic privacy*¹⁷¹, implicante un diritto di controllo sulla circolazione e sull'utilizzo proprie informazioni genetiche¹⁷².

Gli spunti più significativi per la realizzazione di un bilanciamento accettabile sono da ricercarsi nella sentenza, ampiamente commentata, della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *S.*

¹⁶⁷ Istituito con l'articolo 40 della legge 19 febbraio 1992, n. 142 "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee".

¹⁶⁸ A. SCARCELLA, *Le sanzioni penali*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 143.

¹⁶⁹ P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, cit., p. 49.

¹⁷⁰ G. GENNARI, *Genetica forense e Codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, n. 5, p. 1184 ss.

¹⁷¹ G. LAURIE, *Genetic privacy. A challenge to medico-legal norms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 8.

¹⁷² C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 67.

and Marper¹⁷³. Le statuizioni di questa sentenza sono il punto di riferimento imprescindibile non solo al fine di un adeguamento della disciplina già introdotta negli Stati Membri in materia di banche dati forensi del DNA, ma anche – ed è il caso dell'Italia – per gli ordinamenti, privi, all'epoca della pronuncia, di una legislazione *ad hoc*¹⁷⁴. In Italia, poi, un intervento legislativo deve tenere debito conto anche delle indicazioni del Garante per la protezione dei dati personali, che, in materia, ha emesso un'apposita Segnalazione¹⁷⁵.

Quindi, affinché l'ingerenza nella sfera privata del titolare dei dati genetici e degli appartenenti al suo gruppo biologico sia accettabile, occorre che la disciplina italiana sia complessivamente rispondente ai principi di cui all'articolo 8 Cedu, secondo la lettura delineata nella citata sentenza con specifico riguardo alle banche dati forensi del DNA. Si tratta, allora, di ripercorre il significato di ciascuno di questi principi nell'ambito della nostra materia per comprendere come debbano essere tradotti in norme ad opera del legislatore.

Il principio di legalità solleva, anzitutto, la questione della fonte. Il termine “legge” è, infatti, impiegato nella giurisprudenza di Strasburgo per alludere a tutti gli atti aventi forza di legge¹⁷⁶, non solo all'atto promanante dal Parlamento¹⁷⁷. Ci si potrebbe chiedere se anche la disciplina del trattamento e della sorte dei campioni e dei dati genetici possa essere opportunamente demandata ad un regolamento, come già si è ipotizzato per la disciplina di altri momenti dell'indagine genetica. Si è criticato che si tratterebbe di fonte «non sufficientemente garantita»¹⁷⁸ per normare una materia che ha tale incidenza sui diritti fondamentali¹⁷⁹. Dall'opposto punto di vista, l'opzione per il regolamento potrebbe essere appropriata in prospettiva futura, per consentire le dovute modifiche imposte della continua evoluzione in genetica forense¹⁸⁰.

La fonte prescelta, quale che ne sia il rango gerarchico, deve introdurre «regole chiare e garanzie rigorose contro ogni possibile *misuse* della informazione genetica»¹⁸¹. Di misure di sicurezza a protezione della riservatezza tratta ampiamente la segnalazione del Garante per la protezione dei dati personali. Ai sensi di questo provvedimento, devono essere indicate puntualmente le operazioni di trattamento e di accesso consentite ed individuati con criteri selettivi gli operatori

¹⁷³ Corte eur. dir. uomo, sent. 4 dicembre 2008, S. e Marper c. Regno Unito.

¹⁷⁴ A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA: questioni in tema di alimentazione, trattamento e accesso, presupposti, cancellazione e tempi di conservazione (artt. 5-15 l. n. 85/09)*, in *Pol. dir.*, 2011, n. 3, p. 444.

¹⁷⁵ Segnalazione al Parlamento e al Governo sulla disciplina delle banche dati del Dna a fini di giustizia del 19 settembre 2007.

¹⁷⁶ Corte eur. dir. uomo, sent. 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia.

¹⁷⁷ A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA, cit.*, pp. 445-446; A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1, p. 168.

¹⁷⁸ G. BUSIA, *Privacy a rischio per la durata della conservazione*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 78.

¹⁷⁹ A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo, loc. ult. cit.*

¹⁸⁰ G. SCOLLO, *La disciplina attuativa della banca dati e del laboratorio centrale*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale, cit.*, p. 165.

¹⁸¹ G. GENNARI, *US Supreme Court, Jeremy Bentham e il panopticon genetico*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n. 4, p. 158.

abilitati; a tale ultimo proposito, è stato osservato che si potrebbero sfruttare le competenze dei corpi tecnici specializzati in genetica forense già esistenti all'interno delle forze di polizia¹⁸².

Vanno specificati anche gli *standard* di sicurezza fisica ed informatica per l'accesso ai dati¹⁸³, nonché ai locali dove fossero, eventualmente, conservati i campioni; andrebbe, ad esempio, assicurata la garanzia del mantenimento della «storicità»¹⁸⁴, ossia la registrazione nel sistema di tutte le operazioni di accesso e trattamento. Devono essere anche contemplate la «contromisure»¹⁸⁵ da adottare in caso di accesso illegittimo o di diffusione abusiva dei dati, che potrebbero essere configurate come sanzioni penali per il trasgressore¹⁸⁶. Il potere di controllo del titolare dei dati dovrebbe essere garantito attraverso il riconoscimento del diritto di accesso nonché del diritto di presentare un'istanza diretta alla cancellazione¹⁸⁷.

Il rispetto del principio di finalità esige che sia enunciato lo scopo cui risponde l'archiviazione dei dati e dei campioni per fini di giustizia: lo scopo legittimo, secondo il Garante per la *privacy*¹⁸⁸, dovrebbe essere l'identificazione dell'autore dei reati. La lettura della Segnalazione suggerisce che debba essere esclusa *a priori* la possibilità di usi secondari del materiale biologico e dei profili, che era stata ammessa, invece, in linea teorica dalla Raccomandazione sull'uso del DNA nel contesto del sistema giudiziario penale¹⁸⁹, ove accompagnata da garanzie di anonimato.

Secondo quanto statuito in *S. and Marper*, il principio di proporzionalità trova attuazione nella selezione dei reati e dei soggetti in relazione ai quali è funzionale la registrazione e nella scelta di tempi e di mezzi adeguati e non eccessivi¹⁹⁰ rispetto alla dichiarata finalità.

In tale direzione, i sistemi automatizzati prescelti devono ridurre al minimo il ricorso alle generalità del soggetto, preferendo l'utilizzo di dati anonimizzati¹⁹¹.

¹⁸² G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 62.

¹⁸³ A. MONTI, *Catena di custodia e "doppio binario" per campioni e reperti*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 106.

¹⁸⁴ G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici: la Banca Dati Nazionale del DNA e il bilanciamento tra le ragioni di giustizia e la tutela della privacy*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 133.

¹⁸⁵ *Ivi*, p. 116.

¹⁸⁶ M. SCOLETTA, *La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 130.

¹⁸⁷ 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., p. 112.

¹⁸⁸ Segnalazione al Parlamento e al Governo sulla disciplina delle banche dati del Dna a fini di giustizia del 19 settembre 2007.

¹⁸⁹ Raccomandazione n. R (92) 1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa all'utilizzazione dell'analisi dell'acido deossiribonucleico (DNA) nell'ambito del sistema giudiziario penale.

¹⁹⁰ Criteri di tipo rispettivamente oggettivo, soggettivo e temporale secondo A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA*, cit., pp. 446-447 e p. 449.

¹⁹¹ G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici*, cit., p. 115.

Nell'ottica di minimizzare il sacrificio della sfera individuale, poi, l'intervento del legislatore dovrebbe prendere posizione sull'opportunità di conservare esclusivamente i profili genetici, che vantano un'elevatissima attitudine identificativa, ma non presentano il rischio che si risalga ad altre informazioni, che è, invece, potenzialmente insito nei campioni biologici¹⁹². La conservazione dei campioni biologici è stata scoraggiata dalla citata Segnalazione del Garante per la protezione dei dati personali e difficilmente potrebbe dirsi proporzionata nel senso espresso da *S. and Marper*, perché le sue «implicazioni vanno largamente al di là di quanto strettamente necessario per le indagini penali»¹⁹³. In Regno Unito, in risposta alla sentenza della Corte europea e all'esito di un ampio dibattito, pubblico e parlamentare, è stato adottato il *Protection of Freedom Act* del 2012, che introduce la regola della distruzione dei campioni biologici entro sei mesi dal prelievo¹⁹⁴. Analogamente, nella banca dati tedesca, istituita nel 1998 presso il *Bundskriminalamt*¹⁹⁵, non sono archiviati i campioni biologici, i quali sono distrutti non appena ne siano ricavati i relativi profili genetici¹⁹⁶.

Laddove, viceversa, si dovesse optare per dare seguito all'opinione che caldeggia la conservazione dei campioni biologici, in aggiunta ai profili, al fine di consentire la ripetizione dell'analisi con nuove e più sensibili tecnologie, sono imprescindibili cautele più robuste per la protezione dei campioni, per inibire i rischi di usi inappropriati¹⁹⁷. In Francia, ad esempio, la banca dati nazionale, il *Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques*¹⁹⁸, conserva solo i profili genetici, mentre la conservazione dei campioni biologici e delle tracce organiche relativi a determinati illeciti penali è demandata ad un organismo indipendente, il *Service Central Préservation Prélèvements Biologiques*¹⁹⁹, che opera sotto la sorveglianza della *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*²⁰⁰.

Il principio di proporzionalità, poi, gioca, come si accennava, un ruolo fondamentale nella scelta dei presupposti oggettivi e soggettivi e dei limiti temporali della conservazione del DNA.

¹⁹² A. MONTI, *Conservazione dei campioni biologici e tutela dei diritti fondamentali della persona*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 55.

¹⁹³ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., pp. 2640-2641.

¹⁹⁴ H.M. WALLACE, A.R. JACKSON, J. GRUBER, A.D. THIBEDAU, *Forensic DNA databases. Ethical and legal standards: a global review*, cit., p. 58; A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 174.

¹⁹⁵ Ossia la polizia federale criminale tedesca, istituita con legge 7 settembre 1998. Si rinvia a C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 199.

¹⁹⁶ P.M. SCHNEIDER, *DNA Databases for offender identification in Europe. The need for technical, legal and political harmonization*, in *Proceedings from the Second European Symposium on Human Identification*, Promega Corporation, 1998, p. 43; C. FANUELE, *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 312.

¹⁹⁷ G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici*, cit., pp. 132-133.

¹⁹⁸ Istituito con legge n. 98-468 del 17 giugno 1998.

¹⁹⁹ Il cui funzionamento è stato disciplinato con decreto del Consiglio di Stato del 18 maggio 2000.

²⁰⁰ C. FANUELE, *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, cit., pp. 316-317.

La registrazione, cioè, deve essere riservata ai soggetti condannati per i reati gravi elencati, mentre va cancellato dal *database* il DNA dei soggetti sottoposti a prelievo, ma riconosciuti innocenti, ossia dei terzi mai indagati oppure dei soggetti nei cui confronti sia stata emessa una sentenza di assoluzione o un provvedimento di archiviazione²⁰¹.

Per scongiurare i rischi di stigmatizzazione denunciati in *S. and Marper*, dunque, deve essere introdotta una gradualità in base alla provenienza delle informazioni genetiche²⁰² ed un ulteriore trattamento differenziato deve essere riservato alla registrazione dei minori di età nel *database*²⁰³. L'opportunità di una differenziazione è stata colta dalla già citata riforma anglosassone del 2012, che ha distinto i criteri di ingresso e di uscita²⁰⁴ nell' *UK National DNA Database* a seconda che si tratti di soggetti condannati o meno e in base alle categorie di reato perseguito e ha ulteriormente specificato tali criteri per minori di 18 anni²⁰⁵.

La Corte di Strasburgo non ha quantificato i tempi di conservazione, esigendo che siano legislativamente definiti, ma rimettendone la scelta all'apprezzamento dei singoli Stati Membri²⁰⁶. Si è osservato che sono inutili termini troppi brevi, perché incongrui in relazione al fenomeno della recidiva²⁰⁷; non sono, però, accettabili nemmeno limiti temporali eccessivamente ampi, in quanto la Corte, nella stessa sentenza, ammonisce che il margine di discrezionalità degli Stati si riduce a fronte dell'esistenza di un certo «consenso europeo»²⁰⁸ nel senso della definizione di limiti temporali contenuti. Il panorama europeo è, in realtà, variegato a proposito dei tempi di conservazione di profili e campioni del DNA. In Germania, i campioni biologici sono, come detto, distrutti immediatamente, mentre i profili dei soggetti adulti sono conservati per dieci anni e quelli dei minori per cinque o due anni, a seconda dell'età²⁰⁹. I due archivi francesi detengono per quarant'anni sia i profili che i campioni²¹⁰, allineandosi alla tesi che campioni e profili devono essere conservati come «binomio indissolubile»²¹¹. Nel sistema anglosassone, la conservazione dei *DNA profiles* è, ora, variamente determinata nel *Protection*

²⁰¹ A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA*, cit., p. 449.

²⁰² G. BUSIA, *Privacy a rischio per la durata della conservazione*, cit., pp. 77-78; I. ABRUSCI, *Cancellazione dei profili e distruzione dei campioni*, cit., pp. 121-122.

²⁰³ A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 171; A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *loc. ult. cit.*

²⁰⁴ A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *op. ult. cit.*, pp. 449-450.

²⁰⁵ H.M. WALLACE, A.R. JACKSON, J. GRUBER, A.D. THIBEDEAU, *Forensic DNA databases. Ethical and legal standards: a global review*, cit., p. 58.

²⁰⁶ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, p. 167.

²⁰⁷ E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 188; E. OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 245.

²⁰⁸ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, p. 152.

²⁰⁹ F. SANTOS, H. MACHADO, S. SILVA, *Forensic Dna databaes in European countries: is size linked to performance?*, in *Life Sci Soc Policy*, 2013, n. 9, p. 5.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 139.

of Freedom Act, da un minimo di due anni fino ad arrivare alla conservazione indefinita, che, tuttora, è ammessa per i soggetti condannati per taluni gravi reati tassativamente elencati²¹².

L'istituzione di una banca del DNA centralizzata in Italia impone, infine, che sia chiarita la sorte dei laboratori e degli archivi delle forze di polizia, disseminati sul territorio nazionale ed operanti al di fuori di qualsivoglia controllo e coordinamento²¹³. Secondo il Garante per la protezione dei dati personali, una legge dovrebbe precisare che le banche dati cosiddette domestiche non restino attive per nuove operazioni e analisi, né duplichino dati prima di trasferirli alla banca dati nazionale²¹⁴. Andrebbe introdotto l'obbligo di distruggere i profili già tipizzati, ma senza il rispetto delle norme tecniche stabilite per la produzione dei profili destinati ad alimentare la banca dati nazionale²¹⁵, oppure ascrivibile a categorie soggettive diverse da quelle per cui la legge ammetta la conservazione.

²¹² A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *op. ult. cit.*, pp. 460 ss.

²¹³ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, *cit.*, pp. 237-238.

²¹⁴ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, *cit.*, p. 247.

²¹⁵ *Ibidem*.

CAPITOLO TERZO

DIRITTI E INDAGINI GENETICHE NEL PROCESSO PENALE: ANALISI DELLA DISCIPLINA ITALIANA

1. Cenni introduttivi

La legge 30 giugno 2009, n. 85¹ costituisce il primo intervento normativo organico² «sulla acquisizione e il trattamento della bioinformazione genetica a fini forensi»³.

Con la legge n. 85 del 2009, il presidente della Repubblica è autorizzato ad aderire al Trattato di Prüm sul rafforzamento della cooperazione transfrontaliera⁴. Uno degli strumenti attuativi privilegiati per l'ottemperanza degli obblighi discendenti dall'adesione al Trattato è rappresentato dallo scambio di informazioni genetiche, sul presupposto che le parti contraenti si impegnano «a creare e a gestire degli schedari nazionali di analisi del DNA al fine di perseguire le violazioni penali»⁵. La riforma prevede, a tale fine, l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA e del relativo Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale. In proposito, le disposizioni della legge n. 85 devono essere lette congiuntamente al recente regolamento di attuazione, da anni atteso⁶ e finalmente adottato con d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87⁷, a cui l'articolo 16 della legge ha demandato la disciplina di aspetti rilevanti della materia⁸.

¹ «Adesione della Repubblica italiana al Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica Federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica Francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi bassi e la Repubblica d'Austria, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prüm). Istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. Delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria. Modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei a incidere sulla libertà personale».

² A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 4, p. 1428.

³ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, n. 12, p. 2630.

⁴ A. SCARCELLA, *Banca dati del DNA e nuove frontiere dell'investigazione scientifica*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 1; E. CALVANESE, *Adesione al Trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, in *ivi*, pp. 9 ss.

⁵ Art. 2 «Creazione di schedari nazionali di analisi DNA» «1. Le Parti contraenti si impegnano a creare e a gestire degli schedari nazionali di analisi DNA al fine di perseguire le violazioni penali. Il trattamento dei dati registrati negli schedari sulla base del presente trattato verrà effettuato, fatte salve le altre disposizioni del presente trattato, in conformità con il diritto nazionale applicabile al processo di trattamento in questione.» Gli altri contenuti del Trattato attengono alla raccolta e allo scambio di informazioni sulle impronte digitali e sui registri di immatricolazione dei veicoli. Si veda A. MUSUMECCI, *La ratifica del Trattato di Prüm*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 13 ss.

⁶ L'articolo 16 della legge n. 85 aveva previsto che il regolamento fosse adottato «entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge».

⁷ «Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 85 del 2009».

⁸ G. SCOLLO, *La disciplina attuativa della banca dati e del laboratorio centrale*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, *cit.*, pp. 163 ss.

Il legislatore del 2009 interviene, poi, a colmare la persistente lacuna sull'esecuzione coattiva dei prelievi biologici, scaturita dalla declaratoria di illegittimità dell'articolo 224 c.p.p., di cui alla sentenza costituzionale n. 238 del 1996⁹. Sul punto, in realtà, vi era stata un'«incursione»¹⁰ della legislazione cosiddetta dell'emergenza¹¹. Si tratta della legge 31 luglio 2005, n. 155¹², di conversione del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, che, però, si era inopportunamente limitata a disciplinare il prelievo biologico coattivo nell'ottica settoriale delle indagini di polizia¹³, senza affrontare la questione dell'indagine genetica nel procedimento penale in un'ottica globale¹⁴. La legge n. 85, invece, introduce norme che si propongono di affrontare sistematicamente la dimensione probatoria degli accertamenti corporali coattivi¹⁵ e recano consistenti modifiche al codice di procedure penale¹⁶.

La compresenza di due distinti obiettivi – riconducibile alla confluenza, nel testo definitivo, di progetti di legge con oggetto eterogeneo¹⁷ – rende difficoltoso il commento della novella¹⁸. A ciò si somma la complessità, analizzata nel capitolo primo, del «contesto giuridico-operativo»¹⁹ in cui la legge n. 85 si inserisce.

Il proposito del presente capitolo è la valutazione delle opzioni adottate con la riforma, per verificare se e in quale misura siano state accolte soluzioni analoghe a quelle proposte nel capitolo precedente e, quindi, se possa dirsi complessivamente raggiunto l'auspicabile «equilibrio tra acquisizione di elementi probatori nel procedimento penale e tutela dei dati personali»²⁰.

⁹ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, in Giur. cost., 1996, pp. 2142 ss.

¹⁰ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 47.

¹¹ F. C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Cedam, Padova, 1985, p. 350.

¹² Legge 31 luglio 2005, n. 155 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale”.

¹³ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in R. E. Kostoris, R. Orlandi (a cura di) *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 331.

¹⁴ *Ivi*, p. 345 e M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati*, 2007, n. 4, p. 458.

¹⁵ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 192.

¹⁶ A. SCARCELLA, *Banca dati del DNA e nuove frontiere dell'investigazione scientifica*, loc. ult. cit.

¹⁷ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., p. 2642. Nel corso della XV legislatura, in particolare, erano stati presentati al Senato il disegno di legge n. 1877, contenente l'adesione dell'Italia al Trattato di Prüm, e la proposta di legge n. 782, contenente modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale. Si rinvia a A. DI CARLO, *La proiezione costituzionale della banca italiana del DNA per finalità di indagine criminale Riflessioni a margine dei progetti di legge presentati nel corso della XV legislatura*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, pp. 517 ss.; L. MARAFIOTI, *Le banche dati del DNA. Una nuova frontiera investigativa nel Trattato di Prüm*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 3.

¹⁸ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 194.

¹⁹ *Ivi*, p. 191.

²⁰ L. MARAFIOTI, *Le banche dati del DNA. Una nuova frontiera investigativa nel Trattato di Prüm*, cit., p. 7.

Per ragioni di coerenza sistematica, saranno oggetto del nostro approfondimento due dei cinque capi in cui è articolata la legge n. 85, ovverosia il capo IV e il capo II, che concernono, rispettivamente, il prelievo coattivo di materiale biologico ed il trattamento e l'archiviazione del DNA nella Banca dati nazionale²¹.

2. Il prelievo biologico coattivo nella legge 30 giugno 2009, n. 85

Il capo IV della legge n. 85 del 2009 consta di sei articoli, che modificano il codice di procedura penale e le disposizioni di attuazione, introducendovi un'«inedita»²² disciplina del prelievo coattivo di materiale biologico a fini probatori ed investigativi.

Il nucleo²³ della riforma codicistica risiede nei nuovi articoli 224*bis* e 359*bis*, concernenti l'esecuzione coattiva del prelievo biologico rispettivamente nell'ambito della perizia e dell'accertamento tecnico del pubblico ministero²⁴. L'approccio garantistico²⁵ si palesa nella preliminare esplicitazione dell'attitudine del prelievo biologico ad incidere sulla libertà personale: la rubrica dell'articolo 224*bis* – la norma modello che l'articolo 359*bis* ricalca per il caso in cui l'esigenza si profili nel corso delle indagini preliminari²⁶ – lo include tra gli «atti idonei ad incidere sulla libertà personale»²⁷ e denota la *voluntas legis* di uniformare la coppia di istituti alla legalità costituzionale in materia²⁸.

L'«attuale fisionomia»²⁹ del prelievo biologico coattivo è, in tal senso, un'inversione di tendenza rispetto al superficiale e frettoloso intervento del 2005³⁰, diretto a potenziare i poteri della polizia giudiziaria³¹, ma rivelatosi insufficiente a fronteggiare le esigenze processuali dell'atto³² ed a proteggere i diritti della persona da assoggettare a prelievo³³.

²¹ Per l'analisi e il commento dei restanti capi, si rinvia *ex plurimis* a A. MUSUMECI, *La ratifica del Trattato di Prüm*, cit., pp. 14 ss.; ID., *Il risarcimento del danno*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., pp. 30 ss.; D. PERUGIA, *Scambio di informazioni e altre forme di cooperazione*, in *ivi*, pp. 203 ss.; L. TIRABASSI, *Le operazioni comuni*, in *ivi*, pp. 214 ss.; ID., *Poteri oltre frontiera e situazioni d'emergenza*, in *ivi*, pp. 228 ss.; E. CALVANESE, *Adesione al Trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., pp. 9 ss.

²² P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 195.

²³ M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 256.

²⁴ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*

²⁵ M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, cit., p. 258.

²⁶ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1430.

²⁷ Art. 224*bis* c.p.p. «Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale».

²⁸ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 72.

²⁹ *Ivi*, p. 71.

³⁰ *Ex plurimis* R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 345; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, cit., p. 255; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1428.

³¹ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 455.

³² P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 213.

³³ G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1219.

L'articolo 10 della legge 31 luglio 2005, n. 155 aveva autorizzato la polizia giudiziaria a procedere al prelievo biologico coattivo sia nei confronti dell'indagato a scopo di identificazione durante le indagini preliminari (articolo 349 comma 2bis c.p.p.³⁴) sia nei confronti di chiunque³⁵ quando si proceda ad accertamenti urgenti (articolo 354 comma 3 secondo periodo³⁶).

Tuttavia, le garanzie a tutela della libertà personale, relativamente tanto alla riserva di legge quanto a quella di giurisdizione, paiono per lo più trascurate da questo primo tentativo legislativo in tema di prelievo biologico coattivo³⁷.

Nelle due norme in commento nulla è specificato a proposito dei «modi» di limitazione della libertà personale – a parte il vago riferimento al rispetto della dignità personale – o dei «casi eccezionali di necessità e di urgenza»³⁸, che, ai sensi del comma 3 dell'articolo 13, giustificano provvedimenti limitativi della libertà personale in capo all'autorità di pubblica sicurezza³⁹; né il richiamo al semplice nulla osta del pubblico ministero è sufficiente ad attuare la garanzia della riserva di giurisdizione, che esige l'informazione tempestiva all'autorità giudiziaria e la successiva convalida⁴⁰.

La riforma del 2009 ha, quindi, convenientemente⁴¹ soppresso l'ultima parte del comma terzo dell'articolo 354 c.p.p., che esponeva a specifiche censure di incostituzionalità il potere degli ufficiali di polizia giudiziaria di procedere a prelievo coattivo in sede di sopralluogo per «scopi squisitamente investigativi»⁴².

È mantenuto, invece, il prelievo “identificativo” ad opera della polizia giudiziaria, la cui perdurante esistenza, oltre a continuare a destare i dubbi di conformità all'articolo 13, nonché

³⁴ «Se gli accertamenti indicati dal comma 2 comportano il prelievo di capelli o saliva e manca il consenso dell'interessato, la polizia giudiziaria procede al prelievo coattivo nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero.»

³⁵ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 331; P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*

³⁶ «Se gli accertamenti comportano il prelievo di materiale biologico, si osservano le disposizioni del comma 2-bis dell'articolo 349.»

³⁷ M.L. DI BITONTO, *Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia*, in *Cass. pen.*, 2012, n. 3, p. 1203.

³⁸ Art. 13 co. 3 Cost.

³⁹ *Amplius* R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., pp. 336 ss; A.A. DALIA, *Nuovi profili dell'identificazione personale*, in *Studi urbinati*, 2007, n. 4, pp. 430 ss.; P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 9, p. 3454; M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., pp. 471 ss., che però propone di correggere il dato letterale attraverso una lettura ispirata alle garanzie costituzionali.

⁴⁰ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 338. Sul paradosso che non fosse previsto né per il giudice né per il pubblico ministero disporre un'attività consentita, invece, alla polizia giudiziaria, si veda P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, cit., p. 3455.

⁴¹ M. PIERDONATI, *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 299; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p.1447. *Contra* P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 233.

⁴² P. P. PAULESU, *Commento all'articolo 354 c.p.p.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2007, II ed., p. 3112. Per le criticità relative al requisito dell'urgenza si vedano R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 337; M. PIERDONATI, *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali*, cit., p. 301; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 50.

all'articolo 32 della Costituzione⁴³, si inserisce «disarmonicamente»⁴⁴ nel vigente assetto. Infatti, nel comma 2bis dell'articolo 349, tuttora manca qualsiasi riferimento al giudice⁴⁵, che costituisce, invece, il baricentro⁴⁶ del nuovo sistema normativo dedicato al prelievo coattivo, anche nella fase investigativa⁴⁷.

Accanto al prelievo «mirato»⁴⁸ di cui agli articoli 224bis e 359bis c.p.p., il capo II della stessa legge n. 85 ha disciplinato talune ipotesi extracodicistiche di prelievo biologico esperibili nei confronti dei soggetti sottoposti a limitazione della libertà personale⁴⁹. Solo i profili ricavati dai campioni prelevati a queste categorie soggettive, elencate nell'articolo 9 della legge n. 85⁵⁰, sono destinati a confluire nella Banca dati nazionale istituita con l'articolo 5 della medesima legge⁵¹.

Ne risulta un quadro legislativo complesso, differenziato in base alla sorte dei dati genetici estratti dai campioni oggetto di prelievo⁵².

Delle norme codicistiche deve essere vagliata la conformità rispetto agli *standard* costituzionali di legittimità delle limitazioni della libertà personale. L'obiettivo è verificare se il contemperamento compiuto dal legislatore del 2009 possa integrare quella «attenta valutazione»⁵³ cui è stato invitato dalla Corte costituzionale nella nota pronuncia del 1996; in particolare, si tratta di valutare la compatibilità delle singole soluzioni legislative con l'attitudine del prelievo ad invadere la «sfera corporale»⁵⁴ e a collidere con altri beni giuridici meritevoli di protezione. In via preliminare, si osservi che le due norme «principali» introdotte nel codice di

⁴³ R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 335; M.L. DI BITONTO, *Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia*, loc. ult. cit.

⁴⁴ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 47; parla di «grave incoerenza sul piano sistematico» A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1448. *Contra* P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 235.

⁴⁵ R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 338;

⁴⁶ C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice*, in *Giuda dir.*, n. 30, 2009, p. 67 e ID., *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 72.

⁴⁷ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 219.

⁴⁸ G. G. MEZIO, *Il prelievo di materiale biologico dalla persona sottoposta a restrizione della libertà personale in una recente pronuncia della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 5, p. 1890.

⁴⁹ M. CORASANITI, *La banca dati del DNA: primi aspetti problematici dell'attuazione del trattato di Prüm*, in *Dir. inf.*, 2009, n. 3, p. 448.

⁵⁰ Art. 9 «Prelievo di campione biologico e tipizzazione del profilo del DNA» «1. Ai fini dell'inserimento del profilo del DNA nella banca dati nazionale del DNA, sono sottoposti a prelievo di campioni biologici:

- a) i soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari;
- b) i soggetti arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto;
- c) i soggetti detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;
- d) i soggetti nei confronti dei quali sia applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;
- e) i soggetti ai quali sia applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva.»

⁵¹ R. DEL COCO, *Il prelievo dei campioni biologici*, cit., pp. 63-64.

⁵² P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 195.

⁵³ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2142 ss.

⁵⁴ *Ibidem*.

rito possono essere analizzate congiuntamente, in quanto l'articolo 224*bis* è la norma «archetipo»⁵⁵ per il dibattito, richiamata, con qualche variante, dall'articolo 359*bis*.

La sottoposizione a prelievo biologico delle persone di cui all'articolo 9, invece, si giustifica ove si consideri che, essendo *in vinculis*, hanno subito la massima limitazione della libertà personale⁵⁶. L'acquisizione di DNA da questi soggetti avviene *ex lege*, sul presupposto che la loro posizione è già stata oggetto di un controllo giurisdizionale, formalizzato nel provvedimento cautelare di convalida dell'arresto o del fermo, nella sentenza di condanna o in quella che dispone la misura di sicurezza detentiva, oppure nell'ordinanza che concede la misura alternativa alla detenzione⁵⁷. Le soluzioni normative riguardanti queste categorie soggettive saranno commentate, nei prossimi paragrafi, in via residuale e in una prospettiva diversa, ossia quella delle modalità esecutive e dei soggetti legittimati, piuttosto che della rispondenza all'articolo 13 della Costituzione.

2.1. Prelievo biologico coattivo e libertà personale nella legge 30 giugno 2009, n. 85

Pregevole è, anzitutto, la tecnica di redazione delle norme processuali, che spicca per l'auspicata⁵⁸ precisione lessicale nella realizzazione legislativa delle riserve di legge e di giurisdizione⁵⁹.

In ordine ai presupposti del prelievo biologico, la legge del 2009 ha scelto di delimitare in modo rigoroso i «casi» di limitazione della libertà personale⁶⁰, facendo propria la via già seguita in materia di intercettazioni⁶¹; la definizione dell'*an* della coazione⁶² è rimessa, da un lato, alla gravità dei delitti perseguiti, desunta dalla pena irrogata per legge, e, dall'altro, all'assoluta indispensabilità che l'operazione riveste per l'accertamento.

Quanto al primo dei presupposti citati, la legge n. 85 ha preferito raccordare l'esecuzione coattiva del prelievo biologico con il livello edittale della pena, piuttosto che con determinate

⁵⁵ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1430. Nello stesso senso, P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 230.

⁵⁶ Oltre alla massima provazione della libertà personale, ai sensi dell'articolo 11 ord. pen., sono sottoposti a perquisizione, fotosegnalazione, rilievo di impronte dattiloscopiche, prelievo ematico per l'accertamento di HIV o altre malattie epidemiche. P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 200; R. DEL COCO, *Il prelievo dei campioni biologici*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 62; A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati "sanitari" nel processo penale*, in Lenti L., Palermo E., Zatti P. (a cura di) *Trattato di biodiritto. Volume III, I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, p.529.

⁵⁷ R. DEL COCO, *Il prelievo dei campioni biologici*, cit., p. 66; P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 2, p. 12.

⁵⁸ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., pp. 459-460.

⁵⁹ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 75.

⁶⁰ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 67.

⁶¹ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 473; P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 230; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, cit., p. 269; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 93; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

⁶² G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, cit., p. 1220; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 72.

tipologie di reato⁶³, più precisamente riservandola alla persecuzione di delitti non colposi per i quali la legge stabilisca la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni.

Il criterio della «gravità astratta»⁶⁴ del delitto perseguito appare congrua applicazione del principio di proporzionalità nella limitazione della libertà personale⁶⁵; in base a tale principio, il prelievo coattivo deve essere escluso per l'accertamento dei delitti, quali quelli colposi, rispetto a cui l'utilità della limitazione sarebbe «marginale»⁶⁶.

Si è criticato isolatamente che il dato edittale su cui si fonda la decisione di disporre il prelievo coattivo è un limite solo formale⁶⁷ e rischierebbe di consentire il ricorso alla forza in una gamma troppo estesa di reati⁶⁸; si è sostenuto, cioè, che, in particolare nelle indagini preliminari, dove l'addebito potrebbe essere artificialmente “gonfiato” dal pubblico ministero a tal fine, sarebbe stato preferibile ancorare la decisione sul prelievo anche all'esistenza di indizi, che suffraghino la richiesta dell'accusa⁶⁹. È più condivisibile l'opposto punto di vista, per cui sembra ragionevole l'opzione legislativa di uniformarsi ai limiti di pena, già assegnati dall'articolo 381 comma 1 c.p.p. all'arresto in flagranza per delitti non colposi⁷⁰, trattandosi di limitazioni analogamente temporanee della libertà personale⁷¹.

Una volta appurato che si rientri in una delle situazioni delittuose contemplate, occorre ulteriormente verificare che l'esecuzione coattiva sia «assolutamente indispensabile per la prova»⁷² o l'accertamento del fatto.

Duplici è il portato di questo presupposto nella prospettiva di una residualità⁷³ del ricorso alla forza. Non deve essere altrimenti o *aliunde* acquisibile materiale biologico riconducibile alla persona interessata⁷⁴, per cui requisito inespreso è, ovviamente, l'accertata mancanza di

⁶³ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 477.

⁶⁴ GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 84.

⁶⁵ M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*

⁶⁶ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1224.

⁶⁷ R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1234.

⁶⁸ C: GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 85, riferisce le perplessità espresse dall'Unione Camere Penali Italiane sul testo della legge n. 85.

⁶⁹ A. CAMON, *loc. ult. cit.*

⁷⁰ M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, *cit.*, p. 266.

⁷¹ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 86. In direzione analoga si è orientato anche M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, *cit.*, p. 1224.

⁷² Art. 224bis co. 1 c.p.p.

⁷³ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, *cit.*, p. 467; A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati “sanitari” nel processo penale*, *cit.*, p. 526.

⁷⁴ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 221; M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 267; R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, *cit.*, p. 1234. C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 95 ipotizza che il profilo genetico del soggetto indagato o interessato, nell'attuale panorama normativo, potrebbe essere: «ricavato dai campioni prelevati ai sensi dell'art. 9 legge n. 85 del 2009, tipizzato da reperti ormai privi di legami con la sua sfera corporea, ricavato da campioni biologici prelevati fini identificativi ex art. 349 comma 2bis c.p.p. o per scopi diversi dall'accertamento penale».

consenso della persona⁷⁵. Il risultato del prelievo e della successiva analisi, poi, deve essere tale da apportare un contributo fondamentale⁷⁶, non ottenibile con altri mezzi probatori o investigativi⁷⁷.

La normativa italiana pare, così, allinearsi alla concezione del prelievo biologico coattivo quale *extrema ratio*⁷⁸, accogliendo il canone di stretta necessità⁷⁹ inveterato nelle fonti europee⁸⁰.

Con altrettanto rigore è stata realizzata la garanzia della riserva di giurisdizione, nella consapevolezza della speciale attenzione richiesta dal bene giuridico colpito dal prelievo biologico⁸¹, che arriva «fino al cuore»⁸² della libertà personale tutelata *ex* articolo 13 della Costituzione.

La legge n. 85 riporta nell'alveo della giurisdizione la legittimazione a procedere all'acquisizione forzata di materiale biologico da persona vivente⁸³. Spetta al giudice, in quanto soggetto terzo ed imparziale, la decisione di disporre l'intrusione nel corpo della persona, in cui si concreta il prelievo biologico⁸⁴, con ordinanza motivata⁸⁵.

L'intervento del giudice resta indefettibile qualora sia indispensabile procedere al prelievo biologico coattivo nel corso delle indagini preliminari. Il dominio dell'organo giurisdizionale anche nella fase investigativa⁸⁶, secondo taluno eccessivamente garantista⁸⁷, esige che emetta un'ordinanza autorizzativa⁸⁸ su richiesta del pubblico ministero⁸⁹.

La concentrazione in capo al giudice del potere di disporre il prelievo coattivo viene meno eccezionalmente nei casi di urgenza tipici della fase preliminare. In tali situazioni, lo stesso

⁷⁵ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, cit., p. 1225; A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1433; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 95.

⁷⁶ R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, loc. ult. cit.; A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1430.

⁷⁷ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 96.

⁷⁸ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 477; M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 267.

⁷⁹ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 72.

⁸⁰ Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (87) 15 del 17 settembre 1987, richiamata da G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 52; Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1989 sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica, richiamata da C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 38, nota n. 47.

⁸¹ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, cit., p. 1222.

⁸² A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1432.

⁸³ G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, cit., p. 1220; GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 74.

⁸⁴ M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*

⁸⁵ G. GIOSTRA, *loc. ult. cit.* L'ordinanza è ricorribile per cassazione ai sensi degli articoli 111 co. 7 Cost. e 568 co. 2 c.p.p. Si rinvia a C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1229 e ID., *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., pp. 113 ss.; F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., pp. 246 ss.

⁸⁶ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 74.

⁸⁷ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 269.

⁸⁸ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 230. Sul contenuto, si veda R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, cit., p. 1235.

⁸⁹ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 269 ss.; R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, cit., p. 1234.

pubblico ministero può deliberare *ex se* il prelievo coattivo, con proprio decreto, il cui contenuto deve rispettare le indicazioni dell'articolo 224*bis* comma 2, a tal fine espressamente richiamato⁹⁰, e spiegare le ragioni dell'urgenza⁹¹. Comunque, ancora sul modello della disciplina delle intercettazioni⁹², entro quarantotto ore dall'espletamento del prelievo⁹³, l'organo dell'accusa ha il dovere di chiedere la convalida al giudice per le indagini preliminari⁹⁴.

Quest'ultimo regime d'urgenza è ancorato ad un ulteriore presupposto, essendo attivabile a fronte di un «grave o irreparabile pregiudizio»⁹⁵ all'attività di indagine; purtroppo, l'impiego della disgiuntiva «o», frutto probabilmente di una svista, rischia di neutralizzare l'afflato garantistico del requisito⁹⁶, perché, di fatto, finisce per ammettere il prelievo su iniziativa del pubblico ministero al ricorrere alternativo della gravità o della irreparabilità del pregiudizio⁹⁷.

Complessivamente, comunque, la scrupolosa determinazione dei «casi» di prelievo coattivo e l'attuazione rigorosa della riserva di giurisdizione testimoniano la sensibilità del legislatore nella ricerca di un «sano equilibrio»⁹⁸ tra gli interessi pubblici e le istanze individuali.

In questa cornice, difficilmente⁹⁹ si giustifica la permanenza del comma 2*bis* dell'articolo 349 c.p.p. inserito dalla riforma del 2005 e ora richiamato in esordio al nuovo articolo 359*bis* c.p.p. L'articolo 349 comma 2*bis* contempla un'ipotesi di prelievo biologico con finalità di identificazione, ovverosia di attribuzione delle esatte generalità all'individuo¹⁰⁰.

Esito negativo ha la verifica circa la sussistenza, in quel comma 2*bis*, delle condizioni a cui l'articolo 13 comma terzo della Costituzione subordina la limitazione della libertà personale da parte dell'autorità di polizia¹⁰¹. Le maggiori perplessità rilevabili consistono nel *deficit* di tassatività e nel mancato controllo giurisdizionale successivo sull'esercizio del potere della polizia giudiziaria¹⁰².

⁹⁰ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 272; C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice, cit.*, p. 69.

⁹¹ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*; A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1435.

⁹² P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*; M. STRAMAGLIA, *loc. ult. cit.*

⁹³ Così, secondo A. CAMON, *loc. ult. cit.* e M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 274

⁹⁴ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale, cit.*, p. 74. Si vedano *amplius* M. STRAMAGLIA, *loc. ult. cit.*; G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina, cit.*, p. 1220; A. CAMON, *op. ult. cit.*, pp. 1435 ss.

⁹⁵ Art. 359*bis* co. 2 c.p.p.

⁹⁶ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 273.

⁹⁷ A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1435.

⁹⁸ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali, cit.*, p. 1227.

⁹⁹ *Contra* P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto, cit.*, p. 235, che ritiene la sua permanenza non contrastante con la linea di tendenza della riforma del 2009.

¹⁰⁰ A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1448.

¹⁰¹ *Contra* A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1448, che rinviene il comma 2 dello stesso articolo il riferimento per le garanzie costituzionali.

¹⁰² R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi, cit.*, p. 1239; M. PIERDONATI, *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali, cit.*, p. 302; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale, cit.*, pp. 60-61.

Infatti, la norma in commento elude l'indicazione tassativa dei «casi eccezionali di necessità e di urgenza»¹⁰³, limitandosi, con formula non trasparente¹⁰⁴, a discorrere di accertamenti che comportino il prelievo, a cui la polizia giudiziaria procede «ove occorra»¹⁰⁵. L'autorizzazione preventiva, inizialmente anche orale, del pubblico ministero non è in grado di esaudire la riserva di giurisdizione, tanto più che si tratta di provvedimento «innominato»¹⁰⁶, quanto alla forma, e non motivato, quindi non paragonabile a un giudizio di convalida¹⁰⁷.

Persiste il paradosso per cui il pubblico ministero si trova ad autorizzare la polizia giudiziaria ad eseguire un'operazione – il prelievo biologico “identificativo” – che gli è preclusa «*motu proprio*»¹⁰⁸, mentre la Costituzione prefigura il riconoscimento in capo alla polizia di un potere solo surrogatorio di quello principale dell'autorità giudiziaria¹⁰⁹.

In ultimo, in assenza della sanzione esplicita dell'utilizzabilità, non può escludersi un impiego ad altri fini, segnatamente investigativi, del campione prelevato dalla polizia giudiziaria¹¹⁰, avvallato da una «verifica “compiacente” o remissiva»¹¹¹ del pubblico ministero.

Peraltro, si ritiene che il rischio di aggiramento del corredo di garanzie introdotto dalla legge n. 85¹¹² possa essere arginato tramite un'interpretazione costituzionalmente orientata, che, valorizzando il vincolo teleologico del prelievo in commento all'identificazione del sospetto¹¹³, riporti, invece, nell'alveo dell'articolo 359*bis* c.p.p. l'esecuzione coattiva di ogni prelievo per scopi di accertamento del fatto nel corso delle indagini¹¹⁴.

Si noti che, da ultimo, il quadro codicistico «“multilivello”»¹¹⁵ in materia di prelievo biologico coattivo è stato complicato dalla recente legge 23 marzo 2016, n. 41¹¹⁶, che ha inserito nel codice penale due nuove ipotesi autonome di delitto colposo, quello di “omicidio stradale”, di cui all'articolo 389*bis* c.p., e quello di “lesioni personali stradali”, di cui all'articolo 390*bis* c.p., e

¹⁰³ Art. 13 co. 3 Cost.

¹⁰⁴ A. CAMON, *loc. ult. cit.*

¹⁰⁵ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi, cit.*, p. 337; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009, p. 105.

¹⁰⁶ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale, cit.*, p. 474.

¹⁰⁷ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi, cit.*, p. 338; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 61-62.

¹⁰⁸ R. ADORNO, *loc. ult. cit.*

¹⁰⁹ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi, cit.*, pp. 338-339; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 57.

¹¹⁰ R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi, cit.*, p. 1239; A. CAMON, *loc. ult. cit.*; G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina, cit.*, p. 1221; in particolare, C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 67-69, paventa che la sorte dei campioni prelevati a fini, teoricamente, identificativi sia quella dell'archiviazione in banche dati non ufficiali.

¹¹¹ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 67.

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ G. GIOSTRA, *loc. ult. cit.*; P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto, cit.*, p. 235.

¹¹⁴ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 276; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

¹¹⁵ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto, cit.*, p. 1222.

¹¹⁶ “Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274”.

modificato gli articoli 224*bis* e 359*bis* c.p.p.. I prelievi biologici e gli «accertamenti dello stato di ebbrezza alcolica ovvero di alterazione correlata all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope»¹¹⁷ sono ascrivibili alla formula «altri casi espressamente previsti dalla legge»¹¹⁸ che già compariva nell'articolo 224*bis* c.p.p.; con tale «clausola di apertura»¹¹⁹, il legislatore del 2009 ha lasciato aperta la possibilità dell'introduzione normativa di nuove ipotesi di prelievo coattivo, ancorate a presupposti diversi da quello edittale¹²⁰.

Il prelievo biologico coattivo in questi «altri casi» resta, comunque, vincolato dalla sussistenza dell'assoluta indispensabilità¹²¹. A seguito del recente intervento, nel comma primo dell'articolo 224*bis*, compare, accanto al «criterio rigidamente quantitativo»¹²² della pena edittale, un nuovo presupposto, fondato sulla speciale qualità del delitto perseguito¹²³.

La legge n. 41 del 2016 ha, inoltre, aggiunto una nuova ipotesi di prelievo ad iniziativa del pubblico ministero, connessa al presupposto di cui si è detto, attivabile in situazioni di urgenza, con la peculiarità procedurale che «il decreto di cui al comma 2 e gli ulteriori provvedimenti ivi previsti possono, nei casi di urgenza, essere adottati anche oralmente e successivamente confermati per iscritto»¹²⁴.

2.2. Prelievo biologico coattivo, salute, integrità fisica e dignità nella legge 30 giugno 2009, n. 85

Devono, ora, analizzarsi le modalità esecutive che la legge n. 85 ha introdotto per l'esecuzione coattiva del prelievo biologico.

Sul punto, le norme codicistiche devono, anzitutto, adempiere all'esaustiva indicazione dei «modi», che costituisce il secondo aspetto di attuazione della riserva di legge, e dei «tipi di misure restrittive»¹²⁵, secondo quanto specificato nella sentenza costituzionale del 1996; si noti che l'opportunità delle opzioni adottate in materia è determinata dalla debita salvaguardia dei diritti fondamentali, oltre che dalla legittimità costituzionale sotto il profilo della libertà personale. Si tratta, infatti, di recepire una precisa istruzione della Consulta, che ha raccomandato di preservare, in particolare, salute, integrità fisica e dignità dell'interessato nello

¹¹⁷ Art. 359*bis* co. 3*bis* c.p.p.

¹¹⁸ Art. 224*bis* co. 1 c.p.p.

¹¹⁹ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 1224.

¹²⁰ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 87.

¹²¹ M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*

¹²² C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.*

¹²³ Come, a suo tempo, auspicato da D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, n. 4, p. 1039 ed E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2008, p. 165.

¹²⁴ Art. 359*bis* co. 3*bis* c.p.p.

¹²⁵ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*

svolgimento del prelievo biologico contro la sua volontà¹²⁶. Poiché questi ultimi sono diritti fondamentali, si constata che anche le disposizioni sul prelievo «istituzionale»¹²⁷ contemplano regole esecutive tali da evitarne un sacrificio eccessivo.

Il legislatore del 2009, seppur nel capo II della legge, dunque con riferimento all'alimentazione della Banca Dati Nazionale, ha preliminarmente proposto una definizione del campione biologico, che costituisce l'oggetto del prelievo biologico, nei termini seguenti: «quantità di sostanza biologica prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA»¹²⁸.

Data questa definizione generale, le norme di modifica del codice di rito si fanno carico dell'enunciazione dei «tipi» di campioni biologici prelevabili nell'ambito del procedimento penale.

Alla legge n. 85 va riconosciuto il merito di aver privilegiato formule specifiche, distanti da quella generica di «materiale biologico», che la legge antiterrorismo aveva evocato nell'abrogato comma terzo dell'articolo 354¹²⁹.

Il potere di coazione può essere esercitato – al ricorrere dei presupposti e con le garanzie giurisdizionali di cui si è detto – per compiere «atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici»¹³⁰. Lodevole la chiara presa di posizione sulla «finalizzazione investigativa»¹³¹ del prelievo, cioè sulla sua funzionalità alla sola «determinazione del profilo del DNA»¹³², con esclusione di altre finalità¹³³.

Sono enumerate le tipologie di prelievo eseguibili con la forza, da intendersi alternative tra di loro, come denota l'impiego della disgiuntiva «o». Tra di esse figura la «mucosa del cavo orale», che una lettura sistematica di tutte le disposizioni sul prelievo coattivo, sia nuove sia preesistenti, suggerisce di intendere come saliva¹³⁴, benché sul piano tecnico si tratti di nozioni non

¹²⁶ M. CINGOLANI, *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte Costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, nn. 4-5, p. 877; D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, n. 4, p. 1040; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale, cit.*, pp. 32-34.

¹²⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, XVI ed., 2015, p. 573.

¹²⁸ Art. 6 co. 1 lett. c).

¹²⁹ F. RATTO TRABUCCO, *La costituzionalità delle modalità di prelievo coattivo di materiale biologico per l'estrazione del profilo del DNA: tampone buccale versus puntura digitale*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, Cedam, Padova, 2011, p. 172; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale, cit.*, p. 75.

¹³⁰ Art. 224bis co. 1 c.p.p.

¹³¹ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca Dati Nazionale del DNA*, in *Riv. It. Med. Leg.*, n. 4-5, 2011, p. 944.

¹³² F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici coattivi, cit.*, p. 243; M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, pp. 260-261; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 75-76.

¹³³ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto, cit.*, p. 1223.

¹³⁴ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 77; P. RIVELLO, *La perizia*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 450, nota n. 225. In questo senso, pare orientata la giurisprudenza di legittimità; in modo esplicito, Cass. pen., sez. II, 27 novembre 2014 n. 2476.

sovrapponibili¹³⁵. Anche in proposito è rilevabile un mancato raccordo con le altre forme di prelievo biologico, il cui oggetto è variamente determinato¹³⁶: «capelli o saliva»¹³⁷ per quello ad opera della polizia giudiziaria e «mucosa del cavo orale» per il prelievo di cui all'articolo 9; sarebbe auspicabile un «ritocco linguistico»¹³⁸ che uniformi il materiale biologico asportabile nel corso del processo penale, sostituendo “saliva” all'espressione «mucosa del cavo orale»¹³⁹ e aggiungendo i peli nell'articolo 349bis¹⁴⁰.

Sono state espresse perplessità in ordine all'effettiva tassatività dell'elencazione. Il dubbio sarebbe alimentato dall'uso, forse un poco ambiguo¹⁴¹, del pronome «quali», che potrebbe indurre a propendere per il carattere meramente esemplificativo¹⁴². La strada preferibile è, anche in tal caso, quella di un'esegesi costituzionalmente orientata, che valorizzi l'intenzione del legislatore¹⁴³ di «restringere in un *numerus clausus*»¹⁴⁴ le tipologie ammissibili di prelievo, con la conseguenza che sarebbero vietate altre forme di prelievo, tra cui proprio quello ematico, oggetto della pronuncia della Corte costituzionale¹⁴⁵.

L'entrata in vigore della legge n. 41 del 2016 spinge, però, a rivalutare alcune delle considerazioni svolte in punto di campioni biologici asportabili nell'ambito del processo penale, in quanto il prelievo di nuova introduzione non pare finalizzato alla estrazione del profilo del DNA, essendo rivolto ad accertare lo stato di alterazione a causa dell'assunzione di alcol oppure di sostanze stupefacenti o psicotrope¹⁴⁶. La realizzazione di questo accertamento esige uno strumento specifico – il prelievo di sangue – il quale, tuttavia, non è stato esplicitamente aggiunto, nel comma primo dell'articolo 224bis, tra le tipologie esperibili. Le linee guida operative, elaborate dalle Procure della Repubblica sul punto, propongono divergenti

¹³⁵ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 202.

¹³⁶ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 234; R. DEL COCO, *Il prelievo dei campioni biologici*, *cit.*, p. 66.

¹³⁷ Art. 349 co2bis c.p.p.

¹³⁸ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 78.

¹⁴¹ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 260; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 76.

¹⁴² Come concludono G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca Dati Nazionale del DNA*, *loc. ult. cit.*, e G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, *cit.*, p. 2642.

¹⁴³ Desumibile anche dai lavori parlamentari, in particolare dalla Relazione dell'on. Contente alla Commissione Giustizia della Camera, 10 febbraio 2009.

¹⁴⁴ M. STRAMAGLIA, *loc. ult. cit.*; M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, *cit.*, p. 1223; C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.*

¹⁴⁵ F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, *cit.*, p. 243; M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*; L. CHIEFFI, *Le informazioni sul patrimonio genetico tra diritti del singolo e interessi pubblici*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4, p. 10, consultabile all'indirizzo web: <http://www.rivistaaic.it/le-informazioni-sul-patrimonio-genetico-tra-diritti-del-singolo-e-interessi-pubblici.html>

¹⁴⁶ Similmente, sebbene in riferimento agli accertamenti di cui all'articolo 16 della legge 15 febbraio 1996, n. 66, sostiene C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 91.

interpretazioni: una tesi rigorosa, accolta dalla Procura di Trento¹⁴⁷, esclude che possa ricorrersi coattivamente al prelievo di sangue, perché l'unica soluzione ermeneutica compatibile con l'articolo 13, comma 2, della Costituzione è quella, appena delineata, della tassatività dell'espressione «prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale»; viceversa, secondo la procura di Udine¹⁴⁸, il necessario prelievo di sangue è praticabile, perché implicante sofferenze di lieve entità, quindi compatibile con il divieto probatorio, preesistente nell'articolo 224bis c.p.p.. La prima interpretazione appare più coerente con il significato garantistico concepito dalla legge n. 85 per la clausola «altri casi espressamente previsti»¹⁴⁹, ma è la seconda ad assolvere l'esigenza cui risponde la recente riforma e, quindi, probabilmente destinata ad affermarsi nella prassi.

Comunque, lo sforzo di delimitazione del legislatore del 2009 era già indebolito dalla originaria presenza, nello stesso comma primo dell'articolo 224bis c.p.p., di un'altra *species* di atti incidenti sulla libertà personale, ossia quella di «accertamenti medici». È un'espressione generica, atta a ricomprendere una categoria indeterminata di atti¹⁵⁰, e per la quale nemmeno è ribadita la proiezione finalistica di cui si è detto a proposito del prelievo¹⁵¹. Già nella dottrina anteriore all'introduzione dei reati stradali, si era osservato che, nell'ampio spettro delle operazioni ricomprese negli «accertamenti medici», sarebbe praticabile anche il prelievo di sangue –escluso, invece, dando seguito all'interpretazione rigorosa proposta in materia di tipologie ammesse di prelievo biologico¹⁵² – e lo sarebbe anche per lo svolgimento di indagini diverse, come quelle tossicologiche¹⁵³.

È urgente un intervento che rimedi il difetto di determinatezza, che, altrimenti, espone la norma a censure di costituzionalità per violazione dell'articolo 13 comma 2¹⁵⁴, anche se un correttivo nel senso di restringere la categoria in parola può essere già tratto, secondo un'isolata opinione¹⁵⁵, dal complesso delle norme, che seguono, sulle modalità di espletamento degli atti.

In effetti, la legge n. 85 del 2009 non si è limitata ad elencare le tipologie di materiale biologico asportabili, di per sé sufficienti ad esaudire la riserva di legge sotto questo profilo. Consapevole

¹⁴⁷ “La nuova disciplina dell'omicidio e delle lesioni stradali [legge 23 marzo 2016 n. 41]. Linee guida e indicazioni operative”, Procura della Repubblica di Trento, adottata con circolare n. 5/2016.

¹⁴⁸ “Prime linee guida sull'applicazione della legge 23.3.2016, n. 41 “Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274” pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 24.3.2016 ed entrata in vigore il giorno successivo”.

¹⁴⁹ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 1224.

¹⁵⁰ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 261; M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*; P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, pp. 225-226.

¹⁵¹ F. CASASOLE, *op. ult. cit.*, p. 244; GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 80; G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico, cit.*, p. 945.

¹⁵² M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 262.

¹⁵³ R. O. V. VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 372.

¹⁵⁴ C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice, cit.*, pp. 71-72; M. STRAMAGLIA, *loc. ult. cit.*

¹⁵⁵ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, pp. 1223-1224.

della collisione del prelievo biologico con valori ulteriori, la riforma si spinge oltre la «meccanica traduzione dei parametri imposti dall'art. 13, comma 2, Cost.»¹⁵⁶; essa prova ad introdurre una disciplina dettagliata del *quomodo*¹⁵⁷, costellando il procedimento di acquisizione forzata di molteplici strumenti normativi di contemperamento con i beni giuridici in gioco.

Lo strumento di cui comma quarto dell'articolo 224*bis* si rivolge al giudice, come suggerisce l'aggettivo «disposte»¹⁵⁸, e consiste in un divieto probatorio di ordinare operazioni *contra legem* oppure pregiudizievoli per la vita, la salute, l'integrità fisica per la persona o il nascituro o, ancora, implicantì sofferenze di non lieve entità¹⁵⁹.

L'elenco del comma primo aveva già correttamente espunto *a priori* la praticabilità di forme di prelievo incompatibili con i diritti fondamentali, in ossequio a una soglia non valicabile, il cui fondamento è rintracciabile nella sentenza n. 238 del 1996¹⁶⁰. Per tali ragioni, si è ritenuto che il criterio-guida per l'organo giurisdizionale abbia significato soprattutto per gli «accertamenti medici», almeno a considerare tassativa l'enumerazione delle tipologie di prelievo¹⁶¹; comunque, è opportuno estendere analogicamente questo divieto agli articoli 9 della legge n. 85 e 349 comma 2*bis* c.p.p.¹⁶², che, altrimenti, non contengono norme atte a prevenire in modo sufficiente i problemi di attrito con i diritti fondamentali.

Il successivo comma quinto¹⁶³ prosegue l'opera di progressiva realizzazione del canone di «minima offensività»¹⁶⁴, che pare informare la disciplina, con una regola di condotta indirizzata, questa volta, agli esperti incaricati di procedere al prelievo biologico¹⁶⁵. Vi sono enunciati i limiti negativi¹⁶⁶ da rispettare nel concreto espletamento dell'operazione: le modalità esecutive devono svolgersi «nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto». Le implicazioni sono diverse rispetto a quelle del divieto probatorio di cui al comma 4, perché qui entra nel bilanciamento anche la «funzionalità istituzionale»¹⁶⁷, che potrebbe rendere inevitabile il

¹⁵⁶ G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, cit., p. 1220.

¹⁵⁷ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 1222.

¹⁵⁸ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali*, cit., p. 1231.

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

¹⁶⁰ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., p. 464, nota n. 18.

¹⁶¹ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 227; F. CASASOLE, *op. ult. cit.*, p. 248; M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, cit., p. 1226.

¹⁶² A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario profili tecnici*, cit., p. 26.

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

¹⁶⁴ G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, loc. ult. cit.; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali*, loc. ult. cit.

¹⁶⁵ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 122.

¹⁶⁶ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 226; G. GIOSTRA, loc. ult. cit.

¹⁶⁷ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali*, cit., p. 1232.

pregiudizio di questi valori¹⁶⁸. Tuttavia, l'eventuale pregiudizio va contenuto entro lo stretto necessario¹⁶⁹ attraverso comportamenti che, a seconda della peculiarità della situazione concreta, spetta agli esecutori scegliere¹⁷⁰.

Il rispetto della dignità costituisce regola di condotta presente anche nell'articolo 349 comma 2bis, ove, però, figura come unica indicazione dei «modi», tanto da potersene ipotizzare l'illegittimità per violazione degli articoli 13 e 32 della Costituzione, non figurando alcun accenno alla tutela della salute del soggetto passivo¹⁷¹.

La dignità, poi, è limite negativo comune al prelievo *ex lege*¹⁷². Nel comma 5 dell'articolo 9 vi è, inoltre, affiancata la nozione, criticata perché vaga¹⁷³, di decoro; invece, nei nuovi articoli del codice di rito, compare il pudore, che, insieme appunto alla dignità, trova già esplicito riconoscimento nella disciplina di ispezioni e perquisizioni personali¹⁷⁴, ma in questa sede addirittura senza l'inciso «nei limiti del possibile»¹⁷⁵.

Complessivamente, comunque, il significato è quello di evitare qualsiasi manovra prolungata, poco rispettosa della persona¹⁷⁶ o mortificante per il suo corpo oppure, almeno, di limitarne l'uso, anche dal punto di vista temporale¹⁷⁷. Sul punto, sarebbe stato opportuno differenziare le modalità esecutive quando il prelievo coattivo riguardi il minore, introducendo pratiche distinte rispetto a quelle del soggetto passivo adulto¹⁷⁸, diversificate a seconda dell'età¹⁷⁹, magari escludendolo al di sotto di una soglia anagrafica¹⁸⁰ e consentendogli di essere accompagnato ed affiancato da «una persona affettivamente vicina»¹⁸¹.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 227.

¹⁷⁰ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, *cit.*, p. 123.

¹⁷¹ R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 335; M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, *cit.*, pp. 478-479.

¹⁷² «5. Le operazioni sono eseguite nel rispetto della dignità, del decoro e della riservatezza di chi vi è sottoposto. Delle operazioni di prelievo è redatto verbale.»

¹⁷³ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 203.

¹⁷⁴ Si vedano gli artt. 245 e 249 c.p.p.; R. DEL COCO, *Il prelievo dei campioni biologici*, *cit.*, p. 72; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, *cit.*, p. 126, prova a giustificare l'asimmetria la riguardo con la constatazione che ad essere oggetto del prelievo nel processo penale possono essere anche peli.

¹⁷⁵ C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.*

¹⁷⁶ R. DEL COCO, *Il prelievo dei campioni biologici*, *cit.*, p. 70.

¹⁷⁷ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 204; A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario profili tecnici*, *cit.*, p. 25.

¹⁷⁸ C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice*, *cit.*, p. 76. *Contra* P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, pp. 223-224.

¹⁷⁹ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, *cit.*, p. 1226.

¹⁸⁰ G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, *cit.*, p. 1221.

¹⁸¹ *Ibidem*.

La destinazione alla Banca dati nazionale dei campioni prelevati *ex* articolo 9 giustifica il richiamo, nell'ambito di questa norma, anche alla riservatezza, che la Corte di Strasburgo ha enunciato come diritto da salvaguardare sin dalla fase di raccolta del DNA¹⁸².

Si ricordi, infine, che, trovandoci nel "campo" dei diritti fondamentali, tanto il divieto rivolto al giudice quanto i limiti alle modalità di svolgimento devono ritenersi validi per la persona che si sottoponga spontaneamente all'operazione¹⁸³.

Risponde all'intento di realizzazione del canone di stretta necessità, infine, il comma sesto dell'articolo 224*bis*¹⁸⁴, ove il giudizio di bilanciamento torna a coinvolgere la libertà personale¹⁸⁵. Il procedimento che vi è descritto testimonia la *voluntas legis* di evitare il ricorso alla coazione: due sono gli «interpelli»¹⁸⁶ volti ad offrire alla persona la possibilità, rispettivamente, di comparire spontaneamente e di acconsentire al prelievo. L'uso della forza – che si può estrinsecare nell'accompagnamento coattivo, nell'esecuzione forzata del prelievo biologico o in entrambi – è legittimo solo laddove se ne constati l'inevitabilità a seguito dell'assolvimento di questa doppia verifica di indisponibilità del soggetto passivo¹⁸⁷ e se non si protrae oltre il «tempo strettamente necessario» all'espletamento dell'operazione¹⁸⁸. Il richiamo all'articolo 132 comma 2 c.p.p.¹⁸⁹, in materia di accompagnamento coattivo, concorre a delimitare i momenti di coercizione ammissibili ed a specificare il termine massimo di ventiquattro ore¹⁹⁰; in base alla norma richiamata, il trattenimento della persona non deve prolungarsi «oltre il compimento dell'atto e di quelli consequenziali per i quali perduri la necessità della sua presenza»¹⁹¹.

¹⁸² Corte eur. dir. uomo, sent. 4 dicembre 2008, S. e Marper c. Regno Unito. R. DEL COCO, *op. ult. cit.*, p. 71. Invece secondo, P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*, il significato sarebbe meno pregnante, ossia solo quello di evitare il diffondersi della notizia di sottoposizione al prelievo biologico.

¹⁸³ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico, cit.*, p. 944.

¹⁸⁴ «6. Qualora la persona invitata a presentarsi per i fini di cui al comma I non compare senza addurre un legittimo impedimento, il giudice può disporre che sia accompagnata, anche coattivamente, nel luogo, nel giorno e nell'ora stabiliti. Se, pur comparendo, rifiuta di prestare il proprio consenso agli accertamenti, il giudice dispone che siano eseguiti coattivamente. L'uso di mezzi di coercizione fisica è consentito per il solo tempo strettamente necessario all'esecuzione del prelievo o dell'accertamento. Si applicano le disposizioni dell'articolo 132, comma 2.»

¹⁸⁵ G. GIOSTRA, *op. ult. cit.*, p. 1220; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali, cit.*, p. 1232.

¹⁸⁶ G. GIOSTRA, *loc. ult. cit.*

¹⁸⁷ Anche nelle indagini preliminari. Si vedano M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 274 e R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi, cit.*, p. 1235.

¹⁸⁸ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale, cit.*, p. 127.

¹⁸⁹ «2. La persona sottoposta ad accompagnamento coattivo non può essere tenuta a disposizione oltre il compimento dell'atto previsto e di quelli consequenziali per i quali perduri la necessità della sua presenza. In ogni caso la persona non può essere trattenuta oltre le ventiquattro ore»

¹⁹⁰ M. PIERDONATI, *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali, cit.*, p. 290; P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 228; C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.*

¹⁹¹ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali, loc. ult. cit.*

In questo quadro «complessivamente impostato secondo la regola del mezzo più mite»¹⁹² stupisce dover rilevare la mancanza di disposizioni atte a rendere effettiva la protezione della salute del soggetto passivo, enunciata nel comma quarto, specialmente qualora sia sottoposto ad accertamenti medici.

Nessuna norma chiarisce le competenze tecniche dei soggetti attivi del prelievo biologico. Eppure, in considerazione delle criticità insite nella fase di acquisizione e in quella immediatamente successiva di conservazione del materiale, la dottrina aveva auspicato che la riforma ne prevedesse l'obbligatoria esecuzione da parte di personale specializzato, preferibilmente ad opera di professionisti sanitari¹⁹³; ma a tale carenza non sembra rimediabile nemmeno in via interpretativa, alla luce di una recente sentenza della Corte di Cassazione, la quale statuisce chiaramente che il prelievo, salvo casi eccezionali, «non richiede l'utilizzo di competenze tecniche» né «il ricorso al tecnico (consulente o perito)»¹⁹⁴, richiesti, solo per la successiva fase di estrazione del profilo genetico.

Invece, per il prelievo dei campioni biologici diretti alla Banca dati nazionale, è precisata la qualifica degli addetti, che appartengono al «personale specificamente addestrato delle Forze di polizia» o al «personale sanitario ausiliario di polizia giudiziaria»¹⁹⁵, a seconda che il soggetto passivo sia detenuto o internato oppure agli arresti domiciliari¹⁹⁶. Per il prelievo biologico con tale finalità, sono stati, inoltre, specificati, nell'articolo 5 del regolamento di attuazione, gli adempimenti a tutela della salute nell'esecuzione del prelievo e delle fasi susseguenti¹⁹⁷: il prelievo di due campioni biologici è eseguito «tramite un tampone orale a secco che viene strofinato sulla parte interna della guancia ovvero sulle gengive per un tempo adeguato»¹⁹⁸ ed ogni campione biologico riposto in un contenitore separato e conservato a temperatura ambiente. Si noti, poi, che il flusso di questi campioni è gestito da un LIMS¹⁹⁹ che ne assicura la tracciabilità in tutte le fasi. In particolare, il regolamento prevede che i campioni biologici siano inviati al Laboratorio centrale nel più breve tempo possibile in «un unico plico chiuso con sigillo

¹⁹² C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 73.

¹⁹³ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 335;

¹⁹⁴ Cass. pen., sez. II, 27 novembre 2014 n. 2476, in *CED Cass.*, n. 261865.

¹⁹⁵ «4. I soggetti indicati al comma 1 sono sottoposti a prelievo di campioni di mucosa del cavo orale a cura del personale specificamente addestrato delle Forze di polizia o di personale sanitario ausiliario di polizia giudiziaria.»

¹⁹⁶ R. DEL COCO, *op. ult. cit.*, p. 66; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 188.

¹⁹⁷ C. PANSINI, *Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della Banca dati nazionale del dna e del Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale del DNA, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 85 del 2009*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 4, p. 13.

¹⁹⁸ Art. 5 co. 4 lett. c d.P.R. 7 aprile 2016.

¹⁹⁹ Ai sensi dell'art. 2 co. 1 lett. f d.P.R. 7 aprile 2016, è l'acronimo di *Laboratory Information Management System*, si tratta di «un sistema informativo idoneo a gestire i dati e il flusso di lavoro di un laboratorio».

antiefrazione ... anche avvalendosi di corrieri specializzati che assicurino l'integrità del plico stesso e la sua tracciabilità»²⁰⁰ e, infine, etichettati e registrati in via informatica.

Riguardo ai campioni biologici prelevati nel processo penale, invece, deve registrarsi anche la perdurante mancanza di previsioni atte ad assicurare una «catena di custodia ... adeguata e documentabile»²⁰¹.

2.3. Prelievo biologico e «sfera corporale» nella legge 30 giugno 2009, n. 85

La legge n. 85 del 2009 ha preferito non varare un criterio legislativo di classificazione del prelievo biologico in base al grado di invasione della «sfera corporale»²⁰².

Alcuni orientamenti hanno espresso perplessità nei confronti di tale opzione, a causa dell'appiattimento su di un unico livello di prelievi comportanti concretamente pregiudizi diversi per l'integrità fisica del soggetto passivo²⁰³. Tuttavia, nei precedenti capitoli, si è inteso dimostrare che l'invasività – tratto qualificante del prelievo di materiale biologico secondo la Corte costituzionale – deve trovare valorizzazione nell'ambito di qualsiasi riforma in materia, ma non necessariamente per il tramite di una classificazione giuridicamente rilevante tra prelievi, invasivi e non, oppure di una differenziazione delle modalità attuative.

Il rischio, in effetti, sarebbe quello di introdurre un criterio arbitrario di invasività, difficilmente ancorabile a parametri oggettivi²⁰⁴. La complessità di una simile operazione di inquadramento è, peraltro, dimostrata dalla divergenza delle percezioni, in materia: successivamente all'entrata in vigore della legge n. 85, la dottrina si è spaccata tra posizioni contrapposte, l'uno volto a rilevare l'invasività delle tipologie di prelievo ammesse dal comma primo dell'articolo 224bis²⁰⁵, l'altro orientato nel senso del loro carattere non invasivo²⁰⁶.

Molto opportunamente, quindi, il parametro dell'invasività è stato considerato dal legislatore nella «norma di chiusura»²⁰⁷ del comma 5 dell'articolo 224bis, in virtù della quale «in ogni caso, a parità di risultato, sono prescelte le tecniche meno invasive».

²⁰⁰ Art. 5 co. 5 d.P.R. 7 aprile 2016.

²⁰¹ A. MONTI, *Catena di custodia e "doppio binario" per campioni e reperti*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 106; nello stesso senso, si veda R. O. V. VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., p. 379.

²⁰² C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, cit.

²⁰³ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, pp. 260-261.

²⁰⁴ R. E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, 333; G. CAPOCCIA, *Istituzione di una banca dati del DNA a fini identificativi e di giustizia*, in *Rass. penit. e crim.*, 2007, n. 1, p. 50.

²⁰⁵ F. RATTO TRABUCCO, *La costituzionalità delle modalità di prelievo coattivo di materiale biologico per l'estrazione del profilo del DNA: tampone buccale versus puntura digitale*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, Cedam, Padova, 2011, pp. 159 ss.; E. OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 243.

²⁰⁶ R. DEL COCO, *op. ult. cit.*, p. 67; M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 260; P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 227

²⁰⁷ P. FELICIONI, *loc. ult. cit.*

Questa direttiva di metodo²⁰⁸ – la quale «potrebbe essere una bandiera superba, che non sfigurerebbe affatto in apertura del codice, quale articolo 1»²⁰⁹ – sintetizza il principio del minore sacrificio, che permea la riforma²¹⁰, rendendola più garantista di quella concepita per le intercettazioni, in cui manca una formula simile²¹¹. Essa impone di privilegiare le tipologie di prelievo e le condotte esecutive che, a parità di valenza cognitiva, permettano di contenere il «pregiudizio psicofisico per la persona»²¹².

Alcuni assegnano la scelta sul materiale da acquisire e sulla tecnica da adottare al giudice, svolgendosi l'intera operazione sotto il suo controllo, su indicazione dell'esperto che deve procedere al prelievo²¹³. Ma se la «minima offensività»²¹⁴ va elevata a regola ermeneutica, utile a colmare le lacune legislative e a dirimere i dubbi²¹⁵, si può sostenere spetti all'interessato esprimere la preferenza sulle forme percepite come più tollerabili per la sua sensibilità²¹⁶.

L'unico appunto che si può muovere al legislatore, in materia, è che la descritta clausola avrebbe dovuto essere riprodotta anche per il prelievo di cui all'articolo 9 della legge²¹⁷.

2.4. Prelievo biologico coattivo e diritti processuali nella legge 30 giugno 2009, n. 85

Sono isolati gli orientamenti circa la incompatibilità del prelievo coattivo, configurato dalla legge n. 85, con «il diritto di mantenere una posizione passiva che è costituzionalmente tutelata»²¹⁸. I profili di attrito con il privilegio dell'autoincriminazione sono sollevati specialmente nell'esecuzione coattiva del prelievo di saliva, che richiederebbe, almeno, l'attivazione fisica consistente nell'apertura il cavo orale²¹⁹.

Questa impostazione sembra, però, incoerente con il corretto inquadramento del privilegio in discorso, il cui ambito di operatività è limitato alle dichiarazioni verbali della persona²²⁰.

In una prospettiva più ampia, comunque, il riferimento alle garanzie processuali è pertinente, perché la norma costituzionale di riferimento²²¹ esige che l'esercizio dei poteri coercitivi si

²⁰⁸ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 123.

²⁰⁹ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, p. 169.

²¹⁰ P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm*, cit., p. 20.

²¹¹ C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.*

²¹² G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, cit., p. 1220.

²¹³ F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, cit., p. 249.

²¹⁴ G. GIOSTRA, *loc. ult. cit.*

²¹⁵ *Ibidem* e C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali*, cit., p. 1229.

²¹⁶ C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.*

²¹⁷ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 191.

²¹⁸ E. OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, cit., p. 243.

²¹⁹ *Ibidem* e P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 202.

²²⁰ R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, n. 9, p. 1094, nota n. 4; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 25.

²²¹ Art. 24 co. 2 Cost.

svolga nel rispetto della libertà di autodeterminazione della persona²²². Deve, quindi, verificarsi se le nuove norme processuali promuovano la libertà morale della persona sottoposta a prelievo biologico.

Da questo punto di vista, la riforma è carente, in primo luogo, in quanto non contempla l'obbligo di una preventiva informazione dell'interessato²²³, né le forme per l'espressione del consenso o del dissenso²²⁴. Esclusivamente per il minore e per l'incapace, sono dettate, nell'articolo 72bis disp. att. c.p.p.²²⁵, regole per la valida prestazione del consenso²²⁶.

Eppure, il legislatore aveva a disposizione un modello pregevole, quello del disegno di legge cosiddetto Flick, che ipotizzava di introdurre anche un articolo 224ter, in cui compariva l'obbligo del giudice di richiedere il consenso della persona, mentre nelle modifiche alle norme attuative, figuravano regole dettagliate sulla forma di espressione dell'eventuale consenso, da rivolgersi al giudice o al perito, oralmente oppure con scrittura privata autenticata o con atto pubblico²²⁷.

Si deve, comunque, ritenere sussista, in capo al giudice ed al pubblico ministero²²⁸, un dovere di informazione, che dovrebbe investire tanto le implicazioni per la salute²²⁹, quanto quelle processuali dell'atto di prelievo²³⁰; solo a fronte di un'esaustiva informazione, infatti, il consenso della persona può essere realmente consapevole²³¹. Il soggetto passivo del prelievo «istituzionale»²³² dovrebbe essere reso edotto, in aggiunta, della confluenza dei suoi dati nella

²²² P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 614; I. BOIANO, *L'obbligo di informazione sulle finalità del prelievo di campioni organici*, in *Cass. pen.*, 2009, n.1, p. 4348.

²²³ R. DEL COCO, *op. ult. cit.*, p. 67.

²²⁴ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1433; M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, cit., p. 1225.

²²⁵ «1. Nei casi previsti dagli articoli 224bis e 359 bis del codice, se la persona da sottoporre a prelievo di campioni biologici o ad accertamenti medici è minore, incapace ovvero interdetta per infermità di mente, il consenso è prestato dal genitore o dal tutore, i quali possono presenziare alle operazioni.

2. Ai fini di cui al comma 1, se il genitore o il tutore mancano o non sono reperibili, ovvero si trovano in conflitto di interessi con la persona da sottoporre a prelievo di campioni biologici o ad accertamenti medici, il consenso è prestato da un curatore speciale nominato dal giudice, il quale può presenziare alle operazioni.

3. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui agli articoli 224bis e 359bis del codice.»

²²⁶ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 1226. In senso critico sull'esautoramento del minore, S. QUATTROCOLO, *I risvolti attuativi delle novelle in tema di prelievi coattivi: raccolta di campioni su incapaci; verbalizzazione delle operazioni; distruzione dei campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 326

²²⁷ D.d.l. n. 3009 del 1998. Si rinvia a C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, cit., pp. 107-108, nota n. 98 e C. DAL MIGLIO, A. GENTILOMO, A. PICCININI, L. D'ARIA, *Dal prelievo coattivo alla banca dati dei profili genetici: l'ennesima incompiuta*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 2007, n. 1, p. 67.

²²⁸ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 270.

²²⁹ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 943.

²³⁰ P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 9, p. 3452.

²³¹ M. LEPERA, *Il prelievo di campioni organici all'insaputa dell'indagato: una prassi contra legem*, in *Giust. Pen.*, 2014, III, p. 651.

²³² P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, XVI ed., 2015, p. 573.

Banca dati nazionale²³³. Inoltre, la volontà dell'interessato deve essere documentata: per il prelievo "processuale", nel verbale delle operazioni²³⁴, ex articolo 72ter disp. att. c.p.p.²³⁵, mentre per quello di cui all'articolo 9, nel verbale di cui al comma quinto²³⁶.

Anche le garanzie difensive potevano essere meglio concepite nel corso delle indagini preliminari: si è obiettato che quella del difensore è una «presenza muta volta a garantire la formalità dell'atto, ma non la sua sostanza»²³⁷. Si premetta che il prelievo biologico nel corso delle indagini preliminari sembra essere stato inquadrato come atto prodromico all'accertamento tecnico ripetibile, stante anche la collocazione a seguito dell'articolo 359bis²³⁸, benché alcuni tratti della disciplina lo rendano più garantito²³⁹, tanto che si è ipotizzato che la nuova norma disciplini, in realtà, un tipo peculiare di irripetibilità, in cui l'impossibilità di ripetere l'accertamento sarebbe collegata alla volontà di evitare reiterate violazioni del bene protetto²⁴⁰. Sembra, però, più corretto ritenere che la disciplina del prelievo si atteggi diversamente a seconda della situazione concreta e che, dunque, nelle situazioni straordinarie di una sua non ripetibilità, il nuovo istituto sia in grado di saldarsi con l'articolo 360 c.p.p.²⁴¹. Questo è, in particolare, il caso del prelievo inserito dalla riforma del 2016, che si caratterizza come accertamento tecnico irripetibile.

Incide negativamente sulle garanzie difensive, anzitutto, la circostanza – desumibile dalla mancata previsione che alla richiesta del pubblico ministero sia allegato l'intero fascicolo delle indagini²⁴² – che sia il pubblico ministero stesso a selezionare gli atti ritenuti utili all'accoglimento della richiesta; ne discende che l'organo giurisdizionale decide senza fruire di tutte le risultanze investigative e senza confronto alcuno con la difesa²⁴³.

Tra i contenuti obbligatori dell'ordinanza autorizzativa del prelievo investigativo, vi è, stante il rinvio dell'articolo 359bis c.p.p. al comma 2 dell'articolo 224bis c.p.p., «l'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore o da una persona di fiducia»²⁴⁴. Il proposito garantistico di questo

²³³ G. LEO, *loc. ult. cit.*

²³⁴ S. QUATTROCOLO, *I risvolti attuativi delle novelle in tema di prelievi coattivi*, cit., p. 327; M. STRAMAGLIA, *loc. ult. cit.*

²³⁵ «1. Nel verbale relativo alle operazioni di prelievo di campioni biologici o all'effettuazione di accertamenti medici è fatta espressa menzione del consenso eventualmente prestato dalla persona sottoposta ad esame.»

²³⁶ R. DEL COCO, *op. ult. cit.*, p. 73.

²³⁷ E. OLIVIERI, *op. ult. cit.*, p. 246.

²³⁸ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 139.

²³⁹ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 232; R. O. V. VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., p. 383.

²⁴⁰ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 1222.

²⁴¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 539.

²⁴² C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 141; A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1433.

²⁴³ E. OLIVIERI, *op. ult. cit.*, p. 247.

²⁴⁴ Art. 224bis, co. 2, lett. d). P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 231; M. STRAMAGLIA, *loc. ult. cit.*; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 144, cui si rinvia per le considerazioni sulla ripartizione dei contenuti di cui all'art. 224bis, co. 2 tra l'ordinanza autorizzativa e il decreto del pubblico ministero.

richiamo risulta, di fatto, vanificato dalla mancata riproduzione del termine dilatorio di tre giorni, tra la notifica del provvedimento ed il compimento del prelievo²⁴⁵, e, comunque, dall'estraneità del prelievo biologico al catalogo degli atti assistiti, di cui all'articolo 364 c.p.p.²⁴⁶. Poiché l'ordinanza può essere legittimamente portata a conoscenza dell'interessato anche nell'imminenza del prelievo²⁴⁷, l'effettiva partecipazione del difensore ne risulta compromessa²⁴⁸. La legge n. 41 del 2016 ha, invece, previsto espressamente che il difensore sia tempestivamente avvisato e, tramite il rinvio all'articolo 365, commi 1 e 2²⁴⁹, ha inserito, per la nuova ipotesi di prelievo, la designazione del difensore d'ufficio, che pare, invece, doversi escludere per le altre ipotesi codicistiche²⁵⁰.

Non consta alcun richiamo al comma 7 dell'articolo 224bis c.p.p., che contempla la nullità delle operazioni in caso di mancata partecipazione del difensore²⁵¹, per cui la sua assenza deve considerarsi processualmente irrilevante²⁵²; né vi si può ovviare in via interpretativa, per la regola della tassatività delle nullità²⁵³. Nel contesto delle indagini preliminari, dunque, a differenza di quanto accade in sede peritale, la presenza del difensore non è obbligatoria²⁵⁴.

Ma la redazione più infelice, secondo larga parte dei commentatori, è quella del comma terzo dell'articolo 359bis c.p.p.²⁵⁵, che delinea un sistema «dismorfico» delle invalidità per il prelievo nel corso delle indagini preliminari, rispetto a quelle del prelievo peritale²⁵⁶. Ad eccezione della lacuna da ultimo tratteggiata, ne risulta una disciplina delle sanzioni più severa, da taluno giustificata dalla volontà di scongiurare violazioni che sono più probabili nel contesto investigativo²⁵⁷. Rimane, comunque, inappropriata la formulazione del comma, che sovrappone la sanzione della nullità con quella dell'inutilizzabilità e richiama inutilmente l'articolo 191,

²⁴⁵ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 271; A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1435.

²⁴⁶ P. FELICIONI, *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in C. Conti (a cura di) *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 171.

²⁴⁷ R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, *cit.*, p. 1236.

²⁴⁸ R. ADORNO, *op. ult. cit.*, pp. 1235-1236; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 145.

²⁴⁹ «1. Il pubblico ministero, quando procede al compimento di atti di perquisizione o sequestro, chiede alla persona sottoposta alle indagini, che sia presente, se è assistita da un difensore di fiducia e, qualora ne sia priva, designa un difensore di ufficio a norma dell'articolo 97 comma 3.

2. Il difensore ha facoltà di assistere al compimento dell'atto, fermo quanto previsto dall'articolo 249.»

²⁵⁰ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 146.

²⁵¹ R. ADORNO, *op. ult. cit.*, p. 1238.

²⁵² A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1440.

²⁵³ A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati "sanitari" nel processo penale*, *cit.*, p. 554; in tono adesivo, A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1435.

²⁵⁴ M. STRAMAGLIA, *loc. ult. cit.*; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

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

²⁵⁶ G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, *cit.*, p. 1221.

²⁵⁷ A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1440.

comma 2, già applicabile *de plano*²⁵⁸. L'apparato sanzionatorio, poi, non pare operante per il prelievo introdotto dalla riforma del 2016, stante il riferimento ai soli «casi di cui ai commi 1 e 2», non integrato sul punto.

Le soluzioni esposte, nel complesso, non assicurano l'instaurazione di un contraddittorio preventivo con la difesa²⁵⁹ e non contemplan l'assistenza, in fase di prelievo, di un consulente tecnico²⁶⁰ o la conservazione di un certo quantitativo di materiale biologico perché la difesa possa farvi eseguire le proprie analisi.

Nella prospettiva della difesa è, invece, vantaggiosa l'integrazione dell'articolo 392 c.p.p., operata dall'articolo 28 della legge n. 85, in forza del quale la perizia «che comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'art. 224*bis*»²⁶¹ può essere svolta in sede di incidente probatorio. La *ratio* di questa nuova ipotesi è diversa rispetto ai requisiti ordinari²⁶² e risiede nell'opportunità che il prelievo e l'analisi genetica si realizzino in forme garantite²⁶³, nel pieno rispetto del metodo dialettico²⁶⁴.

Il rilievo per la difesa si coglie considerando che se ne ricavano vere e proprie prove, perché le relative risultanze, a differenza di quelle dell'accertamento di cui all'articolo 359*bis* c.p.p., confluiscono nel fascicolo per il dibattimento²⁶⁵; inoltre, la strada dell'incidente costituisce l'unica per veder acquisita una prova "a scarico" sin dalla fase delle indagini preliminari²⁶⁶.

2.5. Prelievo biologico coattivo e terzi nella legge 30 giugno 2009, n. 85

Nel capitolo precedente, si è individuata la condizione di ammissibilità del prelievo biologico da persone estranee alle indagini nella consensualità del prelievo stesso, su modello anglosassone²⁶⁷. Si è, altresì, rilevato che l'acquisizione coattiva di materiale biologica da terzi, benché non auspicabile, potrebbe considerarsi accettabile, ove ancorata a presupposti più rigorosi rispetto a quelli stabiliti in generale oppure ristretta ad alcuni soggetti, sul modello tedesco²⁶⁸.

²⁵⁸ G. GIOSTRA, *loc. ult. cit.*; A. CAMON, *op. ult. cit.*, pp. 1439-1441; M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, pp. 277-278; R. ADORNO, *loc. ult. cit.*

²⁵⁹ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 232, indicava come più opportuna l'introduzione di un articolo 360*bis*, modellato sulla disciplina dell'accertamento tecnico irripetibile.

²⁶⁰ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 120.

²⁶¹ Art. 392 co. 2 c.p.p.

²⁶² P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 218; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 133.

²⁶³ B. GALGANI, *Una nuova ipotesi di incidente probatorio*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 309.

²⁶⁴ *Ivi*, pp. 310-311.

²⁶⁵ *Ivi*, pp. 309-310.

²⁶⁶ *Ivi*, p. 309 e C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 134.

²⁶⁷ Section 64, Part V del *Police and Criminal Evidence Act*

²⁶⁸ § 81c *Strafprozeßordnung*.

Viceversa, la legge n. 85 del 2009 ha optato per l'eseguibilità coattiva del prelievo biologico verso chiunque e «secondo regole indifferenziate»²⁶⁹. Lo si ricava, in modo inequivocabile, dalle formule generiche, con cui sono individuati i destinatari del prelievo coattivo: nell'articolo 224bis sono impiegati, indistintamente, «persona da sottoporre all'esame del perito», «interessato», «imputato»; l'articolo 359bis parla di «persona interessata»; infine, nelle rubriche di entrambe le norme, compare l'espressione «persone viventi»²⁷⁰. Inoltre, tra le persone suscettibili di accompagnamento coattivo, il riformulato articolo 133 c.p.p. ha aggiunto «la persona sottoposta all'esame del perito diversa dall'imputato», formulazione da intendersi inclusiva anche della persona sottoposta all'esame del consulente tecnico diversa dall'indagato²⁷¹.

Si tratta della novità maggiormente controversa introdotta dalla legge n. 85²⁷², ampiamente discussa già in sede parlamentare²⁷³ e, poi, al centro del dibattito dottrinale²⁷⁴. La portata «trasversale» delle nuove norme preoccupa non tanto per il ricorso al prelievo biologico al fine di isolare il DNA del colpevole da quello della persona offesa o di altri soggetti che abbiano contaminato la *scena criminis*²⁷⁵, quanto, soprattutto, per la possibilità di condurre *screening* genetici di massa²⁷⁶.

Tuttavia, un limite potrebbe provenire da un'interpretazione intransigente del presupposto dell'assoluta indispensabilità²⁷⁷, per cui il prelievo coattivo sul terzo risulti giustificabile solo se essenziale nella fattispecie concreta e nei confronti di «quella specifica persona»²⁷⁸. Delle ragioni a sostegno dell'imprescindibilità dovrà essere dato rigorosamente atto nella motivazione²⁷⁹. Più precisamente, si è proposto che l'intervento su persone diverse dall'indagato sia subordinato ad una valutazione prognostica favorevole, fondata, cioè, sulla probabilità che esso sia, in concreto, risolutivo²⁸⁰.

²⁶⁹ A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1435.

²⁷⁰ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 221.

²⁷¹ M. PIERDONATI, *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali, cit.*, p. 292.

²⁷² C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 96.

²⁷³ Si veda l'emendamento 24.2, cosiddetto "emendamento Ferranti", presentato al testo del progetto di legge A.C. 2042, le cui soluzioni sono state riprodotte dalla legge n. 85. Così, F. CASASOLE, *op. ult. cit.*, p. 246, nota n. 15, e M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 263, nota n. 21.

²⁷⁴ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto, cit.*, p. 1225.

²⁷⁵ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 263; G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009, cit.*, p. 2643.

²⁷⁶ *Ex plurimis* C. GABRIELLI, *La decisione del prelievo torna al giudice, cit.*, p. 74; F. CASASOLE, *op. ult. cit.*, pp. 244-246; M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, pp. 263-265; G. GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 2644; G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina, cit.*, p. 1221; A. CAMON, *op. ult. cit.*, pp. 1435-1437; M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, pp. 1225-1226. *Contra*, P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, pp. 222-223.

²⁷⁷ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 1225; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale, cit.*, p. 101; A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1437. Più scettica F. CASASOLE, *op. ult. cit.*, p. 246.

²⁷⁸ M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*

²⁷⁹ *Ibidem* e C. GABRIELLI, *loc. ult. cit.*; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

²⁸⁰ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 102-103.

Quanto ai terzi cosiddetti «non estranei»²⁸¹, il legislatore del 2009 ha deciso di non riprodurre la facoltà di astensione contemplata dal codice di rito per il testimone prossimo congiunto. È una scelta corretta dal punto di vista sistematico, come evidenziato nel precedente capitolo, contro la quale, però, si è schierata parte dei commentatori²⁸².

In una prospettiva *de iure condito*, comunque, ci si è chiesto se al prossimo congiunto sottoposto al prelievo biologico possa essere applicata per analogia la stessa facoltà di astensione sancita dall'articolo 199 c.p.p. per la testimonianza. Pare si debba rispondere in senso negativo: accanto alle ragioni di mancato raccordo con gli altri mezzi di ricerca della prova²⁸³, all'estensione della clausola osta l'opzione legislativa per la coercibilità per il prelievo, con cui confligge, invece, «l'elemento volontaristico»²⁸⁴ della testimonianza. Semmai, questa via interpretativa sarebbe stata praticabile qualora il legislatore avesse optato per una sanzione per il rifiuto²⁸⁵.

L'unica ipotesi di prelievo su base esclusivamente volontaria contemplata dal sistema italiano è quella introdotta dal decreto presidenziale del 2016 per i consanguinei della persona scomparsa, che è, però, rilevante ad altri fini, cioè per l'alimentazione della Banca dati nazionale²⁸⁶.

Si osservi, infine, che, con soluzione originale nel contesto del codice, la riforma sembra aver riconosciuto «un diritto generalizzato all'assistenza qualificata»²⁸⁷. Quindi, le considerazioni svolte circa l'assistenza del difensore valgono, con i dovuti adattamenti, per il caso in cui sia assoggettata a prelievo biologico una persona non indagata né imputata.

3. La raccolta di reperti organici nella legge 30 giugno 2009, n. 85

La legge n. 85 del 2009 ha perso l'occasione per disciplinare la raccolta di materiale biologico da cose o luoghi, non potendosi rinvenire alcuna norma che ne stabilisca i presupposti²⁸⁸ o le modalità esecutive²⁸⁹.

Il legislatore si è pronunciato sui reperti raccolti nel corso dei procedimenti penali, ma – come meglio si preciserà nei prossimi paragrafi – limitatamente alla loro tipizzazione²⁹⁰ e alla conservazione dei relativi profili in Banca dati²⁹¹.

²⁸¹ A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 3, p. 400.

²⁸² *Ibidem* e C. BRUSCO, *DNA e valutazione della prova scientifica alla luce di un recente intervento legislativo*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 265. Si vedano, in termini dubitativi, anche P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 223; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 103-104; A. CAMON, *loc. ult. cit.*

²⁸³ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 104.

²⁸⁴ M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 1226.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ Art. 6 co. 1 d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87.

²⁸⁷ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 271.

²⁸⁸ R. DEL COCO, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., pp. 88-89.

²⁸⁹ Si noti che la Corte di cassazione ha recentemente confermato l'orientamento, commentato nel § 8.2 del capitolo 1, per cui le violazioni relative alla catena di custodia non determinano irripetibilità

Di interesse generale può essere la definizione normativa di reperto biologico, come il «materiale biologico acquisito sulla scena di un delitto o comunque su cose pertinenti al reato»²⁹². La mancata specificazione del carattere obbligatoriamente anonimo dei reperti²⁹³ induce a constatare che oggetto di raccolta, e di archiviazione in Banca dati, possa essere costituita anche dai reperti la cui appartenenza sia, in realtà, nota e definita²⁹⁴.

È, quindi, ancora attuale interrogarsi sull'ammissibilità delle pratiche di acquisizione del materiale biologico attribuibile, con certezza, all'indagato in sede di sopralluogo oppure attraverso il ricorso a mezzi di ricerca della prova. Questi espedienti erano stati elaborati dalle autorità investigative ed avvallati dalla Corte di cassazione nel periodo successivo alla dichiarazione di incostituzionalità del 1996²⁹⁵. L'entrata in vigore della legge n. 85 e la disciplina del prelievo biologico coattivo suggerisce di rivalutarne la legittimità, sostenibile, sebbene con qualche riserva²⁹⁶, nel periodo anteriore alla riforma.

Non figurando alcuna definizione legislativa dei presupposti della repertazione, la questione va affrontata a partire dall'analisi di quelli, invece tassativamente determinati, del prelievo coattivo da persona vivente, al fine di verificare l'interazione tra i due istituti.

L'assoluta indispensabilità del prelievo coattivo per la prova e l'accertamento del fatto, interpretabile come residualità dell'esercizio di poteri coercitivi sulla persona²⁹⁷, è stata enfatizzata in alcuni commenti come indizio della *voluntas legis* di preferire, ove praticabili, strade alternative. Tra di esse, si potrebbe includere proprio la raccolta di reperti riferibili all'indagato, che la Corte di cassazione aveva costantemente ritenuto legittima prima della riforma²⁹⁸, suscitando contrapposte opinioni nella dottrina preesistente. Dopo il 2009, si è sostenuto che la concezione del prelievo biologico coattivo come *extrema ratio*²⁹⁹ «elimina ogni

²⁹⁰ Art. 10.

²⁹¹ Art. 7 co. 1 lett. c).

²⁹² Art. 6 co. 1 lett. d).

²⁹³ G. GENNARI, *US Supreme Court, Jeremy Bentham e il panopticon genetico*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n. 4, p. 158.

²⁹⁴ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 130-131; si veda anche nota n. 147, p. 131.

²⁹⁵ R. E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, *cit.*, p. 330; P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale, linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 5, p. 616; B. GALGANI, *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccesso di zelo difensivo o formalismi della Suprema corte?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, pp. 1812 ss.

²⁹⁶ Si veda *supra* § 8.1 del capitolo 1.

²⁹⁷ M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, *cit.*, p. 467; A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati "sanitari" nel processo penale*, *cit.*, p. 526.

²⁹⁸ Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1996, Patanè, in *CED Cass.*, n. 206639; Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 1997, Iannini, in *CED Cass.*, n. 207591; Cass. pen., sez. III, 12 febbraio 2002, Pedron, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 970 ss; Cass. pen., sez. I, 11 marzo 2003, Esposito, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 34, pp. 98 ss.; Cass. pen., sez. I, 2 febbraio 2005, Candela e altro, in *CED Cass.*, in *CED Cass.*, n. 233448.; Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2005, D., in *Guida dir.*, 2005, n. 35, pp. 105 ss.; Cass. pen., sez. I, 23 giugno 2005, P., in *Guida dir.*, 2005, n. 38, pp. 82 ss.; Cass. pen., sez. II, 13 marzo 2007, Minnella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1812 ss.; Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 2007, Mallia, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3368 ss.; Cass. pen., sez. I, 13 novembre 2007, Pannone, in *CED Cass.*, n. 239101;

²⁹⁹ M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 267.

dubbio circa la correttezza dell'orientamento giurisprudenziale»³⁰⁰ in questione. Alcune voci dottrinali, più cautamente, distinguono tra mezzi evidentemente leciti – come la repertazione in sede di sopralluogo oppure il sequestro di cose spontaneamente abbandonate dall'indagato e recanti tracce organiche a lui ascrivibili³⁰¹ – e mezzi – quali la perquisizione locale³⁰² e la raccolta di tracce artatamente sollecitata dagli inquirenti³⁰³ – che, pur lasciando impregiudicata la libertà personale, avrebbero impatto su altri beni costituzionalmente rilevanti.

Tuttavia, si potrebbe giungere ad una soluzione diversa, rispettosa della libertà morale della persona, valorizzando un altro presupposto del prelievo biologico coattivo, questa volta non espresso nella legge n. 85. Si allude all'adempimento preliminare, in capo al giudice e al pubblico ministero, di accertare l'indisponibilità della persona di sottoporsi spontaneamente al prelievo³⁰⁴. La persona deve essere interpellata sul punto e, come conseguenza dell'eventuale rifiuto di fornire un campione biologico, subisce il prelievo coattivo³⁰⁵; secondo questa impostazione, il «subprocedimento»³⁰⁶ delineato dagli articoli 224*bis* e 359*bis* c.p.p. non potrebbe essere eluso da «comodi espedienti»³⁰⁷, rimessi alla polizia giudiziaria e compiuti all'insaputa del soggetto. L'unica alternativa al prelievo consensuale è, cioè, quello coattivo, peraltro preferibile rispetto alla raccolta di tracce, in quanto atto tipico³⁰⁸, che si svolge entro una cornice di precise garanzie³⁰⁹.

Queste soluzioni ermeneutiche, volte a contenere la tentazione di derogare al regime predisposto per il prelievo coattivo, sono smentite dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità, posteriore all'emanazione della legge n. 85. La Corte di cassazione, in alcune recenti sentenze³¹⁰, ha ribadito la legittimità delle pratiche giudiziarie di acquisizione occulta del materiale biologico³¹¹.

Le argomentazioni a sostegno di siffatto orientamento sono le stesse di quelle alla base del preesistente filone interpretativo – su cui ci si è soffermati diffusamente – essendo irrilevante

³⁰⁰ FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 220. In senso analogo F. CASASOLE, *op. ult. cit.*, p. 243, nota n. 5; R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi, cit.*, p. 1234; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 95.

³⁰¹ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche, cit.*, p. 1443.

³⁰² *Ivi*, p. 1444. In senso analogo, M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, pp. 268-269, nota n. 34; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 103.

³⁰³ R. DEL COCO, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico, cit.*, p. 86.

³⁰⁴ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali, cit.*, p. 1227.

³⁰⁵ M. LEPERA, *Il prelievo di campioni organici all'insaputa dell'indagato: una prassi contra legem, cit.*, p. 649.

³⁰⁶ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto, cit.*, p. 219.

³⁰⁷ C. FANUELE, *L'acquisizione occulta di materiale biologico*, in A. Scalfati (a cura di) *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 327.

³⁰⁸ *Ivi*, pp. 311 ss.

³⁰⁹ M. LEPERA, *loc. ult. cit.*; A. PRESUTTI, *L'acquisizione di dati "sanitari" nel processo penale, cit.*, p. 521 ss.

³¹⁰ Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 45959, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, pp. 44 ss.; Cass. pen., sez. I, 5 dicembre 2013, n. 48907, in *Giurisprudenza penale*, 16 dicembre 2013; Cass. pen., sez. II, 9 maggio 2014, n. 33076, in *Guida dir.*, 2014, n. 37, pp. 65 ss.; Cass. pen., sez. V, 10 giugno 2014, n. 42284.

³¹¹ C. FANUELE, *L'acquisizione occulta di materiale biologico, cit.*, p. 313.

l'avvenuta regolamentazione del prelievo biologico coattivo. Secondo la Suprema Corte, le nuove norme processuali non sono invocate a proposito dai ricorrenti, in quanto la procedura ivi contemplata è correttamente «attivata solo quando non vi sia il consenso della persona nei cui confronti deve essere effettuato il prelievo»³¹², mentre non è necessario ricorrervi ogniqualvolta «sia stato già acquisito in altro modo il campione biologico ... senza alcun intervento costringitivo sulla persona»³¹³.

Pare doversi constatare che, tuttora, la prassi investigativa predilige mezzi irrituali per procurarsi il DNA della persona indagata, anche per ragioni strategiche³¹⁴. La giurisprudenza di legittimità continua a darvi copertura giuridica, in virtù di un'interpretazione che, facendo leva sul presupposto dell'assoluta indispensabilità del prelievo biologico da persona vivente, riduce il prelievo a modalità residuale.

4. L'analisi forense del DNA nella legge 30 giugno 2009, n. 85

Gli articoli del codice di procedura penale commentati disciplinano esclusivamente l'esecuzione del prelievo biologico da persona vivente nell'ambito del procedimento penale. Eppure, il prelievo biologico – insieme alla raccolta, su cui, invece, si registra una perdurante lacuna – costituisce solo il primo momento dell'analisi genetico-forense, il cui *proprium* risiede nelle successive «determinazione del profilo del DNA»³¹⁵, a cui l'articolo 224bis c.p.p. vincola funzionalmente il prelievo stesso³¹⁶, e comparazione con altri profili³¹⁷.

Benché, in particolare, la tipizzazione del profilo genetico esiga un elevato livello di competenze e di dotazioni tecnologiche³¹⁸, il capo IV della legge n. 85 non apporta modifiche al codice di rito, né alle disposizioni attuative del codice, in punto di svolgimento della citata fase dell'analisi peritale o dell'accertamento tecnico. Non sono, quindi, risolti i problemi pratici rilevati a proposito dell'affidabilità del risultato delle analisi genetiche, prodotto nel processo penale, perché non sono specificate le competenze dei periti, né i requisiti del laboratorio o delle metodiche³¹⁹.

Questa scelta si rivela inopportuna a maggior ragione se si considera che la Corte di cassazione stessa ha esplicitamente statuito che il prelievo è «operazione prodromica alla effettuazione di

³¹² Cass. pen., sez. I, 5 dicembre 2013, n. 48907, *cit.*

³¹³ *Ibidem.*

³¹⁴ A. CAMON, *op. ult. cit.*, p. 1444.

³¹⁵ Art. 224bis co. 1 c.p.p.

³¹⁶ F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici coattivi, cit.*, p. 243; M. STRAMAGLIA, *op. ult. cit.*, pp. 260-261; C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 75-76.

³¹⁷ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto, cit.*, p. 1223.

³¹⁸ C. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 133.

³¹⁹ A. COCITO, *Parametri internazionali e affidabilità dei laboratori nelle analisi dei reperti e campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale, cit.*, p. 92.

analisi tecniche successive»³²⁰, le quali «richied[ono] sempre l’attivazione di competenze specialistiche»³²¹, a causa della loro «significativa complessità»³²².

Ma queste «competenze specialistiche» non sono chiarite dal legislatore con riferimento alle analisi genetiche svolte nel contesto del processo penale. Per ora, ci si deve “accontentare” della crescente sensibilità dei laboratori italiani nei confronti dell’accreditamento ISO/IEC 17025³²³. Poiché il conseguimento del certificato di conformità alla citata norma europea non costituisce, allo stato, requisito obbligatorio per la collaborazione con l’autorità giudiziaria, il giudice e le parti del processo continueranno a basarsi, nella scelta dell’esperto, su altri indici della sua non autoreferenzialità: l’adesione ai *proficiency tests* organizzati da società nazionali, come il GeFI (Genetisti Forensi Italiani), ed internazionali, quale l’ISFG (*International Society of Forensic Genetics*), ed il documentato ricorso a «canoni “di pratica e condotta”»³²⁴ riconosciuti dalla comunità scientifica³²⁵.

Quanto alle garanzie difensive, qualora le attività di tipizzazione e di comparazione siano svolte nell’ambito della perizia o dell’incidente probatorio oppure laddove la quantità o la qualità del DNA giustificano il ricorso alle forme dell’accertamento tecnico irripetibile, pare comunque assicurato, dalle relative norme codicistiche, il contraddittorio tra le parti³²⁶. Nel caso, più frequente³²⁷, dell’accertamento tecnico ripetibile, deve ritenersi obbligatoria, quantomeno, la garanzia della verbalizzazione, benché non esplicitata su questo specifico punto, per cui le attività tecniche dovrebbero essere tracciabili³²⁸ attraverso il verbale di cui all’articolo 72ter disp. att. c.p.p.

La difesa pare, invece, tuttora priva della possibilità di far effettuare una “controanalisi” al proprio consulente³²⁹, non essendo stata contemplata la conservazione, a tale scopo, di una parte del materiale biologico prelevato o repertato³³⁰.

³²⁰ Cass. pen., sez. II, 27 novembre 2014 n. 2476, in *CED Cass.*, n. 261865.

³²¹ *Ibidem*.

³²² *Ibidem*.

³²³ D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L’errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L’errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, p. 792; U. RICCI, *La qualità nel settore della genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, p. 238.

³²⁴ DE STEFANO F., BONSIGNORE A., VIAZZI C., *La scelta dei consulenti e dei periti per gli accertamenti genetico-forensi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, p. 293.

³²⁵ *Ivi*, p. 288 e pp. 293-294.

³²⁶ D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L’errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine*, loc. ult. cit.

³²⁷ A. PULVIRENTI, *Un caso di mancato contraddittorio in tema di accertamenti tecnici irripetibili per l’analisi del DNA: nullità o inutilizzabilità?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 52.

³²⁸ D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L’errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine*, loc. ult. cit.

³²⁹ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 329.

³³⁰ V. GAROFOLI, G. PAVONE, *La tutela della sicurezza pubblica tra priorità italiane e rapporti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 116; C. FANUELE, *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., pp. 325-326. Rileva l’interesse della difesa a far eseguire proprie analisi anche A. COCITO, *Parametri internazionali e affidabilità dei laboratori nelle analisi dei reperti e campioni*, cit., p. 99.

Potrebbero, forse, avere valenza generale le definizioni recepite nell'articolo 6 – «norma glossario»³³¹ della legge n. 85 – ossia quella di profilo del DNA come «sequenza alfa numerica ricavata dal DNA e caratterizzante ogni singolo individuo»³³² e di tipizzazione, che è qualificata il «complesso delle operazioni tecniche di laboratorio che conducono alla produzione del profilo del DNA»³³³.

Invece, non essendovi «alcun parallelismo tra la disciplina strettamente processuale e quella relativa alla gestione della Banca dati nazionale del DNA»³³⁴, non è agevole estendere alla perizia e all'accertamento tecnico le disposizioni dettate, in modo specifico, per l'analisi dei profili diretti a confluire nel *database* ufficiale. Né sull'analisi genetica di rilevanza processuale era atteso un intervento correttivo del regolamento di attuazione, a cui l'articolo 16 della legge aveva demandato la disciplina di alcuni aspetti critici, ma limitatamente al capo II della legge stessa³³⁵.

La metodologia di analisi indicata nella legge del 2009, come realizzata dal d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87, riguarda il materiale biologico diretto, una volta tipizzato, ad alimentare la Banca dati, ossia i campioni biologici prelevati alle categorie di soggetti di cui all'articolo 9 ed i reperti biologici raccolti nel corso dei procedimenti penali.

All'estrazione del profilo dai campioni biologici provvede, *ex* articolo 8³³⁶, il Laboratorio centrale³³⁷. Quest'organismo, già collocato dalla legge presso il Ministero della giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria³³⁸, è situato presso la Direzione generale dei detenuti e del trattamento, stando al regolamento di attuazione³³⁹.

L'articolo 10³⁴⁰ dispone che, invece, le tracce organiche raccolte sulla scena del reato siano analizzate «a cura dei laboratori delle Forze di polizia o di altre istituzioni di elevata

³³¹ Così, rispetto all'articolo 6, G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 60.

³³² Art. 6 co. 1 lett. b) l. 30 giugno 2009, n. 85.

³³³ Art. 6 co. 1 lett. h).

³³⁴ S. QUATTROCOLO, *I risvolti attuativi delle novelle in tema di prelievi coattivi*, cit., p. 335.

³³⁵ G. SCOLLO, *La disciplina attuativa della banca dati e del laboratorio centrale*, cit., p. 164-165.

³³⁶ «Il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA provvede alle seguenti attività:

a) tipizzazione del profilo del DNA dei soggetti di cui all'articolo 9, commi 1 e 2;

b) conservazione dei campioni biologici dai quali sono tipizzati i profili del DNA.»

³³⁷ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 59.

³³⁸ Art. 5 co. 2 l. 30 giugno 2009, n. 85: «Presso il Ministero della giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, è istituito il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA.»

³³⁹ Art. 4 co. 1 d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87: «1. Il laboratorio centrale è collocato presso il Ministero della giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Direzione generale dei detenuti e del trattamento.»

³⁴⁰ Art. 10 l. 30 giugno 2009, n. 85 «1. Se, nel corso del procedimento penale, a cura dei laboratori delle Forze di polizia o di altre istituzioni di elevata specializzazione, sono tipizzati profili del DNA da reperti biologici a mezzo di accertamento tecnico, consulenza tecnica o perizia, l'autorità giudiziaria procedente dispone la trasmissione degli stessi alla banca dati nazionale del DNA, per la raccolta e i confronti.

specializzazione». Tale ultima scelta appare ragionevole, trattandosi di laboratori di comprovata competenza in materia di genetica forense³⁴¹. Tuttavia, è stata contestata sia perché mancherebbero, nei laboratori diversi da quello centrale, adeguate misure di protezione del reperto sia per il complesso scenario che deriva dalla compresenza di diverse figure istituzionali legittimate all'analisi genetico-forense³⁴². La prima criticità è, oggi, superata da alcune norme del regolamento di attuazione, come vedremo. Quanto all'esistenza di diversi organismi, può essere considerata addirittura più efficiente, perché ciascuno risulta impegnato nell'analisi di materiale organico omogeneo³⁴³.

La novità più significativa – introdotta dal combinato disposto dell'articolo 11 comma 3 della legge e dell'articolo 10 comma 4 del regolamento – consiste nell'introduzione dell'obbligo di accreditamento a norma ISO/IEC 17025, per il Laboratorio centrale nonché per quei laboratori, privati o pubblici, che intendano tipizzare, a partire dai reperti, profili genetici archiviabili in Banca dati³⁴⁴.

La legge n. 85 aveva genericamente parlato di «laboratori certificati a norma ISO/IEC»³⁴⁵, previsione generica³⁴⁶ e foriera di confusione con la certificazione UNI EN ISO 9001, di cui si è già evidenziata l'insufficienza a garantire la qualità del prodotto, oltre che del processo³⁴⁷. Il d.P.R. specifica che il «requisito minimo»³⁴⁸ per interfacciarsi con la Banca dati è la conformità dei propri metodi di prova allo *standard* internazionale ISO/IEC 17025, attestata da Accredia³⁴⁹.

Il regolamento di attuazione fa, dunque, chiarezza sul percorso che dovranno affrontare i laboratori che intendono collaborare con il Ministero dell'Interno, presso cui ha sede la Banca

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

³⁴¹ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 80.

³⁴² A. MONTI, A. MONTI, *Conservazione dei campioni biologici e tutela dei diritti fondamentali della persona*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 54 e pp. 56-57; A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario profili tecnici*, cit., p. 36; G. GENNARI, *US Supreme Court, Jeremy Bentham e il panopticon genetico*, cit., p. 158.

³⁴³ R. BIONDO, *La Banca Dati Nazionale DNA italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, p. 225.

³⁴⁴ U. RICCI, *La qualità nel settore della genetica forense*, cit., p. 238; R. BIONDO, *La Banca Dati Nazionale DNA italiana*, cit., p. 216.

³⁴⁵ Art. 11 co. 2 l. 30 giugno 2009, n. 85 «I profili del DNA possono essere inseriti nella banca dati nazionale del DNA solo se tipizzati in laboratori certificati a norma ISO/IEC.

³⁴⁶ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA*, cit., p. 63; A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario profili tecnici*, cit., p. 37.

³⁴⁷ F. CASASOLE, *Una legge attesa su due fronti: interno ed internazionale*, in C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, M. Tomasi (a cura di) *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 180; U. RICCI, *L'accreditamento ISO 17025:2005 nel laboratorio di genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, n. 1, p. 85.

³⁴⁸ U. RICCI, *loc. ult. cit.*

³⁴⁹ *Ivi*, pp. 241-243 e R. BIONDO, *op. ult. cit.*, p. 218.

dati³⁵⁰, e con l'autorità giudiziaria, quando si tratta di tracce organiche raccolte nel procedimento penale.

La Relazione del Ministro della giustizia sullo stato di attuazione della legge per gli anni 2014 e 2015 riferiva che il processo di accreditamento del Laboratorio centrale si stava concludendo, quindi probabilmente è già stato acquisito il certificato di conformità.

Per i laboratori sparsi sul territorio nazionale, non si può sottacere dei costi e dell'impegno di tale percorso, in termini economici e di «preparazione al cambiamento»³⁵¹. Di certo, i laboratori non accreditati possiedono competenze e strumenti non necessariamente inferiori, ma non hanno compiuto la scelta volontaria di sottoporsi al controllo di qualità da parte di un ente terzo³⁵². Comunque, l'accREDITAMENTO a norma ISO/IEC 17025 è un'opportunità ed è prevedibile diventi la prassi anche per la tipizzazione dei campioni acquisiti nel procedimento penale, per cui ancora non è obbligatorio, perché l'autorità giudiziaria e le parti si stanno progressivamente orientando a richiedere questo *standard* di qualità³⁵³.

Il decreto presidenziale interviene anche sul regime transitorio. Infatti, i profili tipizzati, ai sensi dell'articolo 17 della legge n. 85, in laboratori o istituzioni di elevata specializzazione prima della piena operatività del Laboratorio centrale potranno confluire, ora, in Banca dati. L'articolo 35 del regolamento non supera, in proposito, l'ambiguità propria della legge che si limitava ad esigere, da questi laboratori ed istituzioni, la tipizzazione «a norma ISO/IEC»³⁵⁴, con previsione di cui si è già sottolineata la genericità³⁵⁵. La specificazione dello *standard* ISO/IEC 17025 è esplicitata dal regolamento per i profili oggetto di scambio transfrontaliero, ma non per quelli impiegabili a livello nazionale³⁵⁶, con la conseguenza che solo per la finalità di cooperazione internazionale è effettivamente assicurata «la qualità, dimostrabile, del profilo del DNA»³⁵⁷ precedentemente tipizzato.

Ad ulteriore garanzia della qualità del dato ed in linea con la Risoluzione del Consiglio d'Europa sullo scambio dei risultati delle analisi del DNA³⁵⁸, la legge del 2009 aveva già stabilito che la

³⁵⁰ Art. 5 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85: «1. Al fine di facilitare l'identificazione degli autori dei delitti, presso il Ministero dell'interno, Dipartimento della pubblica sicurezza, è istituita la banca dati nazionale del DNA.». Art. 3 co. 1 d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87: «1. La banca dati è collocata presso il Ministero dell'interno, Dipartimento della pubblica sicurezza, Servizio per il sistema informativo interforze della Direzione centrale della Polizia criminale.»

³⁵¹ U. RICCI, *op. ult. cit.*, p. 249.

³⁵² R. BIONDO, *op. ult. cit.*, p. 225.

³⁵³ U. RICCI, *op. ult. cit.*, p. 238.

³⁵⁴ Art. 11 co. 2 l. 30 giugno 2009, n. 85, richiamato dall'art. 17 co. 3 l. 30 giugno 2009.

³⁵⁵ G. SCOLLO, *La disciplina attuativa della banca dati e del laboratorio centrale*, cit., pp. 167 ss.

³⁵⁶ Art. 35 co. 1 d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87.

³⁵⁷ R. BIONDO, *op. ult. cit.*, p. 223.

³⁵⁸ Risoluzione del Consiglio del 25 giugno 2001 sullo scambio dei risultati delle analisi del DNA (2001/C 187/01).

tipizzazione è eseguita sulla base dei parametri riconosciuti dalla comunità internazionale e indicati dall'ENFSI³⁵⁹.

Ad integrazione di questa previsione, il regolamento ha dedicato un'intera sezione, la I del Capo IV, alle tecniche e alle modalità di analisi, tra cui spiccano alcune regole di specifico interesse. Allo scopo – come spiega la Relazione tecnico-normativa allegata³⁶⁰ – di ridurre al minimo l'errore umano, saranno impiegati sistemi robotizzati ed è disposta la doppia tipizzazione con *kit* commerciali di aziende diverse, ma che analizzano gli stessi marcatori³⁶¹. Questo «doppio passaggio tecnico»³⁶² garantisce un elevato potere di identificazione e di raffronto, anche laddove vi siano vincoli di parentela.

Il decreto presidenziale ribadisce la necessità di impiegare i marcatori riportati nelle raccomandazioni dell'ENFSI; inoltre, è disposto l'impiego di un *set* di ventidue marcatori, numero che permetterà all'Italia di interfacciarsi disinvoltamente con le banche dati degli altri Stati, europei e non, almeno per i prossimi dieci anni³⁶³. Queste opzioni, che risentono, da ultimo, della Decisione Quadro del Consiglio del 2009 di Europa³⁶⁴, sono rilevanti nella prospettiva dello scambio di informazioni genetiche per finalità di cooperazione transfrontaliera³⁶⁵, a cui il decreto dedica l'intero capo III.

L'attuazione del Trattato di Prüm esige che, già nella fase di analisi, sia assicurata la protezione della riservatezza³⁶⁶, in considerazione del significativo potere informativo dei campioni biologici e dei reperti organici³⁶⁷. Il suo articolo 2, infatti, prescrive che i profili archiviati nei *database* provengano solo dalla «parte non codificante del DNA», la quale non fornisce alcuna informazione sulle proprietà funzionali di un organismo³⁶⁸.

³⁵⁹ Art. 11 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85 «1. L'analisi del campione e del reperto biologico ai fini della tipizzazione del profilo del DNA, destinato all'inserimento nella banca dati nazionale del DNA, è eseguita sulla base dei parametri riconosciuti a livello internazionale e indicati dall'*European Network of Forensic Science Institutes* (ENFSI), in modo da assicurare l'uniformità degli stessi.»

³⁶⁰ Consultabile al seguente indirizzo web: http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0202_F001.pdf&leg=XVII

³⁶¹ Critico nei confronti della doppia tipizzazione a causa dell'aumento dei costi A. SCARCELLA, *Laboratorio centrale per la Banca dati del DNA: determinati i ruoli tecnici*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2013, p. 892.

³⁶² R. BIONDO, *op. ult. cit.*, p. 223.

³⁶³ R. BIONDO, *op. ult. cit.*, p. 225.

³⁶⁴ Decisione Quadro 2009/905/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009 sull'accreditamento dei fornitori di servizi forensi che effettuano attività di laboratorio.

³⁶⁵ Su cui si veda *amplius* R. BELFIORE, *Raccolta e scambio dei dati genetici nell'Unione europea*, in C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, M. Tomasi (a cura di) *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 2014, pp. 195 ss.

³⁶⁶ P. RIVELLO, *La perizia*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 450; F. CASASOLE, *Una legge attesa su due fronti: interno ed internazionale*, *cit.*, p. 179..

³⁶⁷ A. COCITO, *Parametri internazionali e affidabilità dei laboratori nelle analisi dei reperti e campioni*, *cit.*, p. 99.

³⁶⁸ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 7, p. 884.

L'articolo 11 comma terzo della legge n. 85 ha tradotto quest'obbligo nella previsione che siano analizzate solo «le sequenze che non consentono la identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato»³⁶⁹, recependo letteralmente le indicazioni fornite dal Garante per la *privacy* nella Segnalazione emessa in materia³⁷⁰.

Si tratta di garanzia, in realtà, già desumibile dalla selezione dei marcatori imposta dai descritti criteri legislativi e regolamentari³⁷¹. La formulazione dell'articolo 11 comma 3, non esattamente corrispondente a quella del Trattato³⁷², era stata criticata per aver espresso un limite insufficiente ad impedire, ad esempio, la rivelazione di legami familiari o di altre informazioni, ottenibili anche in vista dell'evoluzione tecnologica³⁷³. Il regolamento, comunque, segna il superamento dei dubbi, proponendo un'ulteriore definizione di profilo del DNA, in cui compare una terminologia più vicina a quella del Trattato di Prüm, perché si parla di dato estratto dalla «parte non codificante di un campione di DNA»³⁷⁴.

Dal punto di vista delle garanzie soggettive, il legislatore del 2009 si è dimostrato sensibile nei confronti della imprescindibile specializzazione del personale del Laboratorio centrale³⁷⁵. L'articolo 18³⁷⁶ contiene un'ulteriore delega al Governo, per l'emanazione di uno o più decreti legislativi volti ad istituire ruoli tecnici nel corpo di polizia penitenziaria.

In tale direzione, è stato adottato il decreto legislativo 9 settembre 2010, n. 162³⁷⁷, che ha istituito, con decorrenza dal gennaio 2011, quattro ruoli tecnici per lo svolgimento delle attività del Laboratorio centrale, precisando, per ciascuno, le funzioni e l'articolazione in qualifiche³⁷⁸.

³⁶⁹ Art. 11 co. 3 l. 30 giugno 2009, 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.»

³⁷⁰ Segnalazione al Parlamento e al Governo sulla disciplina delle banche dati del Dna a fini di giustizia del 19 settembre 2007, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1456163>

³⁷¹ A. COCITO, *op. ult. cit.*, p. 100.

³⁷² P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, *loc. ult. cit.*; G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, *cit.*, p. 958.

³⁷³ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, *cit.*, pp. 2638-2639.

³⁷⁴ Art. 2 co. 1 lett. v d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87: «profilo del DNA: codice alfanumerico che rappresenta una serie di caratteristiche identificative della parte non codificante di un campione di DNA umano analizzato, vale a dire la struttura molecolare particolare dei vari loci del DNA».

³⁷⁵ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA*, *cit.*, p. 61.

³⁷⁶ Art. 18 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85 «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per provvedere alla integrazione dell'ordinamento del personale del Corpo di polizia penitenziaria mediante l'istituzione di ruoli tecnici nei quali inquadrare il personale da impiegare nelle attività del laboratorio centrale di cui all'articolo 5, comma 2. I decreti legislativi previsti dal presente comma sono adottati su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione. Gli schemi dei decreti legislativi sono trasmessi al Parlamento, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono adottati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal primo periodo del presente comma o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.»

³⁷⁷ «Istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria, a norma dell'articolo 18 della legge 30 giugno 2009, n. 85».

³⁷⁸ A. SCARCELLA, *Laboratorio centrale per la Banca dati del DNA: determinati i ruoli tecnici*, *cit.*, pp. 893-896.

L'operatore tecnico e il revisore tecnico, rispettivamente organizzati in quattro qualifiche e in tre qualifiche, sono chiamati a svolgere mansioni esecutive, anche se al secondo sono richieste conoscenze specialistiche ed è coinvolto anche nella formazione e nel coordinamento. Il perito tecnico, biologo o informatico, ha compiti direttivi ed organizzativi con un ruolo articolato in quattro qualifiche. Altrettanto doppio – cioè diviso tra biologi ed informatici – ed organizzato in quattro qualifiche è il ruolo del direttore tecnico, che può prendere decisioni sull'uso di sistemi e tecnologie. Solo quest'ultimo assume la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria; l'appartenenza agli altri ruoli implica l'assunzione della veste di agente di polizia giudiziaria³⁷⁹. Il decreto citato demanda, a sua volta, la determinazione dei profili professionali a un decreto del Ministero della giustizia. In attuazione di questa norma, è stato varato il decreto ministeriale 22 dicembre 2012, n. 268³⁸⁰, la cui tabella A, allegata, descrive dettagliatamente caratteristiche e contenuti dei profili professionali, tenuto conto delle funzioni del Laboratorio centrale e delle esigenze di comunicazione dei profili alla Banca dati³⁸¹. Sotto la voce «caratteristiche», l'allegato indica, per ciascun ruolo, il titolo di studio richiesto, la professionalità che caratterizza la relativa attività, l'autonomia operativa e la responsabilità, mentre nella colonna «contenuti» è operata una descrizione del lavoro, rapportata alla dimensione organizzativa del Laboratorio e alle sue finalità³⁸². Infine, i decreti ministeriali 9 ottobre 2013, n. 130³⁸³ e 11 giugno 2014, n. 107³⁸⁴ attuano il comma 3 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 162 del 2010: il primo definisce i requisiti di accesso ai ruoli e le modalità di svolgimento dei concorsi, il secondo le modalità di svolgimento dei corsi di formazione e dell'esame finale per la nomina alle qualifiche iniziali dei ruoli. Sono introdotti anche un corso di formazione teorico-pratica e un periodo di tirocinio per i ruoli superiori, così superando la lacuna del d.lgs. n. 62/2010 che li aveva introdotti solo l'operatore tecnico e il revisore tecnico³⁸⁵.

³⁷⁹ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 965; A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario*, cit., p. 36.

³⁸⁰ «Regolamento per la determinazione dei profili dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 9 settembre 2010, n. 162».

³⁸¹ A. SCARCELLA, *op. ult. cit.*, p. 896.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ «Regolamento per le modalità di accesso alla qualifica iniziale dei ruoli degli operatori tecnici, dei revisori tecnici, dei periti tecnici e dei direttori tecnici del Corpo di polizia penitenziaria, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, del decreto legislativo 9 settembre 2010, n. 162».

³⁸⁴ «Regolamento recante le modalità di svolgimento dei corsi di formazione per la nomina alle qualifiche iniziali dei ruoli degli operatori tecnici, dei revisori tecnici, dei periti tecnici e dei direttori tecnici del Corpo di polizia penitenziaria».

³⁸⁵ A. SCARCELLA, *op. ult. cit.*, p. 899.

Allo stato attuale, si sono concluse le procedure per l'assunzione delle figure professionali destinate a essere inquadrare nei ruoli istituiti³⁸⁶. Questi quattro provvedimenti rappresentano, nel loro complesso, un passo rilevante verso l'effettiva funzionalità del Laboratorio centrale e l'attuazione della legge n. 85. Il Ministero della giustizia è riuscito in tempi ragionevoli a varare un'articolata disciplina, che recepisce l'esigenza di formazione e in cui le competenze necessarie di ogni figura professionale sono definite in termini di qualità e di utilità rispetto alle finalità del Laboratorio centrale³⁸⁷. L'aggiornamento del personale è, peraltro, assicurato dall'istituzione di una figura soggettiva, il Responsabile del Laboratorio centrale, individuato dall'articolo 27 del regolamento nel Direttore dell'Ufficio dello stesso Laboratorio; tra i suoi compiti vi è quello di organizzare «corsi di formazione specifici»³⁸⁸ per il personale del Laboratorio.

Tuttavia, le garanzie di preparazione del personale e quelle relative alla selezione dei marcatori valgono solo per la tipizzazione dei campioni, non essendo ribadite per quella dei reperti. Lo stesso Consiglio di Stato, nell'esteso documento con cui esprime parere favorevole all'approvazione del regolamento³⁸⁹, pone in discussione l'ambigua terminologia – già propria della legge e riproposta nel decreto presidenziale – che limita l'operatività di alcune disposizioni al campione biologico, senza citare espressamente il reperto.

Significativo, invece, in tale contesto, è il ruolo svolto dal Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze della vita³⁹⁰, cui già l'articolo 15 della legge n. 85 aveva affidato compiti di vigilanza sul rispetto delle norme tecniche³⁹¹. Aderendo al modello anglosassone del *Forensic Science Regulator* e del relativo *Forensic Science Advisory Council*, l'articolo 28 del regolamento di attuazione istituisce, all'interno del Comitato, un collegio,

³⁸⁶ Le notizie relative alla selezione di queste figure professionali si possono reperire all'indirizzo: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_6_1.wp?facetNode_1=1_2%282014%29&previousPage=mg_1_6&contEntId=SCE981416

³⁸⁷ A. SCARCELLA, *op. ult. cit.*, pp. 896-899.

³⁸⁸ Art. 27 co. 3 d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87: «3. Il responsabile del Laboratorio centrale assicura l'organizzazione ed il funzionamento del Laboratorio centrale; identifica i metodi accreditati e le procedure tecniche idonee per la tipizzazione del DNA, nonché le procedure adottate per la conservazione e distruzione dei campioni biologici; individua l'amministratore di sistema; individua i corsi di formazione specifici per il personale del Laboratorio ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, e successive modificazioni; predispone il piano della sicurezza ed il manuale della qualità del Laboratorio.»

³⁸⁹ Il parere è stato emesso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi in data 27 agosto 2015 ed è disponibile al seguente indirizzo web: https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=XOYDU2KH_TQP3MLZSXIIVLR2OCY&%3Bq=

³⁹⁰ P. PERRI, *Le istituzioni di garanzia*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 157.

³⁹¹ Art. 15 co. 2 l. 30 giugno 2009, n. 85 «Il Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze della vita (CNBBSV) garantisce l'osservanza dei criteri e delle norme tecniche per il funzionamento del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA ed esegue, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, verifiche presso il medesimo laboratorio centrale e i laboratori che lo alimentano, formulando suggerimenti circa i compiti svolti, le procedure adottate, i criteri di sicurezza e le garanzie previste, nonché ogni altro aspetto ritenuto utile per il miglioramento del servizio.»

composto da almeno tre componenti. Questo nuovo organismo svolge funzioni interessanti, oltre che nei confronti del Laboratorio centrale, proprio rispetto agli altri laboratori: verifica la conformità dei metodi e del prodotto alla norma ISO/IEC 17025, rilasciando un nulla osta in caso di esito positivo; accerta la periodica partecipazione ai *test* di prova organizzati dalla società scientifiche; esegue ispezioni presso le sedi, avvalendosi eventualmente di esperti; riferisce l'attività compiuta al Garante per la *privacy* e al Ministero dell'Interno, sia mediante comunicazioni specifiche, che annualmente, attraverso una relazione³⁹².

5. L'archiviazione e il trattamento di dati genetici nella legge 30 giugno 2009, n. 85

La legge 30 giugno 2009, n. 85 ha finalmente dotato l'Italia di un *DNA database*. È un traguardo da salutare con favore, perché l'archiviazione del materiale biologico e dei relativi dati, già praticata da anni presso banche dati non ufficiali³⁹³, si inserisce ora in un «trasparente ed organico *frame* legale»³⁹⁴. Il ritardo con cui a tale risultato giunge il nostro Paese – che è uno degli ultimi Stati europei ad istituire e disciplinare una banca dati forense a livello centrale³⁹⁵ – ha apportato, peraltro, il vantaggio di poter usufruire delle esperienze straniere³⁹⁶. L'interesse della dottrina per un intervento legislativo in materia si giustifica alla luce dei molteplici aspetti di utilità della Banca dati nazionale: la corrispondenza tra il profilo dell'indagato e quello relativo alle tracce sulla scena del commesso reato può essere determinante per individuare il colpevole o scagionare un soggetto innocente³⁹⁷; il raffronto tra i profili archiviati nella Banca dati consentirà, inoltre, di mettere in relazione più reati commessi dallo stesso soggetto, di risolvere casi rimasti irrisolti e di identificare persone scomparse e vittime di eventi catastrofici³⁹⁸.

L'opzione fatta propria dalla legge consiste nella conservazione sia del materiale biologico che dei profili genetici estratti. Tuttavia, la «differenza qualitativa»³⁹⁹ del campione e del reperto,

³⁹² Così superando la critica, mossa da C. COLAIACOVO, *Competenza del garante per la protezione dei dati personali sull'applicazione del Trattato di Prüm*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., pp. 189-190, circa la mancanza di meccanismi di collaborazione informativa; critico per la trasformazione del CNB in organo di accreditamento il Consiglio di Stato, nel parere citato.

³⁹³ E. DI NICOLA, *DNA Database dell'impronta genetica: l'anomalia italiana*, in A. Cicognani, S. Pelotti (a cura di) *Il DNA nella società: test genetici, disastri di massa, identificazione criminale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 39 ss.; L. MARAFIOTI, *Le banche dati del DNA. Una nuova frontiera investigativa nel Trattato di Prüm*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 1.

³⁹⁴ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA*, cit., p. 45.

³⁹⁵ P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, cit., p. 79.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, cit., p. 198.

³⁹⁸ *Ibidem* e P. RIVELLO, *Tecniche scientifiche e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 4, p. 1703.

³⁹⁹ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA*, cit., p. 60.

rispetto al profilo, e la complementarietà delle funzioni svolte hanno suggerito al legislatore la separazione strutturale e funzionale dei due istituendi organismi⁴⁰⁰, sul modello francese⁴⁰¹.

La Banca dati nazionale del DNA è un «*database* informatico “puro”»⁴⁰², deputato alla raccolta e al raffronto dei profili genetici relativi ai soggetti a cui il DNA è prelevato ai sensi dell’articolo 9, dei profili relativi ai reperti organici e di quelli di cadaveri, persone scomparse e loro consanguinei⁴⁰³; la Banca dati è istituita presso il Ministero dell’interno, Dipartimento della pubblica sicurezza⁴⁰⁴, nell’ambito del Servizio per il sistema informativo interforze della Direzione centrale della Polizia criminale, come ha, da ultimo, precisato il regolamento⁴⁰⁵. Invece, il Laboratorio centrale, oltre alla già analizzata funzione di tipizzazione del DNA, funge da «collettore di campioni»⁴⁰⁶, quindi è tecnicamente una bio-banca⁴⁰⁷, con sede presso il Ministero della Giustizia.

La *ratio* della scelta legislativa è quella di proteggere la riservatezza del titolare, evitando ogni possibile contaminazione o associazione tra materiale e dato⁴⁰⁸, specialmente in considerazione delle potenzialità informative del campione⁴⁰⁹.

Le prescrizioni generali della legge sono state attuate e sviluppate dal decreto presidenziale del 2016⁴¹⁰. Ai sensi dell’articolo 16 della legge, sono, infatti, coperte dalla riserva di regolamento la determinazione delle modalità di accesso, trattamento, comunicazione⁴¹¹, conservazione e

⁴⁰⁰ *Ivi*, p. 59; P. FELICIONI, *L’Italia aderisce al Trattato di Prüm*, cit., pp. 8 ss.; P. RIVELLO, *Tecniche scientifiche e processo penale*, cit., p. 1702.

⁴⁰¹ C. FANUELE, *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., pp. 316-317.

⁴⁰² A. MONTI, *Ambiguità semantiche, finalità dei trattamenti e limiti della genetic evidence*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 34.

⁴⁰³ Art. 7 l. 30 giugno 2009, n. 85: «1. La banca dati nazionale del DNA provvede alle seguenti attività:

- a) raccolta del profilo del DNA dei soggetti di cui all’articolo 9, commi 1 e 2;
- b) raccolta dei profili del DNA relativi a reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali;
- c) raccolta dei profili del DNA di persone scomparse o loro consanguinei, di cadaveri e resti cadaverici non identificati;
- d) raffronto dei profili del DNA a fini di identificazione.»

⁴⁰⁴ Art. 5 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85: «1. Al fine di facilitare l’identificazione degli autori dei delitti, presso il Ministero dell’interno, Dipartimento della pubblica sicurezza, è istituita la banca dati nazionale del DNA.»

⁴⁰⁵ Art. 3 co. 1 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87: «1. La banca dati è collocata presso il Ministero dell’interno, Dipartimento della pubblica sicurezza, Servizio per il sistema informativo interforze della Direzione centrale della Polizia criminale.»

⁴⁰⁶ A. MONTI, *Conservazione dei campioni biologici e tutela dei diritti fondamentali della persona*, cit., p. 54.

⁴⁰⁷ A. MONTI, *Ambiguità semantiche, finalità dei trattamenti e limiti della genetic evidence*, loc. ult. cit.

⁴⁰⁸ G. GENNARI, loc. ult. cit.

⁴⁰⁹ G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici: la Banca Dati Nazionale del DNA e il bilanciamento tra le ragioni di giustizia e la tutela della privacy*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 104.

⁴¹⁰ *Ivi*, p. 106.

⁴¹¹ Art. 16 co. 1 lett. a l. 30 giugno 2009, n. 85.

cancellazione dei dati e dei campioni⁴¹², nonché la definizione dei limiti temporali di conservazione⁴¹³.

La prospettiva privilegiata per la valutazione delle opzioni legislative e regolamentari in questione è una verifica della loro rispondenza ai principi delineati nella sentenza *S. and Marper* della Corte di Strasburgo⁴¹⁴, che rappresenta la fonte di diretta pertinenza in materia. In questa pronuncia, è chiaramente delineato un modello normativo ottimale di realizzazione del bilanciamento tra ragioni di sicurezza sociale e diritti individuali⁴¹⁵.

Le considerazioni che seguono sono circoscritte ai campioni biologici e ai profili genetici destinati a confluire, rispettivamente, nel Laboratorio centrale e nella Banca dati nazionale.

Deve registrarsi, infatti, la totale mancanza, nel capo IV della legge e nel regolamento, di previsioni atte a normare le modalità di archiviazione, trattamento e cancellazione dei profili estratti a partire dai campioni prelevati nell'ambito dei procedimenti penali⁴¹⁶.

L'unica disposizione inerente è l'articolo 72*quater* delle disposizioni attuative⁴¹⁷, in base al quale la distruzione del campione biologico avviene, ad opera del perito che ha svolto l'analisi, immediatamente dopo la perizia; se il giudice ne ritiene necessaria la conservazione, il campione sarà distrutto dopo la definizione del procedimento penale nell'ambito del quale esso è stato prelevato⁴¹⁸ o, in via residuale, a seguito della definizione del procedimento con provvedimento di archiviazione o sentenza non più impugnabile⁴¹⁹. La norma, il cui ambito applicativo è limitato ai soli campioni, non prevede alcuna misura di sicurezza a tutela della riservatezza, né specifica la sede della conservazione, che presumibilmente sarà lo stesso laboratorio in cui è stata eseguita la tipizzazione⁴²⁰.

5.1. I principi di legalità e di finalità nella legge 30 giugno 2009, n. 85

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *S. and Marper*, ha inquadrato la problematica delle limitazioni ammissibili del diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'articolo 8 della Convenzione, nel contesto delle banche dati forensi del DNA⁴²¹.

⁴¹² Art. 16 co. 1 lett. e l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁴¹³ Art. 16 co. 1 lett. b l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁴¹⁴ Corte eur. dir. uomo, sent. 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*.

⁴¹⁵ A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, p. 142.

⁴¹⁶ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, p. 235; P. TONINI, *Manuale di procedura penale, cit.*, p. 574.

⁴¹⁷ Inserito nel codice dall'art. 29 a l. 30 giugno 2009, n. 85. Sebbene l'articolo faccia riferimento ai campioni prelevati ai sensi dell'articolo 224*bis*, deve ritenersi che le medesime regole valgano per il prelievo svolto nelle indagini. Così, S. QUATTROCOLO, *I risvolti attuativi delle novelle in tema di prelievi coattivi, cit.*, p. 331.

⁴¹⁸ Art. 72*quater* co. 1 disp. att. c.p.p.

⁴¹⁹ Art. 72*quater* co. 2 disp. att. c.p.p.

⁴²⁰ P. FELICIONI, *op. ult. cit.*, pp. 237-238.

⁴²¹ A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1, p. 150.

Per valutare la legittimità delle restrizioni operate dalla normativa italiana, si deve, anzitutto, verificare che la fonte prescelta per disciplinare il trattamento e l'archiviazione del DNA sia adeguata in base al cosiddetto principio di finalità. Sono state espresse opinioni divergenti sul rinvio della legge n. 85 al regolamento di attuazione, lamentando parte della dottrina che la disciplina delle questioni più delicate risulta affidata a una fonte di rango secondario⁴²².

Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo prevale l'interpretazione estensiva del principio di legalità, per cui pare rispettoso di tale principio che la disciplina italiana sia contenuta, oltre che nella legge, in un regolamento.

L'opzione per il regolamento, poi, si rivela opportuna anche alla luce di altri requisiti che sono associati a questo principio nella giurisprudenza della Corte, come la completezza e la precisione delle disposizioni: è evidente che la legge non avrebbe potuto dettare regole eccessivamente particolareggiate sugli aspetti tecnici e scientifici⁴²³, che, invece, sono state recepite nel decreto presidenziale. La fonte secondaria, inoltre, ha il pregio di consentire, più agevolmente rispetto alla legge ordinaria, aggiornamenti in funzione dell'evoluzione della materia⁴²⁴.

Quanto al principio di finalità, l'«identificazione degli autori dei delitti»⁴²⁵, a cui l'articolo 5 della legge finalizza l'istituzione della Banca dati, pare integrare uno «scopo legittimo»⁴²⁶ di interferenza nella sfera individuale⁴²⁷. La formulazione della finalità della banca dati italiana è coerente con le «ragioni di ordine pubblico e di sicurezza sociale» costantemente richiamate dalla Corte di Strasburgo⁴²⁸ e corrisponde a quella suggerita al Parlamento e al Governo dal Garante per la *privacy*, nella Segnalazione in materia⁴²⁹.

Detta finalità è ribadita nell'articolo 12 della legge, che circoscrive l'accesso ai profili archiviati in Banca dati e ai campioni conservati dal Laboratorio centrale alla «finalità di identificazione personale»⁴³⁰; a tale ultima espressione va preferita quella dell'articolo 5, che meglio soddisfa il

⁴²² G. BUSIA, *Privacy a rischio per la durata della conservazione*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 78; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, p. 146; E. COLOMBI, *La banca dati del DNA in Italia: prime considerazioni nel panorama europeo, alla luce del regolamento attuativi*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 1, pp. 375 ss.

⁴²³ In termini simili, sebbene con riferimento alla regolamentazione delle attività di sopralluogo S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 3, p. 274.

⁴²⁴ F. CASASOLE, *Le indagini tecnico-scientifiche nel processo penale: un connubio tra scienza e diritto in perdurante attesa di disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 11, p. 1446; G. SCOLLO, *La disciplina attuativa della banca dati e del laboratorio centrale*, cit., p. 165.

⁴²⁵ Art. 5 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁴²⁶ Art. 8 § 2 Cedu.

⁴²⁷ A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA: questioni in tema di alimentazione, trattamento e accesso, presupposti, cancellazione e tempi di conservazione (artt. 5-15 l. n. 85/09)*, in *Pol. dir.*, 2011, n. 3, p. 458.

⁴²⁸ Corte eur. dir. uomo, sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*.

⁴²⁹ Secondo la Segnalazione al Parlamento e al Governo sulla disciplina delle banche dati del Dna a fini di giustizia del 19 settembre 2007 «La banca dati dovrebbe avere esclusive finalità specifiche di identificazione delle persone».

⁴³⁰ Art. 12 co. 2 l. 30 giugno 2009, n. 85.

requisito della precisione di cui alla giurisprudenza europea⁴³¹. Quel che rileva, comunque, è che, nel complesso, ne risulta un «limite ontologico»⁴³² estremamente chiaro all'utilizzo dei dati e dei campioni per scopi diversi dalla finalità di giustizia⁴³³. Il legislatore italiano, diversamente da quello anglosassone⁴³⁴, ha escluso utilizzi diversi – come quelli relativi alla ricerca scientifica – dei dati genetici, che sarebbero stati comunque ammissibili, previa anonimizzazione, secondo quanto previsto dalla Raccomandazione sull'uso del DNA nell'ambito giudiziario penale⁴³⁵. Nei limiti della finalità generale di «identificazione dell'autore dei delitti»⁴³⁶, va letta anche quella, ulteriore, di «collaborazione internazionale di polizia»⁴³⁷, non dovendo essere intesa come una previsione derogatoria, che legittimi impieghi diversi dei dati genetici nell'ambito della cooperazione transfrontaliera⁴³⁸.

5.2. Il principio di proporzionalità nella legge 30 giugno 2009, n. 85: misure di sicurezza

Maggiori criticità prospetta l'attuazione del principio di necessità, da intendersi nella prospettiva, già chiarita nel precedente capitolo, di una proporzionalità dei mezzi al perseguimento della finalità di identificazione del colpevole⁴³⁹. Si tratta di analizzare le norme che regolano il trattamento dei profili e dei campioni, i cui riferimenti concettuali sono stati espressi negli articoli 12, 13 e 14 della legge n. 85 ed attuati nel recente decreto presidenziale.

In particolare, i principi per la gestione della sicurezza della Banca dati e del Laboratorio centrale sono delineati nell'articolo 12 della legge n. 85, che la dottrina maggioritaria ha, però, criticato per l'incompletezza dell'approccio, ritenuto eccessivamente «minimalista»⁴⁴⁰ rispetto all'esigenza di assicurare adeguate garanzie di protezione delle informazioni personali archiviate. Il regolamento di attuazione ha opportunamente colmato larga parte di queste lacune. Il primo comma dell'articolo 12, evocando il principio di separazione⁴⁴¹ enunciato dal Codice della *privacy*⁴⁴², esclude che i profili genetici ed i campioni biologici contengano «informazioni

⁴³¹ M. SCOLETTA, *La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 137.

⁴³² G. GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 59.

⁴³³ A. MONTI, *Ambiguità semantiche, finalità dei trattamenti e limiti della genetic evidence*, cit., p. 33; G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici*, cit., p. 120.

⁴³⁴ A. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 35.

⁴³⁵ Raccomandazione n. R (92) 1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa all'utilizzazione dell'analisi dell'acido deossiribonucleico (DNA) nell'ambito del sistema giudiziario penale.

⁴³⁶ Art. 5 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁴³⁷ Art. 12 co. 2 l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁴³⁸ G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 119.

⁴³⁹ L. SCAFFARDI, *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, p. 489.

⁴⁴⁰ A. MONTI, *Catena di custodia e "doppio binario" per campioni e reperti*, cit., p. 104.

⁴⁴¹ Parla di principio di pertinenza G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 958.

⁴⁴² Art. 3 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196: «I sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le

che consentono l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti»⁴⁴³. Il regolamento di attuazione, a sua volta, configura coerentemente i sistemi informativi, in modo da ridurre allo stretto necessario l'associazione tra le generalità del soggetto e i suoi campioni o profili⁴⁴⁴. Esso, inoltre, segna il superamento dei dubbi circa la concreta operatività di detta regola anche riguardo i reperti organici, rispetto ai quali manca, nella legge, un riferimento espresso⁴⁴⁵. Per i reperti organici tipizzati dai laboratori specializzati, sono, infatti, dettate regole simili a quelle che interessano i campioni biologici, per cui a ciascun reperto è abbinato un codice alfanumerico, che «non consente l'identificazione diretta del reperto biologico»⁴⁴⁶.

Quanto ai profili genetici, i dati personali del soggetto restano presso il sistema AFIS⁴⁴⁷ del Casellario centrale d'identità del Ministero dell'Interno – già in uso per le impronte digitali – mentre la Banca dati detiene solo un codice univoco identificativo⁴⁴⁸, generato dal sistema AFIS, associato al suo profilo⁴⁴⁹. Solo laddove sarà rinvenuta una corrispondenza, il soggetto può essere identificato e i suoi dati anagrafici rivelati⁴⁵⁰.

Ma a costituire oggetto delle preoccupazioni dottrinali è, soprattutto, la funzione di «magazzino»⁴⁵¹ dei campioni biologici svolta dal Laboratorio⁴⁵². In proposito, il regolamento associa al campione biologico un codice alfanumerico generato, anch'esso, dal sistema AFIS, cosiddetto «codice prelievo»⁴⁵³, che non consente l'identificazione diretta del titolare.

Strettamente connesse con la realizzazione della garanzia dell'anonimato sono, poi, le norme del regolamento che attuano i successivi commi dell'articolo 12, in materia di misure di sicurezza e di soggetti abilitati per l'accesso ed il trattamento, aspetti sui quali era auspicata la puntualizzazione in sede di attuazione⁴⁵⁴.

Giova premettere che, stando alle definizioni fornite dalla legge e riportate nel regolamento, il trattamento include tutte le operazioni concernenti i dati e – nonostante il silenzio di entrambe le

finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità.»

⁴⁴³ Art. 12 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁴⁴⁴ Come auspicato da P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm*, cit., p. 9 e da G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 115-116.

⁴⁴⁵ A. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 103.

⁴⁴⁶ Artt. 6 co. 5 e 2 co. 1 lett. o d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁴⁷ Acronimo per *Automated Fingerprint Identification System*, secondo l'articolo 2 co. 1 lett. d del d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁴⁸ Art. 2 co. 1 lett. c d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁴⁹ R. BIONDO, *La Banca Dati Nazionale DNA italiana*, cit., p. 217.

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 957.

⁴⁵² G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., pp. 2640-2641.

⁴⁵³ Art. 2 co. 1 lett. o d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁵⁴ G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 121.

fonti sul punto – i campioni, mentre l'accesso è una *species* del trattamento e consiste nella consultazione anche informatica delle informazioni conservate in Banca dati⁴⁵⁵.

Il comma 2 dell'articolo 12 individua i soggetti abilitati, limitatamente alle operazioni di accesso, nell'autorità giudiziaria e nella polizia giudiziaria; per le operazioni di accesso alle informazioni presso il Laboratorio centrale, la stessa norma prevede, in aggiunta, che ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria siano previamente autorizzati dall'autorità giudiziaria⁴⁵⁶. Il comma secondo va coordinato con il quarto, che riserva le operazioni di trattamento e di accesso «al personale espressamente autorizzato»⁴⁵⁷, creando una sovrapposizione interpretata prevalentemente nel seguente modo: mentre polizia giudiziaria e autorità giudiziaria possono accedere ai dati per avvalersene a fini di giustizia, il «personale» di cui al comma quarto include i professionisti che dipenderanno dai due organismi⁴⁵⁸.

Delle misure di sicurezza tratteggiate dalla legge è stata contestata la genericità ed incompletezza⁴⁵⁹. In effetti, il comma 3 dell'articolo 12 della legge n. 85 si è limitato a richiedere, a garanzia della tracciabilità del sistema, «l'identificazione dell'operatore e la registrazione di ogni attività» di accesso e di trattamento. L'unica, insufficiente, precisazione per il trattamento dei campioni biologici è una sottolineatura della necessità che sia registrata ogni attività che li abbia per oggetto, nell'ambito di un articolo, che, invece, riferisce testualmente tutte le altre norme solo ai «dati»⁴⁶⁰.

Su molti aspetti, il sopravvenire del decreto presidenziale è stato risolutivo. Si deve, tuttavia, constatare il perdurare di qualche confusione terminologica, in quanto per tutte le operazioni riguardanti il Laboratorio centrale, continua a parlarsi di «dati» e non, anche, di campioni biologici.

È positivo, invece, il raccordo con la disciplina dettata dal Codice in materia di protezione dei dati personali⁴⁶¹, in virtù del richiamo che ne fa l'articolo 3 comma 1. L'introduzione di questa

⁴⁵⁵ Art. 6 co. 1 lett. e, lett. f l. 30 giugno 2009, n. 85; art. 2 co. 1 lett. r, lett. s d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁵⁶ G. BUSIA, *Privacy a rischio per la durata della conservazione*, cit., p. 78.

⁴⁵⁷ Art. 12 co. 4 l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁴⁵⁸ Così G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 126-128.

⁴⁵⁹ A. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 106-107.

⁴⁶⁰ G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 128.

⁴⁶¹ In base al solo articolo 20 della legge n. 85, il raccordo era fragile, perché testualmente limitato ai dati trattati per le finalità di cooperazione internazionale; si veda M. GIALUZ, *La tutela della privacy nell'ambito del trattamento domestico dei dati genetici e della cooperazione informativa*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., pp. 190 ss. Invece, l'ambito operativo delle disposizioni della sezione II capo III, recante disposizioni in materia di dati personali, sia effettivamente limitato alla consultazione della banca dati per finalità di cooperazione transfrontaliera; in materia C. PANSINI, *Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della Banca dati nazionale del dna e del Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale del DNA, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 85 del 2009*, cit., pp. 13-14.

«norma di chiusura del sistema»⁴⁶² è coerente con la funzione di vigilanza sul funzionamento della Banca dati, già accordata dalla legge⁴⁶³ al Garante per la *privacy*.

Il regolamento specifica i requisiti soggettivi ed individua puntualmente quali operazioni sono consentite. Le operazioni di accesso, trattamento ed alimentazione della Banca dati possono essere effettuati solo dagli operatori abilitati e designati incaricati del trattamento dei dati personali ai sensi dell'articolo 28 del Codice *privacy*⁴⁶⁴. Il trattamento dei dati presso il Laboratorio centrale è consentito agli operatori di polizia giudiziaria che vi operano, che siano, anche in tale caso, specificamente abilitati e designati incaricati del trattamento dei dati personali⁴⁶⁵. Al personale addetto alla Banca dati, al Laboratorio centrale e ai laboratori specializzati, è fatto divieto di accedere al sistema AFIS, ove sono conservati i dati identificativi del soggetto⁴⁶⁶.

Spicca l'omessa previsione di un accesso difensivo alla Banca dati ed al Laboratorio⁴⁶⁷, su cui il regolamento non è intervenuto in senso correttivo. Non è, come da alcuni sostenuto, una dimenticanza⁴⁶⁸, in quanto dai lavori preparatori della legge n. 85 emerge che tutte le iniziative volte ad inserire il difensore tra i soggetti legittimati ad accedere sono state respinte⁴⁶⁹.

Circa gli aspetti di sicurezza dei sistemi, è stabilito uno *standard* complessivamente elevato di protezione delle informazioni personali, sulla cui applicazione vigila il Responsabile della Banca dati, individuato dal regolamento nel Direttore del servizio per il sistema informativo interforze⁴⁷⁰. Le operazioni sono effettuate attraverso un meccanismo che garantisce la tracciabilità⁴⁷¹: gli operatori abilitati devono essere in possesso delle credenziali e superare una procedura informatica di autenticazione espressamente definita «forte»⁴⁷². Al fine di verificare la liceità dei trattamenti⁴⁷³, è garantito il mantenimento della «storicità»⁴⁷⁴, cioè tutte le operazioni devono essere registrate e le relative registrazioni conservate⁴⁷⁵.

L'adozione effettiva di queste regole tecniche, che riguarderà anche i laboratori addetti alla tipizzazione dei reperti, è, tuttavia, ulteriormente rinviata. Infatti, l'articolo 3, comma 9, del

⁴⁶² M. GIALUZ, *La tutela della privacy*, cit., p. 190.

⁴⁶³ Art. 15 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁴⁶⁴ Art. 3 co. 7 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁶⁵ Art. 8 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁶⁶ Art. 7 co. 1 e 3 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87; art. 8. Per un commento R. BIONDO, *loc. ult. cit.*

⁴⁶⁷ A. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 103.

⁴⁶⁸ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, cit., p. 885.

⁴⁶⁹ E. OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, cit., p. 243; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1443.

⁴⁷⁰ Art. 26 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁷¹ Auspicata da G. LAGO, *op. ult. cit.*, pp.124-125 e A. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 105-106.

⁴⁷² Art. 3 co. 7 e art. 4 co. 5 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁷³ R. BIONDO, *loc. ult. cit.*

⁴⁷⁴ G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 133 e A. MONTI, *op. ult. cit.*, p. 107.

⁴⁷⁵ Art. 3 co. 8 e art. 4 co. 5 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

regolamento demanda a un successivo decreto interministeriale, da adottarsi previo parere del Garante, la determinazione dei profili di autorizzazione, delle procedure di autenticazione, di registrazione e di analisi dei *log*⁴⁷⁶. Bisognerà, dunque, attendere ancora per l'effettiva implementazione del sistema di sicurezza; comunque, nel luglio 2016, il Garante ha reso parere favorevole all'approvazione del decreto in parola, che, presumibilmente, sarà approvato nei prossimi mesi⁴⁷⁷.

Adeguate contromisure per l'accesso illegittimo⁴⁷⁸ e per il trattamento irregolare⁴⁷⁹ sono già state disposte dal legislatore del 2009: l'obbligo del segreto, di cui al comma 5 dell'articolo 12 della legge, si salda con la fattispecie penale prevista dall'articolo 14, che introduce una disciplina sanzionatoria rigorosa, volta a reprimere le condotte che possano pregiudicare la riservatezza del titolare delle informazioni⁴⁸⁰.

Le garanzie per i dati personali sono destinate ad aumentare, in quanto la Banca dati sta acquisendo la certificazione di qualità UNI CEI ISO/IEC 27001 sulla sicurezza delle informazioni⁴⁸¹.

5.3. Il principio di proporzionalità nella legge 30 giugno 2009: tempi di conservazione

Nel ragionamento della Corte di Strasburgo, è centrale, per il raggiungimento del «giusto equilibrio»⁴⁸² tra le istanze contrapposte, una modulazione della conservazione di campioni e profili, in base a criteri soggettivi – legati al tipo di reato commesso dal titolare e dalla sua posizione nel processo – e temporali⁴⁸³.

I criteri temporali sono, in particolare, l'aspetto su cui era maggiormente atteso l'intervento del regolamento di attuazione⁴⁸⁴. Le disposizioni legislative sul punto, infatti, danno adito a dubbi di

⁴⁷⁶ Ai sensi dell'art. 2 co. 2 lett. r d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87, il *file* di *log* è il «registro degli accessi e delle operazioni» e, ai sensi della successiva lett. s, il *log* è definito «accesso e operazione».

⁴⁷⁷ Parere su uno schema di decreto del Ministero dell'interno in materia di banca dati nazionale del DNA - 28 luglio 2016 consultabile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5387695>.

⁴⁷⁸ G. LAGO, *op. ult. cit.*, pp. 116-117.

⁴⁷⁹ A. SCARCELLA, *Le sanzioni penali*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, *cit.*, p. 145.

⁴⁸⁰ *Ivi*, pp.145 ss.

⁴⁸¹ R. BIONDO, *op. ult. cit.*, p. 216.

⁴⁸² Così, nel riportare e tradurre un passo della sentenza *S. and Marper*, G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, *cit.*, p. 960.

⁴⁸³ A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA*, *cit.*, p. 449.

⁴⁸⁴ G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 140; 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.*, p. 123, che però è critica sulla scelta di demandare questi aspetti ad un regolamento, così sottraendola al dibattito parlamentare.

conformità con le statuizioni di *S. and Marper*⁴⁸⁵, in cui si giudicava sproporzionata la conservazione illimitata del DNA ammessa dal sistema inglese.

La legge n. 85 soddisfa il requisito di una chiara definizione dei termini massimi di archiviazione, ma lo fa con scelte discutibili, anzitutto, per l'eccessiva ampiezza⁴⁸⁶: l'articolo 13, comma quarto fissa in quaranta anni il limite massimo di conservazione dei profili genetici ed in venti anni quello dei campioni biologici.

Tali termini – i più estesi nel panorama giuridico europeo, *ex aequo* con quelli previsti dalla disciplina francese⁴⁸⁷ – erano giustificati, nella relazione del Governo sul disegno di legge, dalla volontà di «superare, secondo un dato di esperienza, il periodo plausibile di recidiva»⁴⁸⁸. La previsione di tempi di conservazione inferiori per i campioni biologici è ispirata da ragioni garantistiche, ma è una scelta singolare se confrontata con le soluzioni degli altri Stati Membri, che, anche alla luce delle raccomandazioni dell'ENFSI, disciplinano analogamente la conservazione dei dati e dei campioni⁴⁸⁹.

Controverosa è la decorrenza del *dies a quo*, individuato dal legislatore del 2009 nell'«ultima circostanza»⁴⁹⁰ che ha determinato, rispettivamente, l'inserimento in Banca dati e il prelievo; la formulazione rende complesso calcolare i tempi effettivi di conservazione⁴⁹¹, alimentando il timore che possano essere spostati in avanti⁴⁹², fino ad essere addirittura prolungati «*sine die*»⁴⁹³. Il regolamento di attuazione ha ridefinito i limiti di conservazione dei profili genetici, che, di regola, saranno conservati fino a trenta anni⁴⁹⁴. Per i profili dei soggetti condannati con sentenza irrevocabile per alcuno dei reati gravi elencati o nei cui confronti sia stata ritenuta la recidiva, il termine massimo è elevato a quaranta anni⁴⁹⁵.

I termini così stabiliti paiono comunque troppo estesi⁴⁹⁶. Almeno, è stato recepito parzialmente quanto suggerito dal Garante, nelle più volte citata Segnalazione⁴⁹⁷, a proposito di una gradazione dei termini massimi di conservazione in base alla gravità del reato, alla pericolosità

⁴⁸⁵ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., p. 2638; 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., p. 122; A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA*, cit., p. 459.

⁴⁸⁶ A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 168.

⁴⁸⁷ C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 119; G. LEO, *op. ult. cit.*, p. 959.

⁴⁸⁸ Il testo della relazione al disegno di legge n. 905/2008, sostanzialmente trasposto nella legge n. 85 del 2009, può essere scaricato al seguente indirizzo web: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00736646.pdf>.

⁴⁸⁹ G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 138.

⁴⁹⁰ Art. 13 co. 4 l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁴⁹¹ A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *La banca dati del DNA*, cit., p. 457.

⁴⁹² A. M. CAPITTA, *loc. ult. cit.*

⁴⁹³ I. ABRUSCI, *loc. ult. cit.*; G. BUSIA, *Privacy a rischio per la durata della conservazione*, cit., p. 78.

⁴⁹⁴ Art. 25 co. 1 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁹⁵ Art. 25 co. 2 e co. 3 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁴⁹⁶ C. PANSINI, *Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge 30 giugno 2009, n. 85*, cit., p. 14.

⁴⁹⁷ Segnalazione al Parlamento e al Governo sulla disciplina delle banche dati del Dna a fini di giustizia del 19 settembre 2007.

del soggetto o ad altri elementi. Sarebbe stato, però, opportuno prevedere, sul modello anglosassone, termini inferiori per la conservazione del DNA dei minori, il cui trattamento era stato oggetto di specifico interesse della Corte di Strasburgo⁴⁹⁸.

Sensibilmente ridotto è il tempo di conservazione dei campioni biologici nel Laboratorio centrale, che, ai sensi dell'articolo 24, sarà di otto anni⁴⁹⁹.

È, ora, chiaro il termine di decorrenza per i profili genetici, espressamente individuato nella data dell'ultima registrazione nel sistema AFIS⁵⁰⁰, mentre non è stato risolto il dubbio circa il *dies a quo* di conservazione dei campioni, su cui il regolamento tace.

Permane, inoltre, l'ambiguità sui tempi di archiviazione dei reperti e dei relativi profili, già evidenziata nei commenti anteriori all'entrata in vigore del regolamento⁵⁰¹ e sottolineata dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di regolamento⁵⁰². L'articolo 25, infatti, si riferisce esplicitamente solo ai «profili del DNA ottenuti dai soggetti di cui all'articolo 9 della legge»⁵⁰³, mentre l'ambito di applicazione dell'articolo 24 pare limitato ai campioni biologici. Nessuna norma specifica quanto a lungo debbano essere conservati i reperti presso i laboratori specializzati, né i relativi profili genetici, che, *ex* articolo 6 comma 6, confluiscono in Banca dati. Il comma quarto dell'articolo 25 si limita ad indicare che, in caso di concordanza tra il profilo relativo a un campione e quello relativo a un reperto, va conservato solo il primo, ma nulla è detto circa i tempi di archiviazione dei reperti, in caso di mancato rinvenimento di un *match*.

Oltre che nella scelta di tempi non eccessivi rispetto alla perseguita finalità di identificazione personale, l'attuazione effettiva del principio di proporzionalità, come declinato in *S. and Marper*, esige che il legislatore selezioni le categorie soggettive destinate ad alimentare il *database* nazionale. Infatti, le statuizioni della Corte europea, con cui la normativa italiana va confrontata, non concernono solo la protezione della riservatezza, ma anche gli effetti stigmatizzanti dell'inclusione in una banca dati criminalistica⁵⁰⁴.

Su questo punto, la nostra legislazione non pare in linea con il principio di presunzione di innocenza, letto unitamente a quello di ragionevolezza⁵⁰⁵: l'articolo 13 comma 1 contempla la

⁴⁹⁸ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, p. 171; L. CAENAZZO, P. TOZZO, D. RODRIGUEZ, *Aspetti etici e tutela dei minori nella gestione delle biobanche a scopo di ricerca e forense in Italia*, in *Zacchia*, 2011, n. II-III, p. 251.

⁴⁹⁹ Art. 24 co. 3 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁵⁰⁰ Art. 5 co. 2 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87, cui l'art. 25 rinvia.

⁵⁰¹ I. ABRUSCI, *op. ult. cit.*, p. 120.

⁵⁰² Emesso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi in data 27 agosto 2015.

⁵⁰³ Art. 25 co. 1 e co. 3 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁵⁰⁴ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali*, *cit.*, p. 2634.

⁵⁰⁵ A. M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, *cit.*, p. 170; A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *op. ult. cit.*, p. 458; I. ABRUSCI, *op. ult. cit.*, pp. 116-117.

cancellazione dei profili e la distruzione dei campioni solo a seguito di «assoluzione con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso»⁵⁰⁶.

Invece, il trattamento dei soggetti attinti dalle altre formule terminative previste dal codice di rito, ma non espressamente citate – sentenze di assoluzione perché il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile, sentenze di non luogo a procedere, sentenze di non doversi procedere, ordinanze o decreti di archiviazione – è parificato a quello dei soggetti condannati in via definitiva, con la conseguenza che il loro DNA è conservato per i tempi di cui agli articoli 13 comma 4 della legge e 24 e 25 del regolamento⁵⁰⁷. Pare, così, emergere una categoria di «perenni sospetti»⁵⁰⁸ o «sospettati permanenti»⁵⁰⁹, difficilmente accettabile alla luce dell'articolo 27 della Costituzione e delle statuizioni della Corte europea. Si tratta, infatti, di persone innocenti, nei cui confronti non è stata accertata la responsabilità⁵¹⁰.

Nel regolamento di attuazione, non è stata inserita alcuna disposizione integrativa né correttiva dell'articolo 13, comma 1, salvo il rinvio a un successivo decreto ministeriale, che determinerà le modalità pratiche della distruzione e della cancellazione⁵¹¹. Si è, quindi, persa l'occasione per introdurre una gradualità di trattamento tra persone in posizioni obiettivamente diverse⁵¹².

Va, invece, salutato con favore l'intervento del regolamento sulla lacuna legislativa in materia di attivazione delle procedure di distruzione e di cancellazione, che era testualmente ammessa «d'ufficio»⁵¹³, senza riferimento alcuno all'eventualità che l'interessato solleciti la pubblica amministrazione con un'istanza oppure eserciti un potere di controllo sui dati che lo riguardano⁵¹⁴. L'articolo 33 opportunamente riconosce al titolare un «diritto all'oblio»⁵¹⁵, esercitabile con istanza rivolta al Dipartimento della pubblica sicurezza, Direzione centrale della Polizia criminale del Ministero dell'interno⁵¹⁶. In virtù del richiamo all'articolo 10, commi 3, 4 e 5, della legge 1° aprile 1981, n. 121⁵¹⁷, l'interessato può domandare la conferma dell'archiviazione delle informazioni che lo riguardano, la loro comunicazione in forma intellegibile e anche la loro cancellazione o trasformazione in forma anonima, ove si riscontri la violazione delle disposizioni di legge o di regolamento.

⁵⁰⁶ Art. 13 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁵⁰⁷ A. M. CAPITTA, *op. ult. cit.*, pp. 168-169.

⁵⁰⁸ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali, cit.*, p. 2636.

⁵⁰⁹ A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *loc. ult. cit.*

⁵¹⁰ I. ABRUSCI, *op. ult. cit.*, p. 117.

⁵¹¹ Art. 29 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁵¹² G. BUSIA, *Privacy a rischio per la durata della conservazione, cit.*, p. 77.

⁵¹³ Art. 13 co. 1 l. 30 giugno 2009, n. 85.

⁵¹⁴ I. ABRUSCI, *op. ult. cit.*, p. 126.

⁵¹⁵ G. LAGO, *op. ult. cit.*, p. 135.

⁵¹⁶ Art. 33 co. 1 d.P.R. 6 aprile 2016, n. 87.

⁵¹⁷ «Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza».

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'analisi forense del DNA costituisce, ormai da tempo, uno dei principali strumenti di accertamento del fatto nel processo penale¹. Attualmente, centoventi ordinamenti giuridici nel mondo impiegano il DNA per finalità di identificazione criminale; sessantaquattro sono dotati di un *DNA database*².

Questa constatazione restringe l'oggetto del nostro interesse alla valutazione «non più ... del “se”, ma del “come”»³ dell'indagine genetica, ossia della cornice giuridica entro cui tale strumento può e deve esplicarsi.

L'intervento legislativo del 2009 è, quindi, apprezzabile per aver riportato nel campo dei principi fondamentali del diritto processuale penale una materia rimasta troppo a lungo priva di regolamentazione in Italia⁴.

Dall'inquadramento condotto nel primo capitolo emerge che l'indagine genetica è un susseguirsi di fasi tecniche e procedurali, ciascuna delle quali esige una puntuale disciplina⁵. Tuttavia, la legge 30 giugno 2009, n. 85 si occupa solo di alcune fasi della sequenza⁶. Segnatamente, sono disciplinati i seguenti momenti dell'indagine genetica: il prelievo biologico nel procedimento penale; il prelievo biologico diretto ad alimentare la Banca dati nazionale; la tipizzazione dei profili genetici che confluiscono in Banca dati; la conservazione dei campioni biologici presso il Laboratorio centrale e dei profili genetici nella Banca dati.

Resta priva di regolamentazione, anche dopo l'entrata in vigore del decreto presidenziale di attuazione, la raccolta di tracce organiche da cose e luoghi sia nel contesto del procedimento penale sia per la produzione dei profili destinati alla Banca dati nazionale. Inoltre, nulla si dice in merito alle metodiche di analisi o alle cautele di conservazione dei profili del DNA che devono essere osservate in ambito processuale; le regole relative a tali fasi, infatti, sono dettate, dalla legge e dal regolamento, esclusivamente per quel che concerne il funzionamento della Banca dati e del relativo Laboratorio centrale.

¹ M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in A. Gaito (a cura di) *La prova penale*, Volume I, Utet, Torino, 2008, p. 91.

² H.M. WALLACE, A.R. JACKSON, J. GRUBER, A.D. THIBEDAU, *Forensic DNA databases. Ethical and legal standards: a global review*, in *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, 2014, n. 4, pp. 57 ss. Si veda anche, più di recente, il *Global Summary* elaborato dal *Forensic Genetics Police Initiative* in: http://dnapolicyinitiative.org/wiki/index.php?title=Global_summary

³ G. GENNARI, *US Supreme Court, Jeremy Bentham e il panopticon genetico*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n. 4, p. 157.

⁴ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 7, p. 889.

⁵ P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in P. Tonini (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale* supplemento a *Dir. Pen. Proc.*, n. 6, 2008, p. 52.

⁶ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, p. 165.

La settorialità della normativa italiana è riconducibile alla «duplice origine»⁷ della sua approvazione: quella interna, rappresentata dalla non procrastinabilità di una riforma in materia di accertamenti personali coattivi nel processo penale; quella esterna, dovuta alla necessità, discendente dall'adesione al Trattato di Prüm, di adempiere all'obbligo di istituire un archivio genetico centrale. Sembra che il Parlamento sia stato «“ossessionato”»⁸ da queste due prospettive di riforma e dall'esigenza di assicurare adeguata protezione alla libertà personale e alla riservatezza⁹, al punto da trascurare altre ed altrettanto rilevanti questioni.

La legge n. 85 del 2009, dunque, ha colmato solo parzialmente la preesistente lacuna. Alcuni dubbi sono stati risolti dal recente regolamento di attuazione, ma tuttora permangono questioni problematiche e lacune, che si può, in conclusione, tentare di superare in via ermeneutica.

Soprattutto per il diritto alla salute e il diritto alla prova, sono urgenti soluzioni interpretative che ne garantiscano adeguata tutela ed esplicazione, stanti l'assenza di previsioni o la carenza di quelle introdotte.

La salute del soggetto passivo del prelievo biologico coattivo non è protetta adeguatamente quando il prelievo debba essere eseguito in sede di accertamento tecnico o di perizia. L'unico riferimento delle nuove norme processuali alla salute si rinviene nel generico divieto di operazioni che possano metterla in pericolo¹⁰. Manca, nel codice di rito e nelle disposizioni attuative, qualsivoglia descrizione delle modalità operative del prelievo. Non sono state specificate la competenza tecnica dei soggetti incaricati di procedervi né la qualifica di chi procede ad immobilizzare la persona che si oppone. Non sembra che il soggetto passivo debba essere preventivamente informato del prelievo e delle sue implicazioni per la salute.

La necessità di assicurare la «precedenza sostanziale della persona umana»¹¹ rispetto ai concorrenti interessi di accertamento suggerisce, però, di guardare oltre il dato letterale, attraverso una lettura complessiva dello spirito della riforma. La strada è la valorizzazione del ruolo del giudice, cui spetta un controllo sulla legalità dell'operazione di prelievo¹². La riserva di giurisdizione, realizzata in modo rigoroso dalla riforma del 2009, assicura, cioè, che siano previamente indicate modalità esecutive idonee a proteggere la salute della persona sottoposta a

⁷ F. CASASOLE, *Una legge attesa su due fronti: interno ed internazionale*, in C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, M. Tomasi (a cura di) *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 167.

⁸ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale*, cit., p. 884.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Art. 224bis co. 4 c.p.p.

¹¹ Così l'ordine del giorno del 9 settembre 1946, così riportato in *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, vol. VI, Roma, 1970, pp. 323-324.

¹² C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 106.

prelievo. In particolare, la formula «modalità di compimento»¹³ dell'atto, che figura tra i contenuti dell'ordinanza giudiziale, dovrebbe assicurare che l'organo giurisdizionale enunci le modalità esecutive e le eventuali accortezze operative che devono essere osservate a tutela della salute dell'interessato¹⁴, gli esperti che vi devono provvedere, dandone informazione preventiva all'interessato.

Ad esigere una rimeditazione è, poi, l'esplicazione del diritto alla prova nelle diverse fasi dell'indagine genetica, nei cui confronti la legge del 2009 ha dimostrato scarsa sensibilità.

La più evidente asimmetria, rispetto ai poteri dell'accusa, scaturisce dall'omessa previsione del difensore tra i soggetti legittimati ad accedere alle informazioni archiviate in Banca dati e Laboratorio centrale. In base alla lettera dell'articolo 12 della legge n. 85, la difesa sarebbe privata della facoltà di far assumere una prova a discarico¹⁵; ma questa preclusione determinerebbe una compressione eccessiva delle istanze difensive¹⁶.

Si deve, allora, «“recuperare” il difensore»¹⁷, ipotizzando che il suo diritto di accedere agli archivi e di far eseguire analisi da propri consulenti tecnici si potrà esplicare nel contesto delle investigazioni difensive. È un'interpretazione che trova fondamento sia nella relazione al disegno di legge, ove vi si faceva espresso riferimento, sia, secondo alcuni, nell'articolo 233 comma 1bis del codice di rito, applicabile in via analogica¹⁸.

La piena esplicazione del diritto alla prova e, in specie, del contraddittorio tra le parti nella formazione della prova genetica è una strada percorribile anche per ovviare ad altre lacune, questa volta delle norme processuali. Non è stata, infatti, introdotta nessuna disposizione volta a garantire la catena di custodia di campioni e reperti, né a regolare l'analisi forense del DNA nel contesto del processo¹⁹. Un ruolo importante, in proposito, può essere svolto dal principio di cui all'articolo 533 c.p.p.; in base a questa norma, spetta all'accusa eliminare ogni ragionevole dubbio sulla genuinità della prova²⁰ e, quindi, nel nostro caso, le compete dimostrare il rispetto delle regole necessarie ad assicurare la corretta conduzione della fase di acquisizione del DNA, in sede di prelievo o di sopralluogo, e di quelle successive di conservazione e di analisi.

¹³ Art. 224bis co. 2 lett. f c.p.p.

¹⁴ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, cit., p. 107.

¹⁵ L. LUPARIA, *Dati genetici e cultura processuale: un futuro ancora da comporre*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 344.

¹⁶ E. OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 244.

¹⁷ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 4, p. 1446.

¹⁸ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale*, cit., p. 886.

¹⁹ P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, in M. Montagna (a cura di) *Il delitto di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Aracne, Roma, 2012, pp. 172 ss.

²⁰ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale*, cit., p. 888.

Quanto all'analisi del DNA, in particolare, sebbene l'obbligo di accreditamento in base agli *standard* europei sia esplicitato solo per il Laboratorio centrale e per quelli che alimentano la Banca dati, un correttivo deriva dalla stessa cultura processuale, che si sta, ormai, orientando nel senso di esigere la conformità a quelle norme da tutti i laboratori che intendano collaborare con l'autorità giudiziaria²¹.

Correttamente, invece, la riforma non si è occupata della valutazione della prova genetica, che soggiace agli ordinari canoni del ragionamento indiziario²². È noto, infatti, che l'esito positivo di un raffronto tra profili genetici è in grado solo di confermare che il soggetto si è trovato in un determinato luogo²³, ma non è, da solo, risolutivo²⁴.

Nonostante le evidenziate carenze, il giudizio sulla normativa italiana può dirsi positivo. La complessità degli aspetti tecnici dell'indagine genetica e la delicatezza del bilanciamento che vi è sotteso rende, infatti, accettabile la persistenza di alcune criticità.

Non resta che attendere il pronunciarsi della giurisprudenza, per verificare come la disciplina sarà effettivamente applicata e se le rilevate questioni problematiche potranno essere superate in via interpretativa.

²¹ U. RICCI, *La qualità nel settore della genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, p. 238.

²² P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale*, *cit.*, p. 889.

²³ P. RIVELLO, *Tecniche scientifiche e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 4, p. 1703.

²⁴ A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, *cit.*, p. 173.

BIBLIOGRAFIA

- ABRUSCI I., *Cancellazione dei profili e distruzione dei campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 111 ss.
- ADORNO R., *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1232 ss.
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- AMODIO E., *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 408 ss.
- ANNECCA M. T., *Test genetici e diritti della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di) *Trattato di biodiritto. Volume II. Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 391 ss.
- APRILE E., *Le indagini tecnico- scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 12, pp. 4034 ss.
- BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. Kostoris (a cura di) *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2015, II ed., pp. 109 ss.
- BARBATO V., LAGO G., MANZARI V., *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi creato dalla sentenza n. 238 del 1996*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 3, 1997, pp. 361 ss.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BAYER R., *Public Health Policy and the AIDS Epidemic: An End to HIV Exceptionalism?*, in *New England Journal of Medicine*, 1991, 324, pp. 1500 ss.
- BELFIORE R., *Raccolta e scambio dei dati genetici nell'Unione europea*, in C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, M. Tomasi (a cura di) *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 2014, pp. 195 ss.
- BIONDO R., *La Banca Dati Nazionale DNA italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, pp. 215 ss.
- BOIANO I., *L'obbligo di informazione sulle finalità del prelievo di campioni organici*, in *Cass. pen.*, 2009, n.1, pp. 4349 ss.
- BORDIERI M., *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi a prelievo di DNA*, in *Cass. pen.*, 2004, n. 12, pp. 4168 ss.
- BORZAGA M., *La disciplina dei dati genetici nelle fonti giuslavoristiche sovranazionali: una questione di diritto antidiscriminatorio?*, in C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, M. Tomasi (a cura di) *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 2014, pp. 17 ss.
- BRAZZI M., *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza e il fermo*, Giuffrè, Milano, 2012.
- BRUSCO C., *DNA e valutazione della prova scientifica alla luce di un recente intervento legislativo*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009., pp. 251 ss.
- BUSIA G., *Privacy a rischio per la durata della conservazione*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, pp. 74 ss.
- CAENAZZO L., TOZZO P., RODRIGUEZ D., *Aspetti etici e tutela dei minori nella gestione delle biobanche a scopo di ricerca e forense in Italia*, in *Zacchia*, 2011, n. II-III, pp. 245 ss.
- CAIANELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 3-4, pp. 143 ss.

CALVANESE E., *Adesione al Trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 9 ss.

CAMON A., *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 4, pp. 1426 ss.

CAMON A., *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, pp. 165 ss.

CAMPBELL L., *Criminal labels, the European Convention on human rights and the presumption of innocence*, in *Modern Law Review*, 2013, n. 4, pp. 681 ss.

CAPITTA A. M., *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1, pp. 141 ss.

CAPOCCIA G., *Istituzione di una banca dati del DNA a fini identificativi e di giustizia*, in *Rass. penit. e crim.*, 2007, n. 1, pp. 47 ss.

CAPRIOLI F., *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3520 ss.

CARBONE V., *Dal divieto di indagini sulla paternità alla possibilità di provarla con ogni mezzo*, in *Fam. e dir.*, 1997, n. 2, pp. 107 ss.

CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011.

CARULLI N., *La difesa dell'imputato*, Jovene, Napoli, 1985.

CASASOLE F., *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, Cedam, Padova, 2011, pp. 329 ss.

CASASOLE F., *Le indagini tecnico-scientifiche nel processo penale: un connubio tra scienza e diritto in perdurante attesa di disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 11, pp. 1443 ss.

CASASOLE F., *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 241 ss.

CASASOLE F., *Una legge attesa su due fronti: interno ed internazionale*, in C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, M. Tomasi (a cura di) *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 2014, pp. 163 ss.

CASINI V., *Sanzionata dalla Cassazione l'omessa catena di custodia*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 1076 ss.

CASONATO C., BUSATTA L., PENASA S., PICIOCCHI C., TOMASI M., VACCARI G., *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in A. Torre (a cura di) *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 87 ss.

CERRI A., *Libertà: II) Libertà personale - dir. cost.*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990.

CESARI C., *Prova del "DNA" e contraddittorio mancato*, in *Giur. it.*, 2003, pp. 537 ss.

CHIEFFI L., *Le informazioni sul patrimonio genetico tra diritti del singolo e interessi pubblici*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4.

CILIBERTI R., BATTISTUZZI L., BONSIGNORE A., DE STEFANO F., *La condivisione genetica: una relazione pericolosa? Il trattamento dei dati genetici del defunto nella realtà italiana. Generalità ed esemplificazione casistica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, n. 1, pp. 57 ss.

CINGOLANI M., *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte Costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, nn. 4-5, pp. 867 ss.

- COCITO A., *L'ambito definitorio*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 43 ss.
- COCITO A., *Parametri internazionali e affidabilità dei laboratori nelle analisi dei reperti e campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 91 ss.
- COLAIACOVO C., *Competenza del garante per la protezione dei dati personali sull'applicazione del Trattato di Prüm*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009., pp. 173 ss.
- COLOMBI E., *La banca dati del DNA in Italia: prime considerazioni nel panorama europeo, alla luce del regolamento attuativi*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 1, pp. 375 ss.
- COLONNA V., BARBUJANI G., *Quattro domande a cui la genetica può cercare di rispondere*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, Cedam, Padova, 2011, pp. 13 ss.
- COLUSSI I. A., *Dati genetici e forze di polizia: intersezioni europee*, in L.S. Rossi (a cura di) *La protezione dei diritti fondamentali: Carta di Nizza e standards internazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 279 ss.
- COLUSSI I. A., *Towards a genetic registry?* in R. Bin, S. Lorenzon, N. Lucchi (a cura di) *Biotech innovations and fundamental rights*, Springer, Milano, 2012, pp. 275 ss.
- COMINATO L., MARTINA L., SOLLAZZO M., *Genetica forense*, in G. Brunetti (a cura di) *Biologia forense*, Nuova Cultura, Roma, 2014.
- COMOGLIO L. P., *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, n. 1, pp. 113 ss.
- CONTI C., *La prova scientifica*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 87 ss.
- CONTI R., *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti Cedu: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 205 ss.
- CORASANITI M., *La banca dati del DNA: primi aspetti problematici dell'attuazione del trattato di Prüm*, in *Dir. inf.*, 2009, n. 3, pp. 437 ss.
- COSTAMAGNA F., *Banche dati del DNA e lotta contro il crimine: quale tutela per i diritti fondamentali in Europa?*, in *ISPI Policy Brief*, 2008, n. 197.
- CURTOTTI NAPPI D., SARAVO L., *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, pp. 785 ss.
- D. PERUGIA, *Scambio di informazioni e altre forme di cooperazione*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 203 ss.
- D'ALESSIO R., *Art. 13*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, pp. 80 ss.
- D'AMATO A., *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*, in *Crit. pen.*, 2009, n. 3-4, pp. 213 ss.
- DAL MIGLIO C., GENTILOMO A., PICCININI A., D'ARIA L., *Dal prelievo coattivo alla banca dati dei profili genetici: l'ennesima incompiuta*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 2007, n. 1, pp. 61 ss.
- DALIA A. A., *Nuovi profili dell'identificazione personale*, in *Studi urbinati*, 2007, n. 4, pp. 417 ss.

- DANIELE M., *Prelievi e trasmissione di dati genetici*, in R.E. Kostoris (a cura di) *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Bologna, 2015, pp. 389 ss.
- DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.
- DEL COCO R., *Il prelievo dei campioni biologici*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 59 ss.
- DEL COCO R., *Reperti e tipizzazione del profilo genetico*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 82 ss.
- DI BITONTO M. L., *Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia*, in *Cass. pen.*, 2012, n. 3, pp. 1181 ss.
- DI CARLO A., *La proiezione costituzionale della banca italiana del DNA per finalità di indagine criminale Riflessioni a margine dei progetti di legge presentati nel corso della XV legislatura*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, pp. 501 ss.
- DI GERONIMO P., *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, Giuffrè, Milano, 2009.
- DI LELLA F., *Ambiti di rilevanza e tutela dei dati genetici*, in *Dir. e giur.*, 2009, n. 4, pp. 497 ss.
- DI NICOLA E., *DNA Database dell'impronta genetica: l'anomalia italiana*, in A. Cicognani, S. Pelotti (a cura di) *Il DNA nella società: test genetici, disastri di massa, identificazione criminale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 29 ss.
- DINACCI F. R., *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2010.
- DOLSO G. P., *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3225 ss.
- DOMENICI R., *Prova del DNA*, in *Dig. disc. pen.*, Volume X, Utet, Torino, 1995, pp. 376 ss.
- DOMINIONI O., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano, 1985.
- DONATO F., *Indagini e acquisizione di dati probatori sulla scena del crimine. Protocolli operativi e utilizzabilità della prova: aspetti criminalistici*, n M. Montagna (a cura di) *Il delitto di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Aracne, Roma, 2012, pp. 101 ss.
- ELIA L., *Libertà personale e misure prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962.
- ERLICH Y., NARAYANAN A., *Routes for breaching and protecting genetic privacy*, in *Nature*, 2014, vol. 15, pp. 409 ss.
- F. DE STEFANO, A. BONSIGNORE, C. VIAZZI, *La scelta dei consulenti e dei periti per gli accertamenti genetico-forensi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, pp. 287 ss.
- FANUELE C., *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009.
- FANUELE C., *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009., pp. 303 ss.
- FANUELE C., *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009.
- FANUELE C., *L'acquisizione occulta di materiale biologico*, in A. Scalfati (a cura di) *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 311 ss.
- FANUELE C., *L'efficacia "rappresentativa" auto-indiziante dei saggi calligrafici assunti da persona non indagata né imputata*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 6, pp. 66 ss.
- FELICIONI P., *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 5, pp. 619 ss.
- FELICIONI P., *Accertamenti sulla persona e processo penale*, Ipsoa, Milano, 2007.

- FELICIONI P., *Considerazioni sul prelievo di materiale biologico dall'imputato*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 383-416.
- FELICIONI P., *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 9, pp. 3450 ss.
- FELICIONI P., *Ispezioni*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 637 ss.
- FELICIONI P., *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativo o di ricostruzione del fatto*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 191 ss.
- FELICIONI P., *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi e di ricostruzione del fatto*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 191 ss.
- FELICIONI P., *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 2, pp. 6 ss.
- FELICIONI P., *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, in M. Montagna (a cura di) *Il delitto di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Aracne, Roma, 2012, pp. 167 ss.
- FELICIONI P., *La prova del DNA: profili giuridici*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di) *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Cedam, Padova, 2010, pp. 405 ss.
- FELICIONI P., *La prova del DNA: profili giuridici*, in P. Tonini (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale* supplemento a *Dir. Pen. Proc.*, n. 6, 2008, pp. 51 ss.
- FELICIONI P., *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2012.
- FELICIONI P., *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in C. Conti (a cura di) *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 143 ss.
- FELICIONI P., *Riconoscimento vocale condotto dalla polizia giudiziaria*, in A. Scalfati (a cura di) *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 185 ss.
- FERRANTE M. L., *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Archivio pen.*, 2012, n. 2, pp. 587 ss.
- FERRARO A., *Il prelievo ematico e la violenza "lecita"*, in *Cass. pen.*, 1986, pp. 870 ss.
- FLORIAN E., *Delle prove penali, Volume I*, Vallardi, Milano.
- GABRIELLI C., *Il prelievo coattivo a fini peritali*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1227 ss.
- GABRIELLI C., *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012.
- GABRIELLI C., *La decisione del prelievo torna al giudice*, in *Giuda dir.*, n. 30, 2009, pp. 67 ss.
- GABRIELLI C., *La decisione del prelievo torna al giudice*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, pp. 67 ss.
- GALETTA A., *The changing nature of the presumption of innocence in today's surveillance societies: rewrite human rights or regulate the use of surveillance technologies?*, in *European Journal of Law and Technology*, 2013, n. 4, pp. 1 ss.
- GALGANI B., *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccesso di zelo difensivo o formalismi della Suprema corte?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, pp. 1812 ss.

GALGANI B., *Una nuova ipotesi di incidente probatorio*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 305 ss.

GALLETTA D. U., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill-over” negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 2005, n. 4-5, pp. 541 ss.

GALLI E., *L’istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. La delega al Governo per l’istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria (legge 30 giugno 2009, n. 85)*, in D. Fondaroli (a cura di) *Nuove strategie di polizia per una “società aperta”*, Cedam, Padova, 2011, p. 55.

GARGANI A., *I rischi e le possibilità dell’applicazione dell’analisi del DNA nel settore giudiziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, n. 4, pp.1307 ss.

GAROFANO L., *Le nuove tecniche d’indagine e la prova scientifica*, in M. Barillaro (a cura di) *Il nucleo familiare alle radici del crimine. Condotte, moventi, sviluppi processuali, risvolti di criminologia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 51 ss.

GAROFANO P., *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, in P. Tonini (a cura di) *La prova scientifica nel processo penale*, supplemento a *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 6, pp. 44 ss.

GAROFANO P., *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, pp 79 ss.

GAROFOLI V., PAVONE G., *La tutela della sicurezza pubblica tra priorità italiane e rapporti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2011.

GENNARI G., *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, n. 12, pp. 2630 ss.

GENNARI G., *Genetica forense e Codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, n. 5, pp. 1184 ss.

GENNARI G., *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 43 ss.

GENNARI G., *Privacy, genetica e zanzare indiscrete*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, n. 3, pp. 502 ss.

GENNARI G., *US Supreme Court, Jeremy Bentham e il panopticon genetico*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n. 4, pp. 152 ss.

GIACCA M., *In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte cost. n. 238 del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, n. 2, pp. 602 ss.

GIALUZ M., *Commento all’articolo 5 Cedu*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebeky (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, pp. 106-171.

GIALUZ M., *L’accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in A. Scalfati (a cura di) *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 289 ss.

GIALUZ M., *La tutela della privacy nell’ambito del trattamento domestico dei dati genetici e della cooperazione informativa*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 177 ss.

GIOSTRA G., *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1217 ss.

GREVI V., *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2000.

- GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976.
- GREVI V., voce *Libertà personale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. V, Treccani, Roma, 1996, pp. 297 ss.
- GROSSI P., *Libertà personale, di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 205 ss.
- ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979.
- JAMIESON A., *Laboratory accreditation*, in A. Jamieson, S. Bader (a cura di) *A guide to forensic DNA*, Wiley, 2016, pp. 79 ss.
- KOSTORIS R. E., *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, n. 9, pp. 1091 ss.
- KOSTORIS R. E., *Prelievi biologici coattivi*, in R. E. Kostoris, R. Orlandi (a cura di) *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 329-345.
- LAGO G., *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici: la Banca Dati Nazionale del DNA e il bilanciamento tra le ragioni di giustizia e la tutela della privacy*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, pp.103 ss.
- LAGO G., *Legge n. 85 del 2009 e banche dati nazionali del DNA a fini di giustizia: spunti di studio comparato con raccomandazioni internazionali*, in C. Conti (a cura di) *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 183 ss.
- LARONGA A., *Le prove penali atipiche nel processo penale*, Cedam, Padova, 2002.
- LAURIE G., *Genetic privacy. A challenge to medico-legal norms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- LEO G., *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca Dati Nazionale del DNA*, in *Riv. It. Med. Leg.*, n. 4-5, 2011, pp. 931 ss.
- LEO G., *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, n. 4-5, pp. 931 ss.
- LEPERA M., *Il prelievo di campioni organici all'insaputa dell'indagato: una prassi contra legem*, in *Giust. Pen.*, 2014, III, pp. 645 ss.
- LINACRE A., *The UK National DNA Database*, in *The Lancet*, 2003, 361, pp. 1841 ss.
- LORUSSO S., *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 3, pp. 261 ss.
- LUPARIA L., *Dati genetici e cultura processuale: un futuro ancora da comporre*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 341 ss.
- MACIOTTI M., *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di) *Trattato di biodiritto. Volume II. Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1195 ss.
- MALUDROTTU A., CANGIANO M., *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario profili tecnici*, in *Rassegna penitenziaria*, n. 2, 2011, pp. 5 ss.
- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2007.
- MARAFIOTI L., *Le banche dati del DNA. Una nuova frontiera investigativa nel Trattato di Prüm*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1 ss.
- MARANDOLA V. A., *Informational sharing nella prospettiva del Trattato di Prüm e della decisione di recepimento nel quadro giuridico dell'Unione*, in F. Peroni, M. Gialuz (a cura di)

Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea, EUT, Trieste, 2009, pp. 164 ss.

MARTIN P. D., SCHMITTER H., SCHNEIDER P. M., *A brief history of the formation of DNA databases in forensic science within Europe*, in *Forensic. Sci. Int.*, 2001, 119 (2), pp. 225 ss.

MARZOCCO V., ZULLO S., *La genetica tra esigenze di giustizia e logica precauzionale. Ipotesi sul genetic exceptionalism*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, Cedam, Padova, 2011, pp. 123 ss.

MASTROPAOLO F., *Prelievi del sangue a scopo probatorio e poteri del giudice*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1987, n. 4, pp. 1081 ss.

MAZZA O., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in G. Ubertis, G.P. Voena (a cura di) *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 319 ss.

MAZZACUVA N., PAPPALARDO G., *Prelievo ematico coattivo e accertamento della verità: spunti problematici*, in *Foro it.*, 1987, I, pp. 719 ss.

MAZZARINI L., TAGLIABRACCI A., *Problematiche giuridiche e deontologiche*, in A. Tagliabracci (a cura di), *Introduzione alla genetica forense. Indagini di identificazione personale e di paternità*, Springer, Milano, 2010, pp. 135 ss.

MEZIO G. G., *Il prelievo di materiale biologico dalla persona sottoposta a restrizione della libertà personale in una recente pronuncia della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 5, pp. 1874 ss.

MINISCI F., CURRELI C., *Il pubblico ministero. Compiti e poteri nelle indagini e nel processo*, Giuffrè, Milano, 2011.

MITSILEGAS V., *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.

MONTAGNA M., *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in A. Gaito (a cura di) *La prova penale*, Volume I, Utet, Torino, 2008, pp. 51 ss.

MONTI A., *Ambiguità semantiche, finalità dei trattamenti e limiti della genetic evidence*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 33 ss.

MONTI A., *Catena di custodia e "doppio binario" per campioni e reperti*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 101 ss.

MONTI A., *Conservazione dei campioni biologici e tutela dei diritti fondamentali della persona*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 53 ss.

MOSCARINI P., *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, n. 2, pp. 611 ss.

MUSUMECI A., *Il risarcimento del danno*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 30 ss.

MUSUMECI A., *La ratifica del Trattato di Prüm*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 13 ss.

NAPPI A., *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2150 ss.

NEGRI D., *Fumus commissi delicti, La prova per le fattispecie penali*, Giappichelli, Torino, 2004.

NOBILE E., BARBARO A., LA MARCA A., ROMEO P., *La prova tecnica nel processo penale. Aspetti pratico-scientifici*, Key Editore, Frosinone, 2016.

C. TURCHI, *La variabilità del genoma umano*, in A. Tagliabracci (a cura di) *Introduzione alla genetica forense. Indagini di identificazione personale e di paternità*, Springer, Milano, 2010, pp. 15 ss.

NORDENFELT L., *The varieties of dignity*, in *Health Care Anal.*, 2012, n. 4, pp. 69 ss.

NORELLI G., MAZZEO E., *Sulla progressiva svalutazione del consenso all'atto medico nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1989, pp. 311 ss.

OLIVIERI E., *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 239 ss.

ONOFRI V., *Dalla teoria alla pratica: i reperti biologici*, in A. Tagliabracci (a cura di), *Introduzione alla genetica forense. Indagini di identificazione personale e di paternità*, Springer, Milano, 2010, pp. 41 ss.

ORLANDI R., *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Quad. camerti*, 1992, pp. 410 ss.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1985.

PALADIN L., *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 308 ss.

PALAZZO F. C., *La recente legislazione penale*, Cedam, Padova, 1985.

PANSINI C., *Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della Banca dati nazionale del dna e del Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale del DNA, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 85 del 2009*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 4, pp. 12 ss.

PANZAVOLTA M., *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati*, 2007, n. 4, pp. 455 ss.

PANZAVOLTA M., *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1222 ss.

PAULESU P. P., *Commento all'articolo 354 c.p.p.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2007, II ed., p. 3112.

PAULESU P. P., *La presunzione d'innocenza tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in A. Balsamo, R.E. Kostoris (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 125 ss.

PAULESU P. P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009.

PERRI P., *Le istituzioni di garanzia*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 147 ss.

PIERDONATI M., *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 284 ss.

PRESUTTI A., *L'acquisizione di dati "sanitari" nel processo penale*, in Lenti L., Palermo E., Zatti P. (a cura di) *Trattato di biodiritto. Volume III, I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 511 ss.

PREVIDERÈ C., FATTORINI P., *La complessità in genetica-forense: l'analisi di DNA in limitata quantità (Low Copy Number DNA) e l'interpretazione di tracce commiste*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, pp. 179 ss.

PROCACCIANTI S., SEIDITA G., PROCACCIANTI P., *Genetica e laboratorio di medicina legale*, in M. Zagra, A. Argo, B. Madea, P. Procaccianti (a cura di) *Medicina legale orientata per problemi*, Elsevier, Milano, 2011, pp. 387 ss.

- PULVIRENTI A., *Un caso di mancato contraddittorio in tema di accertamenti tecnici irripetibili per l'analisi del DNA: nullità o inutilizzabilità?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, pp. 45 ss.
- QUATTROCOLO S., *I risvolti attuativi delle novelle in tema di prelievi coattivi: raccolta di campioni su incapaci; verbalizzazione delle operazioni; distruzione dei campioni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 319 ss.
- RATTO TRABUCCO F., *La costituzionalità delle modalità di prelievo coattivo di materiale biologico per l'estrazione del profilo del DNA: tampone buccale versus puntura digitale*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di) *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel bioritto*, Cedam, Padova, 2011, pp. 159 ss.
- RATTO TRABUCCO F., *La costituzionalità delle modalità di prelievo coattivo di materiale biologico per l'estrazione del profilo del DNA: tampone buccale versus puntura digitale*, cit., pp. 159 ss.
- RENZETTI S., *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 11, pp. 3557 ss.
- RESTA G., *La dignità*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di) *Trattato di biodiritto. Volume I. Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 259 ss.
- RICCI U., *L'accreditamento ISO 17025:2005 nel laboratorio di genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, n. 1, pp. 71 ss.
- RICCI U., *La qualità nel settore della genetica forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 1, pp. 235 ss.
- RICCI U., PREVIDERÈ C., FATTORINI P., CORRADI F., *La prova del DNA per la ricerca della verità: aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Giuffrè, Milano, 2006.
- RIVELLO P., *La perizia*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di) *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 399 ss.
- RIVELLO P., *Tecniche scientifiche e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 4, pp. 1691 ss.
- RODOTÀ S., *Trasformazioni del corpo*, in *Pol. dir.*, 2006, n. 1, pp. 3 ss.
- ROMEO G., *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, in *Riv. di polizia*, 1997, pp. 280 ss.
- RUOTOLO M., *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. Giust.*, 2004, n. 2-3, pp. 235 ss.
- RUOTOLO M., *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento di valori*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2151 ss.
- SALARDI S., *DNA ad uso forense: paladino di giustizia o reo di ingiustizie?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, n. 6, pp. 1359 ss.
- SANTOS F., MACHADO H., SILVA S., *Forensic Dna databaes in European countries: is size linked to performance?*, in *Life Sci Soc Policy*, 2013, n. 9, pp. 1 ss.
- SANTOSUOSSO A., COLUSSI I. A., *La banca dati del DNA: questioni in tema di alimentazione, trattamento e accesso, presupposti, cancellazione e tempi di conservazione (artt. 5-15 l. n. 85/09)*, in *Pol. dir.*, 2011, n. 3, pp. 437 ss.
- SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011.
- SANTOSUOSSO A., GENNARI G., *Il prelievo coattivo di materiale biologico e i terzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 3, pp. 395 ss.

SCAFFARDI L., *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, (a cura di) *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, pp. 453 ss.

SCAFFARDI L., *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona alla ricerca di una legislazione europea armonizzata*, in *AFDUDC*, 2008, n. 12, pp. 843 ss.

SCARCELLA A., *Banca dati del DNA e nuove frontiere dell'investigazione scientifica*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 1 ss.

SCARCELLA A., *Laboratorio centrale per la Banca dati del DNA: determinati i ruoli tecnici*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2013, pp. 891 ss.

SCARCELLA A., *Le sanzioni penali*, in A. Scarcella (a cura di) *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Cedam, Padova, 2009., pp. 143 ss.

SCHNEIDER P. M., *DNA Databases for offender identification in Europe. The need for technical, legal and political harmonization*, in *Proceedings from the Second European Symposium on Human Identification*, Promega Corporation, 1998, pp. 40 ss.

SCHNEIDER P. M., MARTIN P. D., *Criminal DNA databases: the European situation*, in in *Forensic. Sci. Int.*, 2001, 119 (2), pp. 232 ss.

SCOLETTA M., *La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 129 ss.

SCOLETTA M., *La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 129 ss.

SCOLLO G., *La disciplina attuativa della banca dati e del laboratorio centrale*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 163 ss.

SEGATEL E., *Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi ai prelievi biologici*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 349 e ss.

SELLAROLI V., *Il caso "S. and Marper" e la Corte europea: il DNA e il bilanciamento tra opposte esigenze in una società democratica*, in *Legisl. pen.*, 2009, n. 4, pp. 639 ss.

SORRENTINO F., *Apologia delle "sentenze gemelle" (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. e soc.*, 2009, pp. 213 ss.

SOTTANI S., *Rilievi ed accertamenti sulla scena del crimine*, in *Arch. Pen.*, 2011, n. 3, pp. 777 ss.

SPANGHER G., *Brevi riflessioni, sparse, in tema di prova tecnica*, in C. Conti (a cura di) *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 27 ss.

STEFANINI E., *Dati genetici e diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2008.

STRAMAGLIA M., *Il DNA: testimone invisibile od ordalia giudiziaria?*, in L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di) *Incontri ravvicinati con la prova penale. Un anno di seminari a Roma Tre*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 67 ss.

STRAMAGLIA M., *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 258 ss.

TIRABASSI L., *Le operazioni comuni*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 214 ss.

TIRABASSI L., *Poteri oltre frontiera e situazioni d'emergenza*, in L. Marafioti, L. Luparia (a cura di) *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 228 ss.

- TONINI P., *Accertamento del fatto ed indagini genetiche: un difficile bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, speciale n. 2, pp. 3 ss.
- TONINI P., *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, pp. 823 ss.
- TONINI P., *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 7, pp. 883 ss.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, XVI ed., 2015.
- TONINI P., sub art. 224bis c.p.p., in A. Giarda, G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2010, pp. 2227 ss.
- TONINI P., CONTI C., *Il diritto delle prove reali*, Giuffrè, Milano, 2012.
- TOZZO P., PEGORARO R., CAENAZZO L., *Biobanks for non-clinical purposes and the new law on forensic biobanks: does the Italian context protect the rights of minors?*, in *J Med Ethics*, 2010, n. 12, pp. 776 ss.
- UBERTIS G., *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. Pen.*, n. 1, 2008, pp. 6 ss.
- UBERTIS G., *La “rivoluzione d’ottobre” della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 19 ss.
- UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Utet, Torino, 2007.
- UMANI RONCHI G., *Marcia indietro dell'Italia sul test del DNA: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *Guida dir.*, 1996, n. 30, pp. 67 ss.
- VALLI R. O. V., *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Giuffrè, Milano, 2013.
- VAN CAMP V., DIERICKX K., *The retention of forensic DNA samples: a socio-ethical evaluation of current practices in the EU*, in *Journal of Medical Ethics*, 2008, n. 34, pp. 606 ss.
- VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, pp. 11 ss.
- VASSALLI G., *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958.
- VIGONI D., *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, n. 4, pp. 1022 ss.
- WALLACE H. M., JACKSON A. R., GRUBER J., THIBEDEAU A. D., *Forensic DNA databases. Ethical and legal standards: a global review*, in *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, 2014, n. 4, pp. 57 ss.
- WELDON S., *United Kingdom*, in Häyry M., Chadwick R., Ánarson V., Ánarson G. (a cura di) *The Ethics and Governance of Human Genetics Databases. European prospectives, Part II. Social Concerns*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 66 ss.
- ZACCHÉ F., *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminazione e diritto al silenzio*, in R. E. Kostoris, A. Balsamo (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 183 ss.

GIURISPRUDENZA

- C. cost., sent. 27 marzo 1962, n. 30, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 240 ss.
- C. cost., sent. 18 marzo 1986, n. 254, in *Cass. pen.*, 1986, pp. 868 ss.
- C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2142 ss.
- C. cost., sent. 19 luglio 1996, n. 257, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 410 ss.
- C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348 in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3508 ss.
- C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, pp. 3555 ss.
- C. cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173 in *Cass. pen.*, 2009, pp. 4647 ss.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno Unito.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 25 marzo 1983, Minelli c. Svizzera.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 10 febbraio 1995, Allenet de Ribemont c. Francia.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 21 dicembre 2000, Quinn c. Irlanda.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 21 marzo 2001, Haeney e Mc Guinness c. Irlanda.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 28 ottobre 2003, Baars c. Paesi Bassi.
- Corte eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 7 febbraio 2002, Mikulic. c. Croazia.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 7 dicembre 2006, Van der Velden c. Paesi Bassi.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 4 dicembre 2008, S. e Marper c. Regno Unito.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 17 dicembre 2009, Bouchacourt c. Francia.
- Corte eur. dir. uomo, sent. 5 aprile 2011, Sarigiannis c. Italia.
- Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1996, Patanè, in *CED Cass.*, n. 206639.
- Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 1997, Iannini, in *CED Cass.*, n. 207591.
- Cass. pen., sez. III, 23 maggio 1997, Bormolini, in *CED Cass.*, n. 208634.
- Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 1997, Mazzola, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pp. 1330 ss.
- Cass. pen., sez. II, 5 marzo 1998, Daccò, in *CED Cass.*, n. 210927.
- Cass. pen., sez. VI, 2 novembre 1998, Archesso, in *CED Cass.*, n. 213448.
- Cass. pen., sez. I, 22 giugno 1999, Fata, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 3101 ss.
- Cass. pen., sez. III, 12 febbraio 2002, Pedron, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 970 ss.
- Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2002, Jolibert, in *Giur. it.*, 2003, pp. 534 ss.
- Cass. pen., sez. I, 20 settembre 2002, n. 37108, Peddio, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3500 ss.
- Cass. pen., sez. I, 11 marzo 2003, Esposito, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 34, pp. 98 ss.
- Cass. pen., sez. II, 8 luglio 2004, Alcamo ed altri, in *CED Cass.*, n. 230245.
- Cass. pen., sez. I, 2 febbraio 2005, Candela e altro, in *CED Cass.*, n. 233448.
- Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 2005, in *CED Cass.*, n. 232122.
- Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2005, D., in *Guida dir.*, 2005, n. 35, pp. 105 ss.
- Cass. pen., sez. I, 23 giugno 2005, n. 32925, in *Guida dir.*, 2005, n. 38, pp. 82 ss..
- Cass. pen., sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14852, in *CED Cass.*, n. 237359.
- Cass. pen., sez. I, 22 febbraio 2007, Manno, in *Mass. Uff.*, n. 236291.
- Cass. pen., sez. II, 13 marzo 2007, Minnella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1812 ss.
- Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 2007, Mallia, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3368 ss.

Cass. pen., sez. I, 13 novembre 2007, Pannone, in *CED Cass.*, n. 239101.
Cass. pen., sez. II, 24 settembre 2008, n. 37708 in *CED Cass.*, n. 242094.
Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2008, Tripodi, in *Guida dir.*, 2008, I, pp. 95 ss.
Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2009, n. 3908, in *CED Cass.*, n. 246022 .
Cass. pen., sez. III, 16 dicembre 2009, n. 2270, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1076 ss.
Cass. pen., sez. I, 3 maggio 2011, R., in *Guida dir.*, 2011, n. 46, pp. 92 ss.
Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2011, n. 37490, in *Diritto e giustizia*, 22 ottobre 2011.
Cass. pen., sez. II, 19 ottobre 2011, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, pp. 314 ss.
Cass. pen., sez. II, 24 novembre 2011, n. 45929, in *Guida dir.*, 2012, n. 9, pp. 71 ss.
Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2012, n. 2087, in *CED Cass.*, n. 251775.
Cass., sez. III, 11 ottobre 2012, n. 46715, in *CED Cass.*, n. 253992
Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 45959, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, pp. 44 ss.
Cass. pen., sez. I, 5 dicembre 2013, n. 48907, in *Giurisprudenza penale*, 16 dicembre 2013.
Cass. pen., sez. I, 10 gennaio 2014, n. 9284, in *Guida dir.*, 2014, n. 28, pp. 82 ss.
Cass. pen., sez. I, 20 febbraio 2014, n. 37250 in *Diritto e giustizia*, 9 settembre 2014.
Cass. pen., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, in *CED Cass.*, n. 260591.
Cass. pen., sez. II, 9 maggio 2014, n. 33076, in *Guida dir.*, 2014, n. 37, pp. 65 ss.
Cass. pen., sez. V, 10 giugno 2014, n. 42284.
Cass. pen., sez. II, 27 novembre 2014 n. 2476, in *CED Cass.*, n. 261865.
Cass. pen., sez. II, 4 giugno 2015, n. 24999.
G.I. Torino, ord. 10 ottobre 1978, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 695 ss.
Ass. App. Trieste, 18 settembre 2009, n. 5, in *Riv. pen.*, 2010, pp. 70 ss.
Trib. Como, 20 maggio 2011, n. 536, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, n. 1, pp. 246 ss.
G.i.p. Civitavecchia, ord. 13 dicembre 1995, n.167, in *G. U.*, I, 6 marzo 1996, n. 10, pp. 54 ss.
Ass. Torino, 21 aprile 2004, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 351 ss.