

LE BANCHE DATI GENETICHE PER FINI GIUDIZIARI E I DIRITTI DELLA PERSONA ALLA RICERCA DI UNA LEGISLAZIONE EUROPEA ARMONIZZATA

Lucia Scaffardi

*Ricercatore confermato di Diritto Costituzionale.
Professore aggregato di Diritto Pubblico Comparato.
Università degli Studi di Parma.*

RESUMEN:

La continua e rapida evoluzione della scienza genica e la corposa legislazione d'emergenza in diversi Paesi della Ue è alla base dello studio che mette la questione dei database genetici come una delle sfide più delicate dell'armonizzazione legislativa a livello europeo. L'equilibrio tra il diritto alla privacy e quello alla sicurezza con la garanzia di processi equi è difficile da raggiungere e dipende non solo dalle scelte dei singoli Paesi, ma dall'esigenza di trovare un comune spirito d'azione. Dopo aver analizzato la situazione di vari Paesi, con particolare riferimento alla Gran Bretagna, dallo studio emerge che, nonostante la presenza di diverse dichiarazioni internazionali e le pertinenti risoluzioni del Parlamento europeo, la complessa interrelazione tra la creazione e l'utilizzo di banche dati del DNA all'interno degli Stati membri rimane altamente problematico. Il Trattato di Prüm, firmato da 7 Stati membri nel 2005, ha aperto la strada a un sistema comunitario di raccolta, l'accesso e lo scambio di dati come ad esempio la parte non codificante del DNA e le impronte digitali. Ma la strada per completare il processo di armonizzazione con le sue sfide, le necessarie mediazioni e, soprattutto, le sue implicazioni etiche, sociali, economiche e giuridiche, è ancora lunga da percorrere, anche se si tratta di un cammino necessario.

Palabras clave: Legislazione europea – banche dati genetiche – privacy – Diritto Costituzionale.

ABSTRACT:

Recent emergency legislation in several EU countries as well as continuous developments in the scientific techniques and an improved use of genetic databases in both crime and terrorism prevention and trials proceedings, put the issue of DNA database legislation as one of the more delicate challenge of legislative harmonization at the European level. Indeed, the balance between the right to privacy, which founds an increasingly detailed and enforced protection at all levels, from national to supra-national

and international arenas, and the right to security and to fair trials is hard to be achieved and it depends a lot from the cultural, historical, philosophical background each country is characterised by.

At present solutions widely differ in Europe: on the one side there are cases like Italy, that has no official policy on the subject, while others, such as the United Kingdom, have developed detailed policies. And among the countries having adopted specific legislation on the creation, use and management of genetic databases, the approaches are pretty different, as pretty different are the outcomes in terms of protection of privacy, security in a broad sense and the right to fair trial. Despite the presence of several international declarations, as well as relevant resolutions of the EU Parliament, the complex interrelation between the creation and use of DNA databases within States and in the exchanges among them, remains highly problematic. In Europe, most of EU member States possess national genetic databases, and national laws ruling over their creation, maintenance and use. Still, only recently EU States have started to question this diversification and consider possible joint solutions.

The Treaty of Prüm, signed by 7 member States in 2005, opened the way for an EU system of collection, access and exchange for extremely personal data such as DNA and fingerprints. Given this background, the article seeks first to analyse the most important national EU member states legislation concerning the use of genetic profiling as instrument of crime prevention and protection of public security. We intend to underline on the one hand the effective norms which characterise the most important and innovative national laws and regulations, and on the other hand the implications of those laws and regulations undermining the protection and enforcement of fundamental rights, first of all the right to privacy and non-discrimination. Second, we will proceed discussing the European milestones on this matter and the process that led to the adoption of the Treaty of Prüm, from both a political and a legal perspective, with their innovations, but even with their dark sides. Finally, the article will try to assess the process of harmonization, its challenges, the necessary mediations, and above all its relevant ethical, social, economic as well as legal implications.

Keywords: European legislation – genetic databases – privacy – Constitutional Law.

Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona alla ricerca di una legislazione europea armonizzata.

Sommario: 1. Premessa 2. Creazione e sviluppi della normative europee in tema di database genetici per fini giudiziari. L'Inghilterra e la Scozia: una singolare asimmetria in tema di tutela dei diritti. 3. (segue) ...la legislazione in tema di DNA databases in altri Paesi europei. L'Italia come caso emblematico della mancanza di norme in materia. 4. La normativa inter e sovra-nazionale di riferimento. Il Trattato di Prüm e la possibile realizzazione di sistemi che consentano la raccolta, l'accesso e lo scambio di dati strettamente personali al fine di rafforzare la cooperazione di polizia europea in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità transfrontaliera e all'immigrazione clandestina. 5. La Corte dei diritti dell'uomo ad un bivio. L'attesa decisione *S. and Marper v. U.K.* dichiarata ammissibile il 16 gennaio 2007 6. Riflessioni e prospettive: la creazione di un archivio centrale europeo per i profili del DNA nella prospettiva di un costituzionalismo comune.

1. PREMESSA

Negli ultimi anni, a causa della costante crescita di episodi criminali sia a livello terroristico che di delinquenza comune tanto all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea che sul più ampio piano internazionale, l'opinione pubblica si è fatta portavoce di forti richieste di maggiori tutele per la propria sicurezza. Allo stesso modo, le forze chiamate a contrastare il crimine hanno lamentato la carenza delle attuali politiche nel prevedere strumenti di indagine efficaci.

A tal fine, l'utilizzo dei database genetici a livello giudiziario costituisce un valido elemento non solo per la risoluzione di crimini, ma anche per la loro prevenzione, favorendo un conseguente aumento delle legittime aspirazioni dei cittadini riguardo la sicurezza. Grazie infatti ai campioni biologici contenuti in queste raccolte di DNA, gli investigatori sono in grado di tracciare la 'mappa' genetica del reo¹, che può permettere di arrivare ad una individuazione certa del colpevole in tempi brevi.

Risulta chiaro, dunque, che le potenzialità positive insite nell'utilizzo di un database genetico per scopi giudiziari sono innumerevoli: dalla maggior efficienza e rapidità delle indagini, alla tempestività della azione repressiva, fino al risparmio delle risorse umane e economiche impiegate². Tutto ciò aprendo al contempo interrogativi etici e giuridici circa il bilanciamento fra sicurezza e diritti individuali (*amplius* fra identità genetica e diritti della persona).

Lo studio di questo possibile bilanciamento appare ancor più complesso se ci si volge allo studio delle normative europee vigenti. Queste, infatti, disciplinano l'impiego di database genetici per fini giudiziari in modo assai difforme, diversificandosi considerevolmente le modalità di raccolta e gestione dei dati genetici con inevitabili ricadute, come illustrato nelle pagine che seguono, sulla limitazione dei diritti indi-

¹ V.KAYE D.H., *Behavioral genetics research and criminal DNA database*, in *Law and contemporary problems*, Vol. 69/2006, 285.

² Su questo controverso tema v. JOHNSON P., WILLIAMS R., *Forensic DNA data basing: a European perspective* Interim report, University of Durham, 2005.

viduali. Altra anomalia legislativa è rappresentata da quei Paesi che ad oggi non possiedono una legislazione specifica in tema (pur potendo contare, talvolta, su banche dati del genere cennato), dando vita così ad una geografia normativa “variabile”, che ancora una volta potrebbe riverberarsi sugli stessi diritti di libertà della persona, bilanciati in modo assai differente da Paese a Paese³.

In presenza di un tale problematico contesto diviene necessario interrogarsi se vi possa essere o meno un’armonizzazione delle legislazioni europee e dei criteri di impiego dei database genetici dei diversi Stati membri e quale siano, allo stato dell’arte, le iniziative intraprese. Il presente lavoro, dopo aver fatto riferimento ad alcune significative esperienze straniere, analizzerà il tema così come affrontato in ambito sovranazionale per giungere a descrivere le possibili caratteristiche che dovrebbe connotare un ponderato intervento legislativo europeo sulla materia.

2. CREAZIONE E SVILUPPI DELLA NORMATIVE EUROPEE IN TEMA DI DATABASE GENETICI PER FINI GIUDIZIARI. L'INGHILTERRA E LA SCOZIA: UNA SINGOLARE ASIMMETRIA IN TEMA DI TUTELA DEI DIRITTI.

Il quadro normativo che si intende delineare nelle pagine successive è necessario al fine di individuare le diverse scelte apprestate dagli ordinamenti in tema di creazione di banche dati genetiche. In alcuni Paesi europei mancano ancora leggi specifiche in tema di database genetici per fini giudiziari (v. ad esempio Paesi come Italia, Malta, Grecia o Portogallo). Questo nonostante esista in tal proposito fino dal 1997 una Risoluzione del Consiglio europeo che auspicava venissero istituite banche dati nazionali al fine di una possibile circolazione degli elementi così raccolti.

Come esempio di questa “diversità”, l’analisi intende presentare dapprima la situazione normativa che è venuta evolvendo in Gran Bretagna.

La prima legge approvata in Inghilterra in tema è il *Police and Criminal Evidence Act* (d’ora in poi PACE) che fin dal 1984 forniva le procedure a cui la polizia doveva attenersi in caso di arresto durante un’indagine di un individuo sospettato di un reato⁴. Riguardo ai prelievi di campioni, la legge specificava come vi fosse una differenziazione fra: “*intimate sample*” e “*non-intimate sample*”⁵. Questa distinzione risultava essere assai rilevante sul piano giuridico perché prevedeva differenti procedure di raccolta, variata negli atti legislativi successivi. Così, i campioni *non-intimate* potevano essere prelevati senza il consenso della persona sottoposta ad uno stato di fermo qualora fosse autorizzato da un agente con un grado non inferiore a quello di commissario e il quale avesse “ragionevoli” basi per sospettare il coinvolgimento dell’individuo “*in a serious arrestable offence*”⁶. Ben diversamente,

3 Il chiaro esempio di questa impostazione antipodica è rappresentato dalla realtà dell’Inghilterra rispetto ad esempio a quella tedesca di cui si dirà più specificamente nelle pagine che seguono.

4 E’ infatti con questa legge (PACE) che viene riconosciuto in capo alla polizia il potere di fermare, ricercare e arrestare sospetti criminali a tutela dei cittadini britannici.

5 La Section 65 del *Police and Criminal Evidence Act* 1984 così dispone: “*Intimate sample means: a sample of blood, semen or any other tissue fluid, urine, saliva or pubic hair or a swab taken from a person’s body orifice. (...) Non-intimate sample means: a sample of hair other than a pubic hair, a sample taken from nail or from under a nail, a swab taken from any part of a person’s body other than a body orifice and a footprint or a similar impression of any part of a person’s body other than a part of his hand*”.

6 Section 63 del *Police and Criminal Evidence Act* 1984.

invece, per ciò che attiene agli “*intimate samples*” il prelievo richiedeva comunque il consenso del sospettato⁷. Quanto poi all’altro fondamentale elemento, cioè riguardo la conservazione o la possibile distruzione di tali dati a conclusione delle indagini, veniva stabilito in maniera significativa come sia le impronte digitali che i diversi tipi di campioni non potessero essere mantenuti alla conclusione dell’indagine qualora il sospettato fosse stato riconosciuto estraneo al fatto, o non perseguibile, o dichiarato innocente. Ne deriva quindi che i soli dati mantenuti in vigenza della legge del 1984 erano quelli delle persone riconosciute colpevoli e condannate per il reato loro ascritto.

Tuttavia, negli anni successivi all’entrata in vigore del PACE, si è assistito in Gran Bretagna come nel resto del mondo a notevoli sviluppi nell’ambito dell’utilizzo del DNA come strumento di indagine. Ed è stata proprio la Gran Bretagna, da sempre pioniera in questi temi, ad interrogarsi per prima sulle possibilità aperte dalle nuove tecnologie al fine della lotta al crimine. Più specificatamente, questo avvenne con la costituzione di una *Royal Commission*, interessante strumento che consente alla Corona di avere una lettura chiara ed indipendente su tematiche particolari alla luce di indirizzi provenienti non solo dal mondo politico ma anche da esperti nelle specifiche materie oggetto di indagine della commissione. Nel 1993, con la pubblicazione del rapporto finale della Commissione⁸, si auspicava la formazione di un *DNA database* il quale potesse fornire informazioni atte a facilitare i compiti di polizia nelle indagini giudiziarie, nonché ad escludere errori giudiziari nei confronti di persone innocenti. Come è noto, le raccomandazioni di queste Commissioni non sono vincolanti, anche se in diverse occasioni sono state accolte (pur parzialmente) e poste alla base della legislazione seguente. Così è avvenuto anche in specifico per ciò che attiene il tema in approfondimento e nel 1994, seguendo alcune delle raccomandazioni contenute nel rapporto finale, si è giunti all’emanazione del *Criminal Justice and Public Order Act*. Quest’ultimo testo normativo deve essere segnalato perché ampliava significativamente l’area di rilevamento dei campioni, modificando l’iniziale definizione fra *intimate* e *non intimate samples*.

In particolare, attraverso la novella della *section 65*, si giungeva ad inserire la saliva (elemento essenziale per la determinazione di alcuni profili del DNA) nella categoria dei campioni non intimi. A questo si aggiunga che la *section 63*, così come emendata, prevedeva una minor gravità del reato per cui era possibile ottenere l’analisi dei campioni, vale a dire non solo per i reati più gravi (*serious offence*), ma anche nel caso di *recordable offence*. Inoltre, andava variando in maniera sempre più estesa anche l’ambito del mantenimento di questi dati, fermo restando che i campioni prelevati da individui dichiarati colpevoli erano comunque conservati. Si disponeva anche che potessero essere mantenuti campioni prelevati da individui sospettati nel corso di una indagine, aprendo in questo modo definitivamente alla creazione di un database genetico. Rimaneva tuttavia in vigore la disposizione che voleva che le informazioni derivanti da quei dati non potessero essere utilizzate contro lo stesso individuo per indagini successive, mentre rimaneva in capo al soggetto il diritto alla loro distruzione.

Riassuntivamente, la legge del 1994 permetteva dunque la raccolta, senza consenso dell’interessato, di campioni biologici non intimi (a cui si andavano ad aggiungere per la prima volta la saliva e la mucosa boccale), senza la presenza di un medico;

⁷ Non a caso nella *Section 62* del *Police and Criminal Evidence Act 1984* si parla di “*appropriate consent*”.

⁸ Si tratta del *Recommendations of the Royal Commission on Criminal Justice*, 1993.

tutto ciò anche per reati minori, spianando la strada alla realizzazione di un database genetico centralizzato contenente tutti i dati prelevati. E così, nel 1995, venne annunciata nella circolare dell'*Home Office* n° 16/95⁹ l'istituzione di un *National DNA Database* (d'ora in poi NDNAD) ad opera del *Forensics Science Service* (FSS).

L'evoluzione legislativa inglese è connotata così da maggiori limitazioni dei diritti dei cittadini inglesi¹⁰, basate su generali politiche di tutela della sicurezza pubblica ma con legami anche con la lotta al terrorismo¹¹. Infatti, con il *Criminal Justice and Police Act* del 2001, viene individuata una successiva e importante tappa di cambiamento. Le nuove disposizioni legislative prevedono, in relazione al prelievo di campioni non intimi da attuarsi senza consenso informato, un significativo ampliamento dei soggetti autorizzanti tale pratica, statuendo che in tutte le circostanze in cui occorra, sia possibile estendere il potere di autorizzazione al prelievo senza consenso (una volta affidato ai soli "superintendent"), anche ai membri della polizia con il grado di ispettore. Il disposto normativo stabilisce circa la possibilità del mantenimento e della conservazione dei campioni nel database anche per indagini future, superando la stessa legge del 1994 che disponeva come questi dati non potessero essere utilizzati in qualità di prove in procedimenti successivi. La novella, infatti, afferma che: "anche se giudicati non colpevoli possono essere utilizzati per scopi futuri di prevenzione e di individuazione di crimini, per indagini di reati o per l'avvio di un procedimento"¹². Altra significativa anomalia è come queste norme provvedano non solo *pro futuro* ma anche in maniera retroattiva, autorizzando quindi la conservazione di tutti i campioni ed i profili del DNA prelevati e non distrutti prima dell'entrata in vigore della legge del 2001¹³.

Un ultimo documento normativo¹⁴ che necessita di essere menzionato è il *Criminal Justice Act* 2003. Si tratta, in questo caso, di norme rivolte alla lotta contro l'uso di stupefacenti nella popolazione giovanile. In esso vengono autorizzati test anti-droga su minori (di età compresa tra i 14 e i 17 anni) nel momento in cui questi si trovino coinvolti in reati di spaccio o consumo di stupefacenti (o in altre fattispecie analiticamente disposte nel precedente *Misures of Drugs Act* 1971). Fin qui *nulla questio* senonché, secondo il disposto della nuova legge, i prelievi effettuati sui minori non richiedono più il consenso dell'adulto di riferimento come avveniva precedentemente, secondo quanto disposto nel PACE 1984. I dati così reperiti vengono oggi conservati nel NDNAD seguendo le disposizioni del *Criminal Justice Act* 2001 che, come ricordato, autorizza la conservazione di dati di individui anche se contro di essi non si sia avuto luogo a procedere, fra cui anche minorenni, con possibili ricadute circa la violazione della maggior tutela che si dovrebbe adottare nei confronti di tali soggetti.

9 Vedi National DNA Database, *The National DNA Database Annual Report 2004-2005*, 6.

10 v. D. FELDAMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, Oxford University Press, 2002, in particolare 360 ss.

11 Sulla sviluppo della legislazione antiterrorismo in Gran Bretagna si rinvia a P. LEYLAND, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito*, in *Democrazia e terrorismo*, T. GROPPI (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 241 ss.

12 Così il comma 2 dell'articolo 82 la cui titolazione è rimasta in discontinuità con il suo contenuto: *Restriction on use and destruction of fingerprints and samples*.

13 Il comma 6 dello stesso articolo 82 infatti così dispone: *The fingerprints, samples and information the retention and use of which, in accordance with the amended provisions of section 64 of the 1984 Act, is authorised by this section include (a) fingerprints and samples the destruction of which should have taken place before the commencement of this section, but did not; and (b) information deriving from any such samples or from samples the destruction of which did take place (...) before the commencement of this section*.

14 Per completezza sia ricordato anche il *Serious Organised Crime and Police Act* 2005 che riprende l'impostazione a cui si è addivenuti nel tempo fin qui descritta.

Alla facoltà riconosciuta agli investigatori britannici di conservare i reperti provenienti da soggetti condannati e da individui sospettati di reati, si aggiunge poi un'ulteriore categoria e cioè quella dei campioni prelevati da volontari che, sebbene caratterizzata dalla base consensuale del prelievo e con il vantaggio di rappresentare una valida risorsa per le autorità inquirenti, manifesta elementi di problematicità legati ai diritti individuali. I dati prelevati dai volontari risultano oggi non essere oggetto di specifiche disposizioni legislative circa le modalità di conservazione e il loro uso. E per di più il consenso espresso dai volontari all'atto del prelievo risulta essere irrevocabile¹⁵.

A questo punto è di facile intuizione comprendere come il Regno Unito sia attualmente il Paese al mondo che detiene il più ampio *DNA database*. Utilizzando i dati forniti dal *Parliamentary Office of Science and Technology*, a dicembre 2005 il numero totale degli individui inseriti nel NDNAD era di circa 3.450.000¹⁶ di cui 139.463 campioni di DNA di individui mai accusati di alcun crimine¹⁷ e 685.748 campioni di DNA appartenenti a bambini/ragazzi di età compresa tra 10 e 17 anni, 24.000 dei quali non avevano mai commesso alcun crimine¹⁸. Gli ultimi dati, aggiornati al 31 ottobre 2007, portano il totale dei profili a 4.188.033¹⁹, con un incremento percentuale in questo biennio di tutta evidenza.

Una ulteriore riflessione in ambito britannico riguarda la realtà scozzese poiché nella legislazione in tema presenta significativi tratti distintivi e diviene esempio paradigmatico delle aporie normative a cui l'armonizzazione della materia potrebbe andare incontro.

Le differenze esistenti tra legislazione della Scozia e quella vigente in Inghilterra e Galles traggono la loro origine dalle raccomandazioni di due distinte Commissioni. Si tratta della già ricordata *Royal Commission on Criminal Justice in England and Wales* del 1993²⁰ e della *Scottish Law Commission* che pubblicò un suo rapporto finale alcuni anni prima, nel 1989²¹. Entrambe le Commissioni, nei propri lavori, evidenziavano il ruolo fondamentale dell'utilizzo delle nuove tecnologie al fine della risoluzione dei crimini, anche a vantaggio degli indagati innocenti. Ma dai lavori di queste Commissioni si evinceva anche la necessità dell'attenzione da attribuire ad un corretto bilanciamento tra protezione dei diritti e lotta alla riduzione e alla prevenzione del crimine che trovano nell'uso dei database genetici degli imprescindibili contributi. In buona sostanza, si trattava di riflettere sull'estensione dei poteri da concedere alla polizia riguardo il prelievo dei campioni biologici e delle garanzie da attribuire al singolo cittadino soggetto a tali pratiche. Così, seguendo alcune delle indicazioni fornite dalla *Scottish Law Commission*, veniva approvata in Scozia una legge (*Criminal Procedure (Scotland) Act*

15 V. sul tema R. WILLIAMS, P. JOHNSON, *Genetic Policing The use of DNA in criminal investigations*, Willan publishing, 2008.

16 Parliamentary Office of Science and Technology, *Postnote, The national DNA database*, number 258, February 2006, 1.

17 Per completezza informativa una parte di questi campioni (per quanto ridotta e cioè di circa 15.116) appartiene a persone che hanno volontariamente messo a disposizione i propri dati.

18 Home Office, *DNA Expansion Programme 2000-2005: Reporting achievement*, Forensics Science and Pathology Unit, consultabile in <http://police.homeoffice.gov.uk/news-and-publications/publication/operational-policing/DNAExpansion.pdf>

19 *House of Commons Hansard Written Answers*, 2007: Column 761W.

20 ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE, Cm 2263, London, 1993, HMSO.

21 SCOTTISH LAW COMMISSION, *Report on Evidence: Blood Group Tests, DNA Tests and Related Matters*, Edinburgh, 1989, HMSO.

1995) che prevedeva come fosse possibile la raccolta di campioni biologici durante le indagini (con la conseguente istituzione di un database), ma la conservazione di questi dati nel relativo DNA database (PFSLD) venisse limitata e i campioni “*shall be destroyed as soon as possible following a decision not to institute criminal proceedings against the person or on the conclusion of such proceedings*”²².

Si è venuta così a creare una singolare asimmetria legislativa in tema di *DNA database* che ne ha provocato un diverso sviluppo²³. Se è pur vero che esistono norme di raccordo fra i due database che obbligano la Scozia ad “esportare” i dati di implementazione mensile del proprio *DNA database*²⁴ in quello nazionale (NDNAD), tuttavia tali campioni, così come quelli biologici corrispondenti, devono essere distrutti da entrambi i database - in conformità con la normativa vigente in Scozia - nel caso in cui i soggetti dai quali sono stati prelevati vengano dichiarati innocenti o non siano perseguiti²⁵.

Si potrebbe allora parlare di una *regional lottery*, laddove si evidenzerebbe in Gran Bretagna un diverso livello di tutela dei diritti fondamentali sulla sola base del luogo di residenza. Infatti, i cittadini britannici si trovano sottoposti ad un diverso trattamento dei loro campioni genetici nel momento in cui vengano arrestati in Inghilterra o diversamente in Scozia; così da far pensare appunto ad una *regional lottery* che tende a differenziare trattamenti di dati personali all'interno dello stesso Paese.

Significativo al proposito è il fatto che nel maggio del 2006 sia stata rigettata dal Parlamento scozzese una proposta di legge che avrebbe autorizzato la polizia a conservare in modo permanente tutti i campioni biologici e i relativi profili prelevati dai soggetti arrestati anche se successivamente dichiarati innocenti o prosciolti. Il tentativo evidente era quello di uniformare alla legislazione inglese quella scozzese così da colmare l'evidente disparità circa il trattamento dei dati biologici reperiti sul territorio della Gran Bretagna.

Questa singolare diversità riscontra anche una ulteriore differenziazione. Infatti, nell'attuale utilizzo dei dati in Inghilterra e Galles potrebbe essere ipotizzata una tripartizione non più basata sulla presunzione di innocenza (così come avviene in molti Paesi europei), ma bensì fra “popolazione innocente”, individui la cui colpevolezza è stata accertata e una terza, quanto nebulosa, partizione di “*criminal suspects*”²⁶, cioè di individui che pur non avendo commesso alcun reato sono comunque inseriti nei database per fini giudiziari e i cui dati verranno “scandagliati” in ogni futura indagine.

A questo punto diviene evidente la scelta tendenziale di questo Paese, rivolto alla creazione di un database c.d. di tipo universale in cui l'obiettivo dell'archiviazione genetica non è rappresentato dal solo fine principale dell'individuazione di un sospetto

22 Art 18 comma 3, *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, più in generale vedi anche gli artt.19 e 20 dedicati appunto a *Prints and samples*.

23 Su questo complesso e diversificato rapporto v. P. JOHNSON R. WILLIAMS, *DNA and Crime Investigation: Scotland and the 'UK National DNA Database'*, in *Scottish Journal of Criminal Justice*, 10/2004, 71 ss.

24 Si parla di circa 3.500 profili genetici prelevati dai sospettati e circa 3.000 profili prelevati dalle scene del crimine.

25 Vedi sul punto quanto pubblicato da GeneWatch UK, un'organizzazione *no-profit* che si propone di vigilare sull'applicazione delle tecniche di ingegneria genetica affinché queste vengano impiegate nel pieno rispetto dei diritti umani e della tutela individuale e che ha stigmatizzato proprio la diversità esistente tra le norme inglesi. Gene Watch UK Briefing, *The DNA Expansion Programme: reporting real achievement?*, February 2006 e *National DNA Database, The National DNA Database Annual Report 2003-2004*.

26 P. JOHNSON AND R. WILLIAMS, *Forensic DNA databasing: a European perspective Interim report*, University of Durham, 2005, 92.

durante un'indagine penale in corso. Diversamente quello a cui si tende, e che sicuramente offre da un punto di vista investigativo il massimo di efficienza possibile, è l'inserimento preventivo di tutti i dati possibili, così da permettere l'individuazione di "virtuali" sospettati, alla commissione dell'illecito²⁷.

3. (SEGUE) ... LA LEGISLAZIONE IN TEMA DI DNA DATABASES IN ALTRI PAESI EUROPEI. L'ITALIA COME CASO EMBLEMATICO DELLA MANCANZA DI NORME IN MATERIA.

La posizione di Inghilterra e Galles (*amplius* Gran Bretagna) appare oggettivamente isolata in campo europeo²⁸ dove si possono riscontrare anche legislazioni, come quella francese, che all'opposto non prevede la possibilità da parte della polizia di un reperimento di campioni se non in presenza dell'assenso del sospettato²⁹. In altri Paesi, invece, è possibile il reperimento dei campioni solo a seguito dell'autorizzazione di un giudice (es. Olanda, Lussemburgo e a Malta). Ed anche in ordinamenti dove non è prevista una riserva di giurisdizione ed è riconosciuto in capo ai poteri di polizia la possibilità di reperire i dati, le diverse legislazioni specificano in modo analitico i reati per cui ciò è regolato, trattandosi normalmente di reati gravi. E' perciò intuibile come il punto nevralgico nella creazione delle banche dati genetiche per scopi investigativi sia l'insieme di regole dettate *in primis* per ciò che attiene ai criteri di raccolta dei campioni, poi alle procedure previste per rimuoverli od accedere alle suddette informazioni, ma anche al tempo di conservazione di questi.

Seguendo questa tripartizione si può svolgere un rapido sguardo d'insieme per segnalare come vi siano importanti discrasie nelle legislazioni relative ai database genetici in Europa. La prima attiene ai criteri di inserimento dei profili individuali. Si tratta generalmente di persone arrestate (fatta ovviamente eccezione per quanto già specificato in Inghilterra e Galles) per reati particolarmente gravi (omicidi, reati sessuali). In alcuni Paesi è previsto l'inserimento dei profili genetici di tutti i condannati (come ad esempio in Austria), ma più frequentemente si subordina l'inserimento al tipo di reato ritenuto appunto "grave" (esempi in tal senso sono quelli di Belgio, Francia e Germania).

In alcuni casi, come in Olanda, il *discrimen* per l'inserimento è fondato sulla lunghezza della pena. Interessante nelle legislazioni più recenti (v. ad. esempio quella danese del 2000) il ruolo attribuito al reperimento di tali profili non solo nel contrasto del crimine, ma anche al fine identificativo di persone scomparse.

Un secondo punto di differenziazione è rappresentato dai criteri di esclusione dei profili già contenuti nei data base genetici. Generalmente, i profili dei condannati vengono mantenuti per lunghi periodi di tempo che possono arrivare a 40 anni dopo la condanna (Danimarca, Francia, Germania) o a 10 anni dopo la morte del condannato (Belgio, Finlandia). I profili dei sospettati, qualora raccolti, vengono poi eliminati dopo che il soggetto è stato assolto o non perseguito (Austria), con un particolare distinguo sempre per ciò che avviene in Inghilterra e Galles.

27 Sulla distinzione tra i diversi tipi di database esistenti v. C. FANUELE, *Un archivio centrale per i profili del Dna nella prospettiva di un "diritto comune" europeo*, in *Dir. Pen. e Processo*, n.3/2007, 385.

28 Per un panorama in tema si veda il recente lavoro dell'European Network of Forensic Science Institutes, DNA Working Group, *Report on ENFSI Member Countries' DNA Database Legislation Survey*, prepared by C.H. Asplen, Smith Alling Lane, PC, 2006.

29 Questo tipo di prelievo può essere attuato solo in particolari casi e comunque unicamente su persone già condannate e in carcere.

Terzo e delicato profilo di diversità attiene il tempo di permanenza dei rispettivi campioni biologici nel database. Mentre il profilo consiste in una serie alfanumerica che si riferisce alle regioni non codificanti del Dna, il campione biologico consiste in un campione di liquido corporeo o tessuto dal quale si possono ricavare diverse informazioni c.d. sensibili sul soggetto considerato. In alcuni casi i campioni vengono distrutti dopo che ne è stato ricavato il profilo - questo anche per i condannati (Belgio)- ma spesso il campione biologico viene conservato secondo le stesse regole del profilo genetico.

Una singolare quanto interessante scelta a livello legislativo è quella suggerita dall'Austria, dove seppure i campioni organici dei condannati dal 1997 vengano trattati per un tempo indefinito, l'archivio di essi è rigorosamente protetto dall'anonimato. Infatti, i nomi dei soggetti sottoposti a prelievo sono schedati su un diverso registro che è fisicamente disgiunto (cioè si trova in una diversa sede), rispetto al luogo in cui sono archiviati i reperti biologici³⁰.

In questo diversificato panorama si inseriscono poi quei Paesi come l'Italia che ancora non possiedono specifiche disposizioni in tema. Anzi questa mancata determinazione legislativa rende il panorama di riferimento ondivago e incerto. Si pensi ad esempio al fatto che pur avendo l'Italia con legge 28 marzo 2001 n. 145 dato ratifica ed esecuzione alla c.d. Convenzione di Oviedo, la cui fondamentale importanza viene ricordata nelle pagine che seguono, "pesa il fatto che lo strumento di ratifica (...) non è stato depositato ancora ufficialmente a Strasburgo presso il Consiglio d'Europa"³¹ né sono stati adottati i conseguenti e necessari decreti legislativi essenziali per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione³². Sempre sul piano sovranazionale, con un evidente "balzo in avanti", si è deciso di aderire alla Convenzione di Prüm, su cui ci si soffermerà più specificamente nel paragrafo successivo. Genericamente possiamo al momento ricordare che il Trattato riguarda la cooperazione transfrontaliera al fine della lotta contro il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale. Più specificatamente la cooperazione viene attuata mediante scambio di informazioni fra cui quelle derivanti dai dati provenienti dalla parte non codificante del DNA. Peccato però che al momento della sottoscrizione della dichiarazione di adesione (4 luglio 2006) l'Italia non possedeva alcuna banca dati del Dna e/o nessuna legislazione specifica sul prelievo e la conservazione dei campione biologico e del profilo del DNA.

Tanti invero sono stati i progetti di legge che si sono susseguiti nel tempo e ciò che più colpisce fra essi è la loro profonda disomogeneità³³. Elemento comune ad alcuni è il fatto che questi progetti vanno ad incidere direttamente sul codice di procedura penale e più precisamente sullo specifico tema dei mezzi di prova o sulla disciplina relativa

30 Su tale tipo di scelta vedi quanto riportato da P.M. SCHNEIDER, P.D. MARTIN, *Criminal DNA databases: the European situation*, in *Forensic Science International*, 119/2001, 232-238.

31 C. CASONATO, T.E. FROSINI, T. GROPPI, *Introduzione. L'atipicità del panorama italiano in tema di biodiritto* (2007), in *Dir. Pubbl. comp. ed europ.*, IV/2007, 1651.

32 Questa anomalia viene anche sottolineata da Picotti che ricorda come "nonostante la legge di ratifica, la procedura non risulta ancora perfezionata, con il prescritto deposito dei relativi strumenti, data la necessità di previ adeguamenti del diritto interno". Adeguamenti che a tutt'oggi sembrano ancora lontani. L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel diritto penale*, in *Riv. Inf. e informatica*, 4/5, 2003, in particolare v. nota 62.

33 Sul punto, ma più in generale sulla situazione italiana vedi l'attento lavoro di A. CARLO, *La proiezione costituzionale della banca dati del DNA per le finalità di indagine criminale. Riflessioni a margine dei progetti di legge presentati in Italia nel corso della XV legislatura*, dattiloscritto, presentato al Forum BioDiritto, 28-29 maggio 2008, Trento.

alle modalità tecnico-giuridiche relative al prelievo³⁴, motivo per cui in Italia si è assistito nel tempo ad un approfondimento del tema soltanto da parte della dottrina processual-penalistica³⁵. Altri progetti³⁶, invece, hanno un respiro più ampio³⁷. Incentrati proprio sulla banca dati del DNA, sulla metodologia di analisi e repertamento dei campioni biologici, giungono a tutelare direttamente ed indirettamente i diritti della persona, determinando ad esempio uno specifico reato per il pubblico ufficiale che comunica o fa uso di dati ed informazioni in violazione delle disposizioni previste dalla disciplina.

Abbandonando il piano delle ipotesi normative, ciò che invece è certo è quanto ricordato dalla Corte Costituzionale nel dispositivo di una sentenza e cioè come questo tema “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 sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è, si pressoché insignificante, ma non certo nulla”³⁸. Purtroppo la perdurante mancanza di norme di riferimento rende questo campo, un campo aperto all’arbitrio.

Al proposito pare interessante riportare alcune riflessioni su un caso emblematico. Nel 2002 a Dobbiaco, un piccolo paese sulle Dolomiti, una anziana donna viene violentata e uccisa nella sua abitazione. Nulla è stato rubato e la mancanza di segni di effrazione fa ipotizzare agli inquirenti che l’assassino fosse conosciuto dalla vittima e quindi si tratti di un abitante della frazione dove la tragedia si è consumata. I numerosi reperti biologici recuperati sul luogo del delitto permettono di estrarre il profilo genetico dell’assassino che però non collima con quello delle persone sospettate, anche se tutte le analisi mostrano la ricorrente presenza, in ognuno dei campioni, di caratteristiche omologhe, eredità evidenti dell’ambiente ristretto e sedimentato della comunità. Si decide allora di procedere a un vero e proprio *intelligence-led screen* con la popolazione maschile della frazione per giungere a un *low-stringency search* che metta in luce un legame familiare tra donatore e assassino. Nessuno degli abitanti rifiuta il test che, attraverso analisi concentriche, permette l’individuazione di un genotipo appartenente a un anziano che, ignaro di consegnare alle autorità la prova di colpevolezza del figlio militare in licenza in paese nei giorni del delitto, ha nel suo campione biologico una forte ed esclusiva correlazione con i reperti della scena del crimine. La soluzione del caso, attraverso il *Dna fingerprinting* derivato da un *mass screen* consensuale ma non usuale, apre ovviamente un’altra serie di interrogativi giuridici e morali. Ancora una volta si manifesta in tutta la sua forza la difficile determinazione del punto di equilibrio tra interesse collettivo alla repressione del crimine e interesse individuale al rispetto dei diritti del

34 Proposta di legge n. 782 “Modifiche al codice di procedura penale e al codice penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale”, 18 maggio 2006. Proposta di legge n. 809 “Disposizioni in materia di prelievo coattivo di materiale biologico finalizzato all’esecuzione delle analisi del dna dell’imputato o dell’indagato, nonché in materia di comunicazione e accertamento dei dati clinici dei soggetti potenzialmente affetti da malattie infettive, venuti a contatto con agenti e ufficiali di polizia giudiziaria” 19 maggio 2006. Disegno di legge n. 1967 “Modifiche al codice di procedura penale per il compimento su persone viventi di prelievi di campioni biologici o accertamenti medici”, etc.

35 Fra i molti si vedano: DE CATALDO NEUBURGER (a cura di.), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007; P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale*, IPSOA, 2007, U. RICCI C. PREVIDERO P. FATTORINI F. CORRADI, *La prova del dna per la ricerca della verità*, Milano, 2005.

36 Da ultimo vedi il Disegno di legge n. 1877 presentato al Senato 13 novembre 2007.

37 La proposta legislativa forse più completa si ha ad opera del Gruppo di lavoro Biosicurezza, che nel 2005 ha prodotto un documento finale nel quale analizza la situazione italiana relativa alla raccolta di campioni biologici per scopi giudiziari. Si tratta dello Schema di disegno di legge recante “Norme per l’istituzione dell’Archivio centrale del DNA e del Comitato tecnico-scientifico di vigilanza”, ad opera del Gruppo di lavoro Biosicurezza, 18 aprile 2005.

38 Sentenza Corte Costituzionale n° 238/1996.

singolo individuo. Qui però la situazione si colora ulteriormente, essendo il dato volontariamente attribuito, non solo rilevante per la persona, ma anche per il nucleo familiare biologico. Tanto più che l'art. 199 c.p.p. attribuisce la facoltà ai prossimi congiunti dell'imputato di astenersi dal rendere testimonianza nel processo ed anzi chiama il giudice a far presente ciò i familiari, a pena di nullità, non potendo essere incriminati qualora decidano di avvalersi di tale facoltà. Certo ci stiamo addentrando in campi apparentemente diversi, l'uno inerente la testimonianza e il secondo il prelievo di campioni a fini investigativi. "Ma quel che interessa è il bilanciamento assiologico di cui detta previsione costituisce espressione"³⁹. Eppure dal vissuto quotidiano sappiamo come il sintagma inscindibile "consenso informato" sia ormai parte acquisita della nostra quotidianità (derivante dalle norme previste) in tema di privacy, ma anche di dati medico-sanitari quale potrebbe essere un prelievo di un campione a fini di analisi genetiche. Né può essere condivisibile il rilievo di chi potrebbe definire tale tipo di attività diversa dalle menzionate in quanto svolta al fine di indagini di polizia criminale. Il caposaldo dell'autodeterminazione personale per atti di disposizione del proprio corpo trova fondamento nella stessa Costituzione⁴⁰ non solo all'art. 32 Cost., ma anche e in significato ancora più ampio nell'art. 13 Cost.⁴¹. Ed è perciò da ritenere che il consenso informato in caso di *mass screen* dovrebbe sempre essere richiesto. In generale, però, la mancanza di testi normativi di riferimento per quanto attiene il prelievo di materiale biologico dell'indagato apre in Italia una serie di disarmonie e lacune normative foriere di una riduzione nella tutela dei diritti soggettivi. Emblematico come, nonostante il vuoto legislativo in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale apertosi all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale 238/1996, esiste la possibilità da parte della polizia giudiziaria - sotto la vigilanza del pubblico ministero - di attuare il prelievo coatto di saliva o di capelli per fini meramente identificativi. Anche in questo caso si tratta di una disposizione introdotta con la legislazione antiterrorismo (art. 10 della 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*. In *Gazzetta Ufficiale* n. 177 del 1° agosto 2005), ma che si inserisce nell'alveo dell'art. 349 c.p.p., con una portata che non si può escludere generale e con evidenti problematiche sotto il profilo della conservazione e della potenziale utilizzabilità successiva dei reperti acquisiti.

Ritornando al piano più generale della legislazione europea, diviene più che comprensibile come i tentativi volti ad armonizzare lo scambio di possibili informazioni tra i vari Paesi dell'Unione incontrino grandi difficoltà proprio per la disparità di scelte legislative che stanno alla base delle decisioni adottate. Queste scelte, infatti, risentono inevitabilmente di una serie di specificità storiche, politiche nonché socio-culturali. Possiamo così affermare che, seppur partendo da basi comuni, gli stessi diritti riconosciuti ai singoli nei diversi ordinamenti - ed in particolare la dignità e l'integrità individuali - vengono declinate in modo diverso all'interno dei differenti ordinamenti.

39 G. GENNARI, *Identità genetica e diritti della persona*, in Riv. crit del Dir priv., 2005, p. 628.

40 Come ricordato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza 471/1990.

41 Sul punto v. più diffusamente P. FELICIONI, op.cit., p. 51 ss.

4. LA NORMATIVA INTER E SOVRA-NAZIONALE DI RIFERIMENTO. IL TRATTATO DI PRÜM E LA POSSIBILE REALIZZAZIONE DI SISTEMI CHE CONSENTANO LA RACCOLTA, L'ACCESSO E LO SCAMBIO DI DATI STRETTAMENTE PERSONALI AL FINE DI RAFFORZARE LA COOPERAZIONE DI POLIZIA EUROPEA IN MATERIA DI LOTTA AL TERRORISMO, ALLA CRIMINALITÀ TRANSFRONTALIERA E ALL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA.

L'interesse per le applicazioni della genetica suscita ormai da diversi anni un ampio ed approfondito dibattito scientifico, alimentato dalle opportunità che esse offrono, ma anche dai possibili rischi che la catalogazione e lo sfruttamento di questi dati può comportare. Il piano di protezione sovra ed inter-nazionale ha da tempo perciò cercato di fornire standard generali di tutela dei diritti della persona rispetto ai paventati rischi in rapporto alle applicazioni della biomedicina.

Fra i testi più significativi e rilevanti al fine del tema del presente lavoro va dapprima ricordata la *Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine*⁴². Si tratta della c.d. Convenzione di Oviedo promossa dal Consiglio d'Europa ed aperta alla firma ad Oviedo il 4 aprile 1997. Questa, di cui molto spesso viene ricordato il suo protocollo addizionale (12 gennaio 1998 n. 168) sul divieto di clonazione di esseri umani, in realtà contiene un intero capitolo espressamente dedicato al "genoma umano" dove si afferma una posizione di principio assai importante e cioè che l'interesse del bene dell'essere umano deve avere priorità rispetto all'interesse della società e della scienza⁴³. Ne consegue dunque che qualsiasi individuo che si sottoponga a test genetici dovrà fornire un consenso libero e informato, riconoscendo così il carattere riservato proprio di queste indagini.

Particolare importanza hanno anche quelle norme che la Convenzione definisce significativamente "non limitabili", poiché dirette a salvaguardare il nucleo essenziale dei diritti fondamentali della persona⁴⁴. Fra queste, centrali appaiono l'art. 11 che vieta "qualsiasi forma di discriminazione di una persona a causa del suo patrimonio genetico" e l'art 13 che espressamente vieta interventi diretti sul genoma umano con l'eccezione di "finalità preventive, diagnostiche o terapeutiche, e solo se non tende a introdurre modifiche nel genoma dei discendenti".

A questa Convenzione, nel 2004 è stato aggiunto l'*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Biomedical Research (Council fo Europe, Strasbourg 2004)*, che ha per oggetto la protezione dell'essere umano nella sua dignità e identità e che contiene indicazioni rivolte alla possibile maggior tutela dell'integrità e dei diritti fondamentali con riguardo ad ogni futura ricerca biomedica che preveda un intervento sulla persona.

Il Consiglio d'Europa ha emanato nel tempo diverse Raccomandazioni che, pur non avendo valore vincolante, segnano l'incrementale importanza che viene manifestando il tema dell'utilizzo dei dati personali proprio nello specifico campo delle indagini per fini giudiziari. Già nel 1987 venne approvata una prima Raccomandazione⁴⁵, pre-

42 In Italia pubblicata in G.U., 24 aprile 2001, n. 95.

43 Leggi in tal senso l'art. 2 della Convenzione.

44 Che infatti vengono definiti "da rispettare in ogni caso".

45 Recommendation No. R(87)15 *Regulating the use of personal data in the police sector*, 17 September 1987.

ordinata a disciplinare l'utilizzo dei dati personali nel settore della polizia in cui si stabiliva appunto come *"The collection of personal data for police purposes should be limited to such as is necessary for the prevention of a real danger or the suppression of a specific criminal offence. Any exception to this provision should be the subject of specific national legislation."* Il documento individua puntualmente una lunga serie di adempimenti che ogni Stato membro dovrebbe attuare per il trattamento dei dati personali relativi al settore delle indagini di polizia, così da scongiurare eventuali abusi nei confronti della vita privata dell'individuo⁴⁶. Il 10 febbraio 1992, ancora più specificamente, il Consiglio d'Europa adottava la Raccomandazione R (92) 1 sull'uso del DNA per fini giudiziari. L'importanza del documento è da ricondursi al fatto che con esso si vogliono fornire dei principi generali, ma anche delle indicazioni specifiche circa la raccolta dei campioni e l'utilizzazione dei dati derivanti dall'acido diossido ribonucleico, nella specifica ottica finalizzata alle ricerche investigative ed al conseguente perseguimento dei reati. Tuttavia questa attività, secondo la Raccomandazione, doveva prevedere tutele assai scrupolose da parte degli Stati membri. Si pensi, ad esempio, al punto 6 interamente dedicato all'accreditamento di specifici laboratori in grado di svolgere non solo queste sofisticate analisi, ma che garantissero anche "adeguata protezione" ai dati sottoposti ad analisi nel pieno rispetto degli individui a cui appartengono i campioni, o ai punti 7 e 8 che significativamente sono dedicati alla *"Data protection"* e allo *"Storage of sample and data"*.

Anche la successiva Raccomandazione R (97) 5⁴⁷, relativa alla protezione dei dati sanitari (compresi quelli genetici) specifica criteri di particolare utilità che debbono essere rispettati nella raccolta e nel trattamento dei dati sanitari, sempre nel "rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare il diritto alla vita privata" (art. 3.1). Tutto ciò dopo aver puntualmente determinato cosa si intenda per "dati genetici", "informazioni genetiche" e "linea genetica" (art. 1). La Raccomandazione si sofferma poi sui criteri da seguire nell'uso dei dati genetici raccolti e trattati, statuendo che questi dovranno essere utilizzati a soli fini di prevenzione, diagnostici o terapeutici dell'individuo sottoposto a prelievo o al più per consentirgli una diversa scelta ma "libera e chiara a quel proposito" (art. 4.7). Il trattamento di tali dati "per la necessità di un procedimento giudiziario o di un procedimento penale dovrà essere oggetto di una legge specifica che offra garanzie appropriate. I dati dovranno servire esclusivamente a verificare l'esistenza di un collegamento genetico ai fini della raccolta delle prove, della prevenzione di un concreto pericolo o della repressione di una specifica infrazione penale. In nessun caso essi dovranno essere usati per individuare altre informazioni che

46 "1.1. Each member state should have an independent supervisory authority outside the police sector which should be responsible for ensuring respect for the principles contained in this recommendation. 1.2. New technical means for data processing may only be introduced if all reasonable measures have been taken to ensure that their use complies with the spirit of existing data protection legislation. 1.3. The responsible body should consult the supervisory authority in advance in any case where the introduction of automatic processing methods raises questions about the application of this recommendation. 1.4. Permanent automated files should be notified to the supervisory authority. The notification should specify the nature of each file declared, the body responsible for its processing, its purposes, the type of data contained in the file and the persons to whom the data are communicated. Ad hoc files which have been set up at the time of particular inquiries should also be notified to the supervisory authority either in accordance with the conditions settled with the latter, taking account of the specific nature of these files, or in accordance with national legislation". Recommendation No. R(87) 15.

47 Singolare notare come in tempi recenti il Consiglio abbia emanato un'ulteriore Raccomandazione (R (02) 9) su un tema che mostra forti implicazioni con una possibile distorsione dell'uso di dati genetici. Si tratta della Raccomandazione relativa alla raccolta ed al trattamento dei dati per scopi assicurativi. Nulla in essa è previsto circa l'uso delle informazioni genetiche acquisibili e quindi la disciplina di questi aspetti rimane collegata alle Raccomandazioni citate R (92) 1 e R (97) 5.

possano essere collegate geneticamente” (art. 4.8). La norma prosegue poi evidenziando come il trattamento dei dati genetici, oltre agli scopi ricordati, non possa esulare da determinate ragioni sanitarie riferibili al soggetto sottoposto al prelievo o a terzi aventi causa. Dalla complessiva lettura di queste Raccomandazioni l’elemento che risulta importante è il richiamo a due basilari principi nella raccolta e nel trattamento di questi dati: quello di scopo e quello di proporzionalità.

Tornando alla ricostruzione di carattere generale, ritroviamo un ulteriore documento rivolto all’individuazione di principi etici e giuridici che devono guidare gli avanzamenti della ricerca genetica e delle sue applicazioni. Si tratta della *Dichiarazione universale sul genoma umano e sui diritti umani* del 1997⁴⁸, i cui contenuti appaiono di grande interesse, seppur in alcuni casi enfaticamente indicati⁴⁹, e possono essere distinti in quattro differenti pilastri riconducibili ai temi della dignità umana, della libertà di ricerca, della solidarietà tra esseri umani e della cooperazione internazionale. Nel dettaglio, la dichiarazione individua fra le regole giuridiche capaci di guidare la comunità internazionale a fronteggiare le sfide insite nello sviluppo scientifico e tecnologico: i principi della non discriminazione in base alle caratteristiche genetiche (art.6), il consenso libero e informato di ogni individuo sui propri dati genetici, la garanzia della riservatezza nell’uso dei dati genetici (art. 7), i quali possono subire limitazioni solo per legge ed in base a “necessità imperiose”, e comunque nei limiti del diritto internazionale e delle Convenzioni internazionali sui diritti umani (art.9). Si conclude poi (art. 17 ss.) con interessanti visioni di prospettiva che vorrebbero la giusta condivisione dei vantaggi dei progressi in biomedicina in particolar modo rivolti anche ai Paesi in via di sviluppo; nonché ad un forte richiamo alla responsabilità degli Stati nell’attuazione della dichiarazione stessa.

Sul tema generale appare anche rilevante citare due documenti adottati dalla Conferenza generale dell’Unesco alla ricerca di una determinazione di canoni universali di riferimento, rivolti a queste pratiche emergenti che debbono essere comunque e sempre attuate nel pieno rispetto (o come fattori di possibile implementazione) dei diritti fondamentali della persona e della sua dignità. Si tratta in specifico della *International Declaration on Human Genetic Data* del 16 ottobre 2003⁵⁰ e la *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights* del 19 ottobre 2005⁵¹.

Anche il piano comunitario ha manifestato la sua attenzione al tema fin dal 1989. Già con la *Risoluzione sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica*⁵² si è iniziato a riflettere ad ampio spettro sulle implicazioni sociali, economiche, ambientali, giuridiche e sanitarie applicate al settore delle biotecnologie. Implicazioni che ovviamente manifestavano fin da allora aspetti positivi, grazie al continuo avanzamento delle conquiste scientifiche che portavano ad esempio all’affinamento della

48 Questa Dichiarazione è stata adottata dalla Conferenza generale dell’Unesco durante la sua 29° sessione dell’11 novembre 1997 ed approvata dall’Assemblea generale dell’Onu il successivo 9 dicembre 1998.

49 In tal senso si legga ad esempio in apertura l’affermazione che il genoma umano “... è base dell’unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità. In senso simbolico, è il patrimonio dell’umanità” (art. 1).

50 Come si evince dalla titolazione della Dichiarazione, si tratta di un documento che risulta essere un punto fondamentale di riferimento per ciò che attiene la determinazione di principi etici comuni per la raccolta, il trattamento nonché la conservazione e l’utilizzo dei dati genetici prelevati da campioni.

51 Questo secondo documento, di portata significativamente più generale, risponde appunto alla necessità di assicurare principi etici unanimemente riconosciuti proprio in materia di studi e conseguenti pratiche sul genoma umano. La chiara preoccupazione che si evince è quella di fornire un quadro di insieme uniforme di fronte alle constatate difformità nelle legislazioni nazionali, da cui desumere principi e procedure a cui gli Stati possano fare riferimento nell’incessante avanzamento della scienza biomedica.

52 In GUCE n. C96/116, 17 aprile 1989, p. 165.

diagnostica o delle terapie mediche, ma anche a problemi legati al “controllo sociale e di esclusione di interi strati della popolazione” capaci nel lungo periodo di portare a sostanziali alterazioni della convivenza sociale. In tal senso vanno lette, nella Risoluzione, tutte quelle pratiche foriere di possibili sviluppi discriminatori sui diversi piani occupazionali, assicurativo, ma anche e soprattutto su quello dell’applicazione di tali tecniche nel campo della giustizia penale. Quest’ultimo tipo di indagine, secondo la Risoluzione, dovrebbe essere adottato solo “in via eccezionale” e in riferimento a quelle parti che non consentano di trarre ulteriori dati esuberanti quelli necessari alle indagini investigative.

Importante poi richiamare la Direttiva 95/46/CE *sulla protezione dei dati personali*, il cui art. 8 inserisce i dati sulla salute fra le informazioni che richiedono precauzioni particolari rispetto alle normali cautele che circondano l’impiego dei dati relativi alla sfera della persona. Ma in quest’atto ci troviamo di fronte all’assenza di una specifica previsione per ciò che attiene i dati genetici. Questi, tuttavia, potrebbero comunque raffigurarsi come rientranti nell’alveo di questo articolo, poiché forniscono informazioni sulle caratteristiche fisiologiche e sullo stato di salute presente ed in certi casi anche futuro (o futuribile visto il margine di incertezza della genetica predittiva) dell’individuo. L’importanza di questa lettura nasce dal fatto che, anche in questo documento, perno centrale della legittima utilizzabilità di questi dati è il principio di proporzionalità che vuole l’utilizzo degli stessi solo a seguito della valutazione dell’adeguatezza, della pertinenza e della “non eccessività” del trattamento rispetto allo scopo per cui sono stati raccolti⁵³.

In maniera ancora più specifica, il Consiglio dell’Unione Europea, tenendo conto dell’importanza dell’analisi del DNA nelle indagini di polizia criminale e del possibile scambio dei risultati di tali analisi, quale contributo per migliorare l’efficienza di questo tipo di indagini, ha invitato gli Stati membri⁵⁴ a fissare criteri uniformi per la costituzione di banche dati nazionali relative al DNA. Fin da questo primo documento la preoccupazione che emerge è quella di costruire un sistema di banche dati uniformi, cioè di possibile e compatibile lettura. Vista l’importanza e la delicatezza delle informazioni scambiate queste dovranno essere limitate alle parti non codificanti del DNA. Quello che rimane in capo alla piena determinazione degli Stati attiene alla tipologia dei reati per cui è possibile avvalersi di tali delicate analisi. Così come il Consiglio rimette allo Stato membro la facoltà di stabilire a quali condizioni e per quali reati i risultati delle analisi del DNA dovrebbero essere memorizzati in una banca dati.

Nel 2001 il Consiglio ha nuovamente deliberato in merito alla possibile creazione di una banca dati genetica per scopi forensi così da poter combattere la criminalità in modo efficiente e sistematico all’interno dei Paesi dell’Unione. Ha così invitato gli Stati membri ad utilizzare gli stessi marcatori del DNA⁵⁵, limitando ovviamente lo scambio dei risultati alle zone cromosomiche prive di espressione genetica, cioè a quelle zone che non forniscono informazioni su specifiche caratteristiche ereditarie.

L’insieme dei documenti richiamati, pur nella diversità del loro valore normativo e dei molteplici temi trattati, converge oggi nella Carta europea dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza), inserita recentemente quale protocollo aggiuntivo al

53 In tal senso si esprime l’art. 6 lettera c della menzionata Direttiva.

54 Risoluzione del 9 giugno 1997, relativa allo scambio di analisi del DNA.

55 Cioè gli stessi loci di una molecola che contengono tipicamente informazioni diverse nei diversi individui, marcatori che vengono specificati nella serie europea standard (European Standard Set – ESS), allo scopo di facilitare lo scambio dei risultati dell’analisi del patrimonio genetico.

Trattato di Lisbona in corso di ratifica da parte degli Stati membri della UE. Non è questa la sede per ripercorrere i contenuti dell'intera Carta, per i quali si rimanda all'ampia e interessante dottrina⁵⁶, quanto piuttosto stigmatizzare alcuni punti fondamentali e riassuntivi delle indicazioni già espresse in ambito inter e sovranazionale.

La base di partenza è rappresentata dall'impegno verso il rispetto e la tutela della dignità umana⁵⁷ nonché il diritto all'integrità fisica e morale della persona⁵⁸. Per quanto attiene la disciplina del trattamento dei dati di carattere personale, l'art. 8 dispone dettagliatamente come ogni individuo abbia il diritto alla protezione di questi dati, e come questi debbano essere trattati secondo il principio di lealtà e per finalità determinate e comunque sempre a seguito di consenso informato della persona o, in mancanza di questo, attraverso modalità la cui legittimità si basi su di un disposto legislativo.

Come si è potuto osservare, il DNA è un dato molto particolare che rivela informazioni relative non solo alla persona, ma anche ai suoi familiari e proprio per queste caratteristiche numerosi sono i problemi etici e giuridici legati alla creazione di database genetici e al trattamento dei dati in essi inseriti. In primo luogo, occorre tenere in debita considerazione gli interessi dei soggetti i cui campioni biologici sono raccolti dal momento che l'analisi del DNA, oltre ad identificare gli eventuali colpevoli di un reato, può anche rilevare legami parentali e genitoriali non richiesti⁵⁹, diagnosi di malattie genetiche o di predisposizione a queste con ricadute possibili in chiave negativa sia sull'individuo come sulle persone a lui prossime (i c.d. parenti biologici che possono condividere questa predisposizione). Ne deriva che la formazione di database genetici a fini di indagini giudiziarie implica un corretto bilanciamento fra gli interessi legati alla tempestiva repressione del crimine e i rischi legati a condotte invasive e discriminatorie nei confronti della riservatezza e dignità della persona. Ci si interroga dunque sempre più spesso perché possa essere approvata una sicura normativa garantistica che di fronte ai nuovi e più incisivi metodi investigativi assicuri l'invulnerabilità di valori costituzionalmente protetti in quanto coesenziali allo stesso concetto di dignità individuale, "quali, in primo luogo il diritto al libero sviluppo della personalità, il diritto all'auto-determinazione informativa, il diritto alla salute, il diritto a non sapere"⁶⁰.

Il denominatore comune di tutti i documenti normativi europei presi in esame mostra questa particolare prudenza circa l'esigenza di fornire una adeguata protezione alla privacy genetica dell'individuo di fronte ai possibili esiti discriminatori che possono originare da pratiche aventi ad oggetto le caratteristiche genetiche della persona, o comunque con riguardo alle dinamiche invasive e restrittive delle libertà fondamentali dell'individuo.

56 Fra i tanti di interesse si consultino, G.F. FERRARI *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè 2001; R. BIFULCO, M. CARTARIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, 2001; R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti e giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Cedam, 2002; M. SICLARI (a cura di), *Contributo allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, 2003.

57 Art I su cui leggi i commenti di M. OLIVETTI, *Art. 1 Dignità umana*, in *L'Europa dei Diritti*, R. Bifulco, M. Cartaria, A. Celotto (a cura di), op.cit. p. 38 ss. e CASONATO C., *Il contenuto della Carta, tra conferme, novità e contraddizioni*, in R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti e giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, op. cit.

58 Su cui v. R. BIFULCO, *Diritto all'integrità della persona*, in *L'Europa dei diritti*, op. cit., p. 51 ss.

59 È sempre più utilizzata l'analisi del Dna per le diagnosi di paternità. In realtà il problema si apre in maniera assai complessa quando il risultato derivante da un test genetico porti a conoscenza l'individuo inconsapevole di legami parentali non conosciuti con inevitabili ricadute sugli equilibri socio-familiari.

60 S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 198.

Ma d'altra parte l'uso dei database, importantissimo aiuto per le indagini di polizia giudiziaria, non sembra più potersi limitare ai confini nazionali. Si assiste così alla sottoscrizione dei primi protocolli di intesa per l'utilizzo incrociato di tali dati fra diversi Stati. Seguendo questo *trend*, nel maggio del 2005 è stato sottoscritto da sette Paesi dell'Unione europea⁶¹ il Trattato di Prüm che prevede la possibilità di incentivare la realizzazione di sistemi che consentano la raccolta, l'accesso e lo scambio di dati anche di natura strettamente personale come DNA ed impronte digitali, al fine di rafforzare la cooperazione di polizia europea in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità transfrontaliera e all'immigrazione clandestina. Questo Trattato, aperto all'adesione di tutti gli Stati membri⁶², contiene l'auspicio che possa essere trasposto nell'ambito del diritto comunitario.

Tale tipo di cooperazione viene attuata mediante scambio di informazioni che vanno dall'immatricolazione dei veicoli alle impronte digitali, nonché alle informazioni dei dati provenienti dalla parte non codante del DNA. Questo significa che i dati scambiati non debbono contenere nessuna indicazione che porti all'identificazione diretta della persona interessata⁶³. Una successiva decisione delle Consiglio EU del 15 febbraio 2007 in tema di giustizia e affari interni ha stabilito di integrare nell'ambito del diritto comunitario le principali previsioni del Trattato di Prüm⁶⁴.

Non è questo lo spazio per analizzare *de iure condendo* e cioè di un progetto di legge che parla in termini molto - forse troppo - ampi, di una generica "reciproca assistenza legale", ma certo è il momento di affermare che il futuro è già "intorno a noi". Così due Paesi sottoscrittori del Trattato di Prüm come Austria e Germania, a partire dal dicembre 2006, hanno già iniziato un primo confronto-elaborativo attraverso la lettura dei reciproci DNA database nazionali, come si può evincere dal resoconto del recente incontro dei Ministri di giustizia e degli affari interni del Consiglio dell'Unione Europea⁶⁵.

Pare sul punto utile stigmatizzare i dubbi giuridici che scaturiscono dalla decisione del Consiglio del febbraio 2007. Stante il necessario sviluppo della materia al fine di poter combattere, nel miglior modo possibile, la criminalità all'interno della Unione Europea, tuttavia la procedura adottata sembra voler eludere i principi del TUE relativi al c.d. "terzo pilastro" in materia di cooperazione rafforzata. Infatti, come da tutti risaputo, l'iter previsto per la formazione delle norme in questo ambito richiede l'unanimità. Alcuni Stati europei hanno invece deciso di sottoscrivere il trattato multi-

61 Il Trattato di Prüm è stato sottoscritto il 27 maggio 2005 da Germania, Spagna, Francia, Austria, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo. E' attualmente di fase di discussione elaborativa circa l'individuazione di metodologie comuni da applicare per la comparabilità dei dati.

62 Nel luglio 2006 l'Italia ha sottoscritto per mano del Ministro dell'Interno Giuliano Amato a Berlino una dichiarazione comune sull'adesione dell'Italia al Trattato di Prüm.

63 I dati del DNA, secondo il Trattato, vengono utilizzati solo "for the investigation of criminal offences" (art. 2).

64 "The contracting states have full and direct online read access to vehicle registration data held by their partners. They give one another access to their DNA analysis and dactyloscopic (fingerprint) databases in what is called a hit/no hit system. Police services may launch a query in the data system of a contracting partner to find out whether it contains data concerning a specific profile, and are automatically informed of the result within a matter of minutes. Further information, such as personal data, may be communicated in the course of mutual legal assistance" (Council of the European Union 2007).

65 The German authorities matched DNA profiles of open cases against data held by Austrian authorities and found hits in more than 1500 cases. In this context, over 700 open traces from Germany could be attributed to persons known to the Austrian criminal prosecution authorities. Broken down by types of crime, 14 hits in homicide or murder cases, 885 hits in theft cases, and 85 hits in robbery or extortion cases have been found (as at 4 January). It is true that every hit needs to be examined carefully, and it will not be possible to clear up open cases by a DNA hit alone. Nevertheless it can be expected that hit her to unsolved cases in Germany and Austria can be closed and the perpetrators be brought to justice COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Press release 2781st, Council meeting Justice and Home Affairs, Brussels, 15 February 2007.

laterale e poi ne hanno richiesto l'integrazione nella legislazione europea attraverso il Consiglio. Tutto ciò mentre si discuteva la presentazione di una decisione quadro che trattava di questi delicati profili⁶⁶.

In merito si è espresso lo scorso luglio, con toni insolitamente duri, il Garante europeo per la protezione dei dati che ha sottolineato come esso “deplora che sia stata seguita questa procedura. Si tratta di una procedura che nega ogni necessità di un processo legislativo democratico e trasparente, in quanto non rispetta neppure le già limitate prerogative nell'ambito del terzo pilastro”⁶⁷. I condivisibili reclami non appartengono al mero piano procedurale, ma anche al fatto - esiziale a parere di chi scrive - che in mancanza di un quadro giuridico armonizzato per la protezione di dati così basilari quali sono i dati genetici, si proceda con troppa disinvoltura. Una frettolosa e imprecisa previsione normativa potrebbe infatti riverberarsi sulla tutela dei singoli cittadini europei. Questi potrebbero vedere i propri dati condivisi con Paesi che offrono una tutela ben inferiore a quella del Paese di appartenenza. Utilizzando le parole del Garante, possiamo ancora una volta rimarcare profili problematici già evidenziati nelle pagine che precedono: “Il GEPD osserva, in tale ottica, che l'iniziativa impone a tutti gli Stati membri l'obbligo di creare schedari nazionali di analisi del DNA. Va sottolineato che vari Stati membri dispongono già da tempo di banche dati nazionali del DNA, mentre altri hanno poca se non nessuna esperienza al riguardo. La banca dati più sviluppata in Europa (e nel mondo) è quella del DNA del Regno Unito. Con oltre 3 milioni di voci, è la più ampia raccolta di profili del DNA. La banca dati comprende - dice ancora il Garante - le persone condannate per un reato come pure quelle arrestate e quelle che hanno fornito volontariamente campioni a fini di soppressione. La situazione è diversa in altri Paesi. In Germania, ad esempio, sono conservati soltanto i profili relativi alle persone che sono state condannate per reati gravi. E' addirittura presumibile che in Germania il prelievo del DNA per finalità più ampie non sarebbe compatibile con la giurisprudenza della Corte costituzionale”⁶⁸.

Il riferimento del Garante in tal senso è rivolto alla giurisprudenza della Corte di Karlsruhe⁶⁹, secondo cui l'uso di campioni del DNA per reati meno gravi risulta essere incompatibile con il principio di proporzionalità. Questa giurisprudenza manifesta una diversa interpretazione, decisamente difforme alle scelte operate in Inghilterra, causa di possibili contrasti in sede di armonizzazione delle legislazioni europee. Da ultimo, ma non per questo meno importante, il rilievo effettuato circa la mancanza di una chiara definizione tra profili del DNA e dati sul DNA che possono fornire informazioni sulle caratteristiche genetiche e/o sullo stato di salute degli individui sottoposti a queste metodiche. Questo perché “occorre tener conto anche dei progressi scientifici: quel che in un dato momento è considerato un profilo di DNA «innocuo», potrebbe rivelare successivamente molte più informazioni di quanto non sia prevedibile e necessario”⁷⁰. A questo proposito diviene allora essenziale dare definizioni precise affinché non sia possibile “ne ora ne mai”⁷¹ ricavare informazioni diverse rispetto a quelle necessarie per le indagini giudiziarie.

Il Parlamento Europeo, consapevole dell'alta problematicità della materia affrontata, ha emanato, in sede consultiva, una risoluzione legislativa⁷² sulla proposta di Decisione

66 Si trattava della proposta COM (2005) 490 def.

67 Parere 2007/C 169/02, in G. U.C.E., 21 luglio 2007, punto 18.

68 Parere 2007/C 169/02, punto 50.

69 V. in tema l'importante sentenza BvR 174/2000 del 14 dicembre 2000.

70 Parere 2007/C 169/02, punto 47.

71 Parere 2007/C 169/02, punto 48.

72 Risoluzione A06-0205/2007 .

Quadro del Consiglio. Lo stesso Consiglio ha successivamente disposto che “esaminerà tutte le soluzioni suggerite dal Parlamento europeo, nello spirito di cooperazione rispecchiato dal parere”⁷³ e lo scorso novembre, in attesa dello scioglimento di alcune riserve d’esame parlamentare, è pervenuto ad un orientamento generale sulla proposta di decisione quadro⁷⁴. E’ utile evidenziare - per sottolineare la difficoltà, ma anche le possibili soluzioni che si stanno vagliando - alcuni degli emendamenti voluti dal Parlamento europeo all’ultimo testo del Consiglio ad oggi conosciuto. Nelle nuove disposizioni si ritrova una generale maggiore attenzione alla protezione dei dati oggetto di scambio, soprattutto per ciò che attiene ai diritti di accesso e (richiesta) di “recesso” (Principle 8) nonché al mantenimento dei dati. Molte di queste clausole appaiono maggiormente limitative rispetto al testo precedente. Tuttavia vengono individuati controlli *step by step* sull’applicazione della norma, tali da poterne implementarne in futuro la portata⁷⁵. Ma è nel campo dei principi sulla protezione dei dati personali trattati nel quadro della cooperazione giudiziaria e di polizia in campo penale che la norma si vuole sempre più puntuale e definitoria individuando ben 15 principi a tutela di essi il primo dei quali significativamente recita: “*Personal data must be processed by ensuring a high level of protection of data subjects’ rights, fundamental freedoms and dignity, including the right to personal data protection*”. Il riferimento alla dignità umana quale principio alla base dei diritti coinvolti in materia è ulteriormente esplicitato dal Parlamento nell’Amendment 14 (Recital 32), quasi a volerne rafforzare la sua portata valoriale rispetto ad ogni altro sistema di valori, fra cui quello economico o di sicurezza sociale. Ecco allora che come “*this Framework Decision seeks to ensure full respect for the rights to privacy and the protection of personal data in Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which are specific expressions of the right to human dignity enshrined in Article 1 of the Charter, Article 47 of which also guarantees the right to an effective remedy and to a fair trial*” (neretto nostro per evidenziare la parte inserita dal Parlamento).

Non si può poi, in questo contesto, trascurare il valore che potrebbe assumere in materia la Carta di Nizza. Una volta che il Trattato di Lisbona sia ratificato da tutti gli Stati membri, la Carta dovrebbe trovare quella sua “piena” validità giuridica, da tempo negata, che andrebbe a rafforzare ulteriormente le richiamate norme in materia di database genetici.

Sia concessa una prudentiale perplessità circa le “contorsioni del protocollo specifico”⁷⁶ sull’applicazione della Carta dei diritti fondamentali al Regno Unito (ed alla Polonia), che rischia ancora una volta di creare la possibilità per questo Paese di una sorta di *opting-out* da far valere ad esempio proprio sul tema specifico. Comunque si concluda la vicenda normativa della Carta, quello che in questo contesto preme rilevare è come essa “si presta di per sé a fungere da test sotto il profilo delle soluzioni da essa predisposte per realizzare una composizione del conflitto fra norme e giurisdizioni che esprimono quel sistema complesso di fonti che né la Carta né l’UE vogliono e possono eliminare ma che l’UE, attraverso la Carta deve governare”⁷⁷.

73 C/07/125, Lussemburgo 12- 13 giugno 2007.

74 COM (2007) 87 def.

75 In tal senso si legga il passaggio che afferma come: “*Not more than three years after the date of entry into force of this Framework Decision, the Commission shall submit to the European Parliament and the Council an assessment of the application of this Framework Decision, accompanied by proposals for any amendments which are necessary in order to extend its scope pursuant to Article 1(5a)*” Article 27 a new (Amendment 59).

76 J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007.

77 R. TONIATTI, (2002) *Verso la definizione dei “valori superiori” dell’ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Cedam, 2002, 28.

5 LA CORTE DEI DIRITTI DELL'UOMO AD UN BIVIO. L'ATTESA DECISIONE S. AND MARPER V. U.K. DICHIARATA AMMISSIBILE IL 16 GENNAIO 2007.

La Gran Bretagna ha nel tempo scelto un modello di database c.d. di carattere universale, il quale viene oggi posto in parziale discussione da un ricorso pendente avanti la Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

Come più volte ricordato, infatti, il *Criminal Justice and Police Act* del 2001 ha disposto, in materia di raccolta e di successiva conservazione di campioni di DNA, che essi possano essere conservati anche se appartenenti a persone giudicate innocenti e utilizzati per qualsiasi indagine futura.

L'approvazione di questa legislazione è avvenuta però in un momento particolare e a seguito di alcuni casi giudiziari che avevano creato un certo scalpore mediatico in Gran Bretagna. Grazie alla prova del DNA era stato infatti possibile collegare in modo inequivocabile due soggetti ad altrettanti reati particolarmente gravi: uno stupro ed un omicidio. La singolarità dei procedimenti (i cui ricorsi furono giudicati in ultima istanza dalla House of Lords, la quale rovesciò la precedente pronuncia della Corte d'Appello⁷⁸), è data dal fatto che i campioni che portarono alla sicura identificazione degli imputati non erano stati raccolti in seguito a queste indagini, ma a procedimenti precedenti in cui i due imputati erano stati coinvolti anche se successivamente prosciolti. Secondo la legge previgente, tali dati avrebbero dovuto essere distrutti o comunque non utilizzabili per una indagine successiva. Facendo seguito a tale previsione di legge gli imputati adirono le vie legali per vedere riconosciuto il loro diritto, dal momento che i campioni erano stati usati, per così dire, fraudolentemente. Se inizialmente la Corte d'Appello si pronunciò a favore degli imputati, la House of Lord dispose in modo opposto, stabilendo che l'evidenza ottenuta contravvenendo a quella proibizione non poteva essere considerata inammissibile e la decisione se considerare tale evidenza o meno doveva essere "lasciata alla discrezione del giudice del processo"⁷⁹.

Si apriva in questo modo, attraverso una siffatta interpretazione, il dibattito sul possibile bilanciamento fra esigenze di pubblica sicurezza e salvaguardia dei diritti individuali, ovviamente con il rischio documentato di privilegiare le prime a danno della seconda. Al di là del caso in specifico, il fatto rilevante era che comunque si andava sottoscrivendo per via giudiziale ciò che già stava avvenendo per prassi e cioè la creazione di un database genetico assai diffuso in un Paese in cui il valore del precedente è sicuramente rilevante e che avrebbe indirettamente condizionato il futuro intervento legislativo, così come avvenuto con le norme introdotte dal *Criminal Justice and Police Act* del 2001.

Proprio sulla base di queste ultime previsioni si sono sviluppati i due interessanti casi accennati, oggi riunificati e pendenti avanti la Corte europea dei diritti dell'uomo che ne ha dichiarato la ricevibilità lo scorso 16 gennaio⁸⁰. Il primo attiene ad un minore, un ragazzo (al tempo dei fatti undicenne) L.S. arrestato nel gennaio 2001 e accusato di tentata rapina. In quella occasione vennero raccolti sia le sue impronte digi-

78 Regina v Weir 26 maggio 2000 unreported e Regina v. D [2001] 2 AC 91.

79 Explanatory Notes relating new section 64 (1A).

80 "The Court finds that serious questions of fact and law arise, the determination of which should depend on an examination of the merits". EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, S. and MARPER v. UNITED KINGDOM decision, Fourth Section, Decision as to the admissibility of Application n. 30562/04 and 30566/04, 16 January 2007.

tali che un campione di DNA. Il successivo 14 giugno il ragazzo fu scagionato. La polizia successivamente informò che in ottemperanza alle nuove disposizioni di legge le impronte digitali e gli altri campioni genetici di L.S. sarebbero stati conservati. A seguito di questa comunicazione gli avvocati del ragazzo richiesero la distruzione di tali dati, ma la polizia rifiutò.

Il secondo caso riguarda invece una persona maggiorenne, Michael Marper (nato nel 1963) accusato di molestie nei confronti della sua partner. In questo caso, ancor prima della conclusione del processo, le accuse vennero ritirate. Come nella vicenda precedente, Marper domandò la distruzione delle sue impronte e dei suoi campioni personali. Ma come avvenuto per il minore, la polizia negò tale permesso. Allora gli interessati si rivolsero dapprima alla *Administrative Court* che però rigettò la loro richiesta⁸¹. Decisero quindi di appellarsi contro la pronuncia della *Administrative Court* alla *Court of Appeal* chiedendo nuovamente che la polizia desistesse dal suo intento, poiché in aperto contrasto con gli articoli 8⁸² e 14⁸³ della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). La *Court of Appeal* decise con una maggioranza di due (giudici Woolf and Walzer) a uno (giudice Sedley)⁸⁴ che la detenzione da parte della polizia di campioni genetici non era in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata anche se vi era una connessione tra le due in determinate circostanze. Tuttavia questa misura preventiva poteva essere giustificata alla luce del secondo comma dell'art 8 della Convenzione. Sempre sull'interpretazione dell'articolo 8(1) il giudice Woolf affermava comunque come: "*the extent to which the retention of material of this nature is regarded as interfering with the personal integrity of the individual depends very much on the cultural traditions of the particular State*". Questa interpretazione, basata sulle tradizioni culturali dei vari Paesi europei, verrà confutata nel successivo giudizio, come si avrà modo di descrivere tra breve.

Di particolare rilievo appare il parere espresso dall'associazione per i diritti umani "*Liberty*", autorizzata ad intervenire nel procedimento, la quale sottolineò come "i campioni fisici conservati dai quali sia estratto il DNA contengono potenzialmente molte informazioni personali e dettagliate della persona che ha fornito il campione, in una misura enormemente più grande di quanto sia necessario per l'identificazione delle persone coinvolte nel crimine". Questa affermazione, interessante per la relazione di prospettiva che si viene a creare con lo sfruttamento futuro di queste banche dati, in realtà non è mai stata discussa nei contenuti. E' stata invece ritenuta irrilevante in quanto l'uso che viene fatto oggi dei database genetici è da porsi in relazione solo con la lotta al crimine, lasciando al legislatore il compito di adeguare le norme nel caso in cui vi possano essere sviluppi e utilizzi futuri di questi database.

Ai ricorrenti non rimase che appellarsi alla *House of Lords* nel tentativo di vedere rivista la precedente giurisprudenza che lasciava molti margini di dubbia interpreta-

81 ADMINISTRATIVE COURT, EWHC 478, [2002].

82 Art. 8 EHCR: " 1) Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2) Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui".

83 Art.14 EHCR: "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 di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione".

84 [[2003] EWCA Civ 1275].

zione. Ma i *Law Lords*, pur argomentando in modo parzialmente difforme, giunsero egualmente a ritenere che il detenere campioni di DNA di soggetti mai condannati, prelevati senza l'obbligo della sottoscrizione del consenso (così come previsto attualmente dal *Criminal Justice and Police Act* del 2001), non costituissero una interferenza con la vita privata di un soggetto. Il tenore della sentenza è preponderantemente rivolto agli "enormi vantaggi" nella lotta al crimine ottenuti grazie all'espansione dei database genetici. Lord Steyn utilizzò in tal senso anche dati statistici secondo i quali più di 6000 profili di DNA, che avrebbero dovuti essere distrutti seguendo la legislazione previgente, furono invece collegati a scene di crimini successivi alcuni dei quali anche particolarmente gravi come omicidi, rapimenti o stupri. Per ciò che attiene poi la lesione dei diritti previsti dalla Convenzione all'art. 8 si sottolineava come la detenzione dei campioni non costituissero un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata, ma anche nell'ipotesi in cui l'interferenza possa essere letta, questa sarebbe stata di entità "molto modesta"⁸⁵ e la previsione legislativa (ancora una volta) ammissibile alla luce degli enormi vantaggi nella lotta alla prevenzione contro il crimine, giustificabile attraverso il secondo comma dell'articolo 8 della Convenzione⁸⁶.

Quanto poi all'interpretazione della *Court of Appeal* che vedeva la possibilità del mantenimento dei campioni secondo un'ottica variabile in rapporto alle diverse tradizioni culturali dei Paesi europei, aprendo la possibilità ad interpretazioni assai diversificate nonché estremamente problematiche, è stata ampiamente confutata dalla pronuncia della *House of Lords*⁸⁷. Il giudice Steyn affermò infatti come le tradizioni culturali dei diversi Paesi potessero essere fatte valere nella determinazione del secondo comma dell'art. 8, ma mai nell'interpretazione dei diritti fondamentali previsti dal primo comma⁸⁸.

Riassuntivamente, le posizioni della *House of Lords* possono essere espresse attraverso cinque punti principali illustrati dallo stesso giudice Steyn: "(I) le impronte digitali e i campioni sono conservati solamente allo scopo di individuazione, investigazione e repressione del crimine; (II) tali campioni hanno valore probatorio solo se comparabili con un campione prelevato sulla scena del crimine; (III) tali campioni non dovranno essere resi pubblici; (IV) una persona non è identificabile da occhi "indiscreti" (non certificati) attraverso i campioni trattenuti, e (V) l'espansione dei database conferisce enormi vantaggi nella lotta contro il crimine. Considerati nel loro complesso, questi fattori suggeriscono che la conservazione di impronte digitali e campioni non sono sproporzionati agli scopi che si vogliono ottenere"⁸⁹. Venne poi esclusa la possibilità, paventata dalla *Court of Appeal*, di decidere caso per caso di trattenere o meno i campioni prelevati a soggetti innocenti⁹⁰, proprio perché si sarebbe venuti in tal modo a creare un potere discrezionale in capo alla polizia ben oltre la previsione normativa e che difficilmente sarebbe stato ancorabile a criteri obiettivamente riconoscibili. Per ciò che attiene poi il profilo sostenuto dai ricorrenti che la conservazione di campioni di innocenti fosse discriminatoria poiché poneva sullo stesso piano le persone identificate dalla polizia (anche se riconosciute innocenti o neppure sottoposte a giudizio) con colo-

85 Law Lords Decision on Marper and LS [2004] UKHL 39, Lord Steyn, punto 31 dei considerando.

86 Law Lords Decision on Marper and LS [2004] UKHL 39, Lord Steyn, punto 36 dei considerando.

87 Regina v. Chief Constable of South Yorkshire Police (Respondent) ex parte LS (by his mother and litigation friend JB) (FC) (Appellant) and Regina v. Chief Constable of South Yorkshire Police (Respondent) ex parte Marper (FC) (Appellant) (Consolidated Appeals) [2004] UKHL 39, d'ora in poi Law Lords Decision on Marper and LS [2004] UKHL 39.

88 Law Lords Decision on Marper and LS [2004] UKHL 39, Lord Steyn, punto 27 dei considerando.

89 Law Lords Decision on Marper and LS [2004] UKHL 39, Lord Steyn, punto 38 dei considerando.

90 [2003] EWCA Civ 1275, punto 94.

ro che invece non lo erano, la *House of Lords* rispose che non è discriminatorio tracciare una linea di demarcazione tra i due gruppi di individui (*that difference is not necessarily on grounds of "status"*)⁹¹ per il semplice fatto che si è di fronte a un fatto oggettivo, come la stesura di una cartella clinica ospedaliera, che lascia inevitabilmente delle "tracce" relative a dati personali.

L'analogia riportata non sembra tuttavia convincere pienamente poiché le ragioni che qui erano in gioco riguardavano quelle non della sola conoscenza di dati personali, comunque rilevanti, ma quelle che vedevano due soggetti diversamente identificabili sulla base di dati raccolti coercitivamente, in cui la libertà personale era stata compromessa almeno *ab origine* senza una specifica tipizzazione dei casi e dei modi e successivamente violata e discriminata, nel momento in cui, nonostante una comprovata sentenza di innocenza o laddove a maggior ragione non si era avuto luogo a procedere, i profili erano stati mantenuti anche per ricerche future in nome di ipotetiche finalità di contrasto al crimine, senza neppure una specifica indicazione di carattere temporale.

Ne derivava un interrogativo spiazzante. O si è innocenti come gli altri ed allora deve essere possibile richiedere che i dati vengano cancellati o si è "presunti criminali" ed allora lo status di questi individui è divenuto differente rispetto agli altri. Ma il giudice della Corte affermava come la presenza negli archivi della polizia di campioni di un individuo non portasse direttamente alla sua colpevolezza, essendo sempre valida la presunzione di innocenza. Di conseguenza, l'articolo 64 del PACE rappresenterebbe una risposta adeguata e proporzionata all'intento legislativo di combattere nel modo più efficace possibile il crimine. Ecco allora scorgersi il punto nevralgico del problema che appare però ridotto a poche battute nella disamina della sentenza: il principio di proporzionalità⁹². Questo, come è desumibile dalla normativa europea sulla protezione dei dati personali⁹³, subordina la legittimità dell'utilizzo degli stessi ad una valutazione di adeguatezza, pertinenza e "non eccessività" del trattamento rispetto agli scopi per i quali si è reso necessario⁹⁴, elemento che non sembra essere stato vagliato dalla *House of Lords*.

Seppure nella consapevolezza della distanza degli ordinamenti e del diverso, ma non difforme soggetto affrontato, appare utile riportare un diverso ragionamento svolto di recente dalla Corte Costituzionale italiana che, in tema di prelievo coattivo ematico, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2, del codice di procedura penale nella parte in cui consentiva al giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, di disporre misure che andavano ad incidere sulla libertà personale dell'indagato senza che fossero determinate le tipologie delle misure esperibili e senza precisare i casi ed i modi in cui queste potevano essere adottate. "Il disporre un prelievo ematico nei confronti tanto dell'indagato quanto di terzi è una sospetta violazione sia del principio di inviolabilità della libertà personale, non essendo determinati con carattere di tassatività i casi ed i modi in cui sia possibile procedere a tale prelievo coattivo che è anche invasivo dell'integrità fisica; sia del principio di disparità di trattamento, per il carattere indiscriminato ed indistinto dell'assoggettamento al prelievo coattivo di qualsiasi indagato ed anche di persone estranee ai fatti"⁹⁵. Ecco

91 Law Lords Decision on Marper and LS [2004] UKHL 39, Lord Steyn, punto 50 dei considerando.

92 Rilevano questo passaggio fondamentale in senso problematico A. ROBERTS N. TAYLOR, *Privacy and the DNA Database*, in *European Human Rights Law Review*, Sweet and Maxwell, London, 385.

93 Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali a cui sembra possibile ricondurre, in assenza di altre previsioni normative specifiche, anche la sub-categoria dei dati genetici.

94 v. in tal senso art. 6, lett c Direttiva 95/46/CE.

95 Sentenza Corte costituzionale italiana n. 238/1996.

allora che le posizioni, soprattutto per ciò che attiene al carattere indiscriminato ed indistinto dei prelievi appare assai differenziato, ancor di più se rivolto a persone estranee ai fatti come molti degli individui entrati per ventura nei Commissariati di polizia inglesi che si trovano loro malgrado sottoposti al prelievo coatto, individuato dallo stesso legislatore in maniera forse troppo ampia trattandosi di misure restrittive della libertà personale, identificate da una ampia previsione di reati quali i *recordable offence*.

Rimane ora affidato alla Corte di Strasburgo il compito di dare risposta ai tanti interrogativi aperti vista l'importanza ormai assunta da un tema di tale delicatezza e portata.

6. RIFLESSIONI E PROSPETTIVE: LA CREAZIONE DI UN ARCHIVIO CENTRALE EUROPEO PER I PROFILI DEL DNA NELLA PROSPETTIVA DI UN COSTITUZIONALISMO COMUNE.

Lo scenario iniziale di indagine è, come abbiamo analizzato, rappresentato dalle molteplici questioni problematiche correlate all'utilizzo di database genetici per scopi investigativi e giudiziari, aspetti ineludibili con riguardo alle proposte di realizzazione di un DNA database accessibile su scala europea.

La recente proliferazione di banche dati genetiche per scopi giudiziari e le richieste di rendere i dati contenuti in questi database accessibili a livello europeo⁹⁶ al fine di rendere più efficiente la cooperazione degli Stati membri in materia giudiziaria comporta una riflessione che affronti sincronicamente le questioni non solo sociali, economiche e giuridiche, ma anche etiche, che database di questo tipo pongono con urgenza.

In particolare i governi nazionali, nel definire il funzionamento di questa innovativa tecnologia, devono, non solo tenere conto degli innumerevoli benefici che tali strumenti potranno apportare alle politiche per la sicurezza nazionale, ma anche considerare i problemi etici connessi alla diffusione di questo particolare tipo di dati personali, oggetto ormai da tempo di specifiche previsioni in numerosi documenti normativi internazionali e sovranazionali più volte richiamati.

Il denominatore comune di tutti i documenti presi in esame concerne l'esigenza di fornire una adeguata protezione alla privacy genetica dell'individuo di fronte ai possibili esiti discriminatori che possono originare da pratiche aventi ad oggetto le caratteristiche genetiche della persona, o comunque con riguardo alle dinamiche invasive e restrittive delle libertà fondamentali dell'individuo. Ripercussioni che anche in merito al settore delle indagini giudiziarie, qui analizzato in via principale, oltre ad incidere sulla sfera personale, si manifestano nell'ambito delle relazioni sociali (in ambito lavorativo, familiare, nel campo della tutela assicurativa dell'individuo)⁹⁷.

Occorre pertanto soppesare adeguatamente benefici e rischi (sia pur in alcuni casi del tutto potenziali) di simili pratiche genetiche applicate a finalità di giustizia penale, valutando i possibili effetti 'distorativi' originati da tali nuove metodologie investigative.

⁹⁶ E con la firma e l'estensione del richiamato trattato di Prüm questo obiettivo non sembra più così lontano.

⁹⁷ V. sul punto quanto osservato da S. RODÒ, op. cit., 178-179.

In primo luogo, un pericolo legato all'impiego diffuso di informazioni genetiche è quello di una deriva deterministica⁹⁸ che riduca l'essere umano alla mera sequenza del suo DNA e che induca a ritenere che problemi sociali o altri problemi specifici dell'uomo siano esclusivamente attribuibili a cause genetiche. "Un certo determinismo biologico, infatti, tende a esaurire i profili dell'identità individuale nel solo patrimonio genetico, valutando come condizioni effettive quelle che sono condizioni solo ipotetiche, senza considerare la ricchezza che fa di ogni essere umano un'entità straordinariamente complessa, unica e irripetibile"⁹⁹. Anche nel campo dell'utilizzo di database genetici per fini investigativi e giudiziari il rischio di ridurre l'uomo al suo patrimonio genetico non consente di considerare la responsabilità e la volontà individuale come fattori fondamentali delle scelte deisingoli. E un ulteriore risvolto negativo e discriminatorio delle tecnologie genetiche applicate all'azione investigativa potrebbe essere innescato dal collegamento fra l'impronta genetica ritenuta capace di 'generare' condotte devianti e l'origine etnica del soggetto al quale appartiene.

In secondo luogo, con specifico riferimento alla opportunità (o minaccia) di creare database genetici comprendenti i profili genetici dell'intera popolazione nazionale e impiegarli per fini giudiziari, sono state sollevate numerose critiche. Espandendo la dimensione dei database si incrementa una permanente lista di sospettati, anche se tali "sospettati" rimangono tali pur non essendo mai stati accusati o condannati. Tutto questo non può che incidere sulle stesse libertà civili del cittadino, in quanto può cambiare il modo in cui lo Stato e gli altri consociati vedono tali "sospettati". Inoltre, una simile generalizzazione minaccia la funzione rieducativa che appartiene alla sanzione penale e lo stesso principio di non colpevolezza fino all'accertamento definitivo della responsabilità penale¹⁰⁰.

Un ulteriore profilo denso di problematicità attiene alla specifica tutela da assegnare al trattamento di dati genetici appartenenti a soggetti di minore età prevedendo, laddove possibile, una maggiore tutela anche alla luce della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo. E' indubbio ricordare come, invece, in alcuni Paesi europei vi siano segnali di senso contrario, come ad esempio il caso L.S. pendente davanti la Corte dei diritti umani di Strasburgo, dove può essere letta una tutela né rafforzata, né diversificata nei confronti del prelievo coatto di campioni genetici di un minore innocente.

Da ultimo, non possono tacersi le possibili ripercussioni sulla persona originate da errate valutazioni investigative e giudiziarie fondate su dati genetici. L'analisi del DNA per scopi investigativi non è esente da errori. La grande sensibilità che caratterizza le tecniche di analisi del DNA per scopi forensi pone infatti il problema dell'affidabilità dei risultati ottenuti dall'esame delle tracce biologiche, sia quelle provenienti dalla scena del crimine, sia quelli prelevati dai soggetti sospettati e che servono per i confronti. Come sottolineato da Rothstein e Talbot "*A match between crime scene DNA and an individual's database profile does not necessarily mean that the individual is guilty. For example, a murder suspect might have acted in self-defense or there may be*

98 Stigmatizza i problemi derivanti dal determinismo biologico Chieffi che sottolinea anche come sia stato paventato il pericolo che "i dati genetici dei criminali siano in seguito impiegati per avviare 'ricerche sulla biologia umana', non limitate all'accertamento degli autori dei reati ma estese alla verifica della predisposizione al crimine di emarginati, pregiudicati e individui che diano luogo a qualche sospetto". L. CHIEFFI, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, L. CHIEFFI (a cura di), Paravia, 2000, 85.

99 C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera nei diritti dell'uomo?*, in *Atti del XV Convegno AIDC*, Messina-Taormina, 2001, 2 ss.

100 T. SIMONCELLI, *Dangerous Excursions: The Case Against Expanding Forensic DNA Databases to Innocent Persons*, in *Journal of law, medicine & ethics*, 2006, 390-391.

some other reason to account for the presence of DNA found at the crime scene. Indeed, according to one study in Virginia, DNA matches resulted in convictions in less than thirty percent of the cases”¹⁰¹. L’affidabilità di tale strumento è strettamente legata alle capacità dei laboratori che si occupano di queste analisi di assicurare la competenza degli operatori, la disponibilità delle risorse tecnico-logistiche necessarie, la validità delle metodiche utilizzate. Bisogna, in sostanza, garantire che i laboratori interessati assicurino la qualità del loro operato e delle competenze tecniche di coloro che vi lavorano. Per questo, in generale, si ricorre all’accreditamento dei laboratori sia secondo le norme ISO, sia attraverso linee guida specifiche che siano complementari ad altri strumenti e che devono tenere conto delle ricadute che analisi di questo tipo hanno sulla sicurezza e sulla libertà dei cittadini¹⁰². Possono presentarsi casi di falsi positivi, che determinano un’identificazione erronea a danno di un innocente e spesso, inoltre, il campione che è stato prelevato dalla scena del crimine è molto degradato e non è possibile estrarne un profilo certo. Per questi motivi l’analisi del DNA per scopi investigativi deve essere ulteriormente perfezionata, soprattutto per quanto riguarda il controllo qualità e la certificazione dei laboratori.

Diviene perciò necessario riflettere sui vari interessi che entrano in gioco perché “the future development of the database depends on the scope of the right to respect for private life”¹⁰³ e *amplius* forse del più generale diritto dell’inviolabilità della persona e della sua dignità¹⁰⁴. Al proposito è significativo ricordare un passaggio di una pronuncia della Corte Suprema canadese che ha ad oggetto l’esclusione dal processo di prove relative a campioni genetici assunti in violazione della Carta dei Diritti canadese: “(there is a) fundamental importance of the innate dignity of the individual. That dignity is, to a large extent, based upon the integrity and sanctity of the body. That sanctity is violated if individuals are prevented from exercising their free will as to the use to be made of their own body by agent of the state”¹⁰⁵. Tuttavia, seppur sotto un profilo diverso che attiene alla conservazione di campioni ematici di persone condannate, la Corte ha successivamente dichiarato legittime, nel recente caso *R. v. Rodgers*¹⁰⁶, le disposizioni del codice penale che prevedono l’acquisizione retroattiva di campioni di persone condannate prima dell’emanazione della specifica legge (*DNA Identification Act 2000*). Si è venuto così a manifestare ancora una volta l’annoso problema che ha visto di recente prevalere le finalità di protezione della sicurezza collettiva rispetto ad una più ampia tutela dei diritti fondamentali del singolo individuo¹⁰⁷. Così potrebbero anche essere ascritte a questo “nuovo corso” le sentenze *S. e Marper*. Ma nonostante questa possibile lettura, la pronuncia dei *Law Lords*¹⁰⁸ sembra essere egualmente insoddisfacente, pro-

101 M.A. ROTHSTEIN, M.K. TALBOTT, *The Expanding Use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?*, in *Journal of law, medicine & ethics*, 2006, 155.

102 V. in tal senso: Comitato nazionale per la biosicurezza e le biotecnologie, Schema di disegno di legge recante “Norme per l’istituzione dell’Archivio centrale del DNA e del Comitato tecnico-scientifico di vigilanza”, ad opera del Gruppo di lavoro biosicurezza, 18 aprile 2005, 32.

103 A.ROBERTS N. TAYLOR, *Privacy and the DNA Database*, op.cit, 391.

104 v. l’art 6 della *Dichiarazione universale sul genoma umano* che prevede come: “nessuno può essere discriminato per le sue caratteristiche genetiche, se questo ha come fine o produce come effetto la violazione di diritti e libertà fondamentali e della dignità umana”.

105 *R. v. Stillman*, 1 SCR 607 [1997].

106 *R. v. Rodgers*, 1 SCR 554 [2006].

107 V. sul più ampio piano della protezione della democrazia riscontratasi negli ultimi anni e comunque non solo dopo gli attentati dell’11 settembre, tendenza che come si è cercato di argomentare pare riscontrabile anche nel tema affrontato, v. S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola*, Giappichelli, Torino, 2004, 141.

108 *Law Lords Decision on Marper and LS* [2004] UKHL 39.

prio per non aver mostrato la capacità di interrogarsi sul diverso ruolo e grado di tutela riservato all'individuo nelle differenti regioni del Regno Unito, rendendo possibile quella *regional lottery* di cui si è detto.

Forse non rimane che attendere le indicazioni della Corte di Strasburgo che, pur nella consapevolezza della sua giurisprudenza risalente, potrebbe arrivare ad una interpretazione della Convenzione "alla luce delle condizioni attuali"¹⁰⁹, che tenga in considerazione cioè i cambiamenti che stanno avvenendo nelle nostre società ma soprattutto nel vorticoso e incessante avanzamento delle tecnoscienze.

Credo che, come mai, in questo campo la scienza chieda di essere regolata attraverso regole etiche condivise¹¹⁰ e norme giuridiche armonizzate. Tutto ciò partendo da una ipotesi di lavoro che preveda un attento approccio legislativo al tema all'interno del quale si preveda l'obbligatorietà del consenso e, quando se ne renda necessaria la sua esecuzione coattiva, sulla base di leggi che ne determinino specificamente casi e modi in cui possa essere disposta dal giudice. Questo per assicurare agli individui quella doverosa garanzia di riservatezza sui dati reperiti e in seguito legittimamente mantenuti nei database, così da assicurare una protezione effettiva alla persona non solo su di un piano formale ma anche sostanziale, cioè attraverso sanzioni conseguenti l'uso improprio di quei dati. Tale piano sanzionatorio dovrà tenere conto di situazioni diversificate a seconda che si tratti di utilizzare informazioni in modo diverso da quelle per cui sono state reperite, o rivelate a terzi non aventi causa e comunque ogni altra condotta rivolta all'acquisizione di dati che rappresentano non solo informazioni "sensibili", ma veri e propri attacchi alla dignità stessa dell'uomo, valutato unicamente come identikit genetico¹¹¹.

L'evidente riferimento riguarda il tema nevralgico dello sfruttamento delle banche dati genetiche per fini puramente economici su cui nulla dice l'articolo 8 comma 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diversamente invece dalla *Convenzione sulla biomedicina* che dispone come limitazioni del diritto alla privacy non possano essere giustificate da interessi che riguardino il benessere economico di un Paese. Attualmente la *Convenzione sulla biomedicina* è stata sottoscritta dal numero minimo di ratifiche (cinque) previsto ed è conseguentemente entrata in vigore. Tuttavia è ancora in corso di approvazione da parte di diversi Paesi appartenenti allo stesso Consiglio d'Europa. Nonostante ciò, essa rappresenta "*l'unico documento internazionale che può produrre effetti giuridicamente vincolanti (...) Siamo dunque di fronte a un nucleo di principi comuni a diversi Stati, che può influenzare la futura evoluzione delle regole giuridiche sulla tutela dei dati genetici, secondo la stessa logica che ha favorito la progressiva penetrazione della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo in un numero crescente di paesi, contribuendo anche a costituire quel common core di principi ai quali far riferimento in sede interna e internazionale*"¹¹².

109 Tyrer v. United Kingdom (1979- 1980).

110 Seppur in diverso ambito, e più specificamente sulle scelte bioetiche di fine vita, esprime con forza argomentativa come vi debbano essere condivisione e certezza nelle scelte del biodiritto, C. PICCOCCHI, *Le fonti del biodiritto: la complessità del dialogo*, in *Biodiritto in dialogo*, C. CASONATO C. PICCOCCHI (a cura di), Cedam, 2006, p.104. Profili quelli espressi, pienamente condivisibili, a parere di chi scrive, anche in questo contesto, laddove appunto il venir meno di " questa dimensione partecipativa (..) spezza l'anello di congiunzione tra regole e pluralismo, tra decisioni politiche ed effettività delle regole che, specialmente nel biodiritto, rappresenta la prima garanzia della cogenza delle norme giuridiche, prima ancora della minaccia della sanzione".

111 V. in tal senso C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera nei diritti dell'uomo?*, cit.

112 S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p.177.

Dalle considerazioni svolte nel presente lavoro può essere notato conclusivamente come la condivisione dei dati genetici “costringano” l’interprete a confrontarsi con questioni inedite che finiscono però per gettare un’ombra sulla completa persuasività legale dei sistemi di utilizzo e conservazione dei dati genetici per fini giudiziari. Ed è proprio per questo che appare assolutamente improcrastinabile affrontare il tema nel più ampio panorama europeo, così da poter offrire soluzioni con aspirazioni universalistiche proprio su di un tema che inerisce a diritti che sono nella loro essenza predicati della dignità umana¹¹³.

Perché la realtà dei diritti (*amplius* la cultura giuridica e politica) in ambito europeo non appaia più elemento retorico o di presenza iconografica¹¹⁴ devono esserne lette e affrontate le sfide che essa comporta ed il tema dei dati genetici sembra rispondere a questa possibile sfida. Questo senza tacerne le inevitabili dimensioni conflittuali¹¹⁵ che già si manifestano, alla ricerca però di un punto di equilibrio comune.

Ed è in tal senso che si intendono fornire di seguito, senza pretesa di esaustività, alcune linee guida che possano rappresentare prime indicazioni verso un sistema armonizzato europeo. Tutto ciò nella consapevolezza che vi è una reale necessità di rafforzare la cooperazione di polizia in materia di lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera.

Per rendere questa attività pienamente efficace e per garantire nel miglior modo possibile la tutela degli individui per quanto concerne la protezione dei dati personali (visto anche il diverso grado di tutela riscontrato nei diversi ordinamenti), i punti nodali di intervento dovrebbero essere: in primis la *creazione* di banche dati relative al DNA a livello nazionale così da poter poi mettere in comune queste informazioni sulla base di indicatori ovviamente compatibili fra loro. Tale sistema dovrà offrire alti standard di garanzia sotto il profilo della sicurezza e per quanto concerne la protezione dei dati di carattere personale.

Ogni Paese dovrà poi stabilire a quali condizioni e per quali reati i risultati di analisi del DNA possono essere raccolti nelle banche dati nazionali. La raccolta e il successivo trattamento dei dati genetici dovrà essere corredato di garanzie per la protezione dei diritti delle persone. Appare di fondamentale importanza anche l’individuazione di un’autorità a cui assegnare poteri di controllo e verifica. Si tratterebbe di una Agenzia comunitaria a pieno titolo, e cioè di un organismo di diritto pubblico europeo distinto dalle istituzioni comunitarie ed avente una personalità giuridica propria¹¹⁶. Questa autorità dovrebbe avere poteri di indagine ed intervento circa la rettifica o la cancellazione di dei dati personali inseriti. Significativo potrebbe essere anche il potere da riconoscere a queste di avviare procedure legali per violazione dei principi contenuti nella normativa europea armonizzata. Certamente non controverso, ma di natura essenziale, il possibile ruolo consultivo nella redazione delle misure legislative ed amministrativo-regolamentari sulla protezione dei diritti e delle libertà dei cittadini europei per quanto attiene il trattamento di questi dati “più che personali”.

113 V. in tal senso A. D’ALOIA, *Diritti e costituzione*, Giuffrè, 2003.

114 Come attentamente sottolineato rispetto alla realtà dei diritti in Europa da J. H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, Introduzione a M. COMBA (cur), *Diritti e confini. Dalle Costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Milano, 2002

115 Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, *Giur. Cost.*, 2/2006, 1644 ss.

116 Per un generale approfondimento sulle agenzie comunitarie si v. E. CHITI, *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002 e A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

Forse, nel continuo bilanciamento che oggi giorno viviamo tra libertà e sicurezza, l'Europa potrebbe fornire su questo delicato ambito, indicazioni realmente importanti e di consenso comune.