

# “DATI GENETICI E FORZE DI POLIZIA: INTERSEZIONI EUROPEE”

- Ilaria Anna COLUSSI<sup>α</sup> -

**Sommario:** 1. Il “testimone silenzioso”, ovvero l’impiego del DNA in ambito criminale: *DNA profiling and databasing*; 2. La sentenza *S. and Marper v. UK* (Corte europea dei Diritti dell’Uomo); 2.1 La nozione di *privacy*; 2.2 Quando giustificare le interferenze alla *privacy*; 3. Gli effetti della sentenza *S. and Marper v. UK* sul diritto dell’Unione europea; 3.1 ... sul piano della *privacy*; 3.2 ... sul piano delle interferenze alla *privacy* per scopi investigativi; 4. Uno sguardo alla situazione italiana; 4.1 Il rapporto tra il sistema CEDU e gli Stati nazionali: il caso italiano; 4.2 La legge n. 85/2009 e l’impatto della sentenza *S. and Marper*; 5. Conclusioni.

## 1. IL “TESTIMONE SILENZIOSO”, OVVERO L’IMPIEGO DEL DNA IN AMBITO CRIMINALE: *DNA PROFILING AND DATABASING*

Dall’ormai lontano 1953, quando gli scienziati Watson e Crick, individuando la struttura a doppia elica del DNA, dichiararono di aver scoperto “*the secret of life*”<sup>1</sup>, molti anni sono trascorsi e in quest’arco temporale, in cui si è lentamente costruita l’era genomica attuale, una serie crescente di studi in ambito genetico, sia a livello teorico sia sotto il profilo delle applicazioni pratiche, ha visto la luce. Le implicazioni del DNA, al di fuori dei confini del sapere propriamente teorico scientifico, si sono tradotte nel tempo nel suo trasversale impiego nel campo della ricerca, della sanità o nel settore assicurativo, lavoro, di proprietà intellettuale, di diritto di famiglia per la risoluzione di aspetti spinosi inerenti all’accertamento dei rapporti parentali, all’identificazione personale, alla ricerca delle persone scomparse o disperse in seguito a conflitti o disastri di massa. In seno alla politica criminale è stata, poi, l’individuazione della cosiddetta “impronta (digitale) genetica” (*DNA fingerprinting*), ovvero della variazione del DNA che rende unico ciascun individuo, rilevata negli anni Ottanta dal genetista Alec Jeffreys, ad aver introdotto il più solido e indiscutibile mezzo di prova scientifica, impiegato da un lato a livello investigativo per risalire in breve tempo all’identità dell’autore di un reato a partire dalle tracce trovate sulla scena del crimine; dall’altro, chiamato in causa nelle aule di giustizia in funzione di ausilio all’accusa o di sostegno per la difesa, in uno scenario di una vera e propria “*search for truth*”<sup>2</sup>.

L’applicazione del DNA in una sfera di tipo investigativo e processuale penale - in qualità di “testimone silenzioso”<sup>3</sup>, come è stato definito agli inizi del Novecento da Edmond Locard con

---

<sup>α</sup> Dottoranda in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Curriculum Scienze pubblicistiche. Università degli Studi di Trento.

<sup>1</sup> J. D. WATSON – F. H. C. CRICK, *Molecular Structure of Nucleic Acids*, in *Nature*, n. 4356, 25.04.1953, p. 737 ss.

<sup>2</sup> U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs – National Institute of Justice, *Convicted by Juries, Exonerated by Science: case studies in the use of DNA evidence to establish innocence after trial*, Research Report, 1996, p. 1.

<sup>3</sup> Tale espressione, riferita al DNA e ai dati genetici, è stata elaborata da Edmond Locard, uno scienziato francese, che nell’ormai lontano 1911, in una fase peraltro in cui le immense potenzialità del DNA a scopo investigativo non erano state ancora scoperte, coniò il *principio di interscambio*, in base al quale: “In qualsiasi luogo egli [*i.e.* ogni persona] cammini, qualsiasi cosa tocchi o lasci, anche inconsciamente, servirà come **testimone silenzioso** [ndA: grassetto nostro] contro di lui” (cfr. E. LOCARD, *Traité de criminalistique; les empreintes et les traces dans l’enquête criminelle*, Desvigne, Lyon, 1931). Questo fondamentale principio, che guida tutte le azioni della polizia

un brillante ossimoro - accanto ai benefici che apporta al sistema “giustizia”, solleva al contempo il problema dell’accesso ai dati personali degli individui cui appartengono i campioni biologici (sottoposti ad analisi per la codificazione dei profili genetici) e cui sono riferite le informazioni ricavate dai dati genetici. L’esigenza di accesso ai dati da parte delle forze di polizia, motivata dal perseguimento di finalità di tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico, si scontra, cioè, inevitabilmente con il non trascurabile bisogno di garantire la *privacy* dei soggetti titolari di quei dati, riportando così in luce una questione “classica” della dottrina giuridica e politica dello Stato nazionale moderno: quella del bilanciamento tra riservatezza individuale e sicurezza pubblica.

I profili di DNA, per loro natura, chiamano in causa la riservatezza, intesa non solo come un mero “*excludere alios*” (in senso statico) o “*right to be let alone*”, nell’originaria accezione formulata da Warren e Brandeis nel lontano 1890<sup>4</sup>, ma come un meccanismo dinamico di protezione e controllo della circolazione dei dati. In particolare, ad essere coinvolta è la *privacy*, *sub specie* di “*genetic e informational privacy*”, nonché di “*informational self-determination*” (che include i diritti di libertà, autonomia, segretezza, anonimato). Si tratta di un tipo di riservatezza che concerne sia il singolo individuo cui si riferiscono i campioni biologici e i profili genetici da essi desunti, sia la sfera della sua famiglia biologica, con cui il singolo condivide parte delle informazioni genetiche. I profili, allora, sono dati non “neutrali”, ma unici, personali e finanche condivisi, esposti al rischio di gravi abusi e violazioni della *privacy*.

Se, poi, i profili vengono impiegati dalle forze di polizia a scopo investigativo e addirittura catalogati in raccolte sistematiche, attraverso l’istituzione di banche dati, le questioni si allargano e si complicano. Nel *databasing* dei profili del DNA il concetto di *privacy* emerge sotto un duplice profilo. Per un verso, rileva come diritto alla tutela della sfera privata del cittadino in quanto tale, indipendentemente dal fatto che vi sia un processo e che esso sia a suo carico: è il caso del cittadino i cui dati siano stati raccolti per altro reato oppure il caso dei *terzi non estranei*<sup>5</sup> o quello del cittadino proscioltosi che, come tale, rientra nella condizione della generalità degli altri soggetti. Per altro verso, la riservatezza riguarda la tutela della sfera personale dello stesso imputato, dal momento che la condizione di imputato non implica la privazione totale della *privacy*, ma solo quelle limitazioni che sono strettamente necessarie ai fini del processo stesso.

Nell’esperienza dei diversi Paesi si è assistito, in alcuni casi, alla istituzione di banche *ad hoc*, create per uno specifico caso, di solito di particolare gravità (come nel caso italiano di Dobbiaco<sup>6</sup>) e, in altri casi (come nel Regno Unito e negli USA), al sorgere già da tempo di

---

scientifico e di ogni investigatore e operatore della giustizia penale, sta a significare che in ogni luogo ciascuno di noi lascia tracce di sé, anche senza averne consapevolezza ed esse, quindi, giocano un ruolo fondamentale in sede penale, valendo proprio da muti testimoni del nostro passaggio in un dato contesto. Per il concetto di “testimone silenzioso” cfr. G. GENNARI, *Identità genetica e diritti della persona*, in *Riv. critica dir. privato*, 2005 (4), p. 623 ss.

<sup>4</sup> S. WARREN – L. D. BRANDEIS, *The right of privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, 193. Sul tema in generale cfr. anche AA.VV., *Jus solitudinis*, Giuffrè, 1993.

<sup>5</sup> Per approfondimenti cfr. Cfr. A. SANTOSUOSSO - G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici e i terzi. A proposito del disegno di legge governativo 12 ottobre 2006*, in *Dir. pen. proc.*, 2007 (3), p. 395 ss.

<sup>6</sup> Si tratta di un caso di omicidio, verificatosi nel 2003, ai danni di un’anziana donna, Anna Maria Fronthaler, il cui assassino fu individuato grazie alla prova del DNA, sulla base di una catalogazione dei profili, raccolti su base esclusivamente volontaria, tra gli abitanti del paesino. In tale caso, infatti, la polizia (comparto dei RIS dei Carabinieri), non potendo avvalersi di una banca nazionale, realizzò una raccolta *ad hoc* di dati, ottenuti dalla codificazione dei campioni consegnati su base volontaria, e, tramite le comparazioni tra i profili inseriti nel *database* e quello rinvenuto sulla scena del crimine, si giunse all’identificazione del colpevole, riconosciuto in Andreas

catalogazioni sistematiche e organizzate a livello nazionale, le quali sono articolate solitamente in un laboratorio di analisi dei campioni biologici (tratti dalla scena del reato o appartenenti a soggetti già condannati) e in una banca dati contenente unicamente i profili, sotto forma di numeri e codici a barre, separata dal punto di vista materiale e organizzativo da quella con i dati sulle persone, da consultarsi solo in caso di corrispondenza, effettuando una decriptazione dei codici a barre.

Quanto ai tipi di ricerche investigative condotte dalle forze di polizia tramite l'impiego del DNA si evidenziano principalmente<sup>7</sup> le “*individual o personal o speculative searches*” (nel caso in cui si ricerchi la corrispondenza perfetta tra il profilo ricavato in sede di reato e quello già catalogato<sup>8</sup>) e le “*familial searches*” (che, fondandosi sulla nozione di “gruppo biologico”, puntano ad individuare il colpevole in maniera indiretta, cercando la coincidenza parziale, e non totale, del suo profilo con quello di altri inseriti nella banca e già noti alle forze dell'ordine).

## 2. LA SENTENZA *S. AND MARPER V. UK* (CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO)

Per analizzare le complesse problematiche relative all'accesso ai dati personali (genetici) degli individui da parte dei corpi investigativi, giova prendere ad esempio una sintomatica sentenza pronunciata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo sul finire del 2008 (4 dicembre), sentenza che ha rappresentato il primo intervento giurisprudenziale europeo inerente all'istituzione e alla gestione delle banche del DNA a scopo investigativo penale: si tratta della pronuncia sul caso *S. and Marper v. UK*<sup>9</sup>.

Il caso, che ha ad oggetto la legislazione inglese, la quale prevede che nel *database* genetico nazionale di polizia siano conservati per un tempo illimitato i profili genetici dei cittadini posti in connessione con un reato (come indagati, condannati o semplici sospettati),

---

Kristler, militare in licenza a Dobbiaco per le vacanze di Pasqua (tra l'altro, individuato non direttamente, ma grazie al profilo del padre con il quale il soggetto condivideva parte del patrimonio genetico).

<sup>7</sup> Esistono anche tipologie minori di ricerca, basate sul cromosoma Y (e dunque riferibile solo alla popolazione maschile) o fondate sul genoma mitocondriale, sulla base della matrilinearità dell'ereditarietà del DNA del mitocondrio.

<sup>8</sup> Ad oggi negli Stati Uniti il *match* per avere la massima probabilità che un certo profilo ricavato sulla scena del crimine corrisponda a quello contenuto nella banca dati è fissato dal sistema CODIS in 13 STRs; in altri Stati d'Europa (come nel Regno Unito), invece, è sufficiente una corrispondenza di 10 STRs.

<sup>9</sup> Sentenza *S. and Marper v. United Kingdom*, 2008, n. 30562/04; 30566/04, ECHR-GC, 04.12.2008, consultabile sul sito Internet all'indirizzo <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (consultato il 30.09.2010). A conferma dell'importanza della sentenza *S. and Marper* in materia di banche del DNA e della sua capacità di costituire un “precedente vincolante” per la Corte di Strasburgo stessa, si osserva che la medesima *ratio decidendi* è stata adottata anche nella risoluzione di un caso successivo: il caso *W. v. Netherlands* (causa *W. v. the Netherlands*, 2009, n. 20689/08, ECHR, 20.01.2009) che ha visto coinvolto un minore, dichiarato colpevole di violenza fisica e sottoposto a prelievo di materiale biologico e codificazione del suo profilo genetico sulla base del *DNA Testing (Convicted Persons) Act* olandese. Dopo essere stato condannato da un Tribunale minorile, il soggetto aveva fatto ricorso alla Corte di Strasburgo, richiamando l'art. 40 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo (ONU, 1989) e l'art. 8 CEDU, invocando un bilanciamento tra i diritti del minore e gli interessi di sicurezza sociale ed eccependo che la sua età all'epoca dei fatti, la tenuità del reato commesso e le circostanze in presenza delle quali il reato si era verificato non fossero state adeguatamente considerate dal PM e dai Tribunali interni. La Corte sovranazionale, dichiarando la questione inammissibile e contraria rispetto alle vicende di cui al caso *S. and Marper*, ribadisce che, nel caso sottoposto, si tratta di soggetto condannato e non semplicemente arrestato e che l'*Act* olandese contiene misure proporzionate in base alla gravità dei crimini, allo *status* dei soggetti e alla tempistica di conservazione dei dati.

ovvero anche dopo la dichiarazione della loro eventuale innocenza, sollecita a riflettere sul tema dell'accesso ai dati personali sia da parte dei titolari sia da parte di terzi.

Tale sentenza, inoltre, al di là dello specifico *thema*, rappresenta l'occasione per valutare i rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello internazionale, dal momento che la pronuncia si inserisce all'interno di un "magma" di strutture e regolamentazioni differenti, chiamando in causa materie comunitarie e internazionali, nonché un aspetto importante dei diritti umani, di cui la CEDU è storicamente la massima espressione europea e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nota come Carta di Nizza) costituisce una recente riformulazione nell'ambito della Unione europea. La sentenza *S. and Marper*, quindi, può costituire un modo di cogliere il punto al quale è giunto lo sviluppo costituzionale europeo e di meditare sulla possibile convergenza o concorrenza tra le discipline adottate dall'UE e dalla CEDU. Più precisamente, l'ottica da cui porsi per compiere tali riflessioni riguarda, da un lato, la materia della *privacy* in riferimento ai dati genetici e, dall'altro, le regole sull'impiego e lo scambio dei dati genetici tra le forze di polizia, con annesso il tema del diritto di accesso ai dati personali (in tal caso genetici) degli individui coinvolti in relazione all'attività di polizia.

## 2.1 La nozione di *privacy*

I giudici di Strasburgo ragionano innanzitutto considerando l'articolo 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali<sup>10</sup>, articolo che tutela della *privacy* in tutte le sue forme e che viene richiamato sia per individuare nella mera detenzione di campioni cellulari e profili di DNA un'evidente interferenza con il diritto alla riservatezza e con l'autodeterminazione informativa, sia per ammettere casi eccezionali di intromissione nell'intimità delle persone coinvolte, in virtù di rigorosi criteri.

La Corte incardina il proprio discorso intorno ad un "diritto plurifunzionale che risponde a molteplici finalità e offre tutela a diverse sfaccettature della persona"<sup>11</sup>, una "nozione ombrello"<sup>12</sup> che racchiude al suo interno "una costellazione di diritti"<sup>13</sup>, individuati con un approccio casistico, quali il diritto all'integrità fisica e psicologica (caso *Pretty v. UK* e *Y.F. v. Turchia*<sup>14</sup>), all'identità fisica e sociale (caso *Mikulič v. Croazia*<sup>15</sup>), all'identificazione del genere, del nome, dell'orientamento e della vita sessuale (caso *Bensaid v. UK* e *Peck v. UK*<sup>16</sup>), all'identificazione personale e familiare (caso *Burghartz v. Svizzera* e *Ünan Tekeli v. Turchia*<sup>17</sup>), al controllo delle informazioni circa i propri dati personali (anche con riferimento ai dati detenuti

---

<sup>10</sup> L'art. 8 CEDU, rubricato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare", recita: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". Per il testo della Convenzione europea cfr. <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ITA> (consultato il 30.09.2010).

<sup>11</sup> S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1997, p. 583.

<sup>12</sup> C. DE GIACOMO, *Diritti, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Giuffrè, 1999, p. 16.

<sup>13</sup> F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995, p. 20.

<sup>14</sup> Causa *Pretty v. UK*, 2002, n. 2346/02, ECHR-III e causa *Y.F. v. Turchia*, 2003, n. 24209/94, ECHR-IX.

<sup>15</sup> Causa *Mikulič v. Croazia*, 2002, n.53176/99, ECHR-I.

<sup>16</sup> Causa *Bensaid v. UK*, 2001, n. 44599/98, ECHR-I e causa *Peck v. UK*, 2001, n. 44647/98, ECHR-I.

<sup>17</sup> Causa *Burghartz v. Svizzera*, 1994, n. 16213/90, in 280-B, Series A, 1994 e causa *Ünan Tekeli v. Turchia*, 2004, n. 29865/96, ECHR-X.

da autorità pubbliche, come emerso nel caso *Leander v. Svezia*<sup>18</sup>), il diritto alla tutela delle informazioni relative allo stato di salute (caso *Z. v. Finlandia*<sup>19</sup>), all'appartenenza etnica, allo sviluppo della propria personalità, all'attitudine a stabilire relazioni con altri esseri umani e con il mondo esterno (caso *Friedl v. Austria*<sup>20</sup>), il diritto a proteggere la propria immagine (caso *Sciacca v. Italia*<sup>21</sup>). Per completezza, inoltre, va detto che il medesimo articolo 8 CEDU ha rappresentato pure la "chiave" con cui elaborare il diritto all'ambiente salubre, inteso come "prolungamento del diritto alla riservatezza della vita privata e familiare" e come "presupposto per il godimento effettivo di alcuni diritti": se nel caso *Powell e Rayner v. UK*<sup>22</sup> l'esigenza di mantenere operativa un'attività aeroportuale veniva ammessa in funzione di un interesse pubblico, nonostante essa provocasse ripercussioni negative sull'ambiente e sulla vita dei singoli, nel caso *Lòpez Ostra v. Spagna*<sup>23</sup> viene fissata una relazione tra danni alla persona e alterazione dell'ambiente di tutto rispetto, delineando un sistema di protezione del singolo anche dalle intrusioni indirette. L'attività di un impianto di smaltimento di rifiuti industriali e l'inquinamento provocato da essa possono compromettere il benessere delle persone e rappresentare una intrusione nella loro sfera personale a causa delle emissioni subite. Ciò determina, allora, una responsabilità delle autorità pubbliche non solo di rispettare la *privacy* dei cittadini, ma anche di proteggerla attivamente, come già espresso nella sentenza *Gül v. Svizzera*<sup>24</sup> con l'affermazione dell'esistenza di un'obbligazione positiva per lo Stato, nonché nel caso *X e Y v. the Netherlands*<sup>25</sup>, ove si è riconosciuta nell'astensione ingiustificata da parte dello Stato nel porre in essere misure attuative e promozionali della riservatezza una violazione dell'articolo 8 § 1.

Dopo aver chiarito la nozione di *privacy* in termini generali, l'articolo 8 § 1 viene applicato alla fattispecie in questione. I giudici devono comprendere, in via preliminare, quale sia l'oggetto della causa e la natura di esso, per poi individuare quale tipologia di *privacy* emerga nel caso *S. and Marper*. L'attenzione dei magistrati, quindi, si colloca sulle tre tipologie di informazioni personali menzionate dai ricorrenti, ovvero le impronte digitali, i profili di DNA, i campioni cellulari. La Corte si rifà alla decisione sulla vicenda *Van der Velden v. the Netherlands*<sup>26</sup>, che rappresenta il precedente più significativo da cui i giudici di Strasburgo partono nell'elaborare la *ratio decidendi* che caratterizza la sentenza *S. and Marper*. È opportuno farne un rapido cenno. Si tratta della vicenda relativa ad un soggetto, condannato per estorsione, che era stato sottoposto a prelievo di materiale biologico, da cui era stato ricavato il suo profilo genetico. Il PM, in virtù del *DNA Testing (Convicted Persons) Act*, aveva ordinato il prelievo e l'immissione dei dati nel *database* nazionale olandese, mentre il ricorrente si era opposto a tale comando, ritenendo che il suo DNA non avesse mai svolto alcun ruolo nel quadro investigativo ed eccependo la violazione dell'articolo 7 della CEDU (nella misura in cui l'ordine del PM aveva rappresentato una pena ulteriore che non era possibile comminare all'epoca in cui i fatti di cui al capo di imputazione si erano verificati), dell'art. 8 (violazione della *privacy*) e dell'art. 14 (misura discriminatoria). Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo, pur rigettando il richiamo all'art. 7 in quanto incompatibile

---

<sup>18</sup> Causa *Leander v. Svezia*, 1987, n. 9248/81, in 116, Series A, 1987.

<sup>19</sup> Causa *Z. v. Finlandia*, 1997, n. 22009/93, in *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I.

<sup>20</sup> Causa *Friedl v. Austria*, 1995, n. 15225/89, in 305-B, Series A, 1995.

<sup>21</sup> Causa *Sciacca v. Italia*, 2005 n. 50774/99, ECHR-I.

<sup>22</sup> Causa *Powell and Rayner v. UK*, 1990, n. 9310/81, ECHR-GC.

<sup>23</sup> Causa *Lòpez Ostra v. Spagna*, 1994, n. 16798/90, ECHR-GC.

<sup>24</sup> Causa *Gül v. Svizzera*, 1996, n. 23218/94 in *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I.

<sup>25</sup> Causa *X e Y v. the Netherlands*, 1985, n. 8978/80, in Series B n.74.

<sup>26</sup> Causa *Van der Velden v. the Netherlands*, 2006, n. 29514/05, ECHR-III.

*ratione materiae*, accoglieva le eccezioni relative all'art. 8, affermando che la detenzione di materiale biologico non è neutrale e di per sé rappresenta un'interferenza alla vita privata dei cittadini. Veniva, inoltre, enucleata una distinzione tra campioni cellulari e profili di DNA, da un lato, e impronte digitali, dall'altro, sulla base di considerazioni relative al possibile impatto sull'utilizzo delle informazioni personali risultanti.

Nel caso *S. and Marper*, i giudici riprendono, come si accennava poc'anzi, il dettato della sentenza *Van der Velden*, sottolineando come il materiale cellulare e genetico sia idoneo a suscitare paure circa i rischi su un futuro utilizzo di quelle informazioni private da parte delle autorità pubbliche e, considerate le evoluzioni della scienza e della genetica, non sia possibile anticipare oggi con precisione tutti i possibili sviluppi di tale settore. La Corte, pertanto, conferma il suo precedente e anzi aggiunge che il materiale genetico racchiude informazioni non solo relative alla sfera dell'individuo, ma anche a quella della sua famiglia biologica.

Guardando alla categoria delle impronte digitali, la Corte sviluppa un ragionamento più elaborato, in quanto tali forme di tracce non contengono informazioni così numerose come quelle genetiche. Anche in tal caso viene effettuato un richiamo a decisioni pregresse, in particolare al caso *McVeigh, O'Neill and Evans v. UK*<sup>27</sup> che per primo affrontò la questione dell'utilizzo delle impronte in sede investigativa, ai casi *Kinnunen v. Finlandia* e *Friedl v. Austria*<sup>28</sup> sull'uso di fotografie in sede processuale, al caso *P.G. and J.H. v. UK*<sup>29</sup> sulle registrazioni vocali, casi menzionati al fine di concludere per una sostanziale equivalenza tra impronte digitali, fotografie e *voice samples* (campioni vocali, ovvero il contenuto delle intercettazioni) e per desumere come tutti questi dati, analogamente ai profili di DNA, siano di carattere estremamente personale, contengano informazioni uniche e individuali, le quali rappresentano un'interferenza con il diritto alla riservatezza e con l'autodeterminazione informativa.

## 2.2 Quando giustificare le interferenze alla *privacy*?

L'art. 8 della CEDU non vieta le ingerenze nella sfera privata in modo assoluto, ma ammette casi eccezionali di intromissione nell'intimità delle persone coinvolte: tali previsioni di interferenza sono racchiuse nel § 2 del medesimo articolo, che si pone in un rapporto di eccezione o limitazione rispetto alla regola generale, enucleata nel primo comma.

Il primo requisito per poter ammettere interferenze alla vita privata è di tipo formale ed è sintetizzabile nel *principio di legalità* (“*in accordance with the law*”), secondo il quale ogni misura che incida sulla riservatezza deve essere prevista dalla legge. Secondo l'interpretazione estensiva della clausola, fatta propria dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>30</sup>, il termine “legge” non è riferibile in senso stretto all'atto legislativo emanato dal Parlamento, ma abbraccia, indipendentemente dal *nomen juris*, tutte le disposizioni aventi valore o forza di legge, anche i documenti di tipo regolamentare, governativo, amministrativo, i precedenti giudiziari, le fonti di diritto non scritto, il diritto internazionale. Tale fonte deve possedere, poi, determinate caratteristiche, quali l'*accessibilità pubblica* (non si può considerare “*law*” un atto segreto o

<sup>27</sup> Causa *McVeigh, O'Neill and Evans v. UK*, 1981, n. 8022/77, 8025/77, 8027/77, *Report of the Commission*, 18.03.1981, DR 25.

<sup>28</sup> Causa *Kinnunen v. Finlandia*, 1996, n. 24950/94, *Commission decision*, e causa *Friedl v. Austria* n.15225/89, cit.

<sup>29</sup> Causa *P.G. and J.H. v. UK*, 2001, n. 44787/98, ECHR-IX.

<sup>30</sup> Causa *Kruslin v. Francia*, 1990, n. 11801/85, ECHR-GC.

interno ad un organo, come semplici *Guide Lines* dello *Home Office*), la *prevedibilità* (devono essere evidenti le conseguenze delle previsioni, le sanzioni, gli effetti della sua applicazione<sup>31</sup>), la *chiarezza* (la legge deve essere sufficientemente comprensibile a tutti), la *precisione* (le regole contenute nella legge devono essere dettagliate, prevedendo così un'adeguata difesa dall'arbitrio<sup>32</sup>), la *completezza* delle disposizioni e la tassatività, in modo da evitare o limitare il più possibile interpretazioni estensive.

Il secondo requisito, di tipo teleologico, è il *principio di finalità*. Nel § 2 sono indicati gli scopi della restrizione della riservatezza, da considerarsi rigorosamente tassativi, ovvero obiettivi legittimi, determinati, espliciti e pertinenti, quali la sicurezza nazionale; l'ordine pubblico; il benessere economico del Paese; la prevenzione dei reati; la protezione della salute o della morale; la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Il terzo requisito, di tipo assiologico, è sintetizzabile nella "*necessità nella società democratica*", secondo il quale è ammissibile un'interferenza nella vita privata solo se, per raggiungere un determinato scopo, non siano possibili mezzi diversi o meno lesivi di quello prescelto, con la conseguente esclusione di tutti i mezzi eccessivi e ridondanti. Esso si estrinseca in una serie di parametri "rivelatori", come la *pressing social need*, ossia l'esigenza sociale rilevante, il bisogno sociale imperativo che presuppone un'attenta lettura del reale e della società per poter legittimare una compressione delle libertà e della riservatezza (e che sottolinea come l'ingerenza corrisponda a stringenti esigenze di natura pubblica o collettiva<sup>33</sup>); la *proporzionalità allo scopo legittimo*, intesa come un giusto equilibrio tra lo scopo perseguito dallo Stato e il diritto riconosciuto dal § 1, proporzionalità che si raggiunge nella scelta di tempi, strumenti e modi adeguati alle finalità da raggiungere, secondo un ragionevole bilanciamento tra obiettivi e mezzi; la *rilevanza*, la *pertinenza* e la *sufficienza* delle ragioni addotte per motivare le interferenze, ovvero l'adeguatezza delle medesime (*suitability test*) in relazione al caso visto nel suo complesso<sup>34</sup>.

Stabilito che le interferenze alla vita privata siano ammissibili solo alla luce dei tre principi delineati dal § 2 dell'art. 8 CEDU e che i profili genetici in sé rientrino nella nozione di *privacy*, di cui al § 1, il passo successivo del ragionamento della Corte di Strasburgo consiste nel delineare in quale modo e in virtù di quali garanzie sia giustificabile, in via di eccezione, una compressione della *genetic privacy*, quale emerge nel caso delle banche del DNA a scopo investigativo. Applicando i *principi di legalità, finalità e necessità nella società democratica*, i giudici ritengono anzitutto che il ruolo assunto dall'analisi del DNA negli ultimi anni in funzione della lotta al crimine organizzato e della prevenzione dei reati non vada trascurato, ma necessiti di regolamentazioni precise ed accurate e di limitazioni ponderate. In materia di profili genetici e campioni cellulari il *principio di legalità* si potrebbe, allora, tradurre<sup>35</sup> nella necessità di definire chiaramente (con legge accessibile, univoca e non contraddittoria) i poteri affidati alle autorità,

<sup>31</sup> Causa *Malone v. UK*, 1984, n. 8691/79, ECHR-C.Plenary.

<sup>32</sup> Anche nella concessione di potere discrezionale si devono precisare l'estensione e le modalità di tali concessioni, come emerge dai casi *Goodwin v. UK* (Causa *Goodwin v. UK*, 1996, n. 17488/90, ECHR-GC), *Wingrove v. UK* (Causa *Wingrove v. UK*, 1996, n. 17419/90, ECHR-GC), *Eriksson v. Svezia* (Causa *Eriksson v. Svezia*, n. 11373/85, Commissione, 1988). Inoltre, il livello di precisione della legge dipende dall'ambito che copre la quantità e la qualità dei destinatari, come indicato dal caso *Vogt v. Germania* (causa *Vogt v. Germania*, 1995, n. 17851/91, ECHR-GC).

<sup>33</sup> Causa *Chapman v. UK*, 2001, n.27238/95, ECHR-I.

<sup>34</sup> Causa *Olsson v. Svezia*, 1992, n. 13441/87, ECHR-GC.

<sup>35</sup> Causa *Rotaru v. Romania*, 2000, n. 28341/95, ECHR-V; causa *Amann v. Svizzera*, 2000, n. 27798/95, ECHR-II; causa *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, 2000, n. 30985/96, ECHR-XI.

lo scopo della discrezionalità assegnata, le modalità di esercizio del potere, gli strumenti di cui avvalersi, il numero, le categorie e lo *status* dei soggetti coinvolti. Tale normativa, poi, dovrebbe essere legata a scopi legittimi, espressi e ben individuati, come gli scopi di sicurezza nazionale, ordine pubblico e prevenzione dei reati (stando al *principio di finalità*) e dovrebbe, infine, essere proporzionata alle finalità previste.

Alla luce di questi criteri, quindi, i giudici valutano il sistema legislativo inglese, come già avevano fatto con riferimento alla normativa olandese nella vicenda *Van der Velden*. In quel caso, l'evidente interferenza alla *privacy* del cittadino imputato era stata ammessa, dal momento che il prelievo di DNA era richiesto solo a soggetti condannati della commissione di gravi reati, nel rispetto della proporzionalità. La disciplina inglese, invece, risulta aver violato le previsioni dell'art. 8 CEDU, in quanto le norme hanno un contenuto impreciso, indeterminato, vago; le finalità sono usate come una sorta di "copertura" per giustificare qualsiasi azione arbitraria e indiscriminata da parte delle forze di polizia; lesa è soprattutto la proporzionalità, non essendo state considerate per il prelievo né la gravità dell'offesa, né l'età dei soggetti, né il loro *status* (semplici sospettati o già condannati) né tanto meno i limiti temporali alla conservazione. La Corte, pertanto, indica quale debba essere il contenuto di una legge nazionale in materia di banche dati del DNA, puntualizzando che il prelievo e la conservazione di campioni e profili vadano modulati in relazione a criteri di tipo oggettivo (come la tipologia e la natura del reato commesso), di tipo soggettivo (cioè in base al soggetto sottoposto a prelievo) e di tipo temporale (secondo una chiara delimitazione della tempistica).

Collegato alla violazione della *proporzionalità*, è il rischio di stigmatizzazione sociale: se, infatti, non vengono distinte dalla legge differenti categorie di soggetti suscettibili di essere sottoposti a prelievo, ma la polizia possiede facoltà di esercizio di tali poteri in modo indiscriminato, viene lesa la presunzione di innocenza e sorge il pericolo di livellare la popolazione sotto una comune etichetta di "sospettati", producendo un'equiparazione tra soggetti innocenti e condannati. E questo rischio cresce in relazione alla figura dei minori.

Con una metafora, si potrebbe così sintetizzare la regola di giudizio adottata dalla Corte: la "porta" di ingresso e quella di uscita dalla banca del DNA devono avere la medesima ampiezza, e non è quindi ammissibile che vi sia un "portone" di ingresso nel *database* (ovvero per un gran numero di tipologie di profili) e una minuscola "porticina" di uscita (cioè la cancellazione solo per una minima porzione di dati)<sup>36</sup>.

### **3. GLI EFFETTI DELLA SENTENZA S. AND MARPER V. UK SUL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

Per delineare una corretta e bilanciata regolamentazione della banche del DNA a scopo penale, la Corte di Strasburgo utilizza fonti diverse per provenienza, matrice, livello di vincolatività ed estensione territoriale e in questo sta, come anticipato, l'importanza della sentenza *S. and Marper*, assai utile per verificare la convergenza tra sistema CEDU e UE.

---

<sup>36</sup> Per un approfondimento su questi temi cfr. A. SANTOSUOSSO - I. A. COLUSSI, *Riservatezza e uso del DNA in ambito investigativo penale*, che apparirà nel volume a cura di R. KOSTORIS – R. ORLANDI, in commento alla legge n.85/09, in corso di stampa presso l'editore Giappichelli.



Al fine di verificare l'impatto della pronuncia sovranazionale nel panorama dell'UE, giova fare qualche cenno relativamente ai rapporti, in via generale, che si osservano tra i due "attori" istituzionali europei (Consiglio d'Europa e UE) e gli atti da essi promanati.

In premessa va detto che, poiché l'oggetto di precipua attenzione del Consiglio d'Europa è dato dal perseguimento di adeguata tutela ai diritti umani, la relazione tra la CEDU e il diritto dell'UE va considerata su questo fronte.

È noto che, se inizialmente l'Unione europea si prefiggeva finalità puramente economiche, nel corso del tempo l'attenzione nei riguardi dei diritti è andata crescendo. Già nel Trattato di Maastricht (1992) l'art. F<sup>37</sup>, ribadito successivamente ad Amsterdam (1997), aveva per la prima volta individuato il valore dei diritti umani nel contesto dell'Unione europea, quali "principi generali del diritto comunitario", aventi come fonti sia la CEDU sia le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Il riferimento espresso alla CEDU e all'importanza dei diritti umani nel contesto dell'UE è oggi ancor più significativo, alla luce dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009), il quale, all'art. 1 punto 8, delinea il nuovo art. 6 TUE<sup>38</sup>. Esso afferma il valore giuridico vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, prevede il rinvio per l'interpretazione della Carta sia alle disposizioni del titolo VII (segnatamente agli art. 52 e 53)<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Nel Trattato di Maastricht la tutela dei diritti umani compare sia in senso indiretto, in quanto la formulazione del concetto di cittadinanza europea implica la protezione di libertà e diritti per i cittadini, sia in senso diretto all'art. F. Va precisato, inoltre, che l'obbligo di tutela dei diritti umani sembra ricadere non solo sulla CE, ma anche sull'UE, in quanto dal combinato disposto degli articoli A e C si desume che l'art. F possa essere annoverato tra le disposizioni comuni valevoli per tutti i "pilastri". Ciò viene ribadito nell'art. J.1 al paragrafo 2, che tra gli obiettivi della PESC fissa "lo sviluppo e il consolidamento della democrazia e dello Stato di diritto, nonché il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"; nell'art. K 2 paragrafo 1, sul settore GAI; nell'art. 130 U che modifica il TCE di Roma, in riferimento al settore di cooperazione e sviluppo. Per il testo del Trattato di Maastricht cfr. <http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html> (consultato il 30.09.2010).

<sup>38</sup> L'art. 6 TUE, riformulato con il Trattato di Lisbona, si esprime in questi termini: "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Per il testo del Trattato di Lisbona cfr. [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_it.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_it.htm) (consultato il 30.09.2010).

<sup>39</sup> L'art. 52 della Carta di Nizza, rubricato "Portata dei diritti garantiti", recita: "1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". L'art. 53, rubricato "Livello di protezione", recita: "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri". Per il testo della Carta di Nizza cfr. [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf) (consultato il 30.09.2010).

sia alle Spiegazioni della Carta, elaborate dal *Praesidium*, sancisce la futura adesione dell'Unione alla CEDU e al Consiglio d'Europa e conferma, come “norma di chiusura”, il carattere dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario, che informano la disciplina e l'approccio a ogni politica dell'Unione. Inoltre, il riconoscimento ai diritti contemplati nella Carta di Nizza dello stesso valore e della stessa portata dei diritti contemplati nella CEDU (art. 52, § 3 della Carta di Nizza) ha permesso un'integrazione reciproca tra i due cataloghi dei diritti, integrazione rafforzata altresì dal richiamo al criterio del “maggior livello di protezione” (art. 53), grazie al quale far prevalere, nel caso di antinomie, la fonte che assicura il più elevato livello di tutela dei diritti.

Il quadro che ne esce sembra rendere visibile l'interconnessione e la convergenza di tutele nel contesto europeo, ossia l'“osmosi”<sup>40</sup> tra i diversi cataloghi di diritti, secondo un criterio assiologico anziché gerarchico<sup>41</sup>, e la “*multilevel protection of human rights*”<sup>42</sup>.

Peraltro, il rapporto tra il sistema CEDU e il sistema UE che si instaura sul piano delle fonti è affiancato, di pari passo, dal rapporto visibile sul piano giurisprudenziale, in quanto è proprio attraverso l'opera dei giudici che i diritti trovano attuazione e concretezza. E anche in tal senso va detto che il Trattato di Lisbona, prevedendo la futura adesione dell'UE alla CEDU<sup>43</sup>, ponendo così fine a quell'antica ostilità riassunta soprattutto nella posizione della Corte di Giustizia CE che con il parere 2/94<sup>44</sup> aveva negato la competenza della Comunità ad aderire alla Convenzione, poiché, “allo stato attuale del diritto comunitario”, si sarebbe determinato l'inserimento della CE in un diverso sistema istituzionale, rafforza il “dialogo” tra le Corti. Il recente Trattato, infatti, apre “le porte” alle possibilità di replica della Corte CE davanti alla Corte EDU, nonché all'eventualità di disporre di un giudice presso la Corte di Strasburgo e ai ricorsi individuali dei cittadini europei presso la Corte europea per far valere le lesioni da parte della UE, evitando, però, di ridurre l'autonomia del diritto comunitario. Ciò significa che, a seguito dell'adesione, probabilmente la Corte CE continuerà a restare l'unico arbitro supremo delle questioni attinenti al diritto e alla validità degli atti dell'Unione, e, tramite l'adesione, sarà altresì autorizzata, anche sulla base del valore giuridico conferito alla Carta di Nizza, a tenere conto del rinvio che la Carta di Nizza fa alla Convenzione europea e alla relativa giurisprudenza della CEDU. D'altro canto, la Corte di Strasburgo, configurata come un tribunale specializzato nei diritti fondamentali e non come organo giurisdizionale supremo d'Europa, eserciterà un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell'Unione derivanti dalla sua adesione, intervenendo secondo le consuete norme del previo esaurimento delle vie di ricorso interne (sulla base del principio di sussidiarietà), ossia dopo che tutti i ricorsi siano esperiti in sede di UE<sup>45</sup>,

<sup>40</sup> R. CONTI, *Impronte digitali e diritti umani. In ricordo di Rosario Livatino*, in *Pol. dir.*, 2008 (4), p. 606.

<sup>41</sup> Cfr., a titolo di esempio, A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Milano, 06-07.06.2008, p. 11, in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010.

<sup>42</sup> M. CARTABIA, *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European Pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2003, p. 399.

<sup>43</sup> Sulla complessa questione della adesione della UE alla CEDU, cfr., tra gli altri, Vladimiro Zagrebelsky (V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2007, in <http://www.europeanrights.eu>, consultato il 30.09.2010).

<sup>44</sup> Parere del 28.03.1996 in *Racc.* 1996, p. I-1759 s.

<sup>45</sup> Questi profili sono sottolineati particolarmente dal Gruppo “Carta”, istituito nell'ambito della redazione della cosiddetta “Costituzione europea” con l'incarico di occuparsi dei problemi relativi all'incorporazione della Carta di Nizza nei trattati e, al contempo, di affrontare, la questione relativa all'adesione dell'UE alla CEDU (cfr., in particolare, la “Relazione finale” del Gruppo II, del 22.10.2002 (CONV 354/02), sul sito Internet all'indirizzo

arricchendo la Corte CE di quel controllo “esterno” che le manca. Simili prospettive avvallano, quindi, la dottrina del “diritto transnazionale”<sup>46</sup> e determinano, in modo sempre più rilevante, l’immagine di una nuova Europa, “condivisa e coordinata dalla giurisprudenza delle due Corti, in cui i *fundamental rights* diventano la *policy* preminente”<sup>47</sup>.

### 3.1 ... sul piano della *privacy*

Osservato il rapporto che intercorre in via generale tra la CEDU e l’UE, alla luce delle recenti modifiche normative, è maggiormente comprensibile l’impatto che la sentenza *S. and Marper* possa avere in ambito comunitario, con riferimento sia al tema della tutela della riservatezza sia a quello dell’impiego e dello scambio dei dati genetici tra le forze di polizia.

Nel caso *S. and Marper* a venire in rilievo sul piano della *privacy*, oltre all’art. 8 CEDU, sono gli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza, che hanno ad oggetto l’inedito diritto alla protezione dei dati personali, accanto al tradizionale diritto al rispetto della vita privata e familiare. L’art. 7 della Carta di Nizza volutamente si rifà alla CEDU e ad altre Carte internazionali<sup>48</sup>, ma con alcune particolarità, in primo luogo introducendo, rispetto alla CEDU, il diritto al rispetto delle “comunicazioni”, che prende il posto del diritto al rispetto della “corrispondenza”, allo scopo di tenere conto delle evoluzioni tecnologiche e di consentire un allargamento non irrilevante della nozione e, in secondo luogo, non riproducendo il § 2 dell’art. 8 CEDU, che individua i limiti del diritto al rispetto della vita privata. L’art. 8 della Carta di Nizza, poi, è altamente innovativo, perché riconosce espressamente a ogni soggetto, in un’ottica di controllo “attivo” delle informazioni, il diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano (e non solo una tutela generica o diritto a tenere lontani gli altri dalla propria sfera privata). Esso fissa altresì le condizioni in presenza delle quali è ammesso il trattamento dei dati personali, ribadendo i principi di *lealtà (fairness)* e *finalità*, la necessità del consenso o di un altro fondamento previsto dalla legge, lasciando alla discrezionalità del legislatore la scelta dei margini di deroga al consenso dell’interessato, e sancendo il diritto individuale di accesso ai dati raccolti e di rettifica.

Sia la CEDU sia la Carta di Nizza considerano, dunque, la vita privata come un bene giuridico degno di protezione e degno di essere assunto a un rango che si può definire “costituzionale”. Quanto alle giustificazioni delle interferenze nella vita privata, in mancanza di

---

[http://european-convention.europa.eu/doc\\_wg.asp?lang=IT](http://european-convention.europa.eu/doc_wg.asp?lang=IT), consultato il 30.09.2010). In dottrina di simile parere è Sergio Panunzio (cfr. S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO [a cura di], *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, 2005, p. 70 ss.).

<sup>46</sup> Cfr. A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell’esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, p. 125 ss.

<sup>47</sup> G. BRONZINI – V. PICONE, *Le giurisprudenze europee in movimento. Luci e ombre nel processo di costruzione di uno jus commune*, in *Quest. Giust.*, 2007 (1), p. 131.

<sup>48</sup> Tra le Carte internazionali, fonte di ispirazione per la stesura dell’art. 7, si richiamano la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (art. 12), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17) e la CEDU (art. 8), come precisato dalle Spiegazioni della Carta di Nizza redatte dal *Praesidium* (per le quali, cfr. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:IT:PDF>, consultato il 30.09.2010). Segnatamente, l’art. 7 della Carta di Nizza, rubricato “Rispetto della vita privata e della vita familiare”, recita: “Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni”. L’art. 8, che porta in rubrica “Protezione dei dati di carattere personale” afferma: “1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un’autorità indipendente”.

indicazioni in tal senso nella Carta di Nizza, la CEDU potrebbe “offrire” regole di possibile integrazione, facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU e a quella della Corte CE<sup>49</sup> o trovando una “copertura” testuale all’“ingresso” dell’art. 8 § 2 CEDU tramite l’art. 52, § 3 della Carta di Nizza.

La sentenza *S. and Marper*, quindi, consolida il quadro europeo in materia di *privacy*, ponendo su una linea comune le norme “costituzionali” della CEDU e della Carta di Nizza e ciò permette di dare per raggiunta la formazione di un quadro europeo comune in tema di accesso ai dati personali.

Ma non solo sul piano “costituzionale” si evince la convergenza tra i due sistemi. La Corte di Strasburgo richiama, infatti, la Direttiva 95/46/CE<sup>50</sup> e la affianca alla Convenzione 108/1981 del Consiglio d’Europa<sup>51</sup>, dando conferma ulteriore della convergenza e del consolidamento trasversale di principi comuni tra i due sistemi sul fronte della *privacy* e dei diritti degli interessati all’accesso e al controllo dei dati che li riguardino direttamente, anche se va precisato che i due documenti sono portatori di diversa prospettiva e impostazione: mentre, infatti, la normativa internazionale punta ad un’armonizzazione minimale per poter garantire almeno *standard* elementari e paritari tra tutti i numerosi Stati che fanno parte del Consiglio d’Europa, la disciplina comunitaria ambisce all’armonizzazione della legislazioni e il novero delle garanzie pare superare quello elaborato dal Consiglio d’Europa.

### **3.2...sul piano delle interferenze alla *privacy* per scopi investigativi**

Guardando al profilo relativo alle possibili interferenze alla *privacy*, giustificabili per esigenze pubbliche stringenti, come nel caso dell’impiego del DNA per il fine investigativo e dello scambio dei dati genetici tra le forze di polizia, la Corte sovranazionale prende in considerazione, ancora una volta, fonti internazionali ed europee, in particolare la

---

<sup>49</sup> La Corte CE è intervenuta in tema di *privacy* in diverse occasioni: nella prima sentenza in materia di diritti umani, che ha avuto ad oggetto proprio questioni di riservatezza (sentenza *Stauder v. City of Hulm* del 12.11.1969, causa n. 29/69, ECR 419/1969); in riferimento a controversie tra funzionari comunitari e organi di appartenenza, richiamando l’art. 8 CEDU (cfr. sentenza *Scaramuzza v. Commissione* del 20.10.1994, causa 76/93 P, in *Racc.* 1994, p. I – 5173; sentenza *N v. Commissione* del 16.07.1998, causa 252/97 P, in *Racc.* 1998, p. I – 4871 e sentenza *Varec* del 14.02.2008, causa 450/06); contemplando il diritto alla protezione dei dati personali, anche se non ancora codificato e redigendo una sorta di *corpus* normativo sui rapporti di lavoro (sentenza *Stanley Adams v. Commissione* del 07.11.1985, causa 145/83, in *Racc.* 1985, p. 3539). Importanti sono stati pure gli interventi in materia di diritto alla salute (sentenza *X v. Commissione* del 05.10.1994, causa 404/92 in *Racc.* 1994, p. I – 4737) o di controlli delle persone alle frontiere (sentenza *Watson e Belmann* del 07.07.1976, causa 118/75 in *Racc.* 1976, p. 1185) o di mancata applicazione del diritto alla *privacy* per le persone giuridiche (sentenza *National Panasonic UK v. Commissione* del 26.06.1980, causa 136/79 in *Racc.* 1980, p. 2033 e la sentenza *AKZO Chemie v. Commissione* del 23.09.1986, causa 5/85 in *Racc.* 1986, p. 25) o in tema di tutela della corrispondenza (sentenza *Niemetz v. Germania* del 16.12.1992 in *Racc.* Serie A n.251). Per le sentenze della Corte di Giustizia CE cfr. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it> (consultato il 30.09.2010).

<sup>50</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24.10.1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, approvata il 25.07.1995, adottata dal Consiglio in via definitiva - dopo la procedura di co-decisione con il Parlamento Europeo - il 24.10.1995 e pubblicata in GUCE L 281/1995. Per i testi del diritto dell’UE citati nel prosieguo cfr. il sito Internet all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu> (consultato il 30.09.2010).

<sup>51</sup> Si tratta della “Convenzione per la protezione delle persone in relazione all’elaborazione automatica dei dati a carattere personale”, detta anche “Convenzione di Strasburgo”, n. 108/1981, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 22.09.1980 ed entrata in vigore il 01.10.1985, consultabile sul sito Internet all’indirizzo <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ITA> (consultato il 30.09.2010).

Raccomandazione R (87) 15 e R (92) 1 del Consiglio d'Europa<sup>52</sup> e, in ambito UE, il Trattato di Prüm<sup>53</sup>, adottato da alcuni Paesi membri dell'Unione europea, al di fuori del suo quadro giuridico, ma divenuto parte del diritto dell'UE (mediante le Decisioni 615 e 616 del 2008/GAI)<sup>54</sup> e la Decisione quadro 2008/977/GAI<sup>55</sup> sulla protezione dei dati personali in relazione alle attività di polizia (in seno all'ormai soppresso "terzo pilastro").

Le norme del Trattato di Prüm<sup>56</sup> e delle Decisioni GAI di integrazione nel sistema UE<sup>57</sup> prevedono, in estrema sintesi, che le Parti Contraenti si impegnino a dar vita e a gestire una banca dati nazionale di analisi del DNA in ambito criminale, regolata dalla legge nazionale, e che lo scambio di informazioni sia attuato innanzitutto nella possibilità per le autorità di contrasto al crimine di ciascuno Stato di accedere alle informazioni delle banche di altri Stati, mediante consultazione automatizzata tramite la comparazione dei profili di DNA. Il sistema, poi, prevede una struttura di raffronto dei profili anonimi non identificati con quelli provenienti dai dati indicizzati degli altri schedari nazionali, nella quale i dati supplementari a carattere personale sono scambiati solo dopo una risposta positiva di corrispondenza (sistema *hit/no hit*): infatti, lo Stato membro che effettua la consultazione in modo diretto (*on line*) può chiedere in un secondo tempo allo Stato membro che gestisce lo schedario i dati personali specifici corrispondenti<sup>58</sup>, i quali saranno trasmessi attraverso i punti di contatto nazionali.

Dalla lettura congiunta di tali norme e delle statuizioni della Corte di Strasburgo si osserva come le previsioni del sistema Prüm siano vaghe e carenti rispetto agli *standard* indicati dalla sentenza in oggetto.

---

<sup>52</sup> Raccomandazione R (87) 15 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'uso dei dati a carattere personale nel settore della polizia del 17.09.1987 e Raccomandazione R (92) 1 del Consiglio d'Europa sull'uso delle analisi del DNA nel quadro del sistema di giustizia penale del 10.02.1992, consultabili sul sito Internet all'indirizzo [http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts\\_en.asp#P43\\_2297](http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P43_2297) (consultato il 30.09.2010).

<sup>53</sup> Il Trattato di Prüm, composto da 52 articoli e articolato in 8 capitoli, è reperibile in Doc. 10900/05 CRIMORG 65 ENFOPOL 85 MIGR 30 e in Doc. 16382/06 CRIMORG 194 ENFOPOL 216 MIGR 172. (cfr. [http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/pacchetto\\_sicurezza/trattato\\_prum.pdf](http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/pacchetto_sicurezza/trattato_prum.pdf), consultato il 30.09.2010). Si tratta di un Trattato sottoscritto il 27 maggio 2005 nella piccola cittadina tedesca di Prüm da parte di Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Germania, Francia e Austria, nel quadro di una sorta di "cooperazione rafforzata", con il fine di rafforzare la cooperazione interstatale per una più efficace lotta contro il terrorismo, la criminalità transnazionale e l'immigrazione illegale. Il Trattato, denominato anche Schengen III, si propone, di potenziare soprattutto lo scambio delle informazioni, tra cui quelle relative alle impronte digitali e ai dati genetici, tra i soggetti competenti in funzione della cattura dei delinquenti, della repressione e prevenzione dei crimini, della tutela della sicurezza collettiva.

<sup>54</sup> Si tratta delle cosiddette "Decisioni di Prüm", ovvero della Decisione 2008/615/GAI del Consiglio sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera e della Decisione 2008/616/GAI del Consiglio, relativa all'attuazione della decisione 2008/615/GAI, recante le disposizioni amministrative e tecniche in vista dell'armonizzazione degli *standards* tra gli Stati, entrambe del 23.06.2008 e pubblicate in GUUE L 210/2008. Tali Decisioni rispondono alla necessità di dare attuazione al *principio di disponibilità*, divenuto operativo a partire dal 1° gennaio 2008 e introdotto dal *Programma dell'Aja: rafforzamento della sicurezza, della libertà e della giustizia nell'Unione europea*, adottato dal Consiglio europeo del 04-05.11.2004 come programma valido per gli anni 2005-2010. Esso è stato pubblicato in GUCE C 53/2005 e incorporato in una Comunicazione della Commissione europea, intitolata "*Programma dell'Aja: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*", COM (2005) 184 def., reperibile sul sito Internet all'indirizzo [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/it/ec/82551.pdf](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/82551.pdf) (consultato il 30.09.2010).

<sup>55</sup> Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio sulla protezione dei dati personali nel quadro della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale del 27.11.2008, pubblicata in GUUE L 350/2008 del 30.12.2008.

<sup>56</sup> Cfr., in particolare, il Titolo II sulla creazione di banche dati per la raccolta del DNA, delle impronte digitali e di altri dati, nonché la trasmissione e lo scambio di tali informazioni tra le autorità nazionali.

<sup>57</sup> Cfr., in particolare, il capo 2 della Decisione 615/2008.

<sup>58</sup> Si prevede, inoltre, che entro l'agosto 2011 il sistema di consultazione dei dati sia del tutto automatizzato.

Considerando il *principio di legalità*, risulta che il Trattato di Prüm trascura di indicare i soggetti coinvolti e le tipologie di reati per le quali poter avviare il trattamento, la conservazione e lo scambio dei dati. Il Trattato rimettendo *in toto*, e in modo eccessivo, generico e vago, la disciplina agli Stati nazionali, pretermette totalmente i diritti dei titolari dei dati e lascia trasparire l'idea per cui i dati siano di proprietà degli Stati.

Quanto al *principio di finalità*, la vaghezza delle disposizioni del Trattato di Prüm fa intravedere il serio rischio di abusi da parte delle forze di polizia; inoltre, nella Decisione 615 è introdotto il principio di *finalità limitata*, in virtù del quale è sancito il divieto di utilizzare i dati per fini diversi da quelli per i quali erano stati trasmessi, ma sono al contempo ammesse deroghe, nel caso in cui la legislazione nazionale dello Stato che gestisce la banca dati lo consenta<sup>59</sup>.

È sotto il profilo della *proporzionalità* che emergono le maggiori carenze del Trattato in esame rispetto alla sentenza *S. and Marper*: la limitata durata della conservazione o i criteri di *entrata* e di *uscita* dei dati, ancorati all'elemento oggettivo della gravità dei reati o all'elemento soggettivo della categoria dei soggetti o all'elemento temporale, sono del tutto tralasciati dal Trattato di Prüm, diversamente dalle Raccomandazioni R (87) 15 e R (92) 1, che subordinano la cancellazione al verificarsi di determinate condizioni (conclusione di un'inchiesta per un certo caso; pronuncia di una decisione definitiva di assoluzione; riabilitazione; prescrizione; amnistia; età della persona interessata; categoria particolare di dati) o comunque non ammettono la conservazione oltre il tempo necessario ad assolvere lo scopo per il quale l'analisi viene utilizzata.

Nonostante il sistema Prüm<sup>60</sup> preveda, quindi, che gli Stati siano tenuti a garantire un livello di protezione dei dati personali da trasmettere o già trasmessi corrispondente almeno a quello stabilito dalla Convenzione 108/1981, nonché dal suo Protocollo addizionale del 2001<sup>61</sup>, e dalla Raccomandazione n. R (87) 15, permangono diversi aspetti problematici nella tutela.

Considerando, inoltre, le disposizioni della Decisione quadro 2008/977/GAI e raffrontandole con il dettato sovranazionale, osserviamo che, benché la Decisione vada accolta favorevolmente, in quanto rappresenta il primo strumento giuridico di carattere generale sulla protezione dei dati in seno alla cooperazione di polizia e giudiziaria penale, essa è insufficiente, dal momento che concerne solo il "*cross-border exchange*" e tralascia la questione del trattamento di dati all'interno degli Stati membri (che, invece, viene contemplato dalla Direttiva 95/46/CE, la quale, però, non opera in seno all'ex "terzo pilastro"). La Decisione, poi, richiamando la Convenzione 108/1981, rimanda al medesimo tipo di tutele, perseguendo solo un livello minimo di armonizzazione delle norme di protezione dei dati che necessiterebbe di ulteriori integrazioni. Inoltre, mancano norme che distinguano le diverse categorie di dati in base al loro grado di esattezza e affidabilità, in base alla riferibilità a fatti o a opinioni o valutazioni personali, nonché in base alle persone interessate (autori di reato, indiziati, vittime, testimoni, ecc.), in modo da fornire garanzie specifiche per i dati relativi a persone non sospette (come, invece, si legge ai principi 2 e 3 della Raccomandazione R (87) 15). Simili carenze vanno chiaramente a scapito di un adeguato esercizio dei diritti individuali<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Art. 26 della Decisione 615/2008.

<sup>60</sup> Art. 25 della Decisione 615/2008.

<sup>61</sup> Protocollo n. 181, firmato a Strasburgo l'08.11.2001.

<sup>62</sup> Tali considerazioni sono riscontrabili anche nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2010) 609 def., elaborata a

In conclusione, si può affermare che le previsioni ad oggi in vigore nel territorio europeo in materia di trasmissione e scambio dei dati di DNA tra le forze di polizia e le autorità giudiziarie siano difettose rispetto alle indicazioni della Corte EDU.

La sentenza *S. and Marper*, pertanto, potrebbe rappresentare una fonte preziosa di integrazione delle carenze che ancora sussistono a livello UE e l'Unione europea, d'altro canto, potrebbe servirsi delle statuizioni sovranazionali per migliorare la disciplina in materia, a maggior ragione nella fase attuale in cui la rigida separazione tra pilastri non ha più alcuna ragion d'essere, essendo stata abolita dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Il valore vincolante della Carta di Nizza (in particolare degli artt. 7 e 8), l'importanza dei diritti fondamentali enucleati nella CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'esigenza di pervenire alla realizzazione di un «regime globale di protezione dei dati»<sup>63</sup>, ossia un regime di tutela unico per tutti gli ambiti di competenza dell'Unione europea, la cui base giuridica è rinvenibile nell'art. 16 TFUE<sup>64</sup> e auspicata anche dal recente Programma di Stoccolma<sup>65</sup>, sono tutti fattori che depongono a favore di un auspicato intervento dell'Unione in materia di banche del DNA a scopo investigativo penale, al fine di rendere sempre più tangibile lo spazio europeo di scambio, disponibilità e collaborazione tra le forze di polizia e le autorità competenti alle indagini.

#### 4. UNO SGUARDO ALLA SITUAZIONE ITALIANA

Il rilievo della sentenza *S. and Marper* sul diritto dell'UE è stato delineato.

Spostando il punto di vista dall'ottica del diritto degli Stati nazionali, ci si può domandare se la pronuncia sia in grado di esplicitare alcuni effetti pure nei riguardi degli Stati non direttamente destinatari di essa. Anche in tal caso, come nell'analisi del rapporto tra sistema CEDU e sistema UE, giova fare alcune considerazioni generali circa l'impatto delle decisioni sovranazionali della Corte di Strasburgo sul diritto nazionale, per poi considerare, a titolo esemplificativo, il caso italiano relativo alla recente legge istitutiva delle banche del DNA a scopo investigativo penale.

---

Bruxelles il 04.11.2010, nella quale si sottolinea l'importanza di un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'UE, ossia una normativa unica e non frammentaria in materia di *privacy*.

<sup>63</sup> Così il Garante europeo per la protezione dei dati personali, *Parere sulla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo "Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini"*, in GUUE C 276/2009, p. 8-20, parr. 26-37.

<sup>64</sup> L'art. 16 TFUE conferisce a Parlamento europeo e Consiglio la competenza ad adottare, attraverso la procedura legislativa ordinaria, atti per la protezione dei diritti individuali con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

<sup>65</sup> Programma pluriennale 2010-2014 in materia di libertà, sicurezza e giustizia (programma di Stoccolma), Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo "*Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*", COM(2009) 262 del 10.06.2009 in GUUE C 115/2010. Tra l'altro, si noti come anche la Dichiarazione n. 21 relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, allegata al Trattato di Lisbona, riconosca «che potrebbero rivelarsi necessarie, in considerazione della specificità dei settori in questione, norme specifiche sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di tali dati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia».

#### 4.1 Il rapporto tra il sistema CEDU e gli Stati nazionali: il caso italiano

Gli effetti delle sentenze che la Corte europea dei Diritti dell'Uomo pronuncia nei riguardi di uno Stato si manifestano anche nei confronti degli altri Stati membri del Consiglio d'Europa, in virtù della loro adesione all'organizzazione internazionale, del recepimento della CEDU e dell'accettazione della giurisprudenza della Corte EDU, che ora, in forza del Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE si vede, come detto, riconosciuto il rango di fonte del diritto costituzionale europeo.

In via generale, l'ingresso degli Stati nel sistema del Consiglio d'Europa avviene sotto due profili: uno "statico", inerente al diritto costituzionale di gerarchia delle fonti (visibile nel fatto che la CEDU è stata, il più delle volte, recepita nel sistema delle fonti interne tramite un atto di recepimento, secondo il fenomeno dell'"adattamento o adeguamento" del diritto interno al diritto internazionale convenzionale<sup>66</sup>, avvenuto nei diversi Paesi seguendo una via legislativa, costituzionale o super-legislativa/paracostituzionale<sup>67</sup>) e un livello "dinamico", relativo alle modalità con cui le norme sovranazionali vengono recepite a livello giurisprudenziale interno, nel cui caso la CEDU ha costituito parametro di costituzionalità nei giudizi di legittimità costituzionale (ove recepita a livello costituzionale) o "norma interposta" tra la Costituzione e la legge ordinaria (nel sistema in cui è adottata in forma super-legislativa) o, ancora, norma pari alla legge ordinaria, sottoposta ad un criterio cronologico di successione delle leggi nel tempo (ove adottata in forma legislativa).

In Italia, in particolare, la CEDU avrebbe rango legislativo, visto il suo recepimento nell'ordinamento interno tramite la Legge n. 848/1955. Tuttavia, la Corte costituzionale ha cercato di assicurare un maggiore livello alla fonte in questione, assegnandole un livello "superlegislativo" che pone la Convenzione a un livello intermedio (dall'ottica gerarchica e statica) tra la Costituzione italiana e la legge primaria. Individuando nell'art. 117 (modificato dalla Legge costituzionale n. 3/2001) - che contempla un obbligo in capo sia al legislatore nazionale sia a quello regionale di rispettare i vincoli internazionali - la norma capace di offrire "copertura" costituzionale all'ingresso delle disposizioni internazionali nel nostro ordinamento<sup>68</sup>,

---

<sup>66</sup> Si fa riferimento al fenomeno per cui ogni Stato sceglie le procedure con le quali dare attuazione agli obblighi assunti in sede internazionale, secondo l'ottica adottata da Benedetto Conforti, il quale si fonda sulla prospettiva dualistica degli ordinamenti: in base a questa prospettiva esistono due ordinamenti distinti - l'ordinamento nazionale e quello internazionale - che per entrare in relazione tra loro necessitano di particolari modalità, come l'adattamento speciale o automatico (caratterizzato dal rinvio alla fonte che determina l'introduzione nel diritto interno di tutte le norme prodotte in un dato ordinamento sovranazionale, senza necessità di "traduzione" in atti interni) o l'adattamento ordinario (che avviene tramite riscrittura o riformulazione dell'atto internazionale in un atto interno). Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Editoriale Scientifica, 2006.

<sup>67</sup> Tali espressioni sono state assunte, tra gli altri, da Montanari e Colella (cfr. L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli, 2002 e A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, 2006, in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010).

<sup>68</sup> Anche la dottrina ha cercato, nel tempo, un ancoraggio normativo di "costituzionalizzazione" della CEDU tramite l'art. 2 della Costituzione italiana e il principio personalista racchiuso in tale disposizione, al quale ricondurre tutti i diritti contemplati nella CEDU (Cfr. F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p. 1097; A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione Universale*, atti del Convegno organizzato dal Centro di Studi e formazione dei diritti dell'uomo e dei popoli, Università di Padova, CEDAM, 1989, p. 40; F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, Giappichelli, 1994, p. 55); oppure richiamando l'art. 10, I comma, il "trasformatore permanente" che di per sé permette l'ingresso nel nostro ordinamento delle consuetudini



la Consulta con le sentenze n. 348 e 349 del 2007<sup>69</sup> ha mutato il paradigma fino a quel momento esistente in tema di rapporto tra l'ordinamento interno e internazionale. Essa ha attribuito alle norme di origine pattizia la funzione di norme interposte nel giudizio di costituzionalità, prevedendo innanzitutto l'onere per il giudice nazionale di ricorrere all'"interpretazione conforme", ossia al tentativo di risolvere il contrasto in via interpretativa, adottando un significato della norma interna orientato e conforme al testo ed allo spirito della CEDU; in secondo luogo, ha chiarito che, ove il giudice interno non riesca a rispettare l'obbligo di interpretazione adeguatrice e a comporre l'antinomia fra norma interna e CEDU per via ermeneutica, si debba fare ricorso al giudizio accentrato della Consulta, ponendo una questione di costituzionalità della disciplina interna in raffronto al parametro costituzionale dell'art. 117, il quale consente il "rinvio mobile" alla CEDU e la rende "norma interposta"<sup>70</sup>.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e il riconoscimento del valore giuridico della Carta di Nizza hanno determinato, poi, un nuovo "cambio di rotta" nella natura formalmente legislativa che la CEDU avrebbe.

Iniziando dal versante di diritto delle fonti, si osserva che la Carta, facendo parte del diritto comunitario, trova la "porta di entrata" nell'art. 11 e prevale sulla normativa interna (anche costituzionale, ma col limite del "nucleo duro" dei diritti fondamentali). Visto che, poi, la Carta di Nizza richiama espressamente la CEDU, si potrebbe azzardare che anche la CEDU entri nel nostro ordinamento, mediante la Carta di Nizza e per le norme che siano da questa richiamate, sulla base del medesimo art. 11. La CEDU, quindi, sarebbe in grado di assumere un rango costituzionale tramite la sua "comunitarizzazione". Tra la giurisprudenza più recente emerge tale tendenza ad argomentare la diretta applicabilità delle norme CEDU nell'ordinamento interno sulla base dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>71</sup>, dimenticando che l'adesione dell'Unione alla CEDU, che comunque deve ancora avvenire, non comporta l'equiparazione delle norme convenzionali al diritto comunitario, in quanto sarebbe, se così fosse, tale equiparazione sarebbe effettuata da parte dell'Unione in qualità di soggetto di diritto

---

internazionali, ma che, stando a una prima ipotesi, conferirebbe valore costituzionale anche ai Trattati (Cfr. R. QUADRI, *Diritto Internazionale pubblico*, Editoriale Scientifica, 1968, p. 64), mentre altra parte della dottrina ha ritenuto che, siccome molte norme contenute nella Convenzione europea richiamano consuetudini internazionali, la CEDU sia sussumibile nell'art. 10 (Cfr. P. PUSTORNO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1995, p. 34); in base ad una terza impostazione, invece, il richiamo all'art. 10 nascerebbe dal fatto che, esistendo nell'ordinamento internazionale la regola consuetudinaria del *pacta sunt servanda* ed essendo la CEDU un trattato internazionale, tramite l'art. 10 si verificherebbe l'adattamento automatico della Convenzione con valore costituzionale (Cfr. P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie, comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Comunità internaz.*, 1966, p. 15); per altri ancora si dovrebbe richiamare l'art. 11 sulle limitazioni alla sovranità in nome della realizzazione di un ordinamento che assicuri al pace e la giustizia, ritenendo che l'adesione dell'Italia a un'organizzazione internazionale, quale quella rappresentata dal Consiglio d'Europa, rientri tra le limitazioni di sovranità previste dalla norma in esame.

<sup>69</sup> Per le sentenze della Corte costituzionale italiana cfr. <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html> (consultato il 30.09.2010).

<sup>70</sup> La Corte costituzionale ha così chiarito come nei riguardi del diritto convenzionale CEDU non possa trovare applicazione la prassi della "disapplicazione" della normativa interna in contrasto, come, invece, accade in riferimento al diritto comunitario. Tale prassi era diffusa soprattutto tra la giurisprudenza di merito e quella di Cassazione (cfr., ad esempio, la decisione della Cassazione, S.U., n. 28597 del 2005).

<sup>71</sup> Si vedano, ad esempio, le sentenze n. 1220 del 2010 del Consiglio di Stato e n. 11984 del 2010 del TAR Lazio.

internazionale senza alcun intervento dello Stato italiano a consentire le limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 della Costituzione tali da legittimare "il principio del primato"<sup>72</sup>.

Inoltre, a livello problematico, si segnala che il richiamo alla CEDU contenuto nella Carta di Nizza e la sua acquisizione di un rango "costituzionale" dovrebbe valere solo per le norme della CEDU che siano richiamate in ambito UE, col rischio, dunque, che si creino due categorie di diritti CEDU: quelli che entrano nell'ordinamento tramite l'art. 11, veicolati dal diritto comunitario e aventi diretta applicabilità, e quelli che restano "ancorati" all'art. 117, in quanto non corrispondenti ai diritti UE, che conservano il carattere di "norme interposte"<sup>73</sup>.

Per evitare tali conseguenze di scindere in due categorie i diritti della CEDU nel loro rapporto con l'ordinamento italiano, si può segnalare l'effetto prodotto, sempre a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dagli art. 52 e 53 della Carta di Nizza che consentono di effettuare un richiamo alla CEDU, di conferire ai diritti della CEDU un'uguale portata e significato nei casi di corrispondenza con i diritti della Carta di Nizza, nonché di assegnare al giudice nazionale, che assume le vesti di un "giudice dai tre cappelli"<sup>74</sup>, un ruolo di interpretazione del diritto interno conformemente al dato costituzionale, alle norme comunitarie e al diritto convenzionale della CEDU. Il giudice nazionale è così chiamato ad effettuare un bilanciamento tra diritti secondo il canone della "maggior protezione" che lo legittima, a questo punto, a far prevalere non solo le norme di provenienza UE, ma anche quelle CEDU su quelle nazionali, ove chiaramente la tutela garantita dalle prime due categorie sia maggiore di quella assicurata dalle ultime.

Con riferimento, poi, al valore delle sentenze emesse dalla Corte EDU, è noto come esse costituiscano "diritto vivente" della CEDU e siano "il mezzo più immediato e incisivo per garantire il rispetto dei diritti"<sup>75</sup>, specie nel caso delle sentenze della *Grand Chamber* che sono definitive e non più soggette a impugnazione (*ex art. 44 CEDU*), mentre sugli Stati incombe l'obbligo di esecuzione delle pronunce, secondo uno schema di obbligazione di risultato e libertà di mezzi (art. 46 CEDU).

Secondo i giudici di Strasburgo, le loro sentenze hanno un valore essenzialmente dichiarativo e si attagliano al caso esaminato, senza obbligo di *stare decisis* per la Corte medesima o un'applicazione delle sue statuizioni al di fuori dei "confini" delineati dalla vicenda considerata. Tuttavia l'importanza della Corte nell'ambito della tutela internazionale dei diritti è tale che, da un lato, è la Corte medesima a non esimersi dallo stigmatizzare gli orientamenti nazionali ritenuti lesivi della CEDU e a rifarsi ai propri precedenti. Per altro verso, sono gli Stati stessi ad aver mutato il loro rapporto con l'ordinamento sovranazionale rappresentato dalla Corte: il valore dichiarativo delle sentenze viene, infatti, meno nel momento in cui i giudici di Strasburgo affrontano casi spinosi e su cui è acceso il dibattito in tutta Europa, per cui gli Stati, anche non direttamente coinvolti nelle cause affrontate dalla Corte, si appellano a quelle

---

<sup>72</sup> Per tali considerazioni cfr. A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), sul sito Internet all'indirizzo <http://www.giustamm.it> (consultato il 30.09.2010).

<sup>73</sup> Cfr. R. CAFARI PANICO – L. TOMASI, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2008 (1), p. 186 ss.

<sup>74</sup> R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. dir.* 2007 (3), p. 378.

<sup>75</sup> G. ROMANO – P. GENITO, *Efficacia delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo ed esecuzione delle stesse*, in AA.VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, supplemento a *Giur. merito*, vol. XL, 2008 (12), p. 32.

statuizioni per valutare che il loro ordinamento non rechi lesioni ai diritti umani o per correggere eventuali violazioni commesse. Se, dunque, gli effetti diretti delle decisioni europee si producono solo a livello dello Stato coinvolto, gli effetti indiretti condizionano l'azione e il diritto di molti Paesi presso i quali "a rigor di logica il *decisum* della Corte non dovrebbe esplicare effetto alcuno"<sup>76</sup>.

Le sentenze della Corte di Strasburgo, allora, circolano all'interno dell'Europa e fanno il loro ingresso negli ordinamenti nazionali, dando luogo al superamento delle barriere nazionali e realizzando quell'integrazione reciproca tra gli ordinamenti che oggi avviene grazie al "formidabile collante rappresentato dai diritti fondamentali"<sup>77</sup>.

Guardando al caso italiano, la sentenza n. 349/2007 della Corte costituzionale, poc'anzi richiamata, ha reso esplicitamente un omaggio formale alla giurisprudenza della Corte EDU e al diritto convenzionale vivente<sup>78</sup>, affermando che la CEDU abbia istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali e che le decisioni di Strasburgo si impongano a tutti gli attori operanti nell'ordinamento, investendo in prima battuta i giudici nazionali del ruolo di "giudici comuni della Convenzione" e riservando l'ultima parola sull'interpretazione della Carta alla Corte di Strasburgo, ragion per cui nessun giudice interno può contraddire il "diritto vivente" della giurisprudenza europea. Inoltre, essendo entrato in vigore il Trattato di Lisbona e, di conseguenza, avendo assunto operatività la Carta di Nizza, si può dire che, nella ricerca della "maggior protezione" da assicurare ai diritti umani, potrebbero essere applicate nel nostro ordinamento disposizioni di rango comunitario o internazionale, così come le interpretazioni che di quelle disposizioni sono date dagli organi giurisdizionali competenti. In tal modo, le sentenze della Corte di Strasburgo, che rappresentano la massima interpretazione della CEDU, assumerebbero nel nostro ordinamento - per il tramite dell'art. 11 della nostra Carta costituzionale, dell'art. 53 e del Preambolo della Carta di Nizza - un valore prevalente e vincolante<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2005, p. 139.

<sup>77</sup> A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio "La giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 28.02-02.03.2007, p. 1-2, in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010.

<sup>78</sup> Anche altre recenti sentenze della Corte costituzionale hanno ribadito tale posizione. Ad esempio, cfr. decisione n. 39 del 2008, sentenze nn. 311 e 317 del 2009, pronunce nn. 187 e 196 del 2010, nonché, da ultima, la recente n. 80/2011. Per un commento cfr. O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?* e A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*. Per entrambi gli interventi cfr. <http://www.forumcostituzionale.it> (consultati il 30.09.2010). Si veda altresì F. POLACCHINI, *CEDU e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in <http://www.giurcost.org/studi/index.html> (consultato il 30.03.2011).

<sup>79</sup> Va detto, però, che sussistono "resistenze" da parte della giurisprudenza italiana nei riguardi della vincolatività dell'interpretazione che la Corte di Strasburgo dà della CEDU. Ciò è ravvisabile nel fatto che spesso le autorità giudiziarie operano un filtro giudiziale che limita le scelte di sollevare questioni di legittimità costituzionale sulla legge interna; in secondo luogo, si nota il ricorso allo strumento del *distinguishing*, che permette al giudice di sottrarsi alla soggezione a un determinato precedente vincolante dichiarando che il caso concreto in quel momento al suo esame non presenta le stesse circostanze di fatto che avevano giustificato la precedente decisione. Per un approfondimento cfr. C. DOMENICALI, *Il seguito della giurisprudenza costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento italiano*, 15.09.2010 (Relazione presentata al Convegno "Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo", Accademia delle Scienze, Bologna, 5 marzo 2010), in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010.

## 4.2 La legge n. 85/2009 e l'impatto della sentenza *S. and Marper*

In Italia, fino al giugno 2009, è mancata una legge che regolasse la banca del DNA nazionale a scopo investigativo e si è oscillato tra forme di archiviazione attivate a livello dei singoli corpi di polizia (“ufficialmente” confinate a singole indagini), redazione di numerosi progetti di legge (caduti nel vuoto), attività di analisi forense diffuse tra i laboratori (ma senza alcun coordinamento per lo scambio di dati tra i laboratori delle forze di polizia e degli Istituti di medicina legale), assenza di “coperture normative” dinanzi a situazioni di fatto già esistenti e legittimate da una giurisprudenza, che sembra non aver voluto vedere l'esistente e non effettuare un'adeguata “messa a punto” dei vari diritti “in gioco”<sup>80</sup>.

Attualmente è stata elaborata la legge n. 85/2009, frutto di un travagliato *iter*, la quale prevede a) l'adesione della Repubblica italiana al Trattato di Prüm; b) l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA; c) il conferimento della delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria; d) le modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale, ovvero in tema di prelievo coattivo (materia che finora ha conosciuto solo interventi settoriali<sup>81</sup> e la cui regolamentazione è stata sollecitata dalla Corte costituzionale sin dal 1996<sup>82</sup>).

Volgendo lo sguardo alle previsioni contemplate dalla legge per quanto attiene alla materia di cui tratta la Corte EDU nella sentenza *S. and Marper*, le norme che maggiormente rilevano sono quelle relative alla durata e ai presupposti della conservazione dei dati (art. 13) e ai caratteri della fonte che disciplina la concreta operabilità del sistema di catalogazione (art. 16).

Se si prendono in considerazione i tre criteri fissati dalla pronuncia di Strasburgo, emerge come essi non siano stati del tutto rispettati dalla normativa italiana.

Innanzitutto il *principio di legalità* non è stato correttamente seguito, avuto riguardo del rinvio del legislatore a regolamenti di attuazione (i quali rientrano nel novero delle fonti del diritto di rango secondario) per la trattazione di questioni importanti, quali il trattamento dei dati, l'analisi e le modalità di rimozione, come pure per maggiori indicazioni circa i tempi di

---

<sup>80</sup> Cfr., a titolo di esempio, la sentenza della Cass. Pen., Sez. V, n. 4430, 2007, in cui è stata dichiarata l'utilizzabilità della prova acquisita grazie alla comparazione del codice genetico ritrovato su alcuni oggetti con il codice detenuto in un archivio informatico gestito (in via di fatto) da una forza di polizia in esito ad un procedimento penale rimasto senza individuazione del presunto colpevole; o la sentenza della Cass. Pen., Sez. Feriale n. 34294, 2008, che si è pronunciata sulla legittimità dell'uso delle informazioni contenute nella banca dati del DNA di un altro Stato membro ai fini della concessione del mandato d'arresto europeo, a prescindere dalla possibilità o meno di accesso da parte dell'Italia nel *database* straniero.

<sup>81</sup> Tra queste norme speciali sul prelievo biologico rilevano quelle in materia di codice della strada per i reati di guida in stato di ebbrezza o sotto l'influsso di sostanze stupefacenti (accertamenti qualitativi non invasivi, di cui agli art. 186 e 187 del Decreto Legislativo n. 285/1992) e le norme sull'accertamento invasivo compiuto mediante prelievo ematico in ambito di violenza sessuale (di cui alla legge n. 66/1996). Anche la legge “antiterrorismo” n. 155/2005 rientra tra queste norme speciali, avendo aggiunto un comma II bis all'art. 349 c.p.p. che riconosce il potere discrezionale del PM al prelievo coattivo, a fini identificativi e di indagine, in caso di rifiuto del soggetto sospettato. Essa, poi, innova l'art. 354 c.p.p. al III comma, estendendo la possibilità del prelievo coattivo anche al caso di accertamenti e rilievi urgenti da parte della polizia, urgenza che si rileva dal pericolo di alterazione di luoghi e cose o dal fatto che il soggetto potrebbe non rendersi reperibile o disponibile.

<sup>82</sup> Si tratta della sentenza n. 238 del 09.07.1996 della Corte costituzionale, pronunciata in riferimento all'episodio della Madonnina di Civitavecchia. Si trattava di un caso di rinvenimento di una statua della Madonna che lacrimava sangue. In quell'occasione la polizia aveva chiesto di effettuare il prelievo ematico coattivo di un soggetto sospettato (il sagrestano) e dei suoi familiari, al fine di codificarne il DNA e di confrontarlo con il profilo ricavato dalla statuetta. La Consulta, nel riconoscere il rifiuto del sagrestano al prelievo, ha rinviato al legislatore l'onere di precisare i casi e i modi di intromissione nella sfera privata e nell'integrità fisica dei cittadini.

conservazione dei campioni e dei profili. Inoltre, in riferimento ai connotati di chiarezza, precisione, prevedibilità, accessibilità che la legge dovrebbe avere, al di là del suo *nomen juris*, nel testo italiano potrebbe essere carente l'aspetto della "precisione", se si prende in esame il parametro indicato per il calcolo dei termini massimi di conservazione dei dati, ovvero la formula "all'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento (per i profili) e il prelievo (per i campioni)"<sup>83</sup>. È evidente come tale formula renda complesso per l'operatore risalire al "*dies a quo*" in virtù del quale calcolare i tempi di conservazione e lasci incerti sul tipo di circostanza a cui si faccia riferimento.

Il *principio di finalità* non risulta, invece, violato, visto che l'intero testo di legge è permeato dal fine di tutelare la sicurezza dei cittadini, anche se, come precisato dalla Corte, non basta una formula vaga per legittimare qualsiasi azione.

Quanto al terzo criterio - il *principio di necessità nella società democratica* - diversi sono i profili critici della legge italiana. La regola fissata dalla Corte di Strasburgo, secondo la quale non si possono conservare i profili di persone innocenti, non trova esatto riscontro nel testo legislativo in esame, in quanto le formule assolutorie, in presenza delle quali dar luogo alla cancellazione dei profili e alla distruzione dei campioni, non sono tutte quelle contemplate dal nostro codice di rito (mancano quelle relative all'archiviazione<sup>84</sup>, alle sentenze anticipate di proscioglimento al termine della fase istruttoria<sup>85</sup>, alla sentenza di non luogo a procedere, pronunciata al termine dell'udienza preliminare<sup>86</sup>, o alle sentenze di proscioglimento nella fase dibattimentale<sup>87</sup>). Risulta palese, allora, come il fatto di prevedere la possibilità di "uscita" dalla banca del DNA per alcuni soggetti prosciolti, e non per tutti, rafforzi la stigmatizzazione sociale e crei distinzioni entro la stessa categoria di persone, incrementando l'idea di "sospettati permanenti" e violando altresì principi cardine del nostro ordinamento come il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 della Costituzione, e l'art. 27 circa la presunzione di non colpevolezza.

Oltre alle criticità inerenti alle formule assolutorie, un ulteriore aspetto problematico è rappresentato dalla previsione sulla cancellazione disposta *d'ufficio* nei casi previsti, senza riconoscere all'imputato la facoltà di richiedere la rimozione dei dati che lo riguardano. Ciò riduce i diritti del singolo e chiaramente è in contrasto con il dettato della Corte e con i vari testi internazionali (come la Convenzione 108/1981) o comunitari (come la Direttiva CE/95/46), i quali conferiscono largo spazio alle facoltà di intervento, di informazione, di rettifica e cancellazione dei dati da parte del soggetto interessato. La mancata previsione di tale facoltà individuale lede, poi, il principio di "parità delle armi" su cui si è orientato il nostro legislatore nel 1988, a partire dalla riforma Vassalli del codice di procedura penale, in chiave tendenzialmente accusatoria, e mal si relaziona con gli art. 391 bis e segg. del codice di rito in merito alle indagini difensive (introdotti dalla Legge n. 397/2000, al fine di concedere alle parti in causa armi pari e mezzi identici di indagine).

---

<sup>83</sup> Art. 13, comma 4, legge n. 85/2009.

<sup>84</sup> Art. 408 c.p.p., rubricato "Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato"; l'art. 410, rubricato "Opposizione alla richiesta di archiviazione"; l'art. 411, rubricato "Altri casi di archiviazione".

<sup>85</sup> Art. 469 c.p.p.

<sup>86</sup> Art. 425 c.p.p.

<sup>87</sup> Si fa riferimento al proscioglimento per improcedibilità *ex art.* 529 c.p.p. e art. 531 c.p.p. e alla sentenza di assoluzione nel merito *ex art.* 530 c.p.p..

In aggiunta, il fatto che il Pubblico Ministero abbia il potere di chiedere la cancellazione dei dati in favore dell'imputato assolto conferma lo "sbilanciamento", operato dalla legge, tra l'organo dell'accusa e la persona dell'imputato. Se si considera che questo regime rende impossibili nel nostro ordinamento richieste di cancellazione come quelle avanzate da S. e da Marper, risulta chiarissimo il rischio (ma verrebbe da dire certezza) di un ricorso individuale direttamente a Strasburgo a denuncia della normativa italiana, a causa della preclusione di esperire il ricorso in sede nazionale.

Passando alle disposizioni che regolano i tempi di conservazione, è di tutta evidenza l'eccessiva ampiezza dei tempi massimi previsti: i termini di venti e quarant'anni risultano, infatti, sproporzionati alla luce della finalità da raggiungere mediante l'instaurazione della banca, il che rende sempre più difficile "l'uscita" dalla banca dati per un gran numero di persone.

Infine, i criteri in base ai quali distinguere il prelievo e la successiva conservazione dei profili genetici (gravità dei reati e/o pericolosità o altri connotati del soggetto), sono assenti nella legge n. 85/2009<sup>88</sup>, nella quale si enucleano diverse categorie di soggetti unicamente per la fase del prelievo biologico e della tipizzazione del DNA, mancando una modulazione di durata in funzione della conservazione dei dati nella banca.

In conclusione, il dettato dei giudici di Strasburgo è stato trascurato dalla legge italiana e questo è tanto più grave, se si tiene presente il valore significativo che la CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo assumono nel nostro ordinamento, alla luce del quadro delineato dalla Corte costituzionale e dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

## 5. CONCLUSIONI

La pronuncia *S. and Marper*, come si è visto, è rilevante sia sotto un profilo sostanziale, ossia quanto alle indicazioni che ha offerto in tema di banche del DNA, sia sotto un profilo "strutturale", ovvero in materia di diritto delle fonti, visto il suo impatto e la sua fitta "rete" di relazioni con i diversi sistemi giuridici esistenti in Europa. Essa si relaziona sia con il sistema UE sia con gli Stati nazionali (anche non diretti destinatari delle statuizioni), al punto che il valore giuridico delle sentenze della Corte EDU non ammette più atteggiamenti di "chiusura" entro i confini nazionali.

Tale complessa interazione con i differenti attori in questione conferma il "*transnational flow of legal standards*"<sup>89</sup>, ossia quel fenomeno di "dialogo", intersezione e convergenza di vedute tra il sistema CEDU e UE (in particolare in tema di accesso ai dati genetici), avente per effetto la produzione di un flusso di *standard* giuridici comuni, il quale costituisce il futuro "ad una sola voce" verso cui si muove la dimensione del diritto europeo.

---

<sup>88</sup> Cfr. art. 9 (che individua le categorie di soggetti da sottoporre a prelievo in relazione ai reati) e art.10 (sui casi dei profili reperiti nel corso dei procedimenti).

<sup>89</sup> A. SANTOSUOSSO, *The Worldwide Law-Making Process in the Field of Science and Law: A Laboratory Bench (IBLARC)*, in *Journal of International Biotechnology Law*, 2009 (6), p. 1

## BIBLIOGRAFIA:

- AA.VV., *Jus solitudinis*, Giuffrè, 1993
- P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie, comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Comunità internaz.*, 1966, p. 15 ss.
- F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p. 1097 ss.
- G. BRONZINI – V. PICONE, *Le giurisprudenze europee in movimento. Luci e ombre nel processo di costruzione di uno jus commune*, in *Quest. Giust.*, 2007 (1), p. 131 ss.
- R. CAFARI PANICO – L. TOMASI, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2008 (1), p. 186 ss.
- M. CARTABIA, *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European Pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2003, p. 399 ss.
- A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), in <http://www.giustamm.it>, consultato il 30.09.2010
- F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, Giappichelli, 1994
- A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, 2006, in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010
- B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Editoriale Scientifica, 2006
- R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. dir.* 2007 (3), p. 378 ss.
- R. CONTI, *Impronte digitali e diritti umani. In ricordo di Rosario Livatino*, in *Pol. dir.*, 2008 (4), p. 606 ss.
- C. DE GIACOMO, *Diritti, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Giuffrè, Milano, 1999
- C. DOMENICALI, *Il seguito della giurisprudenza costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento italiano*, 15.09.2010 (Relazione presentata al Convegno “Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo”, Accademia delle Scienze, Bologna, 5 marzo 2010), in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010
- A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2005
- G. GENNARI, *Identità genetica e diritti della persona*, in *Riv. critica dir. privato*, 2005 (4), p. 623 ss.
- A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione Universale*, atti del Convegno organizzato dal Centro di Studi e formazione dei diritti dell'uomo e dei popoli, Università di Padova, CEDAM, 1989, p. 40 ss.
- E. LOCARD, *Traité de criminalistique; les empreintes et les traces dans l'enquête criminelle*, Desvigne, Lyon, 1931
- F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995
- L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli, 2002
- S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, 2005, p. 70 ss.
- F. POLACCHINI, *CEDU e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in <http://www.giurcost.org/studi/index.html> (consultato il 30.03.2011).
- O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010
- P. PUSTORNO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1995, p. 34 ss.
- R. QUADRI, *Diritto Internazionale pubblico*, Editoriale Scientifica, 1968
- S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1997, p. 583 ss.

- G. ROMANO – P. GENITO, *Efficacia delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo ed esecuzione delle stesse*, in AA.VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, supplemento a *Giur. merito*, vol. XL, 2008 (12), p. 32 ss.
- A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010
- A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio "La giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 28.02-02.03.2007, p. 1-2, in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010
- A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Milano, 06-07.06.2008, p. 11, in <http://www.forumcostituzionale.it>, consultato il 30.09.2010
- A. SANTOSUOSSO, *The Worldwide Law-Making Process in the Field of Science and Law: A Laboratory Bench (IBLARC)*, in *Journal of International Biotechnology Law*, 2009 (6), p. 1 ss.
- A. SANTOSUOSSO - G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici e i terzi. A proposito del disegno di legge governativo 12 ottobre 2006*, in *Dir. pen. proc.*, 2007 (3), p. 395 ss.
- A. SANTOSUOSSO - I. A. COLUSSI, *Riservatezza e uso del DNA in ambito investigativo penale*, in R. KOSTORIS – R. ORLANDI (a cura di), *Commento alla legge n. 85/2009*, in corso di stampa presso l'editore Giappichelli
- A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, p. 125 ss.
- U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs – National Institute of Justice, *Convicted by Juries, Exonerated by Science: case studies in the use of DNA evidence to establish innocence after trial*, Research Report, 1996
- S. WARREN – L. D. BRANDEIS, *The right of privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, 193
- J. D. WATSON – F. H. C. CRICK, *Molecular Structure of Nucleic Acids*, in *Nature*, n.4356, 25.04.1953, p. 737 ss.
- V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2007, in <http://www.europeanrights.eu>, consultato il 30.09.2010

## SITOGRAFIA:

- <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>
- <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ITA>
- <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>
- <http://eur-lex.europa.eu>
- [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_it.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_it.htm)
- [http://european-convention.europa.eu/doc\\_wg.asp?lang=IT](http://european-convention.europa.eu/doc_wg.asp?lang=IT)
- <http://ue.eu.int/>
- [http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts\\_en.asp#P43\\_2297](http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P43_2297)
- <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>
- [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf)
- <http://www.europeanrights.eu>
- <http://www.forumcostituzionale.it>
- <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>
- <http://www.giurcost.org/studi/index.html>
- <http://www.giustamm.it>
- [http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/pacchetto\\_sicurezza/trattato\\_prum.pdf](http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/pacchetto_sicurezza/trattato_prum.pdf)