

## Conservazione dei *DNA profiles* e tutela europea dei diritti dell'uomo

Anna Maria Capitta

**SOMMARIO:** 1. Conservazione di dati genetici e processo penale. - 2. Privacy e identità genetica. - 3. La decisione *S. e Marper c. Regno Unito*: violazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo. - 4. (*Segue*). La motivazione sulla presunzione d'innocenza. - 5. (*Segue*). Diritto alla non stigmatizzazione ed equità processuale. - 6. L'ordinamento italiano: tempi di mantenimento di profili e di campioni del DNA. - 7. (*Segue*). L'art. 13, l. 30 giugno 2009, n. 85, e il rispetto della presunzione d'innocenza. - 8. Considerazioni conclusive.

### 1. Conservazione di dati genetici e processo penale

Nel futuro del processo penale si inscrivono ormai, accanto a quelle tradizionali, nuove tecniche scientifiche di investigazione che si ricollegano alla nozione di prova scientifica: tra queste, l'uso dei dati del DNA nelle indagini di polizia. Se, tuttavia, in tema di prelievo di campioni biologici si riscontra, anche nell'ambito dei contributi dottrinali di casa nostra, una consistente quantità di interventi<sup>1</sup>, meno arato appare il campo che attiene al fenomeno cronologicamente successivo alla raccolta e alla tipizzazione dei profili del DNA, vale a dire quello della conservazione delle informazioni genetiche nella banca dati<sup>2</sup>. Anche questo terreno, tuttavia, è denso di implicazioni concernenti la

---

<sup>1</sup> V., tra gli altri, CANTONE, *Le modifiche processuali introdotte con il «decreto antiterrorismo» (Decreto legge 27 luglio 2005 n. 144, conv. in Legge 31 luglio 2005 n. 155)* in *Cass. pen.*, 2005, 2515; CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e «sanzioni processuali»: il punto sulla perizia coattiva ad un anno dalla legge n. 85*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6; FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007, 141 ss.; ID., *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in Brusco, Calvanese, Canzio, Colaiacovo, Fanuele, Felicioni, Garofano, Gemari, Lago, Olivieri, Scarcella, Tonini, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale*, a cura di Scarcella, Padova, 2009, 191 ss.; GABRIELLI, *La decisione del «prelievo» torna al giudice*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, 70; KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1093 ss.; ID., *Prelievi biologici coattivi*, in Balsamo, Di Bitonto, Donini, Jakobs, Mantovani, Melillo, Negri, Paulesu, Rafaraci, Ruggiero, Saccucci, Vigna, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di Kostoris, Orlandi, Torino, 2006, 343; OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, in Brusco, Calvanese, Canzio e altri, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., 39 ss.; SCALFATI, *Le modifiche al sistema processuale*, in *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione. Commento al decreto legge 27 luglio 2005 n. 144 convertito con modificazioni nella legge 31 luglio 2005 n. 155*, a cura di Rosi-Scopelliti, in *Dir. giust.*, 2006, n. 16, *Suppl.*, 103; TONINI, FELICIONI, SCARCELLA, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, *Gli Speciali*, 3 ss.; UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, 6 ss.; VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1022 ss.

<sup>2</sup> I contributi in materia si trovano per lo più inseriti in monografie sui dati genetici in generale, FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, 159 ss.; FELICIONI, *Accertamenti sulla persona*

protezione dei diritti umani e, segnatamente, il rispetto della privacy e della presunzione d'innocenza. A dischiudere nuovi scenari in materia è intervenuto il legislatore italiano con la l. 30 giugno 2009, n. 85, istitutiva della banca dati nazionale del DNA: l'Italia ha così colmato una lacuna normativa protrattasi per ben tre anni dall'assunzione di precisi obblighi internazionali<sup>3</sup>. Per l'ambito specifico che qui interessa, andrà preso in particolare considerazione l'art. 13 di queste disposizioni, che disciplina i tempi e le modalità di cancellazione dei profili del DNA e quelli di distruzione dei campioni biologici.

Un interrogativo che preliminarmente sembra utile porre, anche al fine di delimitare l'area dell'analisi, concerne il nesso tra regime di conservazione del dato genetico nell'archivio nazionale e procedimento penale<sup>4</sup>.

Sotto un primo profilo, che coinvolge tanto un piano oggettivo, quanto un piano soggettivo, la catalogazione desossiribonucleica trova un collegamento con il rito penale allorché il contenuto del dato confluente e mantenuto nel *database* sia proveniente, rispettivamente, da un atto processuale ovvero da un soggetto processuale. Nel primo caso, si avrà riguardo a profili del DNA che vengono trasmessi alla banca dati nazionale a seguito della loro tipizzazione da reperti acquisiti nel corso di procedimenti penali (art. 10, co. 1, Legge n. 85 del 2009) ovvero da reperti analizzati dopo il passaggio in giudicato della sentenza o in seguito all'emanazione del provvedimento di archiviazione (art. 10, co. 2, Legge n. 85 del 2009). I profili genetici riferibili, invece, a soggetti a vario titolo coinvolti in vicende giudiziarie, comunque sottoposti a una

---

*e processo penale*, cit., 180 ss. Più specificamente sul tema, CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 2009, 4435 ss.; ABRUSCI, *Cancellazione dei profili e distruzione dei campioni*, in Abrusci, Casasole, Cocito, Del Coco, Galgani e altri, *Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di Marafioti, Luparia, Milano, 2010, 112 ss.; LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici: la banca dati nazionale del DNA e il bilanciamento tra le ragioni di giustizia e la tutela della privacy*, in Brusco, Calvanese, Canzio e altri, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., 103 ss.; SANTOSUOSSO, COLUSSI, *La banca dati del DNA: questioni in tema di alimentazione, trattamento e accesso, presupposti, cancellazione e tempi di conservazione (Artt. 5-15 legge n. 85/09)*, in *Pol. dir.*, 2011, 437 ss.

<sup>3</sup> Infatti, il 4 luglio 2006 l'Italia aveva dichiarato l'intenzione di aderire al Trattato di Prüm del 27 maggio 2005. Questo accordo internazionale, come è noto, ha dato vita ad una cooperazione informativa a rete, cioè realizzata, in questo caso, attraverso una nuova forma "diretta" di *information sharing* tra i sette Stati firmatari. Il Trattato è stato poi reso applicabile all'intero spazio giuridico europeo con la Decisione del Consiglio dell'Unione Europea del 27 febbraio 2007, n. 6566/07, sul rafforzamento di tale cooperazione transfrontaliera.

<sup>4</sup> A ben vedere, senza l'emergere di questo nesso, l'esegesi di una disciplina di natura amministrativa "di sicurezza", quale quella relativa a una banca dati genetica, solleverebbe problematiche inconferenti con l'area di interesse dello studioso del processo penale e, piuttosto, porrebbe questioni inerenti al rapporto tra singolo e autorità amministrativa detentrici dei dati personali, sensibili o meno.

misura restrittiva della libertà personale per reati di una certa gravità, vengono inseriti nell'archivio centrale dopo essere stati tipizzati da un campione biologico prelevato dai medesimi soggetti nei casi e con le modalità di cui all'art. 9, Legge n. 85 del 2009.

Da un secondo punto di vista, il rapporto tra conservazione delle informazioni genetiche e processo penale attiene al piano teleologico. Emerge chiaramente dall'art. 5, Legge n. 85 del 2009 come la creazione stessa della banca dati sia improntata alla specifica finalità di «facilitare l'identificazione degli autori dei delitti»<sup>5</sup>. Individuato nello scopo dell'accertamento penale il limite alla utilizzazione dei dati, ne consegue il divieto di impiego del reperto o del campione biologico per finalità diverse da quelle che ne hanno determinato la raccolta. Nella legislazione italiana vi è dunque un divieto implicito di utilizzo del dato genetico per compiere accertamenti sulla personalità del soggetto, sulla sua predisposizione genetica a un comportamento antisociale o, ancora, per effettuare ricerche sulle relazioni familiari. Si può affermare, pertanto, che il modello di banca dati italiano sia improntato al principio di scopo, per il quale occorre che il testo normativo indichi le ragioni che giustificano la raccolta delle informazioni<sup>6</sup>.

Resta da verificare, anche alla luce delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, se il nostro ordinamento sia rispettoso anche del principio di proporzionalità, secondo cui il trattamento dei dati è giustificato solo quando risulta adeguato in rapporto a quella finalità che, a sua volta, viene perseguita con l'istituzione della banca dati<sup>7</sup>. Occorrerà perciò vedere se i tempi di mantenimento in archivio dei campioni biologici e dei profili genetici siano adeguati, poiché la conservazione, quale *species* del *genus* trattamento, non deve protrarsi oltre il periodo di tempo necessario a raggiungere gli scopi per i quali le informazioni sono state raccolte (art. 11, lett. e, decreto legislativo n.

---

<sup>5</sup> E ancora, l'art. 12, co. 2, Legge n. 85 del 2009 consente alla polizia giudiziaria e all'autorità giudiziaria l'accesso ai dati contenuti nell'archivio genetico «esclusivamente per fini di identificazione personale, nonché per le finalità di collaborazione internazionale di polizia».

<sup>6</sup> In dottrina, segnala in questi termini l'importanza del principio di scopo nell'ambito del trattamento di informazioni genetiche, FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale*, cit., 183-184. V. anche LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici: la banca dati nazionale del DNA e il bilanciamento tra le ragioni di giustizia e la tutela della privacy*, in Brusco, Calvanese, Canzio e altri, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., 118, che fa menzione del «principio della finalità», quale aspetto indicato dall'art. 12, co. 2, Legge n. 85 del 2009.

<sup>7</sup> Il principio di proporzionalità viene configurato in funzione integrativa del principio di scopo: FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale*, cit., 184. V. altresì PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, in *Lo stato dell'arte in genetica forense*, a cura di De Leo, Turrina, Orrico, Milano, 2003, 143.

196 del 2003, Codice della *privacy*). In questa materia si deve poi avere particolare riguardo alla tutela del campione, poiché, una volta prelevato da una persona di cui si conoscono le generalità, il campione di sostanza biologica consente di ottenere tutte le informazioni riguardanti l'identità genetica dell'individuo e dei suoi familiari diretti. La conservazione di questa tipologia di conoscenza non rientra tra gli scopi di alcun processo penale, mentre invece può avere utilità per le autorità procedenti tenere soltanto i dati che servono ai fini identificativi, vale a dire, in questo caso, i profili genetici.

## 2. Privatezza e identità genetica

Nel tentativo di determinare se risulti effettivamente equilibrata una disciplina in tema di conservazione nella banca dati di campioni e di profili tipizzati, occorre evocare non soltanto, e semplicisticamente, l'esigenza di un bilanciamento tra bisogno di sicurezza della collettività, da un lato, e diritto alla privatezza dell'individuo, dall'altro. Il mantenimento da parte delle autorità statali di informazioni genetiche, anche di persone non condannate, può causare una ingerenza nella vita privata non solo del soggetto inserito nel *database*, ma anche delle persone appartenenti al medesimo gruppo biologico del parente già sottoposto alle indagini. In un campo in cui lo strumento di investigazione si rivela altamente invasivo, occorre che le disposizioni normative predispongano sufficienti limiti alla conservazione dei dati genetici, in modo da salvaguardare a tutto tondo e non minimizzare la tutela di diritti fondamentali che possono riguardare, oltre al singolo individuo, anche una fascia di persone legate al primo da un vincolo familiare e comunque facenti parte della collettività<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> In una materia come quella della protezione dei dati genetici, la limitazione del diritto alla privatezza può, dunque, risultare molto più problematica rispetto alla situazione che si avrebbe qualora lo Stato offrisse un riconoscimento pieno dello stesso diritto. L'operazione di automatico bilanciamento tra diritti non pare accettabile allorché i diritti in questione non siano, come in questo caso, esattamente concorrenti. Un modello statale volto ad autorizzare la limitazione di un diritto che si palesi più grave di una sua estensione, senza una motivazione basata su ragioni specifiche e cogenti, non corrisponderebbe al paradigma di uno Stato liberale e maturo, in cui i diritti devono essere «presi sul serio»: DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, ed. ital. a cura di Muffato, Bologna, 2010, 269 ss.; sulla stessa linea, LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007, 99 ss. Risulta, altresì, particolarmente significativa la concezione del processo penale «basata sui diritti umani», che, nella dottrina inglese, viene chiamata "*Rights-based theory of the Criminal Process*", per mettere in evidenza come i diritti umani possano avere diverse graduazioni di valore (diritti inderogabili, forti e qualificati) e come, in ogni caso, il requisito della sufficiente determinatezza li ponga al riparo da automatiche operazioni di bilanciamento con altri interessi pubblici di matrice sociale. Secondo questa

Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, del resto, pur avendo riconosciuto ormai da più di quindici anni che le tecniche di analisi del DNA possono offrire vantaggi per il sistema della giustizia penale, ha altresì esortato gli Stati membri a prevedere misure che non disconoscano le garanzie difensive e che si pongano a salvaguardia dei diritti individuali<sup>9</sup>. In particolare, viene qui in considerazione il diritto alla privacy, che, anche con specifico riferimento alla protezione dei dati personali<sup>10</sup>, ha assunto ormai una connotazione giuridica, tanto nel quadro della normativa convenzionale, quanto nell'ordinamento italiano.

Nel contesto europeo, come è noto, la nozione di vita privata non si presta ad una definizione esaustiva: secondo l'elaborazione interpretativa dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, questo termine può includere «molteplici aspetti dell'identità fisica e sociale»<sup>11</sup> cui vanno ricondotti non solo il nome, ma anche qualsiasi altro mezzo di identificazione personale, idoneo a stabilire anche il collegamento di un individuo a un gruppo familiare<sup>12</sup>. L'identità "etnica" è perciò ricompresa nel concetto di vita privata. Più specificamente, i campioni biologici e i profili del DNA rientrano nella categoria dei dati personali<sup>13</sup>, in quanto dati che si riferiscono a persone identificate o identificabili.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, la privacy, il cui fondamento costituzionale è rappresentato dall'art. 2 Cost.<sup>14</sup>, sta assumendo una fisionomia dal-

---

teoria, sono due gli obiettivi del processo penale: la protezione dei diritti fondamentali e l'affidabilità delle determinazioni giudiziali: ASHWORTH, REDMAYNE, *The Criminal Process*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, 2005, 58.

<sup>9</sup> Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, 10 febbraio 1992, n. 1, sulla utilizzazione delle analisi del DNA nell'ambito del sistema della giustizia penale, consultabile in *Codice di Procedura penale europea*, a cura di Buzzelli, Mazza, Milano, 2005, 1070 ss.

<sup>10</sup> Non è questa la sede per affrontare una trattazione che attenga, in generale, alla protezione dei dati personali. L'argomento evoca concetti trasversali, portati paralleli alla procedura penale, che vengono sincreticamente studiati in molteplici rami dell'ordinamento giuridico: dal diritto civile al diritto amministrativo, dal diritto costituzionale al diritto penale sostanziale.

<sup>11</sup> C. eur. dir. uomo, sent. 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*, § 53.

<sup>12</sup> C. eur. dir. uomo, sent. 16 novembre 2004, *Unal Tekeli c. Turchia*, § 42.

<sup>13</sup> ...secondo il significato risultante dalla Convenzione sulla Protezione dei Dati del Consiglio d'Europa, 28 gennaio 1981, n. 108, sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, in *Codice di Procedura penale europea*, a cura di Buzzelli, Mazza, cit., 638 ss.

<sup>14</sup> Sebbene non sia tutelato direttamente dalla Carta fondamentale (quanto meno, non attraverso lo schema regola-eccezione riscontrabile nell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo e già delineato per altri valori fondamentali negli artt. 13 e 14 Cost.), il diritto alla vita privata si configura come un "attributo" di valori garantiti dalla Costituzione in via generale (artt. 2 e 3 Cost.) e riconosciuti come inviolabili nell'art. 2 Cost. ovvero come un complemento di diritti tutelati in via speciale dagli artt. 13-15 Cost. Quanto al fondamento costituzionale della privacy individuabile nell'art. 2 Cost., si veda C. cost., sent. 12 aprile

le dimensioni sempre più ampie<sup>15</sup>, tanto da racchiudere al suo interno anche la tutela della integrità della identità personale, cui è riconducibile, a sua volta, l'identità genetica. Infatti, le informazioni genetiche rientrano tra i dati personali e il diritto alla protezione di questi ultimi trova un preciso riconoscimento normativo nell'art. 2, co. 1, decreto legislativo n. 196 del 2003<sup>16</sup>. Il fenomeno della tutela del dato genetico è complesso e riguarda, per un verso, la intangibilità della sfera privata contro aggressioni esterne, per altro verso – ed è questo l'aspetto innovativo – comprende il diritto dell'interessato a esercitare un controllo sulla circolazione delle proprie informazioni personali<sup>17</sup>. Con parti-

---

1973, n. 38, in *Giur. cost.*, 1973, 362. V., altresì, C. cost., ord. 13 febbraio 1995, n. 37, in *Giur. cost.*, 1995, 384; Id., sent. 26 marzo 1990, n. 139, *ivi*, 1990, 787; Id., sent. 6 aprile 1973, n. 34, *ivi*, 1973, 316. Più di recente, ai sensi di cui in motivazione, C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 320, in *Giur. cost.*, 2009, 4810. Per una interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost., v. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006, 20 ss. Nella dottrina processualpenalistica, v., tra gli altri, BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003, 30 ss.; CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 73 ss.; FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, 62 ss.; UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Seconda edizione, Torino, 2007, 201.

<sup>15</sup> Il diritto alla vita privata non coincide più solo con l'interesse alla «conoscenza esclusiva delle vicende proprie», ma spazia verso l'interesse alla «utilizzazione senza interferenze esterne» dei propri dati personali, «sui quali si intende mantenere una sfera di legittimo riserbo». Così, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, a cura di L. Conti, 12<sup>a</sup> ed., Milano, 1996, 211; v. anche RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. dir.*, 1991, 521.

<sup>16</sup> La disposizione di cui all'art. 2, co. 1, decreto legislativo n. 196 del 2003 (Codice della *privacy*) prevede che il trattamento dei dati personali debba svolgersi nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali. Il legislatore ha qui inteso la «riservatezza» in senso ampio, come derivazione del concetto di dignità dell'individuo e sembra averla configurata come un valore autonomo rispetto al diritto alla tutela dei dati personali: cfr. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale*, cit., 66. Si è rilevato come la mancanza di una definizione puntuale di riservatezza sia ascrivibile a una precisa scelta normativa: là dove il legislatore delinea una semplice enumerazione dei contenuti della riservatezza, sembra prevalere l'intento pragmatico di privilegiare la finalità di tutela dei dati personali rispetto all'idea di ancorarsi ad una demarcazione concettuale che sarebbe risultata inevitabilmente troppo restrittiva: FAMIGLIETTI, *Il diritto alla riservatezza o la riservatezza come diritto. Appunti in tema di riservatezza ed intimità sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale e del Tribunal constitucional*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di D'Aloia, Torino, 2005, 302 ss.

<sup>17</sup> Una tutela di questo aspetto del diritto alla protezione dei dati personali si può riscontrare nell'art. 7 del Codice della *privacy*, secondo cui l'interessato ha diritto di ottenere la conferma dell'esistenza o meno di dati che lo riguardano e la loro comunicazione. In dottrina, sul diritto alla *privacy* come esercizio della facoltà di «autodeterminazione informativa» sui propri dati personali, FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., 78 ss.; v. anche CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, cit., 15. Nella cultura anglosassone si parla di *informational privacy*, *privacy* genetica, *privacy* sulle informazioni genetiche, facendo riferimento anche ad un «*right to be able to exercise a personal and discretionary control over the use of genetic services*»: WILLIAMS, JOHNSON, MARTIN, *Genetic Information & Crime Investigation. Social, Ethical and Public Policy Aspects of the Establishment, Expansion and Police Use of the National DNA Database*, 2004, 78, in [www.dur.ac.uk](http://www.dur.ac.uk)

colare riguardo alla conservazione di campioni e di profili del DNA ai fini di giustizia, sorge il problema di salvaguardare la privatezza nella sua più specifica accezione di segretezza<sup>18</sup>, giacché occorre garantire che le informazioni genetiche dell'individuo non siano sempre, in tutti i casi, conoscibili da parte dei pubblici poteri e che non rimangano depositate nella banca dati illimitatamente, ma solo per un periodo di tempo determinato. In questa prospettiva, occorre che l'ordinamento riconosca il cd. "diritto all'oblio"<sup>19</sup>. Non si pone, invece, in modo così preoccupante un problema di riservatezza, almeno nel sistema italiano, in quanto l'art. 12, co. 5, Legge n. 85 del 2009 stabilisce il divieto di divulgazione dei dati di cui il personale autorizzato sia venuto a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni, prevedendo altresì una sanzione penale per il pubblico ufficiale che comunichi o faccia uso dei dati in violazione di tale divieto<sup>20</sup>.

Accanto alla dimensione soggettiva della privatezza, fin qui descritta, vi è un altro aspetto di questo diritto fondamentale, che ha riguardo al suo collegamento con il processo penale<sup>21</sup>. Il diritto alla vita privata può essere, infatti, inteso anche come limite al procedere penale<sup>22</sup>. Se l'esigenza di tutela della privatezza può costituire un limite all'incedere delle investigazioni, occorre, di conseguenza, che siano previsti dal legislatore i casi, le modalità e le condizioni in cui sia consentita una ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata. Pertanto, anche in tema di conservazione di dati biometrici, le disposizioni normative devono definire, in modo sufficientemente dettagliato, l'ambito del potere di ritenzione dei suddetti dati ai fini investigativi.

Nella prospettiva di inquadrare queste problematiche in una cornice europea, si farà necessariamente riferimento all'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, come interpretato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare, si

---

<sup>18</sup> Il concetto generale di privatezza è declinabile nelle *species* della segretezza e della riservatezza: la prima consiste nella «esigenza di salvaguardare che notizie attinenti a vicende personali non siano conoscibili da terzi», mentre la riservatezza corrisponde all'interesse a che le suddette notizie non vengano «divulgate da chi ne sia venuto legittimamente al corrente, salvo che l'interessato presti il suo consenso», così UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., 201.

<sup>19</sup> Sul tema, MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio*, Napoli, 2009.

<sup>20</sup> Con la tutela penale dei dati genetici si intende salvaguardare, oltre al diritto alla riservatezza dei dati personali, anche l'interesse pubblicistico alla genuinità dei dati.

<sup>21</sup> Per la distinzione tra diritti fondamentali *del* processo penale e *nel* processo penale, i primi con una valenza di garanzia epistemologica, i secondi di natura extraprocessuale e sottoponibili a restrizione nell'ambito del processo penale, v. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 193.

<sup>22</sup> Questo aspetto era stato messo in luce, già alla fine degli anni sessanta, da PISANI, *La tutela penale della "riservatezza": aspetti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 787. Successivamente, BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, cit., 2.

affronterà, alla luce della decisione pronunciata nel caso *S. e Marper c. Regno Unito* del 2008<sup>23</sup>, la delicata questione attinente alla legittimità della conservazione nella banca dati genetica, per un tempo illimitato, di campioni e di profili del DNA di persone non condannate.

### 3. La decisione *S. e Marper c. Regno Unito*: violazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo

I principi affermati nella sentenza *S. e Marper c. Regno Unito* sono per buona parte riconducibili all'ambito di tutela del diritto al rispetto della vita privata<sup>24</sup>.

In primo luogo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la semplice conservazione nella banca dati del DNA, tanto di campioni, quanto dei relativi profili<sup>25</sup>, costituisca una ingerenza nella sfera di privacy di qualsiasi persona, a prescindere dallo *status* dei soggetti coinvolti (condannati o non condannati) e da un eventuale successivo utilizzo delle informazioni conservate<sup>26</sup>. Neppure rileva che venga arrecato o meno un pregiudizio immedia-

---

<sup>23</sup>Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*.

<sup>24</sup>Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, § 66-129. Da qui in avanti, con riferimento a questa decisione, si indicheranno in nota soltanto i numeri dei paragrafi cui si riferisce, di volta in volta, la citazione.

<sup>25</sup> Il profilo del DNA contiene il dato tecnico, in forma di codice, dell'unica sequenza alfanumerica propria di ogni persona, attraverso la quale si è in grado, non solo di effettuare, se necessario, l'identificazione di un soggetto in presenza di una concordanza con un altro profilo contenuto nella banca dati, ma anche di scoprire le relazioni genetiche tra individui e di ricostruire l'origine etnica della persona (cfr. § 74-76). Nel caso specifico preso in esame dalla Corte, si trattava di profili generati da campioni biologici prelevati da soggetti determinati, la cui identità era comunque riferibile al profilo mediante l'uso di tecnologie informatiche. Peraltro, si può ritenere che anche la conservazione di profili del DNA "anonimi" costituisca, alla luce della giurisprudenza europea, una interferenza nella vita privata: nella stessa sentenza *S. e Marper c. Regno Unito*, si afferma infatti (§ 85 e 86) che la *retention*, in un sistema di *database*, di impronte digitali di soggetti non identificati rappresenta una ingerenza nel diritto alla privacy, poiché, in questo caso, a differenza del deposito in un fascicolo processuale, lo *storage* permanente e sistematico di un dato personale può far cadere l'anonimato, rendendo sempre "identificabile" l'individuo attraverso il raffronto con altre informazioni già codificate nella banca dati. Queste conclusioni, espresse dalla Corte con riferimento alle impronte digitali, possono essere ritenute valide, a maggior ragione, anche per i profili genetici, dal momento che, come ripetuto più volte nella sentenza in esame, la conservazione di questi dati ha un più alto impatto sulla vita privata rispetto alla *retention* delle impronte digitali (§ 69 e 86).

Quanto al problema riguardante le relazioni familiari desumibili dai dati genetici e, dunque, la necessità di tutelare anche persone diverse dall'indagato, la stessa Corte europea, in un passo della sentenza, dà espressamente rilievo agli «interessi della collettività nel suo complesso alla protezione dei dati» (§ 104).

<sup>26</sup> V. § 67, 70 e 71. La Corte ritiene che l'ulteriore doglianza dei ricorrenti relativa al successivo uso dei dati genetici venga assorbita in quella principale relativa alla *retention* (§ 121 e 125).



to nel caso specifico<sup>27</sup>.

Le doglianze oggetto del ricorso si incentravano sull'interesse alla cancellazione dei profili genetici e alla distruzione dei campioni biologici e delle impronte digitali<sup>28</sup>, ritenuto dai giudici di Strasburgo riconducibile all'esercizio del diritto alla vita privata garantito dall'art. 8 Conv. eur. dir. uomo<sup>29</sup>. In particolare, i due ricorrenti non erano stati condannati in esito al procedimento penale svoltosi nei loro confronti<sup>30</sup> e ritenevano ingiustificata, ai sensi dell'art. 8§2 Conv. eur. dir. uomo, la conservazione illimitata dei loro dati biometrici nella banca dati nazionale inglese.

La Corte procede, dunque, per gradi agli accertamenti richiesti dall'art. 8§2 Conv. eur. dir. uomo, verificando, nel caso concreto, la legittimità della interferenza nella vita privata dei ricorrenti.

Innanzitutto, affinché l'ingerenza possa ritenersi giustificata, deve essere prevista dalla legge<sup>31</sup>. Con particolare riferimento alla conservazione di informazioni genetiche, occorrono regole dettagliate che prevedano le condizioni e le modalità di applicazione di tale misura, nonché le garanzie minime riguardanti, *inter alia*, la sua durata, l'utilizzo delle informazioni, l'accesso di terzi, le procedure volte a preservare l'integrità e la riservatezza dei dati e, ancora, le modalità di distruzione degli stessi, in modo da evitare eventuali abusi o usi impropri<sup>32</sup>, specialmente se le tecnologie disponibili nella codificazione dei

---

<sup>27</sup> V. § 73.

<sup>28</sup> Il ricorso riguardava anche la conservazione di impronte digitali, ma la Corte ha esaminato separatamente la *retention* delle impronte dattiloscopiche da quella, più delicata, dei campioni e dei profili del DNA (§ 69).

<sup>29</sup> V. § 77.

<sup>30</sup> Il primo ricorrente, *L.S.*, ragazzo minorenni, all'epoca del fatto di anni undici, arrestato per tentata rapina e poi sottoposto al prelievo di un campione biologico, veniva assolto nello stesso anno. L'altro ricorrente, *Michael Marper* era stato arrestato con l'accusa di molestie nei confronti della compagna; anche a lui veniva prelevato un campione per l'esame del DNA. Il procedimento nei suoi confronti veniva poi formalmente archiviato. I ricorrenti, entrambi cittadini inglesi, richiedevano alle autorità nazionali che i dati del DNA venissero distrutti. Dopo il rigetto della richiesta da parte della polizia, i due si erano rivolti alle Corti nazionali interne, ma avendo ottenuto sempre pronunce di segno negativo, presentavano ricorso al giudice di Strasburgo.

<sup>31</sup> Nella giurisprudenza europea si richiede che la legge, quale nozione autonoma (v., in dottrina, *UBERTIS, L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, f. 1, 27), sia adeguatamente accessibile e prevedibile e, altresì, che disciplini in modo chiaro e preciso quali siano le interferenze consentite. Tra le altre, Corte eur. dir. uomo, 11 febbraio 2011, *Dimitrov-Kazarov c. Bulgaria*, § 32; Id., Grande Camera, 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*, § 56; Id., 25 marzo 1998, *Kopp c. Svizzera*, § 64.

<sup>32</sup> V. § 99, ove la Corte ribadisce che una chiara e dettagliata disciplina è essenziale in questa materia, così come per le intercettazioni telefoniche (tra le molte, Corte eur. dir. uomo, 1 luglio 2008, *Liberty e altri c. Regno Unito*; Id., 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*; Id., 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*;

dati siano in continuo perfezionamento<sup>33</sup>. La valutazione inerente al requisito della *quality of the law* viene tuttavia assorbita all'interno della questione più ampia relativa al presupposto della «necessità in una società democratica», di cui all'art. 8§2 Conv. eur. dir. uomo<sup>34</sup>.

Il secondo passaggio del processo di verifica sottoposto all'attenzione della Corte si incentra sul requisito dello «scopo legittimo» che deve essere conseguito attraverso l'ingerenza della pubblica autorità. Nel caso di specie, la conservazione dei dati del DNA è stata effettuata per perseguire un fine legittimo, vale a dire la prevenzione dei reati e l'individuazione degli autori di futuri delitti<sup>35</sup>.

Al terzo gradino della valutazione spettante al giudice europeo sulle misure limitative della privacy adottate dallo Stato membro si colloca il parametro della necessità di queste misure in una società democratica. E' questo il punto cruciale della decisione in esame, in cui l'argomentazione appare più lunga e articolata. Si tratta, peraltro, di una delle poche occasioni nella quale Corte esamina un ricorso sull'art. 8 Conv. eur. dir. uomo anche sotto questo profilo, ove normalmente sono molto più numerose le sentenze in cui viene presa in considerazione soltanto la «qualità della legge».

Come è noto, a partire dalla sentenza *Handyside* del 1976, la Corte europea ha ricordato il concetto di necessità alla proporzionalità dell'ingerenza rispetto allo scopo legittimo perseguito<sup>36</sup>. Ciascuna autorità statale, cui spetta riempire di contenuto l'argomento inerente al criterio di proporzionalità, di-

v. anche Corte eur. dir. uomo, 30 luglio 1998, *Valenzuela Contreras c. Spagna*, § 46), per le misure segrete di sorveglianza (Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 2007, *Ekimdzhiiev c. Bulgaria*), nonché con riguardo alla raccolta di informazioni di *intelligence* (Corte eur. dir. uomo, 4 maggio 2000, *Rotaru c. Romania*).

<sup>33</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, § 66-68.

<sup>34</sup> V. § 99. La Corte rileva, comunque, che nell'ordinamento britannico esiste, in materia, una base normativa, osservando come questa risulti assai poco precisa, là dove fa riferimento, in termini molto generici, alla *DNA retention* per finalità connesse alla prevenzione dei reati (*Criminal Justice and Police Act 2001*, che aveva modificato - tramite la *sec. 82* - la *section 64* del *Police and Criminal Evidence Act 1984*). Questa disciplina è stata oggi riformata dal *Protection of Freedoms Act 2012* (v. *infra*, § 8).

<sup>35</sup> V. § 100.

<sup>36</sup> Corte eur. dir. uomo, sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, § 48-49. La Corte ha escluso interpretazioni troppo larghe o, all'opposto, eccessivamente rigorose della nozione di «necessità»: non è richiesta l'indispensabilità dell'ingerenza. I giudici non hanno, infatti, desunto dal requisito della necessità un principio di sussidiarietà (UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2009, 127), ma neppure un concetto di mera accettabilità dell'ingerenza nella vita privata. Successivamente, la Corte ha collegato la nozione di necessità ad ulteriori parametri, chiarendo come l'ingerenza debba anche fondarsi su un bisogno sociale pressante, imperativo ed essere sottoposta ad un sistema di controllo adeguato ed effettivo che tuteli l'individuo contro ogni eventuale forma di abuso (Corte eur. dir. uomo, sent. 16 dicembre 1997, *Camenzind c. Svizzera*, § 44-45).

sponde di un certo margine di apprezzamento, la cui ampiezza tende a restringersi ovvero ad aumentare a seconda che, rispettivamente, sia elevata o scarsa l'importanza del diritto individuale da tutelare<sup>37</sup>. Se la protezione dei dati personali già riveste una fondamentale rilevanza ai fini dell'esercizio individuale del diritto alla privacy, ancora più delicata e di estrema importanza, tanto per la persona interessata, quanto per i membri della sua famiglia, appare la protezione delle informazioni relative al DNA<sup>38</sup>. E' evidente, perciò, che in questo campo gli spazi di discrezionalità di ogni Stato nel consentire interferenze nella vita privata si riducono notevolmente, anche a causa di un forte consenso europeo<sup>39</sup>, vale a dire di una certa uniformità tra le soluzioni adottate dagli Stati membri, per la maggior parte orientati nel senso di fissare limiti temporali alla conservazione e all'utilizzo dei dati genetici<sup>40</sup>.

In linea generale, la Corte europea richiede che la conservazione dei dati di carattere personale sia proporzionata agli scopi della raccolta e che sia limitata nel tempo<sup>41</sup>. Sono principi ormai radicati negli ordinamenti degli Stati contraenti, in conformità non solo alla Convenzione del Consiglio d'Europa n. 108 del 1981 sulla protezione dei dati<sup>42</sup>, ma anche alle successive Raccomandazioni del Comitato dei ministri, tra cui la Raccomandazione n. 1 del 1992<sup>43</sup>.

La questione specifica risolta nel caso *S. e Marper c. Regno Unito* è però quella relativa alla proporzionalità o meno della ingerenza rappresentata dalla conservazione *sine die* di campioni biologici e di profili desossiribonucleici di persone non perseguite penalmente o non condannate<sup>44</sup>.

<sup>37</sup> Cfr., ancora, Corte eur. dir. uomo, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, § 57. V. § 102, sent. *S. e Marper*.

<sup>38</sup> V. § 103.

<sup>39</sup> Tra consenso europeo e ampiezza del margine di apprezzamento esiste una relazione di proporzionalità inversa. In linea generale, quando vi è un consenso di opinioni a livello europeo, il margine di apprezzamento si restringe; mentre ove tale consenso manchi, la possibilità di valutazione del singolo Stato risulta particolarmente ampia (Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S.H. c. Austria*, § 94).

<sup>40</sup> V. § 112.

<sup>41</sup> V. § 107.

<sup>42</sup> Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, 28 gennaio 1981, n. 108, in *Codice di Procedura penale europea*, cit., 638 ss., il cui art. 5 dispone che i dati a carattere personale debbano, tra l'altro, essere conservati in una forma che consenta l'identificazione delle persone e «per una durata non superiore a quella necessaria ai fini per i quali sono registrati».

<sup>43</sup> Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri diretta a disciplinare l'utilizzo dei dati a carattere personale nel settore di polizia, 17 settembre 1987, n. 15, in *Codice di Procedura penale europea*, cit., 693 ss.; Raccomandazione del Comitato dei ministri del 10 febbraio 1992, n. 1, cit., 1070 ss.

<sup>44</sup> Per quanto concerne, invece, le persone condannate, la *retention* (limitata nel tempo, ma anche non

Pur richiamando la Raccomandazione n. 1 del 1992<sup>45</sup> e la normativa della maggior parte degli Stati membri<sup>46</sup>, la Corte non richiede espressamente la distruzione immediata dei campioni delle persone non condannate.

I giudici europei consentono alle autorità statali di adottare un approccio selettivo tra le differenti tipologie di fattispecie incriminatrici e richiedono l'applicazione di durate limitate di conservazione dei dati genetici anche nei casi di reati più gravi<sup>47</sup>.

Si deve tenere presente che la legislazione vigente nel Regno Unito al tempo della sentenza *S. e Marper* era l'unica in Europa a consentire la *retention* illimitata dei campioni e dei *DNA profiles* di persone solo sospettate di aver commesso un reato, poi non perseguite o prosciolte, di qualsiasi età e senza aver riguardo alla gravità del reato. Questo assetto normativo viene considerato dalla Corte non sufficientemente ancorato a ragioni accettabili<sup>48</sup>.

Pertanto, la conservazione illimitata, indifferenziata e incondizionata di impronte digitali, campioni biologici e profili genetici di soggetti non condannati, così come prevista nella legislazione inglese, senza la possibilità di un riesame delle motivazioni della ritenzione e senza il richiamo a criteri predefiniti, quali l'età della persona, la natura e la gravità del reato, viene ritenuta dalla Corte non proporzionata e non rispettosa di un corretto bilanciamento tra gli inte-

---

limitata) dei dati genetici di tali soggetti è stata ritenuta, nella giurisprudenza della Corte europea, proporzionata rispetto allo scopo di prevenzione dei reati: Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *W. c. Olanda*; Id., 7 dicembre 2006, *Van der Velden c. Olanda*, entrambe riportate in [www.coe.int](http://www.coe.int), *Report of the Research Division of the European Court of Human Rights on Bioethics and the case-law of the ECHR (working document)*, 47 ss.

<sup>45</sup> L'art. 8, co. 1, della Racc. n. 92/1 dispone che i *campioni* biologici non debbano essere conservati dopo la pronuncia della decisione definitiva (anche di condanna) sul caso per il quale i medesimi siano stati raccolti, a meno che la conservazione non sia necessaria per finalità direttamente collegate a quelle per le quali sia era proceduto al prelievo.

<sup>46</sup> La legislazione della maggioranza degli Stati membri prevede, in caso di archiviazione o di proscioglimento dell'imputato, la distruzione immediata dei campioni biologici. V. § 108 e 109.

<sup>47</sup> V. § 110. Con ciò, tuttavia, la Corte europea dimostra di adottare uno *standard* di tutela meno elevato di quello risultante dalla Raccomandazione n. 92/1, secondo cui, là dove manchi la condanna dell'imputato, la conservazione dei dati genetici è possibile solo ed esclusivamente qualora sia in gioco la sicurezza dello Stato e, anche per questo particolare caso, la legislazione interna ad ogni Stato deve stabilire comunque dei termini ristretti entro cui è consentita la ritenzione delle informazioni (art. 8, co. 4, Racc. n. 92/1). Anche con riferimento alle normative già presenti all'interno degli Stati europei i giudici di Strasburgo adottano un livello piuttosto basso di tutela: infatti, la maggior parte degli ordinamenti prevede la cancellazione dei profili, *immediatamente* o entro un certo periodo di tempo dalla conclusione del procedimento (v. § 108 e 109).

<sup>48</sup> V. § 114 e 119. La Corte non ritiene convincente l'argomentazione del *Government* basata su alcune statistiche che proverebbero come, senza questa conservazione indiscriminata, non sarebbe stata possibile l'identificazione degli autori di molti reati. In realtà, le statistiche non erano, nella specie, idonee a dimostrare con certezza il nesso di causalità tra i due eventi (§ 115-117).

ressi pubblici e privati in gioco<sup>49</sup>.

Nel giustificare l'interferenza nel diritto alla privacy, secondo la Corte europea, ogni Stato deve dare un'adeguata motivazione, basata su criteri di ragionevolezza, al fine di realizzare un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico alla prevenzione dei reati e quello del singolo al rispetto della vita privata<sup>50</sup>. Ove vi sia una debole probabilità di commissione di reati, che peraltro neppure si profila in questo caso (a fronte della declaratoria della mancanza di responsabilità per il fatto originariamente contestato), difficilmente sarà giustificata una sorveglianza illimitata o di lunga durata<sup>51</sup>.

Viceversa, in applicazione dei medesimi parametri di ragionevolezza, è possibile giungere a conclusioni di segno opposto. Ad esempio, nelle sentenze *Bouchcourt*, *Gardel* e *M.B.*<sup>52</sup>, rese contro la Francia nel dicembre 2009, la Corte europea ha riscontrato la compatibilità con l'art. 8 Conv. eur. dir. uomo di un sistema<sup>53</sup> che prevede la registrazione automatica e la conservazione per un periodo massimo di trent'anni dei dati relativi all'identità, all'indirizzo e alla residenza di soggetti condannati per reati sessuali, con l'obbligo in capo all'interessato di comunicare ogni cambiamento di residenza nel termine di cinque giorni dallo stesso. I giudici di Strasburgo hanno affermato come la schedatura prevista dalla legislazione francese fosse giustificata in virtù della gravità dei reati in relazione ai quali viene effettuata e come essa presentasse, inoltre, garanzie sufficienti e adeguate con riguardo al rispetto della vita privata<sup>54</sup>. E' evidente come, in questo caso, a fronte di un allarme sociale molto alto, l'interferenza sia meno invasiva rispetto a quella rappresentata dalla conservazione dei dati del DNA di soggetti non condannati.

Nella decisione *S. e Marper* si è altresì rilevato come la conservazione dei dati

---

<sup>49</sup> V. § 125.

<sup>50</sup> V. § 101. La semplice motivazione "utilità per le indagini" non è, per esempio, sufficiente a giustificare l'interferenza. Il bilanciamento di cui parla la Corte deve essere attuato «con attenzione» e in modo da non indebolire la protezione offerta dall'art. 8 Conv. eur. dir. uomo (§ 112).

<sup>51</sup> Secondo la Corte europea, qualsiasi sistema segreto di sorveglianza o di lotta al terrorismo, pur finalizzato al mantenimento della sicurezza nazionale, comporta il rischio di minare la democrazia che si presume di difendere (Corte eur. dir. uomo, 6 settembre 1978, *Klass e altri c. Germania*, § 49).

<sup>52</sup> Corte eur. dir. uomo, 17 dicembre 2009, *Bouchacourt c. Francia*, § 70, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 325; Id., 17 dicembre 2009, *Gardel c. Francia*, § 71; Id., 17 dicembre 2009, *M.B. c. Francia*, § 62.

<sup>53</sup> Sistema c.d. FIJAIS (*Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles*), introdotto nell'ordinamento francese dalla l. 9 marzo 2004, n. 204.

<sup>54</sup> All'interessato è riconosciuto per legge il diritto ad ottenere la cancellazione dei propri dati quando la loro conservazione non è ritenuta più necessaria per il tempo trascorso dall'ultimo reato, per l'età della persona e per l'attenuazione della sua pericolosità sociale.

personali del primo ricorrente si debba considerare particolarmente dannosa, in ragione della sua situazione di minorenni e, quindi, dell'importanza del suo sviluppo e della sua integrazione nella società<sup>55</sup>.

In definitiva, i giudici europei ritengono che la conservazione in questione costituisca una ingerenza sproporzionata nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata e che non possa essere considerata come necessaria in una società democratica<sup>56</sup>. La Corte europea conclude, pertanto, affermando che si è verificata, nel caso di specie, una violazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo<sup>57</sup>.

#### 4. (*Segue*). La motivazione sulla presunzione d'innocenza

La problematica inerente alla presunzione d'innocenza emerge nella decisione *S. e Marper c. Regno Unito* nell'ambito delle argomentazioni concernenti la violazione del diritto alla vita privata<sup>58</sup>, nonostante la Corte stessa ne rilevi il profondo nesso con la doglianza relativa all'art. 14 Conv. eur. dir. uomo sulla disparità di trattamento tra soggetti non condannati e persone mai sospettate di un reato, le cui informazioni genetiche devono essere immediatamente distrutte<sup>59</sup>. I giudici europei ritengono la questione di cui all'art. 14 Conv. eur. dir. uomo assorbita nelle conclusioni relative alla violazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo e, dunque, reputano irragionevole la differenziazione di trattamento che ha coinvolto i ricorrenti nel caso di specie<sup>60</sup>.

Secondo i giudici di Strasburgo, lo *status* giuridico di persona non condannata implica il riconoscimento del diritto alla presunzione d'innocenza. Ciò comporta l'applicazione della regola generale secondo cui non possono essere più espressi convincimenti colpevolisti e neppure opinioni di sospetto sulla innocenza di un imputato, una volta che costui sia stato assolto. Poiché la conser-

---

<sup>55</sup> V. § 124. La Corte richiama in proposito l'art. 40 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 e dà rilievo alla particolare posizione dei minori nel sistema di giustizia penale, sottolineando la necessità che nel corso dei procedimenti penali sia rispettata la vita privata di questi ultimi. In particolare, occorre prestare una particolare attenzione alla protezione dei minorenni da qualsiasi pregiudizio possa scaturire dalla conservazione da parte delle autorità pubbliche dei loro dati, successivamente ad una definizione del procedimento senza una condanna.

<sup>56</sup> V. § 125.

<sup>57</sup> V. § 126.

<sup>58</sup> V. § 122 e 123.

<sup>59</sup> V. § 127.

<sup>60</sup> V. § 127, ove si afferma che la conservazione nella banca dati di materiali riguardanti persone che dovrebbero essere destinatari della presunzione d'innocenza è una differenziazione di trattamento del tutto illegittima e pregiudizievole.

vazione *sine die* dei campioni e dei profili genetici costituisce un trattamento che espone i soggetti non condannati a un rischio di stigmatizzazione, ne deriva che esso non si pone in linea con lo spirito della presunzione d'innocenza<sup>61</sup>. Inoltre, la Corte ritiene che la giustificazione data, nel caso di specie, dal Regno Unito, basata sostanzialmente sulla necessità di incrementare l'utilizzo della banca dati ai fini di identificazione degli autori di reato, sia contraddittoria<sup>62</sup> e insufficiente<sup>63</sup>. Appare altresì superato dalla Corte l'argomento secondo cui la differenza di trattamento dedotta dai ricorrenti sarebbe oggettivamente giustificata poiché non si baserebbe su uno *status* o su una particolare condizione soggettiva, bensì su un fatto storico<sup>64</sup>: per i giudici europei, anche ai fini della presunzione d'innocenza, nel caso di specie si configura una disparità di trattamento in diritto e non in fatto<sup>65</sup>.

Il ragionamento espresso nella sentenza *S. e Marper c. Regno Unito* non è del tutto scontato e deve esserne compresa la portata, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea sul tema.

---

<sup>61</sup> E' questo, in sintesi, il percorso logico ricavabile dalla motivazione di *S. e Marper c. Regno Unito*. La Corte esprime una seria preoccupazione per «il rischio di stigmatizzazione derivante dal fatto che persone nella medesima posizione di quella dei ricorrenti [uno prosciolto, l'altro archiviato], che non sono state condannate per alcun reato e che hanno diritto alla presunzione d'innocenza, siano trattate alla stessa stregua di condannati» (§ 122).

<sup>62</sup> ...in quanto difficilmente conciliabile con l'obbligo di distruzione imposto, invece, dalla *section 64(3)* del *Police and Criminal Evidence Act 1984* per i campioni di chi si sia sottoposto volontariamente al prelievo: v. § 123.

<sup>63</sup> Si afferma infatti (v. § 123) che il Regno Unito avrebbe dovuto presentare argomentazioni di peso ben maggiore affinché la Corte europea potesse giustificare una differenza di trattamento tra i dati personali dei ricorrenti e quelli di altre persone mai sospettate di un reato (come ad esempio i volontari). La Corte sembra muoversi su una linea comune a quella della cultura giuridica inglese di orientamento liberale, v. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, ed. ital., cit., 290.

<sup>64</sup> V. § 128-129. Il Regno Unito riprende qui l'argomentazione della *House of Lords* (decisione del 22 luglio 2004, di conferma della pronuncia della *Court of Appeal* che rigettava l'appello di *S. e Marper*) con cui Lord Steyn aveva asserito che la *retention* di impronte digitali e di campioni del DNA non fosse discriminatoria, in quanto si basava non su uno *status* ai sensi dell'art. 14 Conv. eur. dir. uomo, ma su un fatto storico, rappresentato dalla avvenuta identificazione di polizia, effettuata attraverso il prelievo legittimo delle impronte e dei campioni biologici. Pertanto, i ricorrenti non avrebbero potuto essere considerati nella medesima situazione di coloro i quali non fossero mai stati accusati o coinvolti in un procedimento penale. Di diverso avviso si era già mostrata la Corte europea (C. eur. dir. uomo, Sez. IV, 16 gennaio 2007, *S. e Marper*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2007, 3, 310), che aveva dichiarato ammissibile il ricorso di *S. e Marper*, proprio (e anche) con riferimento alla doglianza relativa all'art. 14 Conv. eur. dir. uomo, adottando una interpretazione lata del concetto di «altro *status*» di cui all'art. 14, comprensiva anche di situazioni legate in qualche modo a fatti storici (nello stesso senso, v. C. eur. dir. uomo, sent. 27 luglio 2004, *Sidabras e Dziutas c. Lituania*, § 40-41). Cfr. il commento alla decisione del 2007: *Commentary*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2007, 3, 311.

<sup>65</sup> Lo si desume chiaramente dalla sentenza, § 122, 128, 129 e pure dalla precedente decisione della Corte che ammetteva i ricorsi di *S. e Marper* (C. eur. dir. uomo, Sez. IV, 16 gennaio 2007, cit., 310).

Si può innanzitutto rilevare che la presunzione d'innocenza opera in questo caso come regola di trattamento<sup>66</sup>: in particolare, come regola che giustifica un diverso trattamento tra persone prosciolte e persone condannate, quanto a determinate conseguenze della sentenza. La *retention* dei dati genetici di una persona non condannata equivale a una misura che si estrinseca in un trattamento stigmatizzante, mortificante da parte dell'autorità, basato solo sul sospetto e pregiudizievole, anche in vista di un futuro uso di quei dati in un successivo procedimento. La conservazione indefinita di profili del DNA fa, allora, sorgere un problema di compatibilità con l'art. 6§2 Conv. eur. dir. uomo, in quanto essa è sintomo del mancato effetto della presunzione d'innocenza, dopo la conclusione del procedimento con pronuncia favorevole, di merito o di rito.

Invero, la Corte europea ha riconosciuto anche in altre occasioni, non solo nella decisione *S. e Marper*, il perdurare degli effetti della presunzione d'innocenza dopo la chiusura di un procedimento penale<sup>67</sup>. In particolare, è stato più volte affrontato nella giurisprudenza di Strasburgo il problema connesso ai provvedimenti pregiudizievoli che seguono la definizione del processo conclusosi con una sentenza che non accerta alcuna responsabilità ovvero con archiviazione, al fine di stabilire la compatibilità dei medesimi con la presunzione d'innocenza.

Il primo gruppo di decisioni della Corte attiene a casi in cui il procedimento si è concluso con un'assoluzione definitiva nel merito. Alla luce della regola generale (richiamata anche in *S. e Marper*) in base alla quale non è consentito esprimere convincimenti colpevolisti o sospetti sulla innocenza di un imputato dopo che costui sia stato assolto, i giudici europei hanno riscontrato una violazione dell'art. 6§2 Conv. eur. dir. uomo<sup>68</sup>.

E' chiaro il parallelismo tra le affermazioni contenute in *S. e Marper* e queste

---

<sup>66</sup> Nella dottrina italiana, per una lettura della presunzione d'innocenza come regola di trattamento dell'imputato e come regola probatoria e di giudizio, v., tra gli altri, ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 28 ss.; altresì DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 240 ss.; UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 179 ss.

<sup>67</sup> Fa notare la particolare attenzione che la Corte europea riserva alla «valenza extraprocessuale» della presunzione d'innocenza, PAULESU, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 134.

<sup>68</sup> Corte eur. dir. uomo, 25 agosto 1993, *Sekanina c. Austria*, § 29-30; v. anche Id., 17 ottobre 2002, *Vostic c. Austria*, § 20-21; Id., 21 marzo 2000, *Asan Rushiti c. Austria*, § 32. Per analoghe considerazioni di principio, pur con riguardo a fattispecie in cui la Corte non ha dichiarato alcuna violazione della presunzione d'innocenza, v. Corte eur. dir. uomo, sent. 25 agosto 1987, *Englert e Nolkenbockhoff c. Germania*, § 39-40.



decisioni, che hanno invocato l'art. 6, co. 2, Conv. eur. dir. uomo per sostenere la fondatezza di richieste di riparazione per ingiusta detenzione rigettate con la motivazione per cui sarebbero residuati dei sospetti a carico dell'imputato; là dove, nella vicenda *S. e Marper*, le richieste di cancellazione dei dati genetici dal *database* erano state rigettate dai giudici inglesi con l'argomentazione secondo cui sarebbe giustificato non differenziare il trattamento tra soggetti già sottoposti a processo, poi prosciolti, e soggetti condannati. In tutti i casi, la presunzione d'innocenza viene vista come regola che incide anche dopo la sentenza di assoluzione o di proscioglimento.

Ancora più evidente (anche per la tipologia dei provvedimenti conclusivi, non definitivi) è l'analogia tra *S. e Marper* e le pronunce della Corte europea relative a casi in cui il procedimento si è concluso con un proscioglimento, con l'archiviazione o con la declaratoria di prescrizione del reato. In questo secondo gruppo di decisioni viene elaborata la regola generale secondo la quale il principio della presunzione d'innocenza risulta violato qualora, senza una previa affermazione di responsabilità e senza garantire l'esercizio del diritto di difesa, una decisione giudiziale riguardante l'imputato rifletta una opinione circa la sua colpevolezza, non bastando in tal caso una semplice espressione di sospetto<sup>69</sup>.

Nel caso *S. e Marper*, la Corte europea si pone in linea con la sua giurisprudenza e, anzi, dimostra di sviluppare questa linea, poiché fa sì che il protrarsi degli effetti del principio della presunzione d'innocenza dopo la definizione

---

<sup>69</sup> Così, la Corte ha reputato violato il principio della presunzione d'innocenza nel caso in cui venga inflitta all'imputato una condanna al pagamento di parte delle spese giudiziali e di una indennità per le spese legali sostenute dalla vittima che abbia dato corso al processo penale terminato con la dichiarazione di *prescrizione* del reato (Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*, § 37-38). E ancora, nell'ipotesi di procedimento definito con l'*archiviazione*, si è ritenuta incompatibile con la presunzione d'innocenza la motivazione relativa ad un provvedimento di rigetto del rimborso di spese legali che abbia riportato qualche affermazione di colpevolezza o qualche apprezzamento circa la colpevolezza dell'imputato, senza che sia mai stata provata la sua colpevolezza e senza avere concesso a costui la possibilità di esercitare i propri diritti difensivi: Corte eur. dir. uomo, 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, § 59-60, ove peraltro si è negato che, automaticamente, dalla presunzione d'innocenza derivi, in caso di archiviazione, un diritto al rimborso delle spese legali. Il lasciare a carico dell'accusato le spese legali e, in generale, il perdurare di sospetti nei confronti dell'imputato, ma senza affermazioni di colpevolezza, non è stato ritenuto, di per sé, in contrasto con l'art. 6, co. 2, Conv. eur. dir. uomo (v. anche Corte eur. dir. uomo, 28 novembre 2002, *Marziano c. Italia*, § 29-36; Id., 25 agosto 1987, *Englert e Nolkenbockhoff c. Germania*, § 39-40). Tuttavia, qualora il rifiuto del rimborso delle spese legali o della riparazione per ingiusta detenzione sia argomentato sulla base di affermazioni di colpevolezza nei confronti dell'imputato, la Corte ritiene normalmente violato l'art. 6, co. 2, Conv. eur. dir. uomo: v. Corte eur. dir. uomo, 28 ottobre 2003, *Baars c. Paesi Bassi*, § 28-32, relativa ad un procedimento conclusosi senza una decisione nel merito, ma per improcedibilità dell'azione penale, dovuta alla violazione del principio di ragionevole durata del processo riconosciuta dalla Maastricht Regional Court.

del procedimento penale non implichi solo la proscrizione di convincimenti colpevolisti o di espressioni di sospetto nelle decisioni giudiziali, ma anche il divieto di comportamenti posti in essere dalle autorità nazionali che sfocino in trattamenti pregiudizievoli<sup>70</sup>, stigmatizzanti e comunque non conformi a quelli che normalmente debbono essere riservati ad una persona innocente. Vale a dire, la presunzione d'innocenza, dopo la chiusura di un procedimento, opera non solo come regola di decisione, ma anche come regola di trattamento.

La Corte ha, pertanto, il merito di delineare un nuovo spazio di operatività del principio di presunzione d'innocenza e, nel contempo, di offrire una interpretazione ampia di questo principio che comprende, nell'ambito del suo peculiare aspetto legato alla tutela della reputazione dell'individuo nella società<sup>71</sup>, anche l'interesse a non essere stigmatizzati dallo Stato, inteso come interesse extraprocessuale, posto a garanzia del singolo. L'area di tutela scaturente dalla presunzione d'innocenza risulta, così, più estesa di quella desumibile dal diritto alla privacy, che rimane racchiusa in un campo più ristretto.

Invero, nella decisione in esame i giudici europei fanno intendere che, per assicurare alle persone non condannate un trattamento dei dati genetici conforme al parametro della presunzione d'innocenza, occorrerebbe parificare questo trattamento a quello dei soggetti mai sospettati di un reato e, dunque, farlo coincidere con la distruzione immediata dei campioni e dei profili deossiribonucleici<sup>72</sup>. Non basterebbe una conservazione dei dati genetici per un periodo limitato. Ciò premesso, gli stessi giudici modellano poi la conclusione della loro argomentazione soltanto sul valore del rispetto della vita privata, ritenendo sufficiente che le legislazioni nazionali predispongano la *retention* dei dati del DNA per un tempo limitato<sup>73</sup>.

Del resto, nella sentenza *S. e Marper* non si è riscontrata una violazione dell'art. 6, co. 2, Conv. eur. dir. uomo, anche se ciò avrebbe sicuramente

---

<sup>70</sup> Già in una decisione emessa contro la Francia (Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 1995, *Alenet de Ribemont c. Francia*, § 38-41) era emerso il problema di come valutare un comportamento pregiudizievole posto in essere nel corso di una conferenza stampa da due alti funzionari di polizia in presenza del ministro degli interni: nell'occasione, la Corte aveva dichiarato la violazione dell'art. 6, co. 2, Conv. eur. dir. uomo, ma si trattava di dichiarazioni calunniose rese nei confronti di una persona arrestata e ancora sotto inchiesta.

<sup>71</sup> Per una compiuta analisi di questo specifico aspetto del diritto alla presunzione d'innocenza legato alla "reputazione", v. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, 2005, 164 e 178 ss. Di recente, v. STUMER, *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Oxford, 2010, 90.

<sup>72</sup> V. § 122.

<sup>73</sup> V. § 125.

consentito un ampliamento delle garanzie per i soggetti non condannati. Rimangono, invece, prive di tutela ipotesi come quelle previste dalla legislazione scozzese, secondo cui è possibile mantenere i profili del DNA di determinati soggetti perseguiti per gravi reati e poi prosciolti. E' questo uno schema normativo - approvato, peraltro, dalla stessa Corte<sup>74</sup> - che sembra conciliarsi con il diritto alla vita privata, ma non già con il diritto alla non stigmatizzazione. Nel percorso argomentativo della sentenza pare scorgersi una contraddizione cui la Corte non dà piena giustificazione sul piano della garanzia della presunzione d'innocenza, la quale, perciò, risulta in parte privata delle sue reali potenzialità applicative. Da un lato, si riconduce il diritto a non essere stigmatizzati dallo Stato alla presunzione di non colpevolezza, riconoscendo, in linea di principio, alle persone non condannate un diritto alla distruzione delle proprie informazioni genetiche dal *database*. Dall'altro, si mantengono effetti stigmatizzanti nei casi di non condanna per gravi reati, per far fronte ad esigenze di difesa sociale e di prevenzione del crimine.

##### 5. (*Segue*). Diritto alla non stigmatizzazione ed equità processuale

La configurazione di un diritto alla non stigmatizzazione come valore ricompreso nella sfera della presunzione d'innocenza, se rapportata a tutte le sue possibili conseguenze giuridiche, consente di ritenere coperte da una tutela processuale contro ritenzioni illegittime di dati genetici le persone nei cui confronti il procedimento si è concluso senza una condanna. Infatti, l'elaborazione giurisprudenziale della nozione autonoma di "accusa" dimostra come la Corte di Strasburgo abbia aderito all'idea di considerare ancora "accusato di un reato", ai fini del significato di cui all'art. 6 comma 2 Conv. eur. dir. uomo, un soggetto già prosciolto (ad esempio, per prescrizione del reato)<sup>75</sup> o assolto in via definitiva<sup>76</sup>, ritenendo dunque applicabile anche in queste situazioni l'art. 6 comma 2 Conv. eur. dir. uomo. Allo stesso modo, sono garantite da un diritto a non essere stigmatizzate, tramite la presunzione di non colpevolezza, le persone sospettate di un reato e poi indagate, il cui procedimento è stato definito con l'archiviazione: come è noto, la nozione di *charge*, da cui nasce per l'"accusato" il diritto alla presunzione d'innocenza (e il diritto all'equo processo), non è da intendersi in senso formale, ma materiale, con

---

<sup>74</sup> V. § 109.

<sup>75</sup> Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*, § 32-33.

<sup>76</sup> Corte eur. dir. uomo, 25 agosto 1993, *Sekanina c. Austria*, § 22.

ciò bastando la notificazione del rimprovero di aver commesso un'infrazione penale<sup>77</sup>, non richiedendosi necessariamente il provvedimento di rinvio a giudizio.

Alla luce di questi rilievi sistematici, sembra piuttosto infruttuosa la proposta, avanzata in dottrina, di separare da altre garanzie processuali l'interesse a non essere stigmatizzati, elevandolo a diritto autonomo, per poter disporre di un rimedio efficace contro la *non-conviction DNA retention*<sup>78</sup>. Si è già rilevato<sup>79</sup> come il diritto alla non stigmatizzazione debba considerarsi incluso nella nozione di presunzione d'innocenza. E, a sua volta, la presunzione d'innocenza, intesa sotto il profilo di salvaguardia della reputazione, è sufficiente per assicurare al singolo una protezione da conservazioni di informazioni genetiche che si protraggano anche dopo la definizione in senso favorevole del processo.

Semmai, il diritto a non essere stigmatizzati dallo Stato può rappresentare un valore implicito nella nozione di *fairness* processuale, dato che anche il principio di presunzione d'innocenza costituisce una proiezione del diritto ad un equo processo. E, in ogni caso, la garanzia contro la stigmatizzazione, quale espressione di un principio inalterabile, è uno dei valori etico-politici riconducibili alla *natural justice*. Su un piano normativo, questo valore può perciò annoverarsi, "a buon diritto", tra i precetti impliciti nell'art. 6 della Convenzione europea che contribuiscono a dare forma a quell'unitario apparato garantistico rappresentato dal *fair trial*<sup>80</sup>. Non vi è processo equo tutte le volte

<sup>77</sup> Corte eur. dir. uomo, 27 febbraio 1980, *Deweert c. Belgio*, § 44-46. In varie pronunce successive, la Corte ha individuato i momenti iniziali del procedimento identificabili con l'"accusa": ad esempio, l'arresto in flagranza (Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 1991, *Maj c. Italia*, § 13), la notifica dell'informazione di garanzia (Corte eur. dir. uomo, 14 dicembre 1999, *De Blasius c. Italia*, § 17), l'invito a presentarsi per rendere interrogatorio (Corte eur. dir. uomo, 12 maggio 1999, *Ledonne -n. 1-c. Italia*, § 19). Per ulteriori esemplificazioni, v. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, cit., 25 ss.

<sup>78</sup> L'idea è patrocinata da CAMPBELL, *A Rights-Based Analysis of DNA Retention: "Non-Conviction" Databases and the Liberal State*, in *Crim. Law Rev.*, 2010, 903, la quale precisa che il diritto a non essere stigmatizzati, autonomamente considerato, si rivela il più forte e persuasivo rimedio contro la *retention* illimitata dei dati del DNA di persone non condannate. La critica a questo assunto attiene soltanto al mezzo, non al fine, con il quale non si può che concordare. In linea generale, è pienamente condivisibile l'approccio adottato dalla studiosa scozzese nel rapportare il problema della conservazione del materiale genetico di persone non condannate alla tutela dei diritti umani propria di uno Stato liberale.

<sup>79</sup> V. *supra*, § 4.

<sup>80</sup> Anche con riferimento al nostro sistema processuale penale, v., sul concetto di giusto processo come unica matrice normativa cui ricondurre le diverse garanzie processuali riconosciute dalla Carta costituzionale, AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in Id., *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 131 ss.

che una persona, ancorché prosciolta, venga ufficialmente etichettata come potenziale criminale<sup>81</sup>.

Questa ricostruzione porta un grande vantaggio in termini di ampiezza della protezione dei diritti umani riconoscibili, nel contesto europeo, in capo ai soggetti prosciolti: il valore del *fair trial* è dotato infatti di un grado di tutela rafforzato e non è suscettibile di limitazioni, se non per comprovate esigenze connesse alla salvaguardia di altri diritti individuali<sup>82</sup>. Le esigenze generali di prevenzione dei reati non sono, di per sé, sufficienti a determinare una restrizione di questa garanzia fondamentale, come invece accade per altri principi derogabili, tra cui il diritto al rispetto della vita privata.

Con riferimento alla materia qui trattata, pare difficile prospettare che i giudici di Strasburgo si possano pronunciare senza tener conto né del comma 1 né del comma 2 dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, ma solo del diritto alla non stigmatizzazione quale parametro autonomo, privo di un riferimento normativo cui fare capo. Mentre in relazione a quest'ultimo non vi è alcuna elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte europea<sup>83</sup>, sono rinvenibili precedenti con riferimento ai principi dell'equo processo e della presunzione d'innocenza che comprovano come l'ambito di applicazione di queste garanzie possa estendersi, per esempio, a procedimenti successivi alla emanazione di una sentenza<sup>84</sup>.

In definitiva, non sembra utile configurare un diritto autonomo di non stigmatizzazione per far sì che le persone non condannate, i cui dati genetici vengano conservati nel *database*, possano trovare una protezione anche sotto il profilo della *fairness* processuale. Piuttosto, a questi fini, posto che il diritto alla non stigmatizzazione è riconducibile all'area di tutela dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, è importante che il valore del giusto processo e, insieme, quello

---

<sup>81</sup> Nella dottrina inglese, WILLIAMS, JOHNSON, *Genetic Policing. The uses of DNA in Police Investigations*, Abingdon, 2008, 11 ss. riconducono a problematiche concernenti il rispetto del *due process* le pratiche di polizia volte a mantenere i dati del DNA dopo la conclusione del procedimento penale: il giusto processo richiede che la *DNA retention*, se protratta oltre la fine di una investigazione, debba essere giustificata dall'esistenza di una condanna (*ivi*, 16).

<sup>82</sup> Nella giurisprudenza di Strasburgo, per il superamento di una generica nozione di "bilanciamento di interessi" e per l'adozione di criteri rigorosi in difesa del primato degli *human rights*, v., tra le altre, Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 2004, *Edwards e Lewis c. Regno Unito*, § 36-37; Id., 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, § 58; Id., 16 febbraio 2000, *Rowe e Davis c. Regno Unito*, § 61-62, 66; Id., 26 marzo 1996, *Doorson c. Olanda*, § 70-72.

<sup>83</sup> La stessa CAMPBELL, *A Rights-Based Analysis of DNA Retention*, cit., 890, riconosce che la *case law* della Corte europea «allude solo marginalmente» all'interesse a non essere stigmatizzati.

<sup>84</sup> ...in particolare, a procedimenti conseguenti ad una condanna e relativi alla confisca dei proventi di un illecito penale: Corte eur. dir. uomo, 23 settembre 2008, *Grayson e Barnham c. Regno Unito*, § 37.

della presunzione d'innocenza siano sempre ancorati al principio di legalità. E, dunque, anche in questa materia, occorre che le singole discipline nazionali stabiliscano in modo preciso se, come e quando i dati biometrici possano essere conservati nelle banche dati e utilizzati dalla polizia giudiziaria in conformità ai canoni dell'equo processo.

## 6. L'ordinamento italiano: tempi di mantenimento di profili e di campioni del DNA

Il tema inerente alla conservazione e all'utilizzo dei dati del DNA a fini di indagine, affrontato dai giudici di Strasburgo con riguardo alle disposizioni dell'ordinamento inglese, trova un corrispondente normativo nel sistema processuale italiano, in particolare, nell'art. 13, l. 30 giugno 2009, n. 85<sup>85</sup>.

La disciplina che prevede la durata e le modalità di conservazione delle informazioni genetiche è strutturata sulla base di una clausola generale, contenuta nel comma 4 dell'art. 13, Legge n. 85 del 2009, la quale contempla i termini massimi di tenuta del campione e del profilo genetico, cui si affiancano alcune ipotesi tassative elencate nei commi 1, 2 e 3 dello stesso articolo<sup>86</sup>. Nella disposizione di cui all'art. 13, co. 1, la soppressione dei dati genetici conservati presso la banca dati nazionale del DNA risulta vincolata alla tipologia di pronuncia emessa a conclusione del procedimento: deve essere disposta d'ufficio tanto la distruzione dei campioni, quanto la cancellazione dei

---

<sup>85</sup> Si ritiene, invece, che le norme di cui agli artt. 24, 25 e 29, Legge n. 85 del 2009 non siano inerenti alla disciplina relativa alla banca dati nazionale, in quanto i profili genetici acquisiti nel procedimento penale (e, più precisamente, tipizzati dai campioni biologici ottenuti mediante prelievo coattivo nel corso della perizia che richieda il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale ai sensi dell'art. 224-bis c.p.p. ovvero ottenuti a seguito di un prelievo coattivo eseguito nella fase delle indagini preliminari ex art. 359-bis c.p.p.) non confluiscono nella banca dati del DNA e i campioni di cui sopra vengono normalmente distrutti immediatamente ai sensi dell'art. 72-quater att. c.p.p. (introdotto dall'art. 29 legge n. 85 del 2009). Cfr., in dottrina, FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in Tonini, Felicioni, Scarcella, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, cit., 23, nota 74; QUATTROCOLO, *I risvolti attuativi delle novelle in tema di prelievi coattivi: raccolta di campioni su incapaci; verbalizzazione delle operazioni; distruzione dei campioni*, in *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., 335; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 10<sup>a</sup> ed., Milano, 2009, 512.

<sup>86</sup> Tra queste ipotesi tassative si prenderà in considerazione quella relativa alla distruzione immediata di cui all'art. 13, co. 1, Legge n. 85 del 2009. Si segnala soltanto che al comma 2 e 3, stesso articolo, si prevedono altre due particolari ipotesi di cancellazione, riconducibili l'una alla identificazione di cadavere o di resti cadaverici, nonché al ritrovamento di persona scomparsa, l'altra ad esigenze "sanzionatorie", per il caso in cui le operazioni di prelievo siano state compiute in violazione delle disposizioni di cui all'art. 9, Legge n. 85 del 2009.

profili acquisiti ai sensi dell'art. 9, esclusivamente «a seguito di assoluzione con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste, perché l'imputato non lo ha commesso, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato»<sup>87</sup>. La norma non consente, stante la formulazione tassativa del testo legislativo, la espunzione immediata del dato genetico a fronte di procedimenti (non definitivamente) conclusi con provvedimenti quali l'ordinanza o il decreto di archiviazione, la sentenza di non luogo a procedere, di non doversi procedere (per mancanza di una condizione di procedibilità o per estinzione del reato), la sentenza di assoluzione in primo grado<sup>88</sup>. Pertanto, i materiali biologici e i profili genetici appartenenti a soggetti nei cui confronti il procedimento si sia concluso con uno dei suddetti epiloghi non verranno immediatamente distrutti, bensì conservati fino al termine massimo previsto dall'art. 13 comma 4, vale a dire, rispettivamente, per venti anni e per quaranta anni. La ragione della scelta legislativa si basa sulla valutazione di una possibile utilità dei dati in questione, allorché si debba far fronte alla eventualità, nei casi sopra elencati, di una riapertura delle indagini, della revoca della sentenza di non luogo a procedere, della sopravvenienza di una condizione di procedibilità ovvero del giudizio in appello. Questa la motivazione addotta dal legislatore nel cercare una soluzione di ragionevole equilibrio tra tutela della *privacy* genetica – garantita, come si è detto<sup>89</sup>, in via “mediata” dall'art. 2 Cost. – ed esigenza di prevenzione e repressione dei reati, riconosciuta indirettamente dagli artt. 101, co. 1, 112 e 25, co. 2, Cost.

Sono conformi all'art. 2 Cost. le norme contenute nell'art. 13, Legge n. 85 del 2009? In una materia in cui non è individuabile una specifica disciplina imposta dalla Costituzione, che neppure si trovi al di sopra degli *standard* minimi di garanzia richiesti dalla Corte europea, risulta impossibile per l'interprete ritenere che la soluzione normativa *de qua* sia «l'unica (sicuramente) conforme a Costituzione»<sup>90</sup>: ve ne potrebbero essere anche altre ugualmente rispet-

<sup>87</sup> Le ultime due formule, non presenti nel testo originario, sono poi state inserite in via di approvazione (dalla Camera dei Deputati nella seduta del 6 maggio 2009), per conformare – si è affermato – le attività della banca dati nazionale ai principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *S. e Marper c. Regno Unito*.

<sup>88</sup> Con riguardo alla introduzione, nel comma 1 dell'art. 13, anche di queste tipologie di provvedimenti, erano stati proposti alcuni emendamenti che sono stati tuttavia respinti sia nell'esame da parte delle Commissioni referenti, sia nel corso del dibattito in aula (v. ad esempio, seduta del 17 marzo 2009).

<sup>89</sup> V. *supra*, § 2.

<sup>90</sup> SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, 3587.

tose del dettato costituzionale. Ma ciò che importa è che di questa disciplina ordinaria il giudice comune possa dare una interpretazione *secundum Constitutionem*.

Sotto il profilo che attiene alla esigenza di garantire il rispetto degli obblighi di fonte internazionalistica, secondo quanto voluto tra l'altro dalla Costituzione all'art. 117, co. 1, Cost., si può, innanzitutto, ritenere che il livello di tutela apprestato al diritto alla vita privata dall'art. 8 Conv. eur. dir. uomo (disposizione più precisa e dettagliata di quella risultante dall'art. 2 Cost.) sia, quantomeno, equivalente a quello garantito dalla nostra Carta costituzionale. La norma convenzionale, invocabile come fonte integratrice del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, co. 1, Cost., si può perciò considerare, in questo caso, compatibile con l'ordinamento costituzionale italiano<sup>91</sup>.

Ciò premesso, in questa materia così delicata, che coinvolge la normativa sui diritti dell'uomo, occorre altresì verificare se il legislatore italiano abbia rispettato i precetti della Convenzione di Roma che vengono qui in considerazione (e se quindi possa darsi una interpretazione conforme della disciplina interna<sup>92</sup>) ovvero se vi siano eventuali carenze strutturali da colmare ai sensi dell'art. 46 Conv. eur. dir. uomo, con una ulteriore riforma o attraverso un intervento correttivo della Corte costituzionale basato su una questione di illegittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 117, co. 1, Cost.<sup>93</sup>. Tale verifica di compatibilità costituzionale, riguardando la norma convenzionale come prodotto della interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>94</sup>, implica, perciò, l'esigenza di adeguamento dell'ordinamento

<sup>91</sup> Cfr. C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3508; Id., sent. 24 ottobre 2007, n. 349, *ivi*, 2007, 3555.

<sup>92</sup> Di recente, in tema di interpretazione conforme alla Convenzione europea, v. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012, f. 1, 79 ss.

<sup>93</sup> La disciplina della Convenzione europea è rilevante come "norma interposta", non più solo ai sensi degli artt. 76 e 77, co. 1, Cost., ma altresì ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost.: C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348, cit., 3508; Id., sent. 24 ottobre 2007, n. 349, cit., 3555. Per successive precisazioni a quanto enunciato dalle sentenze gemelle del 2007, anche nel senso di un progressivo ampliamento delle garanzie a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, v. C. cost., sent. 24 luglio 2009, n. 239, in *Giur. cost.*, 2009, 3004; Id., sent. 26 novembre 2009, n. 311, *ivi*, 2009, 4657; Id., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, *ivi*, 2009, 4747, secondo cui la Corte costituzionale «non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, co. 1, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale», *ivi*, 4761. V., da ultimo, C. cost., sent. 25 luglio 2011, n. 245, in *Giur. cost.*, 2011, 3140.

<sup>94</sup> In questi termini, C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348, cit., 3510. Sul piano del coordinamento tra diritto interno e internazionale, si fa riferimento al criterio del rinvio mobile (cfr. UBERTIS, *La "rivolu-*



italiano alle sentenze europee di condanna per violazione, in questo caso, del diritto al rispetto della vita privata<sup>95</sup>.

I principi elaborati nella decisione *S. e Marper c. Regno Unito*, fin qui evidenziati, devono perciò essere posti a confronto con le scelte del legislatore italiano attuate mediante la legge n. 85 del 2009, per valutare quali siano le ricadute della sentenza della Corte europea sul nostro ordinamento<sup>96</sup>.

Quanto affermato dai giudici di Strasburgo nel caso *S. e Marper* assume estrema rilevanza nel quadro giuridico europeo, anche per la delicatezza dell'argomento, affrontato per la prima volta nella giurisprudenza della Corte, con particolare riferimento alla tutela della privacy di persone non condannate i cui dati genetici siano catalogati in banche del DNA a scopo investigativo. Le statuizioni contenute in questa sentenza, tanto nel dispositivo, quanto nella motivazione, sono da ritenersi vincolanti anche per l'Italia<sup>97</sup>.

*zione d'ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, 20). Come è noto, la Corte europea di Strasburgo, attraverso la sua opera interpretativa, garantisce la uniformità di applicazione delle norme convenzionali sui diritti umani (C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 349, cit., 3556).

<sup>95</sup> Infatti, le sentenze di condanna della Corte di Strasburgo acquistano *valore* o *autorità di cosa giudicata interpretata*, nozione utilizzata dalla dottrina internazionalistica belga per «indicare l'estensione dell'effetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo oltre i confini dello Stato cui volta a volta sono direttamente riferite»: così, richiamando quella dottrina, UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, 206. Cfr. C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, cit., 4761. V., più di recente, C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, 1540, la quale, rilevando come la stessa Corte sia dovuta intervenire (con la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p.) per porre rimedio a un *vulnus* costituzionale attinente a diritti fondamentali, offre un valido spunto per ritenere che (con una riforma legislativa o con un ulteriore intervento della Corte costituzionale) si possa, anzi «occorr[er]e a ampliare il risultato della sent. cost. n. 113 del 2011 così da tutelare i diritti umani [...] nei casi analoghi a quelli in cui la stessa [Corte europea dei diritti dell'uomo] sia già intervenuta con una pronuncia di condanna tanto nei confronti dell'Italia quanto [...] di altri Stati parte della Convenzione di Roma e dei suoi protocolli», così, UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *questa Rivista*, 5 luglio 2012, 6.

*Contra*, FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, f. 3, 28, secondo cui la forza vincolante delle interpretazioni della Corte europea non dovrebbe superare l'ambito della controversia decisa.

<sup>96</sup> Per questa prospettiva metodologica, UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona*, in *Argomenti di procedura penale*, III, cit., 233 ss.; ZAGREBELSKY, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, in *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*. Atti del Convegno, Torino 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, 248.

<sup>97</sup> La sentenza emessa nel caso *Broniowski c. Polonia* (Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, § 190-191) segna l'inizio di un nuovo orientamento della Corte in base al quale essa si impegna talvolta a indicare nella motivazione, talaltra a prescrivere nel dispositivo ciò che gli Stati devono fare per adeguare la normativa interna ai precetti pattizi. Cfr. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Argomenti di procedura penale*, cit., 207.

Con specifico riferimento all'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, viene richiesto dalla Corte che la disciplina interna degli Stati membri individui, in modo proporzionale rispetto allo scopo sottostante al prelievo, i limiti temporali per la conservazione dei dati genetici e preveda, alla scadenza dei termini, l'obbligo di distruzione degli stessi. Il giudice europeo introduce un criterio temporale, ritenendo legittima e proporzionata la conservazione del DNA di persone non condannate, per un limitato periodo di tempo, senza peraltro quantificare questa durata in modo preciso<sup>98</sup> e lasciando la facoltà di tale determinazione agli Stati, nel rispetto del margine di apprezzamento nazionale.

Come si è illustrato poco sopra, il dato normativo emergente dall'art. 13, co. 4, Legge n. 85 del 2009, con riguardo ai termini massimi di archiviazione del profilo, è nel senso che i profili, tipizzati indifferentemente da campioni o da reperti<sup>99</sup>, debbano restare nella banca dati del DNA non oltre quaranta anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento; mentre, per quanto concerne il campione biologico, esso è conservato non oltre venti anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo. Dalla Relazione del Governo sul progetto di legge<sup>100</sup> risulta che le ragioni di una tale opzione legislativa vanno ricondotte, con riguardo al mantenimento dei profili di soggetti sottoposti a prelievo di campione, al fenomeno della recidiva, tenuto conto di un primo periodo di tempo in cui la persona, se condannata, resta in stato di detenzione; quanto, invece, alla tenuta dei campioni, il termine massimo di venti anni sarebbe giustificato in relazione al funzionamento della banca dati, onde rendere possibile nel tempo ulteriori analisi attraverso nuove e più aggiornate tecnologie di tipizzazione e confronto. Sul punto, il Garante per la protezione dei dati personali aveva, tuttavia, rilevato la dubbia compatibilità di questi termini di conservazione, senz'altro molto ampi, con il principio di proporzionalità tra tempi di mantenimento e finalità connesse alla memorizzazione dei dati<sup>101</sup>. E ancora, qualche perplessità sorgeva<sup>102</sup>, e resta tuttora, con

<sup>98</sup> ...a differenza di quanto la Corte ha stabilito, per esempio, nel caso *Z. c. Finlandia* (C. eur. dir. uomo, sent. 25 febbraio 1997, *Z. c. Finlandia*, § 114), ove si è ritenuto che il mantenere inaccessibile al pubblico, per un termine di soli dieci anni successivi alla sentenza di primo grado, un fascicolo processuale contenente la documentazione medica della moglie di un imputato per violenza sessuale e tentato omicidio fosse lesivo del diritto alla riservatezza (si tratta però di un caso in cui l'ingerenza nella vita privata consisteva nella divulgazione dei dati personali e non nella conservazione degli stessi nel fascicolo).

<sup>99</sup> La norma, invero, non distingue le due tipologie di profili genetici. Si ritiene che vi siano compresi anche i profili tipizzati da reperti biologici ai sensi dell'art. 10 della legge, interpretando la locuzione «in ogni altro caso» di cui all'art. 13 comma 4 come ipotesi residuale. Cfr. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm*, cit., 16.

<sup>100</sup> Reperibile sul sito internet [www.senato.it](http://www.senato.it)

<sup>101</sup> V. il parere del Garante per la protezione dei dati personali del 15 ottobre 2007 sullo schema del

riguardo alla indicazione del *dies a quo* da cui decorrono i termini massimi suddetti, coincidente con l'ultima circostanza che ha determinato l'inserimento delle informazioni genetiche. Questo criterio "mobile", legato al verificarsi di nuove circostanze determinanti il prelievo del campione o l'inserimento del profilo, crea l'inconveniente di spostare in avanti il *dies a quo*, potendosi così superare in concreto i venti anni o i quaranta anni previsti<sup>103</sup>. Lo scorrimento in avanti avrebbe comunque l'effetto di allungare i tempi di conservazione, non già di renderli sicuramente illimitati. Questi punti di criticità della normativa potrebbero essere superati con l'emanazione dei Regolamenti di attuazione (art. 16, lett. e, legge n. 85 del 2009), cui l'art. 13 comma 4 rinvia per la definizione dei tempi di tenuta dei campioni e dei profili, con durata più breve dei termini massimi e, altresì, temperati alla necessità di tutela del diritto alla privacy e alle esigenze di prevenzione dei reati<sup>104</sup>.

Alla luce di quanto rilevato, si può quindi desumere che l'art. 13, legge n. 85 del 2009, definendo i tempi di durata - per quanto lunghi - della conservazione dei dati genetici anche di soggetti non condannati, sia da considerarsi legittimo sotto il profilo del rispetto dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, ponendosi in linea con quanto statuito dalla sentenza *S. e Marper c. Regno Unito*. Dal punto di vista della garanzia della *privacy* genetica, il livello di tutela accordato, in particolare, dall'art. 13 comma 1, legge n. 85 del 2009 alle persone assolute in via definitiva con formula piena potrebbe ritenersi anche superiore allo *standard* europeo, dato che la norma impone, in questi casi, la eliminazione immediata dei campioni e dei profili del DNA.

## 7. (Segue). L'art. 13 l. 30 giugno 2009, n. 85, e il rispetto della presunzione d'innocenza

L'art. 13, co. 4, Legge n. 85 del 2009 non prevede un trattamento differenziato tra soggetti condannati e persone non condannate in via non definitiva o, se

---

disegno di legge.

<sup>102</sup> V. medesimo parere del Garante per la protezione dei dati personali del 15 ottobre 2007.

<sup>103</sup> In tal senso, BUSIA, *Privacy a rischio per la durata della conservazione*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, 78; FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm*, cit., 15, nota 37.

<sup>104</sup> Per quanto ovi motivi di opportunità indurrebbero a ritenere che la fonte secondaria non sia del tutto adatta a disciplinare una materia che coinvolge diritti fondamentali dell'individuo, i Regolamenti, tecnicamente, rientrano comunque nella nozione autonoma di "legge" elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quindi sono idonei a stabilire regole riguardanti le modalità di cancellazione dei profili e di distruzione dei relativi campioni.

in via definitiva, al di fuori delle quattro formule indicate nel comma 1 dell'art. 13.

Occorre, preliminarmente, stabilire se con riguardo alla fattispecie in questione sia applicabile il principio della presunzione d'innocenza. Sotto un profilo sistematico, è agevole rilevare come il diritto alla presunzione d'innocenza si possa riferire ai soggetti non condannati, nei cui confronti si sia concluso (con esito negativo) l'accertamento penale. Già nella dottrina costituzionalistica di fine anni sessanta si affermava che, se non è considerato colpevole l'imputato, a maggior ragione non deve essere considerato tale il cittadino che non sia nemmeno imputato<sup>105</sup>. In realtà, «per il cittadino (non imputato) il problema della colpevolezza non si pone nemmeno»<sup>106</sup>. Ma quando si tratta di dover applicare a persone non imputate (o non più imputate) misure di natura in qualche modo sanzionatoria o repressiva, che comportino una menomazione dei diritti dell'individuo<sup>107</sup>, allora deve considerarsi «imputato», ai fini della presunzione d'innocenza, chiunque «sia assoggettato ad un procedimento diretto all'applicazione di misure ...punitive a carattere penale»<sup>108</sup>.

Alla luce del principio della presunzione d'innocenza, i dati genetici di coloro nei cui confronti non sia stata accertata alcuna responsabilità non dovrebbero rimanere nella banca dati, come avviene per i condannati, per un lungo lasso di tempo successivo alla conclusione del procedimento<sup>109</sup>, bensì dovrebbero essere distrutti subito, al pari dei dati di coloro che volontariamente si sottopongono ad un prelievo<sup>110</sup>. Nei lavori parlamentari concernenti la legge in esame si trova traccia di una certa preoccupazione con riguardo alla necessità del rispetto del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971 (rist. inalt. ed. 1967), 229.

<sup>106</sup> ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 202.

<sup>107</sup> La misura della conservazione dei dati del DNA di persone non condannate è, in un certo senso, "preventiva" e repressiva, in quanto si basa su un giudizio probabilistico di pericolosità e incide sul diritto alla *privacy* genetica.

<sup>108</sup> ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 204.

<sup>109</sup> Cfr. ABRUSCI, *Cancellazione dei profili e distruzione dei campioni*, in *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., 116.

<sup>110</sup> V. *supra*, § 4. Nel sistema italiano, i dati del DNA dei "volontari" non confluiscono neppure nella banca dati, non essendo previsto questo caso dalla disciplina relativa ai canali di alimentazione della banca dati nazionale di cui agli artt. 7, lett. c), 9 e 10, Legge n. 85 del 2009. I campioni acquisiti da chi presta consenso al prelievo di sostanza biologica (che può avvenire secondo un meccanismo basato sull'alternatività tra consenso dell'interessato e coazione esplicabile con provvedimento del giudice, ai sensi dell'art. 224-bis c.p.p.) devono essere immediatamente distrutti a norma dell'art. 72-*quater* commi 1 e 2 att. c.p.p.

<sup>111</sup> Ciò, in particolare, è riscontrabile in alcuni pareri delle Commissioni Permanenti. La Commissione Permanente Affari Costituzionali, ad esempio, aveva rilevato l'opportunità di valutare la ragionevolezza

Allo stato attuale permangono, dunque, dubbi di illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 4, Legge n. 85 del 2009 con riferimento al principio della presunzione d'innocenza unito al parametro di ragionevolezza (artt. 27, co. 2 e 3 Cost.). Una conservazione dei dati del DNA protratta così a lungo nel tempo produce altresì effetti stigmatizzanti nei confronti dei soggetti non condannati: questa lesione del diritto alla non stigmatizzazione non pare compatibile con la garanzia del giusto processo riconosciuta nell'art. 111, co. 1 Cost. E' auspicabile, pertanto, una ulteriore modifica legislativa (realizzabile anche attraverso i Regolamenti di attuazione) ovvero un intervento della Corte costituzionale.

Spostandosi nel contesto europeo, va verificata la rispondenza dell'art. 13, co. 4, Legge n. 85 del 2009 ai principi convenzionali della presunzione d'innocenza (art. 6 §2 Conv. eur. dir. uomo) e del divieto di discriminazione (art. 14 Conv. eur. dir. uomo), così come interpretati dalla Corte europea, nello specifico, in *S. e Marper c. Regno Unito*. I giudici di Strasburgo ritengono, essenzialmente, che vada evitata la disparità di trattamento tra persone non condannate e quelle mai sottoposte a un processo penale<sup>112</sup>. Il nostro ordinamento sceglie di graduare tra chi è stato assolto definitivamente, i cui dati sono distrutti a seguito del provvedimento, e chi è stato prosciolto non in via definitiva o archiviato, i cui dati sono mantenuti nel termine stabilito. Soltanto la disciplina riguardante gli assolti con sentenza definitiva risulta parificata a quella dei soggetti mai indagati e, dunque, in linea con i precetti di cui agli artt. 6§2 e 14 Conv. eur. dir. uomo. Il trattamento dei campioni e dei profili genetici attribuito dall'art. 13, co. 4, Legge n. 85 del 2009 alla categoria residuale dei prosciolti o archiviati non è invece equiparabile a quello che va riservato ad una persona innocente e, dunque, si rivela incompatibile con la presunzione d'innocenza e con il divieto di discriminazione. Il tentativo del legislatore di predisporre un trattamento graduato tra situazioni diverse, pur apprezzabile, non convince pienamente sul piano del rispetto delle garanzie riconosciute in sede europea. La Corte stessa, nel condannare il Regno Unito, ha richiesto che il regime di trattamento dei dati fosse giustificato dalle autorità statali sulla base di solide argomentazioni<sup>113</sup>. Non pare, dunque, che il legislatore italiano abbia tenuto compiutamente conto delle indicazioni fornite dalla Corte nel caso *S. e Marper* e, pertanto, dovrà adottare, in via preventiva

---

del trattamento meno garantista (rispetto ai soggetti assolti con formula piena) riservato ai soggetti prosciolti o assolti con formula diversa da quelle (originariamente) previste dall'art. 13, co. 1.

<sup>112</sup> V. § 122-123.

<sup>113</sup> V. § 123.

rispetto a censure europee<sup>114</sup>, le misure necessarie per adeguare l'ordinamento interno ai principi di presunzione d'innocenza e di non discriminazione stabiliti dalle rispettive norme convenzionali.

Un altro aspetto che viene trascurato dalla legge italiana è riconducibile alla protezione del minore<sup>115</sup>, cui dà rilievo, invece, la Corte nella sentenza in esame, quando risponde alle doglianze del ricorrente "S". I giudici europei non affermano che la conservazione di dati genetici appartenenti a minorenni sia illegittima, ma ammoniscono di prestare particolare attenzione agli effetti pregiudizievoli e ai rischi di stigmatizzazione che possono derivare dalla *DNA retention* successiva a una definizione del procedimento favorevole al minore<sup>116</sup>. Nella riforma del 2009 non vi è, invece, alcun cenno alla posizione del minore, là dove una corretta gestione del margine di apprezzamento, pur lasciato alle autorità statali dalla Corte europea, avrebbe richiesto una disciplina specifica e differenziata, anche a garanzia del valore fondamentale dell'equo processo<sup>117</sup>. E per ridurre al minimo il pericolo di stigmatizzazione del minore, una normativa *ad hoc* avrebbe potuto includere, tra le formule terminative a seguito delle quali far scattare l'obbligo di cancellazione immediata dei dati genetici, le sentenze di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, la concessione del perdono giudiziale, l'estinzione del reato per esito positivo della prova, la declaratoria di una causa di immaturità del minore, la declaratoria della non imputabilità per il minore di anni quattordici, oltre alle altre formule favorevoli già applicabili agli adulti<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Quanto alla portata dell'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea, v., tra gli altri, CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, cit., 60; MAZZA, *La procedura penale, Europa e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, *Gli Speciali*, 36, il quale distingue tra un «adeguamento spontaneo e preventivo» e un «adeguamento coattivo e successivo» dell'ordinamento processuale penale interno ai canoni europei, intendendo, segnatamente con il primo, l'adattamento legato a carenze strutturali del sistema «svincolate dalle peculiarità del caso singolo, alle quali si può rimediare attraverso riforme mirate o interpretazioni orientate del dato legislativo in modo tale da prevenire censure in sede europea», *ivi*, 36. Nello stesso senso, VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano, Europa e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, cit., 6.

<sup>115</sup> Data la natura non processualpenalistica delle norme relative alla banca dati del DNA, si ritiene che esse siano applicabili, così come agli adulti, anche ai minori, non potendo valere *ad escludendum* la clausola di riserva prevista dall'art. 1 del D.P.R. n. 448 del 1988.

<sup>116</sup> V. § 124.

<sup>117</sup> V., anche con riferimento all'art. 6, co. 1, Conv. eur. dir. uomo, Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 16 dicembre 1999, *T. c. Regno Unito*, § 84.

<sup>118</sup> Una proposta alternativa potrebbe essere quella di prevedere, in presenza delle formule terminative favorevoli sopra citate, la cancellazione dei dati del DNA al compimento del diciottesimo anno di età. E' ciò che accade, ad esempio, in tema di trattamento dei dati nel casellario giudiziale: le iscrizioni di provvedimenti giudiziari relativi a minori di età sono eliminate al compimento del diciottesimo anno di

## 8. Considerazioni conclusive

Al termine di questo lungo percorso, è possibile individuare alcuni punti salienti che emergono dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo e dagli approdi normativi cui sono giunte Gran Bretagna e Italia.

In materia di *DNA retention* di soggetti non condannati, i giudici di Strasburgo hanno enucleato due aree tradizionali di tutela dei diritti umani: il rispetto della vita privata (in particolare, della *privacy* genetica) e la presunzione d'innocenza. Si è peraltro evidenziato, in questo contributo, come il diritto alla non stigmatizzazione e la stessa presunzione d'innocenza confluiscono nell'alveo del *right to a fair trial* e assumano, per questo, anch'essi un grado di tutela rafforzato, che li rende insuscettibili di restrizioni derivanti da esigenze generali di difesa sociale. L'idea di ricondurre, in via interpretativa, all'interno del valore del giusto processo le garanzie processuali delle persone prosciolte, i cui dati genetici vengano conservati nel *database* del DNA, consente di superare l'ottica di un bilanciamento automatico tra diritti individuali ed esigenze di sicurezza della collettività. Del resto, quello della *retention* di campioni e di profili genetici è un campo in cui gli interessi dei singoli, titolari dei dati, possono perfino coincidere con quelli della collettività nel suo complesso. Quindi, libertà individuale ed interesse pubblico non sono da vedersi sempre come antinomici, ma possono anche risultare complementari. In linea generale, nell'interpretare la portata dei diritti riconosciuti dalla Convenzione di Roma nell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, la Corte europea non si è mai basata su una nozione vaga e generica di bilanciamento, richiedendo sempre agli Stati solide argomentazioni per poter giustificare una eventuale limitazione nell'esercizio di questi diritti.

Ma è proprio sul piano delle garanzie europee dell'equo processo e, in particolare, della presunzione d'innocenza e del diritto alla non stigmatizzazione che entrambe le legislazioni, italiana e inglese, si rivelano lacunose e poco convincenti. Nel Regno Unito, dopo la *declaration of incompatibility* pronunciata dalla *Supreme Court* britannica con riferimento ad alcune norme di attuazione risalenti al 2006<sup>119</sup>, sono stati notevoli gli sforzi fatti dal Parlamento

---

età della persona cui si riferiscono (fatta eccezione per le iscrizioni relative al perdono giudiziale che restano conservate fino al ventunesimo anno di età).

<sup>119</sup> *R. (on the application of GC/C) v. The Commissioner of Police of the Metropolis*, 18 maggio 2011, in *Hum. Rights Law Rep.*, 2011, n. 26, 562 ss. Le disposizioni dichiarate incompatibili con l'art. 8

per dare esecuzione alla sentenza di condanna della Corte europea pronunciata nel caso *S. e Marper*. Nonostante ciò, il *Protection of Freedoms Act 2012*, di recente varato<sup>120</sup>, differenzia ancora il trattamento dei *DNA profiles* di soggetti assolti o comunque non condannati, sia pur solo per gravi reati (*section 3*), da quello di soggetti mai accusati di un reato (*section 1*). Similmente, nella riforma legislativa italiana del 2009, come si è visto, vengono parificati alle persone mai indagate solo i soggetti assolti definitivamente in fatto, prevedendosi per costoro la cancellazione immediata dei dati; mentre per tutti gli altri, dagli assolti in via non definitiva, ai prosciolti, agli archiviati, ai condannati, si stabiliscono tempi lunghissimi di mantenimento dei profili genetici, senza peraltro fare alcuna distinzione tra i profili tipizzati dal campione biologico e quelli codificati dal reperto<sup>121</sup>.

Ciò che preoccupa, in Italia, è la conservazione di dati biometrici presso archivi del DNA gestiti da singoli Corpi di polizia, sparsi per il territorio e non sempre controllabili<sup>122</sup>. Questa prassi piuttosto allarmante continua a dilagare anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 85 del 2009<sup>123</sup>, giacché, a tutt'oggi, non sono ancora stati approvati i Regolamenti di attuazione e la banca dati nazionale del DNA non è in concreto operativa<sup>124</sup>. Anche sotto questo profilo

---

Conv. eur. dir. uomo erano quelle contenute nelle *Guidelines (Retention Guidelines for Nominal Records on the Police National Computer*, del 31 marzo 2006) dell'*Association of Chief Police Officer (ACPO)*. La *Supreme Court*, pur rilevando l'illegittimità convenzionale di questa disciplina, non ha ritenuto opportuno segnalare il vizio al Parlamento e richiedere la modifica delle norme incompatibili, in quanto all'epoca erano già in corso i lavori parlamentari per una riforma legislativa in materia.

<sup>120</sup> *Protection of Freedoms Act 2012 (Part I, Regulation of Biometric Data)*; il testo ha ricevuto il *Royal Assent* il 1° maggio 2012.

<sup>121</sup> E' nella Raccomandazione n. 92/1 del Comitato dei ministri che viene suggerito agli Stati di stabilire una distinzione tra profili da campioni (art. 8 commi 2 e 4) e profili da reperti (art. 8, co. 3, lett. *ii*), richiedendo per i primi una maggiore tutela rispetto ai secondi: per questi, che derivano da materiale biologico di persona non identificata, possono ammettersi tempi di conservazione più lunghi. Il problema specifico non è stato affrontato dalla Corte europea, che nel caso *S. e Marper c. Regno Unito* si è occupata solo dei profili derivanti da campioni.

<sup>122</sup> Lo ha dimostrato il caso denominato "incidente Zefi Ilir" (2004), che ha coinvolto il reparto del RIS di Parma, palesando l'esistenza di una banca dati informatizzata, contenente profili genetici che quotidianamente venivano raffrontati con quelli provenienti da nuovi casi. Quanto alle procedure di gestione dei dati in questi archivi non ufficiali, verrebbe applicata la normativa di cui al Codice della *privacy*, decreto legislativo n. 196 del 2003 e non la legge n. 85 del 2009, con la conseguenza che non vi sono garanzie sufficienti in ordine alla cancellazione dei dati genetici di persone non condannate (cfr. Decisione del Garante della *privacy* del 30 novembre 2006, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)).

<sup>123</sup> Ve ne è tuttora una certa eco nella stampa: FERRARELLA, *Quel Rebus della Banca Dati del DNA*, in *Corriere della sera*, 23 settembre 2012, 1 e 25.

<sup>124</sup> In merito alla mancata attuazione della legge n. 85 del 2009, è stata di recente presentata una interrogazione parlamentare (Camera dei deputati, seduta n. 645 del 6 giugno 2012) che ancora attende la risposta scritta dei Ministeri dell'Interno e della Giustizia.



pratico, che comunque si ripercuote inevitabilmente sul piano di una mancata effettività dei diritti individuali, la riforma del 2009 esibisce la sua incompiutezza.

Un ulteriore aspetto in cui la legge italiana appare carente si ricollega alla necessità di una particolare tutela del campione biologico, tenuto conto della notevole quantità di informazioni sulla identità genetica in esso contenute, che peraltro non si rivelano utili né pertinenti agli scopi identificativi cui le investigazioni sono generalmente orientate. Per questo, la legislazione della maggior parte degli Stati europei – tra cui Germania, Svezia, Belgio, Lituania, Francia, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Ungheria, Slovacchia, Olanda – prevede la distruzione immediata dei campioni biologici in caso di archiviazione o di proscioglimento dell'imputato. La stessa Inghilterra è stata particolarmente attenta e sensibile a questo problema, introducendo nel nuovo *Protection of Freedoms Act 2012* una norma in base alla quale la distruzione del campione deve avvenire non appena da esso sia stato tipizzato il profilo (*section 14*). Anche da un punto di vista comparatistico, dunque, si dischiudono orizzonti che possono suscitare interesse: è auspicabile che, con riguardo alla tutela del campione di persone prosciolte dall'accusa a loro carico, il nostro ordinamento miri ad allinearsi al livello elevato di garanzie raggiunto da molti altri Paesi europei, ponendosi così nella prospettiva di una più completa recezione dei contenuti degli *human rights*.

Infine, va rimarcato come la Corte europea sia stata poco incisiva sul fronte della protezione del diritto alla presunzione d'innocenza, là dove ha consentito agli Stati membri di adottare un sistema normativo che possa includere, quanto ai tempi di conservazione dei *DNA profiles*, differenziazioni di disciplina rapportate alla gravità del reato. A ben vedere, queste disparità di trattamento non dovrebbero sussistere o – come ha indicato la Raccomandazione n. 1 del 1992 – dovrebbero essere ridotte al minimo, anche nel rispetto del diritto alla non stigmatizzazione. Che al riguardo possano presentarsi dei vuoti di tutela lo ha dimostrato di recente la vicenda britannica: in più di una occasione il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa<sup>125</sup> ha espresso il proprio disappunto e ha chiesto specifici chiarimenti sulla proposta di legge, poi confluita comunque nel *Protection of Freedoms Act 2012*, di adottare un criterio selettivo tra soggetti non condannati dopo un'accusa per reati gravi (i

---

<sup>125</sup> 1065th *DH Meeting* del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, 15-16 settembre 2009; 1115th *DH Meeting* del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, 7-9 giugno 2011, entrambi in <https://wcd.coe.int>

cui profili rimangono conservati anche a conclusione del procedimento per un periodo di tre anni, prorogabile per altri due anni; *section 3*) e soggetti non condannati a seguito di una imputazione per reati di lieve entità (i cui profili devono essere cancellati non appena si chiuda il procedimento a loro carico; *section 4*).

Sono questioni delicate su cui anche il legislatore italiano dovrebbe riflettere per mettere a punto soluzioni normative non più affrettate e lacunose, bensì ponderate ed equilibrate sul piano della salvaguardia delle garanzie indefettibili della persona risultanti dall'intero panorama della produzione giuridica europea.