

## QUELLO CHE IL LEGISLATORE NON DICE IN TEMA DI PROVA GENETICA. DALLA BANCA DATI NAZIONALE DEL DNA AL *FAMILIAL SEARCHING*

di *Francesco Sanvitale*

(Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale,  
Università della Tuscia)

SOMMARIO: 1. La calma apparente derivante dal quadro normativo attuale. – 2. Le criticità irrisolte circa i canali di ingresso nella banca dati e la raccolta di materiale biologico. – 2.1. L'assenza di limiti oggettivi e soggettivi per l'estrazione di profili di DNA dai reperti biologici provenienti dai procedimenti penali. – 2.2. L'acquisizione di materiale biologico tramite modalità alternative all'accertamento medico. – 3. Le (evitabili) lacune in uscita. – 3.1. La circolazione della prova genetica. – 3.2. La cancellazione dei profili di DNA. – 4. La mancata presa di posizione in tema di *familial searching* e *long-range familial searches*. – 5. I rischi del *forensic DNA phenotyping* come mezzo di ricerca della prova atipico. – 6. Riflessioni conclusive: se nulla è impossibile, tutto va regolato.

1. È una storia nota quella della legislazione in tema di prova genetica in Italia. Un momento fondamentale è certamente rappresentato dalla sentenza con cui la Corte costituzionale sanzionò l'impiego dei prelievi ematici coattivi finalizzati all'esecuzione della perizia ex art. 224 co. 2 Cpp<sup>1</sup>, vietando il ricorso a simili accertamenti di tipo invasivo sino a quando non si fosse introdotta una disciplina *ad hoc*<sup>2</sup>. Seguirono anni di

---

<sup>1</sup> C. cost., 9.7.1996 n. 238, in *DPP* 1996, 1091 s., con nota di R.E. Kostoris, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*. A commento della pronuncia, v. anche M. Cingolani, *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte Costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Riv. it. med. leg.* 1997, 867 ss.; G.P. Dolso, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giur. cost.* 1996, 3222 ss.; P. Felicioni, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *CP* 1996, 315 ss.; M. Giacca, *In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte cost. n. 238 del 1996*, in *RIDPP* 1997, 602 ss.; A. Nappi, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.* 1996, 2150 ss.; G. Romeo, *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, in *Riv. pol.* 1997, 280 ss.; M. Ruotolo, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, in *Giur. cost.* 1996, 2151 ss.; G. Santacroce, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, in *CP* 1996, 3570 ss.; D. Schellino, *Corte costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *LP* 1998, 174 ss.; G. Umani Ronchi, *Marcia indietro sul test del Dna: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *GD* 1996 n. 30, 67 ss.; D. Vigoni, *Corte costituzionale e prelievo ematico coattivo*, in *RIDPP* 1996, 1022 ss.

<sup>2</sup> Al riguardo, v. M. Ruotolo, *op. cit.*, 2156; V. Barbato, G. Lago, V. Manzari, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi creato dalla sentenza n. 238 del 1996*, in *DPP* 1997, 362.

significativa incertezza, a fronte del vuoto normativo determinatosi rispetto agli accertamenti più invasivi. L'inerzia legislativa<sup>3</sup> si interrompe con l'intervento emergenziale del 2005<sup>4</sup> e poi con la l. 30.6.2009 n. 85<sup>5</sup>. Questa legge, oltre a regolare i casi e i modi per procedere a prelievi e accertamenti medici coattivi<sup>6</sup>, ha istituito la banca dati nazionale del DNA, per la raccolta e comparazione dei profili di DNA. Solo nel 2016, però, la banca dati è divenuta operativa, grazie alla emanazione del regolamento attuativo della citata l. n. 85/2009 con il d.P.R. 7.4.2016 n. 87.

La disciplina risultante da tale lunga gestazione è encomiabile sotto molti punti di vista.

<sup>3</sup> Tra i tanti, C. Gabrielli, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Torino 2012, 4, criticava «l'imbarazzante inconcludenza legislativa», segnalando come un intervento sulla materia fosse «probabilmente opportuno sin dall'entrata in vigore del codice di rito del 1989» e fosse divenuto «certamente doveroso» in seguito alla pronuncia della Consulta. Sul punto, v. anche T. Alesci, *Il corpo umano fonte di prova*, Milano 2017, 65 e L. Scaffardi, *Giustizia genetica e tutela della persona. Uno studio comparato sull'uso (e abuso) delle Banche dati del DNA a fini giudiziari*, Padova 2017, 179 ss.

<sup>4</sup> Il d.l. 27.7.2005 n. 144, convertito nella l. 31.7.2005 n. 155 intervenne nella materia *de qua* sulla scia degli attentati terroristici di Madrid e Londra. Su tale normativa, v. R. Bricchetti, *Prelievi del DNA senza consenso*, in *GD* 2005 n. 33, 67 s.; R. Cantone, *Le modifiche processuali introdotte con il «decreto antiterrorismo» (d.l. n. 144/05 conv. in l. n. 155/05)*, in *CP* 2005, 2515 ss.; F. De Leo, *Terrorismo: le «scappatoie» per uscire dall'incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in *GD* 2005 n. 37, 11 ss.; L. Filippi, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo. Le disposizioni processuali*, in *DPP* 2005, 1218; G. Frigo, *Straniero «cacciato» senza garanzie*, in *GD* 2005 n. 33, 79 ss.; B. Galgani, C. Lucchini, *Commento all'art. 10 D.L. 2 luglio 2005, n. 144*, in *LP* 2005, 513 ss.; R.E. Kostoris, *Prelievi biologici coattivi*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris e R. Orlandi, Torino 2006, 330 ss.; M. Panzavolta, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche* 2007, 4, 456 ss.; A. Scalfati, *Potenziamento della polizia giudiziaria tra ruoli investigativi ed intrusioni di libertà*, in *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione. Commento al decreto legge 27 luglio 2005 n. 144 convertito con modificazioni nella legge 31 luglio 2005 n. 155*, a cura di E. Rosi e S. Scopelliti, *Suppl. a D&G* 2006, 16, 93 ss.

<sup>5</sup> Con la l. 30.6.2009 n. 85, l'Italia ha aderito al Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d'Austria, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (c.d. Trattato di Prüm). Il Trattato è stato sostanzialmente recepito dalla decisione 2008/616/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008 relativa all'attuazione della decisione 2008/615/GAI sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera. Per una ricostruzione esaustiva della storia degli interventi della Corte costituzionale e della normativa citata, v., per tutti, G. Leo, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della banca dati nazionale del DNA*, in *Riv. it. med. leg.* 2011, 936 ss. L'ultimo intervento del legislatore risale alla l. 23.3.2016 n. 41, che ha esteso la possibilità di procedere al prelievo coattivo per l'accertamento dei reati «stradali» di cui agli articoli 589-bis e 590-bis Cp. Per un commento, v. C. Gabrielli, *Il nuovo prelievo coattivo «stradale»: tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *RIDPP* 2016, 821 ss.; F. Prete, *Gli accertamenti tecnici nei reati stradali*, in *DPenCont* 2017, 3, 161 ss.

<sup>6</sup> Si vedano, in particolare, gli articoli 224-bis Cpp e 359-bis Cpp, che disciplinano, rispettivamente, la perizia disposta dal giudice e l'accertamento richiesto dal pubblico ministero per il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale. Per un approfondimento v., per tutti, C. Gabrielli, *Il prelievo coattivo*, cit., 71 ss.

Essa è estremamente rigorosa quanto alle tecniche ed ai luoghi per la conservazione dei profili genetici (art. 3 d.P.R. n. 87/2016), all'individuazione dei soggetti che possono accedervi e alla procedura che devono seguire (articoli 9 e 10 d.P.R. n. 87/2016 per quanto riguarda la consultazione a livello nazionale; articoli 11 ss. d.P.R. n. 87/2016 per quella da parte di autorità straniera)<sup>7</sup>. È particolarmente apprezzabile, soprattutto, la distinzione tra la banca dati del DNA e il laboratorio centrale. Nella prima sono conservati i profili del DNA, ossia i codici alfanumerici che rappresentano una serie di caratteristiche identificative della parte non codificante<sup>8</sup> di un campione di DNA umano analizzato (art. 2 co. 1 lett. v d.P.R. n. 87/2016). Nel secondo, sono custoditi i campioni biologici, ossia le sostanze biologiche prelevate sulle persone sottoposte a tipizzazione del profilo del DNA (art. 2 co. 1 lett. g d.P.R. n. 87/2016). Tale separazione tra le istituzioni, infatti, intende evitare un incrocio di dati che consentirebbe di accedere a una quantità incontrollata di informazioni sull'individuo<sup>9</sup>. Sono altresì fissati dei limiti temporali per la conservazione<sup>10</sup> ed è garantita l'impossibilità di un'identificazione diretta del soggetto a partire dai profili e dai relativi campioni, come sancito dall'art. 12 co. 1 l. n. 85/2009<sup>11</sup>. Il nominativo della persona alla quale i dati si riferiscono è reso noto all'autorità giudiziaria e alla polizia giudiziaria solo in caso di concordanza tra i profili oggetto del confronto richiesto<sup>12</sup>. In

<sup>7</sup> Al riguardo, v. P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, Milano 2018, 355 ss. ed Ead., *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *DPP* 2016, 737 ss.

<sup>8</sup> I geni eucariotici (gli esseri umani sono organismi pluricellulari eucariotici) contengono regioni non codificanti chiamate introni e sequenze codificanti chiamate esoni (E.P. Solomon, C.E. Martin, D.W. Martin, L.R. Berg, *Biology*<sup>11</sup>, Boston 2019, 282). Solo le seconde specificano i polipeptidi (la maggiore componente delle proteine) delle nostre proteine (T. Strachan, A. Lucassen, *Genetics and Genomics in Medicine*<sup>2</sup>, Oxford 2022, 8 e 21).

<sup>9</sup> Così E. Colombo, *Il nuovo regolamento per l'istituzione della banca dati nazionale del DNA: commento a prima lettura e confronto con le disposizioni di altri Stati UE*, in *CP* 2016, 4617. Per un approfondimento sulle due strutture v., per tutti, C. Gabrielli, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale: gli interessi in gioco, le prescrizioni europee, le soluzioni adottate dal legislatore italiano*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal* 2019, 1399 ss. Per maggiori indicazioni circa le informazioni ricavabili dai campioni biologici, v., tra i tanti, V. Marchese, L. Caenazzo, D. Rodriguez, *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, n. 85*, in *RIDPP* 2013, 1884.

<sup>10</sup> L'art. 25 co. 1 d.P.R. n. 87/2016 fissa, per i profili di DNA, il termine di trenta anni dalla data dell'ultima registrazione, elevato a quaranta anni per taluni gravi reati dall'art. 25 co. 2 d.P.R. n. 87/2016. Apprezzabile poi la previsione di un termine più breve per i campioni biologici. In particolare, la parte di campione biologico non utilizzata e il campione di riserva vengono conservati per otto anni (art. 24 co. 3 d.P.R. n. 87/2016). Sui tempi di conservazione v., per tutti, P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 371 ss.; C. Gabrielli, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale*, cit., 1412 s.

<sup>11</sup> Per un approfondimento su questa norma, v. G. Lago, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici: la banca dati nazionale del DNA e il bilanciamento tra le ragioni di giustizia e la tutela della privacy*, in *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, a cura di A. Scarcella, Padova 2009, 115 ss.; V. Marchese, L. Caenazzo, D. Rodriguez, *op. cit.*, 1885 ss.

<sup>12</sup> Lo sottolinea anche P. Felicioni, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA*, cit., 726.

dottrina, conseguentemente, dopo anni di critiche unanimi all'inerzia del legislatore<sup>13</sup>, emergono giudizi complessivamente positivi sull'assetto vigente<sup>14</sup>. Dunque, anche la ricerca sul tema, dopo i tanti contributi<sup>15</sup>, ha subito una flessione negli ultimi anni. Ciò potrebbe essere determinato anche da una certa impermeabilità delle neonate istituzioni. È naturale che determinati dati, relativi a indagini in corso, non possano essere condivisi. Così come è giusto che l'accesso alla banca dati del DNA e al laboratorio centrale sia generalmente precluso. Tuttavia, sembrerebbe mancare un'attività organizzata di *report* dettagliati che potrebbero essere utili per una maggiore trasparenza su come operano questi uffici, che trattano dati sensibili per il perseguimento di una finalità pubblica e comportano dei costi per lo Stato<sup>16</sup>. Una simile attività faciliterebbe e stimolerebbe anche la ricerca.

Fatte queste premesse, pure una disciplina nel complesso positiva può nascondere delle zone d'ombra, specialmente considerando la velocità con cui la tecnologia si sviluppa, spesso al servizio di tecniche investigative idonee a comprimere in misura sempre maggiore le prerogative individuali<sup>17</sup>. Si cercherà, quindi, di fare luce su alcuni

---

<sup>13</sup> Un'inerzia manifestatasi, come detto, dapprima nei molti anni trascorsi prima di recepire l'invito della Corte costituzionale a regolamentare la disciplina per procedere a prelievi coattivi e successivamente nell'adozione del regolamento attuativo della l. n. 85/2009, che all'art. 16 ne richiedeva l'emanazione entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge. In senso critico, tra i tanti, v. A. Camon, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *PPG* 2015, 166; G. Leo, *op. cit.*, 976; A. Scalfati, *La deriva scienziata dell'accertamento penale*, in *PPG* 2011, 5, 148.

<sup>14</sup> Si vedano i giudizi positivi espressi sulla normativa da U. Ricci, *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, in *DPP* 2016, 743 ss.; P. Rivello, *Alcune osservazioni in ordine alla banca dati nazionale del DNA*, in *DPP* 2016, 1521 ss.

<sup>15</sup> Vale la pena di ricordare i lavori a carattere monografico: T. Alesci, *op. cit.*; C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi. Legalità e proporzionalità nel regime della prova*, Milano 2017; C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova 2009; P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit.; C. Gabrielli, *Il prelievo coattivo*, cit.; L. Scaffardi, *op. cit.*

<sup>16</sup> L'unica rendicontazione è rappresentata dalla relazione annuale del Ministro della Giustizia sull'attività del Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale del DNA. Tuttavia, i dati riportati, spesso neppure con la richiesta cadenza annuale, non sono particolarmente dettagliati. Al contrario, ad esempio, nel Regno Unito viene pubblicato ogni anno un report dettagliato sulle attività svolte con riguardo al "*National DNA Database*", accessibile a tutti e caricato assieme ad altri documenti statistici e informativi su una pagina web dedicata (<https://www.gov.uk/government/collections/dna-database-documents>). Ancora, in Spagna, si ritrova un'attività di rendicontazione simile, consultabile al seguente link: <https://www.mjusticia.gob.es/es/institucional/organismos/instituto-nacional/comision-nacional-para-forense/pleno-cnufadn>. Nello stesso senso, v. L. Scaffardi, *op. cit.*, 236. Sull'importanza di saper e poter valutare le performance di una banca dati del DNA, v. G. Lago, *Banche dati nazionali del DNA a fini forensi: impatto operativo e parametri di efficacia*, in *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, a cura di L. Scaffardi, Bologna 2019, 127 ss.

<sup>17</sup> V., per tutte, l'incisiva riflessione di A. Scalfati, *La deriva scienziata*, cit., 147 s.

silenzi del legislatore, che rischiano di lasciare spazio a compressioni sproporzionate del diritto alla *privacy* dei dati genetici<sup>18</sup> in nome di un efficace accertamento dei reati<sup>19</sup>. Il che, evidentemente, si pone in contraddizione con la lodevole attenzione rivolta alla protezione dei dati genetici complessivamente riscontrabile nella disciplina in esame.

Peraltro, non arrivano segnali rassicuranti dal contesto sovranazionale. Il c.d. regolamento Prüm II<sup>20</sup>, che innova, tra le altre cose, il quadro normativo in tema di consultazione automatizzata di profili di DNA, presenta diverse criticità. In particolare, come evidenziato dal Garante europeo della protezione dei dati, manca una selezione dei reati per l'accertamento dei quali sia consentito l'accesso ai profili di DNA e non si prevede una differenziazione tra i dati raccolti dai condannati e quelli invece riferibili a soggetti diversi, come gli imputati e le persone sottoposte alle indagini o persino le vittime<sup>21</sup>. Insomma, riprendendo l'efficace metafora di Mireille Delmas-Marty<sup>22</sup>, in Europa spirano

---

<sup>18</sup> L'art. 9 del regolamento 2016/679/UE del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati, c.d. GDPR) e l'art. 10 della direttiva 680/2016/UE del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, forniscono una tutela rafforzata ai dati genetici, considerati tra i c.d. "dati particolari".

<sup>19</sup> Si tratta di un bene sicuramente oggetto di protezione costituzionale. Lo ha affermato la Corte costituzionale, in relazione alla disciplina delle intercettazioni, sostenendo che lo stesso art. 15 Cost. postula una sua tutela là dove prevede, imponendo la doppia riserva di legge e di giurisdizione, la possibilità di limitare il diritto alla segretezza delle comunicazioni ivi sancito (C. cost., 6.4.1973 n. 34, in *FI* 1973, 954). Più di recente la Corte di cassazione a sezioni unite (Cass. S.U., 28.11.2019 n. 51, in *CP* 2020, 1881, con nota di K. Natali, *Sezioni Unite e "legge Bonafede": nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni*, su cui v. anche G. De Amicis, *Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma*, *ivi*, 3526 ss.; G. Illuminati, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 30.1.2020) ha richiamato anche un'altra sentenza della Corte costituzionale (C. cost., 23.7.1991 n. 366, in *FI* 1992, 3261, con nota di G.G. De Gregorio, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*) nell'affermare come l'esigenza di repressione dei reati corrisponda «a un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile», che giustifica «anche il ricorso a un mezzo dotato di formidabile capacità intrusiva, quale l'intercettazione telefonica».

<sup>20</sup> Regolamento (UE) 2024/982 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 marzo 2024 sulla consultazione e lo scambio automatizzati di dati per la cooperazione di polizia e che modifica le decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI del Consiglio e i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2019/817 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio (regolamento «Prüm II»).

<sup>21</sup> *European Data Protection Supervisor (EDPS), Opinion 4/2022 on the Proposal for a Regulation on automated data exchange for police cooperation ("Prüm II")*, 2.3.2022, § 30.

<sup>22</sup> M. Delmas-Marty, *Una bussola dei possibili. Governance mondiale e umanesimo giuridico*, a cura di E. Fronza e C. Sotis, Bologna 2021, 51 s.

forti i venti dell'innovazione e della sicurezza<sup>23</sup>, che rischiano di surclassare quelli della libertà e della conservazione.

2. Nell'analisi circa i silenzi del legislatore, l'ordine logico impone di prendere le mosse dalle lacune riguardanti il momento dell'ingresso dei profili di DNA nella banca dati, a loro volta influenzati dai casi e dalle modalità di raccolta del materiale biologico. È evidente, cioè, che i canali di approvvigionamento della banca dati, così come le prassi investigative impiegate a tal fine, determinano inevitabilmente delle ricadute sulla quantità e qualità della sostanza biologica raccolta e quindi sui profili di DNA che ne vengono estratti, oltretutto, potenzialmente, sulla loro utilizzabilità nei procedimenti penali.

2.1 Sono tre le fonti principali che alimentano la banca dati<sup>24</sup>. La prima è rappresentata dai prelievi effettuati su persone in stato di privazione della libertà personale condannate o nei confronti delle quali si proceda per delitti non colposi per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza (prelievo c.d. istituzionale, ex articoli 7 co. 1 lett. a e 9 commi 1 e 2 l. n. 85/2009), e non pone particolari problemi: la banca dati è stata istituita proprio per comparare i profili di DNA estratti da reperti biologici rinvenuti su scene del

---

<sup>23</sup> Vale la pena di ricordare come l'art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) consideri la sicurezza come un vero e proprio diritto, al fianco di quello alla libertà. Per un approfondimento sulla nozione di sicurezza, v. A. Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*<sup>4</sup>, a cura di R.E. Kostoris, Milano 2019, 143; C. Campiglio, sub art. 6 TUE, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*<sup>2</sup>, a cura di F. Pocar e M.C. Baruffi, Padova 2014, 1674; E. Castorina, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una «democrazia europea»*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario* 2003, 301 ss.; G. Colaiacovo, *Il diritto alla sicurezza*, in *Sicurezza, informazioni e giustizia penale*, a cura di Id., Pisa 2023, 3 ss.; D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *RIDPP* 2009, 550; L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 9 s.; F. Rossi Dal Pozzo, M. Gialuz, sub art. 6, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo e O. Razzolini, Milano 2017, 96 ss.; D. Wilsher, sub art. 6, in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*<sup>2</sup>, a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, Oxford 2021, 126. Per una netta critica alla definizione della sicurezza come diritto, v. D. Negri, *Diritto costituzionale applicato*, cit., 559. V. anche S. Allegrezza, *Giustizia penale e diritto all'autodeterminazione dei dati personali nella regione Europa*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di D. Negri, Roma 2007, 81.

<sup>24</sup> Non si prende qui in considerazione una quarta fonte, costituita dalla possibilità attribuita al pubblico ministero competente ex art. 655 co. 1 Cpp, dopo il passaggio in giudicato della sentenza in seguito all'emanazione del decreto di archiviazione, di richiedere l'analisi di un reperto da cui non sia stato precedentemente estrapolato il profilo di DNA corrispondente. Pare trattarsi di un'ipotesi a sé stante, eventuale e tendenzialmente circoscritta a casi eccezionali, in cui si mira alla revisione di una pronuncia passata in giudicato. Per un approfondimento, v. C. Fanuele, *Prova scientifica e giudizio di revisione*, in *La prova scientifica*, a cura di C. Conti, A. Marandola, Milano 2023, 1062 ss.

crimine con quelli dei detenuti, potendo anche fungere, in funzione preventiva, da possibile deterrente contro la recidiva<sup>25</sup>.

A tale *ratio*, si aggiunge quella derivante dal secondo canale di approvvigionamento della banca dati, costituito dai profili genetici di persone scomparse o loro consanguinei, nonché di cadaveri o resti cadaverici non identificati (art. 7 co. 1 lett. c l. n. 85/2009). Chiaro l'obiettivo di rintracciare la persona scomparsa o identificare quella deceduta. Opportunamente, il d.P.R. n. 87/2016, all'art. 6 co. 1, ha previsto il necessario consenso al prelievo dei parenti della persona<sup>26</sup> e, all'art. 33, ha attribuito loro la facoltà di chiedere in ogni tempo la cancellazione del proprio profilo genetico dalla banca dati<sup>27</sup>.

Qualche specificazione in più sarebbe stata necessaria quanto al terzo canale di afflusso di profili di DNA alla banca dati, rappresentato da quelli provenienti dai reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali (articoli 7 co. 1 lett. b e 10 l. n. 85/2009). Il reperto biologico è definito dall'art. 6 co. 1 lett. d l. n. 85/2009 come «materiale biologico acquisito sulla scena di un delitto o comunque su cose pertinenti al reato». Sicché, sembrerebbe anche possibile l'ingresso di dati appartenenti a terzi o alla vittima del reato<sup>28</sup>. Rispetto a queste persone, l'ingerenza nella vita privata determinata dalla presenza dei loro profili genetici nella banca dati parrebbe palesemente sproporzionata<sup>29</sup>. Non solo: manca una delimitazione relativa al reato per cui si procede, in contraddizione con il limite posto con riguardo al prelievo c.d. istituzionale, consentito, come visto, a carico di persone in stato di privazione della libertà personale condannate o nei confronti delle quali si proceda per delitti non colposi per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza<sup>30</sup>. Di talché, i limiti oggettivi e soggettivi imposti anche dalla giurisprudenza

---

<sup>25</sup> Così P. Felicioni, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA*, cit., 739. V. anche P. Tonini, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *DPP* 2010, 884, secondo cui lo scopo del prelievo c.d. istituzionale consiste nel «proteggere l'ordinamento rispetto alla possibile recidiva del reo».

<sup>26</sup> Sul punto, v. P. Felicioni, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA*, cit., 733.

<sup>27</sup> Lo rimarca C. Fanuele, *Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela*, in *PPG* 2017, 1, 128.

<sup>28</sup> G. Leo, *op. cit.*, 971. In termini dubitativi, v. C. Fanuele, *Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA*, cit., 125.

<sup>29</sup> In questo senso, v. M. Bargis, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 60; G. Leo, *op. cit.*, 971. Il problema è solo parzialmente affrontato dall'art. 10 co. 5 d.P.R. n. 87/2016, che si limita a prevedere che, in caso di commistione di più profili del DNA (si pensi quindi, per il caso in esame, alla commistione di profili appartenenti alla vittima e appartenenti all'autore del reato), sia trasmessa al secondo livello della banca dati (quello volto a servire la cooperazione internazionale di polizia) la sola componente maggioritaria.

<sup>30</sup> P. Tonini, *op. cit.*, 888.

sovrana nazionale per l'ingresso di profili di DNA in una banca dati<sup>31</sup> sembrerebbero venire meno. Per di più, i soggetti a cui si riferiscono i dati sono estromessi dall'accesso alla banca e non possono chiedere la cancellazione dei profili di DNA<sup>32</sup>.

Dunque, un'interpretazione della norma in senso estensivo, fondata sul dato letterale, rischia di determinare una raccolta di profili genetici sproporzionata sia dal punto di vista oggettivo, riguardando ogni genere di reato, anche contravvenzionale, sia da quello soggettivo, consentendo l'ingresso nella banca dati di profili appartenenti a terzi o addirittura alla vittima. Sarebbe quindi preferibile un'interpretazione nel senso che, rispetto ai profili estratti dai reperti biologici, solo i dati relativi a persone non identificate dovrebbero confluire nella banca dati<sup>33</sup>. In effetti, la loro funzione è quella di poter essere raffrontati con i dati raccolti dai detenuti, non quella di alimentare ulteriormente i profili contenuti nella banca dati<sup>34</sup>. L'assenza tuttavia di *report* che possano dare conto delle prassi operative seguite, non consente di verificare se sia effettivamente assicurato, quanto ai profili provenienti dai reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti

---

<sup>31</sup> In C. eur. GC, 4.12.2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-90051>, § 119 (a commento della pronuncia v., tra i tanti, F. Casasole, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in CP 2009, 4435 ss.; C. Sartoretti, *Il diritto alla privacy tra sicurezza e principio di proporzionalità: il punto di vista della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in DPCE 2009, 583 ss.; V. Sellaroli, *Il "Caso S. e Marper" e la Corte Europea: il DNA e il bilanciamento tra opposte esigenze in una società democratica*, in LP 2009, 639 ss.), i giudici di Strasburgo esprimono, letteralmente, stupore, con riguardo al carattere generale ed indifferenziato con cui operava il meccanismo di conservazione in Inghilterra e nel Galles, ravvisato in primo luogo proprio nell'assenza di limitazioni ancorate alla natura e alla gravità del reato di cui è sospettata la persona interessata e di uno sbarramento fondato sulla sua età. Più di recente, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato che «una normativa nazionale che prevede la raccolta sistematica dei dati biometrici e genetici di qualsiasi persona formalmente accusata di un reato doloso perseguibile d'ufficio è contraria, in linea di principio, al requisito enunciato all'articolo 10 della direttiva 2016/680». In forza di tale disposizione, infatti, il trattamento delle categorie particolari di dati ivi menzionate deve essere autorizzato «solo se strettamente necessario». Per la Corte, invece, una normativa come quella *de qua* può condurre, in modo indifferenziato e generalizzato, alla raccolta dei dati biometrici e genetici della maggior parte delle persone formalmente accusate, dal momento che la nozione di «reato doloso perseguibile d'ufficio» «riveste un carattere particolarmente generale e può applicarsi a un gran numero di reati, indipendentemente dalla loro natura e dalla loro gravità» (C.G.U.E, 26.1.2023, C-205/21, *Ministerstvo na vatreshnite raboti (Enregistrement de données biométriques et génétiques par la police)*, in *Dir. inf.* 2023, con nota di B. Rubis, *Sistemi di autenticazione mediante l'utilizzo di dati biometrici*, 296 s.).

<sup>32</sup> Al riguardo, v. E. Colombo, *La banca dati del DNA in Italia: prime considerazioni nel panorama europeo, alla luce del regolamento attuativo*, in CP 2016, 381 s. Fanno eccezione, come detto, i consanguinei di persona scomparsa che volontariamente si siano sottoposti a prelievo.

<sup>33</sup> Per tale interpretazione, correttiva di un testo lacunoso, v. R. Biondo, *Il DNA come prova di innocenza e la Banca dati nazionale del DNA*, in *L'errore giudiziario*, a cura di L. Luparia, Milano 2021, 707; P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 174 s.; Ead., *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA*, cit., 734.

<sup>34</sup> Sul punto, v. R. Biondo, *La banca dati nazionale DNA italiana*, in *Riv. it. med. leg.* 2016, 226 s.; P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 369.



penali, l'ingresso nella banca dati del DNA esclusivamente di quelli relativi a persone non identificate.

2.2. Un'ulteriore questione, attinente alle modalità di raccolta del materiale biologico, sul quale sarebbe stata necessaria una presa di posizione da parte del legislatore, è quella della possibilità per la polizia giudiziaria di acquisire la sostanza biologica seguendo vie alternative al prelievo o all'accertamento disciplinati dagli articoli 224-*bis* e 359-*bis* Cpp. È granitico l'orientamento della Cassazione secondo cui sono inapplicabili le garanzie codicistiche in tema di prelievo di campioni biologici là dove essi siano già staccati dal corpo dell'interessato<sup>35</sup>. In altri termini, si afferma l'applicabilità della disciplina solamente se ed in quanto vi sia una qualche forma di coazione fisica del soggetto.

In effetti, gli articoli 224-*bis* e 359-*bis* Cpp presuppongono inequivocabilmente il compimento di un prelievo o di un accertamento sulla persona. Il loro ambito operativo non può essere esteso *tout court*, ad esempio, all'asportazione di sostanza biologica dallo spazzolino da denti o dall'abito dell'interessato<sup>36</sup>. Pertanto, non c'è modo, allo stato, di adottare le forme imposte da tali disposizioni alle ipotesi di acquisizione di materiale biologico che avvengano senza intaccare la libertà corporale dell'interessato.

Alcuni autori, però, sembrano sostenere che in presenza di una disciplina legale per l'acquisizione dei campioni biologici, gli altri modi per ottenerli dovrebbero essere in linea di principio preclusi, rappresentando un aggiramento delle garanzie predisposte dalla normativa<sup>37</sup>.

Tale opinione è la più garantista possibile. Ciò nondimeno, non pare possibile condividerla *in toto*. Sebbene non sia percorribile qualsiasi modalità per ottenere il profilo di DNA, nell'ottica di un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di accertamento dei

---

<sup>35</sup> Cass. 12.10.2018 n. 52872, in *CP* 2019, 1071, con nota di R. Cappitelli, *Prova scientifica e limiti al diritto al contraddittorio ancora all'attenzione della suprema corte*; Cass. 7.10.2016 n. 51086, in *CP* 2017, 2868; Cass. 20.11.2013 n. 48907, in *D&G*, 6.12.2013, 2 s. (su cui v. A. Spatuzzi, *Sulla legittimità del sequestro probatorio di reperti contenenti campioni biologici raccolti all'insaputa dell'interessato*, in *Giur. pen.*, 16.12.2016); Cass. 2.11.2005 n. 1028, in *CP* 2007, 1709; Cass. 28.4.2005 n. 24586, in *CP* 2006, 2553; Cass. 11.3.2003 n. 28979, in *CP* 2004, 2949. Per una ricostruzione esaustiva della giurisprudenza in tema di raccolta di campioni biologici in modo alternativo rispetto al prelievo e all'accertamento medico coattivi, v. R.V.O. Valli, *L'acquisizione di campioni biologici di confronto al di fuori dei casi previsti dagli artt. 224-bis e 359-bis c.p.p.*, in *Il Penalista*, 6.12.2019.

<sup>36</sup> In questo senso, tra i tanti, C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 137; A. Camon, *La prova genetica*, cit., 169 s.; P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 190 s.; M. Panzavolta, *Accertamenti coattivi*, cit., 461.

<sup>37</sup> T. Alesci, *op. cit.*, 166 s.; C. Fanuele, *L'acquisizione occulta di impronte digitali e materiale biologico*, in *Le indagini atipiche*<sup>2</sup>, a cura di A. Scalfati, Torino 2019, 413.

reati e le prerogative individuali e in mancanza di un espresso divieto, non sembra neppure possibile ritenere preclusa ogni acquisizione per altra via di materiale biologico. Ad esempio, è certamente consentita l'acquisizione di reperti rinvenuti nel corso dei sopralluoghi di cui all'art. 354 co. 2 Cpp<sup>38</sup>, trattandosi di elementi rientranti nella nozione di corpo del reato o cose pertinenti al reato di cui è consentito il sequestro e su cui è possibile svolgere tutti gli accertamenti del caso<sup>39</sup>.

Affermare però che è consentito ottenere sostanze biologiche per via diversa dall'asportazione fisica dal soggetto non significa che qualsiasi modalità acquisitiva sia legittima.

Gli articoli 224-bis e 359-bis Cpp assegnano una tutela rafforzata alla libertà corporale sia per l'intrusione nel corpo della persona che si realizza attraverso l'accertamento medico sia per le informazioni personalissime che possono così estrarsi<sup>40</sup>. Ed allora, benché non determini alcuna intrusione nella libertà corporale, acquisire quelle stesse informazioni per altra via determina una compressione del diritto al rispetto della vita privata, di cui pure si dovrebbe tenere conto. Inoltre, queste acquisizioni sono effettuate senza seguire le procedure, anche tecnico-scientifiche, previste per l'accertamento medico. Di conseguenza, è più alto il rischio di contaminazione del materiale o di raccolta di sostanza deteriorata o in quantità non sufficiente<sup>41</sup>.

Nel periodo di vuoto normativo seguito alla sentenza della Corte costituzionale del 1996 e proseguito fino al 2009 sono proliferate, al fine di ottenere un campione biologico aggirando il divieto di prelievo coattivo, pratiche come l'offerta di una tazza di caffè o una sigaretta al soggetto da parte della polizia giudiziaria<sup>42</sup>. Tali pratiche continuano ad essere

---

<sup>38</sup> C. Fanuele, *La prova del DNA*, cit., 565; M. Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in *La prova penale*, vol. 2, a cura di A. Gaito, Milano 2008, 88 s.

<sup>39</sup> M. Montagna, *op. cit.*, 89.

<sup>40</sup> T. Alesci, *op. cit.*, 26 s.; M. Panzavolta, *Il profilo dell'istituto*, in *GI* 2010, 1222. Soprattutto, poi, B. Galgani, *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccessi di zelo difensivo o formalismi della Suprema Corte?*, in *RIDPP* 2008, 1827 ss., ritiene che l'intera disciplina della raccolta di materiale biologico e successiva profilazione vada tarata sulla lesione all'intimità dell'individuo derivante dall'acquisizione dei suoi dati genetici, piuttosto che sull'intrusione nella libertà corporale.

<sup>41</sup> In questo senso, v. A. Gaito, *Aspetti problematici in tema di prove*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di A. Gaito, F. Giunchedi, Milano 2006, 115.

<sup>42</sup> Per una ricognizione, v. T. Alesci, *op. cit.*, 165. Affine quanto avvenuto in C. eur., 17.10.2013, *Horvatić c. Croazia*, § 76 ss., in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 31.10.2013, con nota di R. Casiraghi, *Il caso Horvatić c. Croazia: inutilizzabilità per la decisione di prove scientifiche raccolte in sede d'indagine senza la garanzia del contraddittorio*, in cui dai vestiti consegnati dal sospettato alla polizia era stato raccolto del materiale biologico. Il caso è riportato da M. Daniele, *Prova scientifica e regole di esclusione*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio e L. Luparia, Milano 2022, 453, il quale rimarca la scarsa chiarezza della Corte circa la legittimità o meno di una simile acquisizione.

impiegate anche dopo l'entrata in vigore della nuova normativa<sup>43</sup>, con l'avallo della Corte di cassazione<sup>44</sup>.

La dottrina concorda unanimemente sulla illegittimità dell'organizzazione, ad arte, di controlli medici o accertamenti tipicamente volti ad altre finalità e in realtà posti in essere con il precipuo obiettivo di ottenere il materiale biologico al fine di estrarne il profilo di DNA<sup>45</sup>. Tali ipotesi non creano problemi interpretativi, in quanto l'inganno è perpetrato per ottenere il materiale biologico mediante intrusione nella libertà corporale del soggetto. Ecco perché, qualunque linea interpretativa si voglia seguire<sup>46</sup>, il risultato rimane il medesimo.

È dibattuta, invece la legittimità di acquisizioni di materiale biologico effettuate sì mediante tecniche fraudolente, le quali però non distorcono le finalità di un atto tipico e non determinano un'intrusione nella libertà corporale del soggetto.

2.2.1 Una parte minoritaria ma molto autorevole della dottrina reputa legittima l'acquisizione di materiale biologico mediante tecniche fraudolente consistenti, ad esempio, nell'offerta di una tazza di caffè o una sigaretta al soggetto da parte della polizia giudiziaria, con successiva raccolta della saliva, al fine di estrarne il profilo di DNA<sup>47</sup>. È

---

<sup>43</sup> C. Fanuele, *L'acquisizione occulta*, cit., 407.

<sup>44</sup> Cass. 20.11.2013 n. 48907, cit., 3; Cass. 11.3.2003 n. 28979, cit., 2949.

<sup>45</sup> È quanto accaduto nel celebre caso dell'omicidio di Yara Gambirasio, in cui la polizia giudiziaria procedeva a sottoporre l'interessato al c.d. "alcool test" non già per verificare il tasso alcolemico dell'automobilista bensì allo scopo, poi attuato, di sequestrare il boccaglio abbandonato e prelevarne la saliva per l'estrazione del profilo genetico (Cass. 12.10.2018 n. 52872, cit., 1071). Proprio a partire da tale vicenda, si esprime per l'illegittimità di simili pratiche, tra i tanti, A. Camon, *La prova genetica*, cit., 170. Nello stesso senso, v. anche C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 321 s.; P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 192.

<sup>46</sup> I. Boiano, *L'obbligo di informazione sulle finalità del prelievo di campioni organici*, in *CP* 2009, 4353, ritiene violato il *nemo tenetur se detegere*; C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 323, assegna importanza centrale al fatto che il consenso al prelievo del campione è prestato rispetto a una finalità diversa e simulata mediante inganno; A. Camon, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *CP* 2014, 1443, fa leva sulla violazione della libertà personale non giustificata da assenso validamente fornito; M. Daniele, *op. cit.*, 460 s., pone l'accento sul fatto che il prelievo del campione viene posto in essere discostandosi dal modello legale; P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 193, non concorda con tale ultimo autore poiché rimarca come la polizia acquisisca un campione di saliva staccato dal corpo della persona, ma giunge comunque ad affermare l'inutilizzabilità dei risultati così acquisiti individuando nella distorsione della volontà del soggetto una violazione dell'art. 188 Cpp; C. Gabrielli, *Il prelievo coattivo*, cit., 17, attribuisce rilevanza esclusiva all'«efficacia compulsiva» dell'operato delle autorità investigative, che ben potrebbe essere lesiva della libertà di autodeterminazione pure senza intrusione nella libertà corporale (l'Autrice immagina un accordo tra la polizia giudiziaria e un medico curante che induca il paziente a bere una bevanda solo per estrarne poi la saliva del soggetto).

<sup>47</sup> C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 316 ss.; P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 190 s. Si è espresso in questo senso anche G.M. Baccari, *L'acquisizione inconsapevole del DNA*, nel Convegno

stato sostenuto che solo in ipotesi di sottoposizione a un atto obbligatorio sarebbe distorta la volontà del soggetto, mentre in caso contrario il soggetto sarebbe, in sostanza, «responsabile solo della propria ingenuità»<sup>48</sup>. In termini meno netti, è stato anche notato come si sia in presenza di «un comportamento liberamente tenuto»<sup>49</sup>. Si è sottolineato, poi, come non siano violati diritti fondamentali dell'individuo, stante l'assenza di qualsiasi forma di coercizione<sup>50</sup>. Da ciò deriva che non è necessario il consenso all'atto da parte del titolare del materiale biologico<sup>51</sup>. Ancora, è stato affermato che il principio di proporzionalità, di cui è espressione l'art. 224-bis co. 5 Cpp<sup>52</sup>, imporrebbe di ricorrere a mezzi meno intrusivi, come appunto quelli *de quibus*, che non intaccano la libertà corporale dell'individuo<sup>53</sup>.

Secondo una diversa - maggioritaria - ricostruzione, andrebbe esclusa la legittimità delle acquisizioni fraudolente realizzate senza l'impiego di un atto tipico di indagine e senza intrusione nella libertà corporale. Simili "tranelli", realizzerebbero comunque una forma subdola di coartazione della libertà di giudizio del soggetto, lesiva della libertà di autodeterminazione del soggetto<sup>54</sup>. Per tali autori, insomma, la volontà del soggetto è egualmente distorta, sebbene non sia distorta altresì la finalità di un atto tipico e non vi sia intrusione nella libertà corporale<sup>55</sup>. Infatti, il soggetto viene ingannato per fornire prove potenzialmente *contra se* e gli si nega la possibilità di valutare l'opportunità di

---

ASPP "I due pilastri dell'autodifesa: diritto a non collaborare e manifestazioni del consenso", Università Luiss Guido Carli di Roma, 20.10.2023.

<sup>48</sup> C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 319. Nello stesso senso, C. Gabrielli, *Il prelievo coattivo*, cit., 17.

<sup>49</sup> C. Gabrielli, *Il prelievo coattivo*, cit., 17. In senso adesivo A. Camon, *La disciplina delle indagini*, cit., 1443.

<sup>50</sup> C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 319 s.; P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 191.

<sup>51</sup> A. Camon, *La disciplina delle indagini*, cit., 1443.

<sup>52</sup> Tale disposizione, espressamente richiamata dall'art. 359-bis co. 3 Cpp, si riferisce alla scelta delle tecniche meno invasive nella fase dell'esecuzione della perizia. Tuttavia, si osserva come il requisito condizioni, a monte, il catalogo di accertamenti disponibili (C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 279; C. Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *DPP* 2010, 999). Sicché, si tende a ritenere che il principio operi già nella fase relativa all'adozione stessa dell'atto.

<sup>53</sup> P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 191.

<sup>54</sup> T. Alesci, *op. cit.*, 167; R. Del Coco, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico*, in *Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di L. Marafioti e L. Luparia, Milano 2010, 86; C. Fanuele, *La prova del DNA*, cit., 566; A. Gaito, *op. cit.*, 110 s.; F. Giunchedi, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova 2007, 182 s.; M. Montagna, *op. cit.*, 90.

<sup>55</sup> Tra i tanti, ragionano in questo modo, ravvisando una violazione dell'art. 188 Cpp nelle ipotesi in discorso, T. Alesci, *op. cit.*, 167 ss.; C. Fanuele, *La prova del DNA*, cit., 565 s.; M. Montagna, *op. cit.*, 87 s. Per un approfondimento, si rinvia ad A. Camon, *La disciplina delle indagini*, cit., 1442 ss., il quale ritiene invece che tali tecniche non lederebbero la libertà di autodeterminazione dell'individuo. È dello stesso avviso, in contrapposizione all'opinione dominante in dottrina, C. Gabrielli, *Il prelievo coattivo*, cit., 16 s.

mettere a disposizione degli organi inquirenti i dati genetici ricavabili dalla sostanza biologica ottenuta a sua insaputa. Sicché, viene invocata, come anticipato, la libertà di autodeterminazione, tutelata all'art. 188 Cpp, che, in un'accezione ampia, includerebbe la consapevolezza della persona di essere sottoposta al prelievo del materiale organico e del fine di quest'ultimo<sup>56</sup>.

Un punto è certo: non c'è intrusione nella libertà corporale e quindi non è necessario il consenso della persona. In più, non pare percorribile la strada della violazione della presunzione d'innocenza e del connesso diritto al silenzio<sup>57</sup>. La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) ritiene che il principio del "*nemo tenetur se detegere*" venga in gioco solamente per l'acquisizione di dichiarazioni, o comunque di prove la cui acquisizione dipende dalla volontà dell'imputato<sup>58</sup>. Per la Corte di Strasburgo, l'unica ipotesi in cui il diritto al silenzio è violato - e la conseguenza è l'inutilizzabilità della prova ottenuta - è quella in cui le modalità coercitive impiegate violino l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), essendo qualificabili come tortura o trattamenti inumani e degradanti<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> C. Fanuele, *La prova del DNA*, cit., 565.

<sup>57</sup> Per un *focus* sul rapporto tra prelievo coattivo di materiale biologico a fini investigativi e probatori e presunzione d'innocenza, v., tra i tanti, T. Alesci, *op. cit.*, 22 ss.; C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 30 ss.; C. Conti, *Il corpo dell'imputato come prova: il diritto di non collaborare tra prospettive sovraordinate, suggestioni storiche e polifunzionalità dei dati*, in *DPP* 2024, 109 ss.

<sup>58</sup> Sulla fondamentale distinzione tra elementi di prova *will-dependent* e *will-independent*, rintracciabile tanto nella giurisprudenza della Corte Edu quanto in quella della Corte costituzionale, v. C. Conti, *Il corpo dell'imputato come prova*, cit., 109 ss. La Corte ha ripetutamente affermato che il diritto di non auto-incriminarsi non si estende all'uso, in un procedimento penale, di dati che si possono ottenere dall'accusato ricorrendo a poteri coercitivi, ma che esistono indipendentemente dalla volontà del sospettato, come documenti raccolti in base ad un mandato, prelievi di sangue, urine e tessuti per un'analisi del DNA. Così, per la prima volta, C. eur., 17.12.1996, *Saunders c. Regno Unito*, in M. de Salvia, V. Zagrebelsky, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 537. Sulla giurisprudenza al riguardo, ormai consolidata, v. anche C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 17 ss.; G. Caneschi, *La prova scientifica nella prospettiva europea*, in *La prova scientifica*, cit., 1041 s. Si veda altresì S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 238, per la quale non sarebbe ravvisabile una frizione con il diritto a non auto-incriminarsi poiché il prelievo di campioni biologici «rappresenta un'attività che l'indagato subisce senza dovervi concorrere mediante comportamento attivo».

<sup>59</sup> C. eur. GC, 11.7.2006, *Jalloh c. Germania*, in *CP* 2006, 3843 s., in cui è stata reputata illegittima la somministrazione di emetici volta a far espellere ad un soggetto un ovulo contenente sostanza stupefacente che aveva ingurgitato. Su tale pronuncia v., tra i tanti, A. Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., 174; C. Conti, *Il corpo dell'imputato come prova*, cit., 111 s.; G. Ubertis, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *CP* 2008, 9 s. Un discorso a parte vale invece per la prova documentale. La storica C. eur., 25.2.1993, *Funke c. Francia*, in M. de Salvia, V. Zagrebelsky, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. 2, Milano 2006, 179, sembrava aver aperto le porte dell'estensione concettuale del diritto al silenzio anche al campo delle prove reali, sancendone la violazione in un caso in cui le autorità avevano spinto il ricorrente a fornire documenti potenzialmente incriminatori. Tuttavia, è stata poi

Tuttavia, proprio la giurisprudenza della Corte Edu può forse offrire uno spunto per una possibile replica ad alcune posizioni poste a sostegno della legittimità delle tecniche fraudolente di acquisizione del materiale biologico già staccato dal corpo. Infatti, per i casi in cui non venga in gioco la presunzione di innocenza, la legittimità di un'acquisizione andrebbe misurata sulla base della proporzionalità rispetto all'interesse leso<sup>60</sup>. Ed allora, nelle ipotesi di cui si sta discutendo, benché non sia lesa la libertà corporale, pare intaccato il diritto al rispetto della vita privata, protetto dall'art. 8 CEDU<sup>61</sup>, dall'art. 7 CDFUE e, con specifico riguardo ai dati personali, dall'art. 8 CDFUE. Si può pertanto tentare di parametrare il test di proporzionalità su questo diritto<sup>62</sup>. In un caso recente, al fine di verificare la compatibilità con l'art. 8 CEDU di un prelievo di campione biologico, i giudici di Strasburgo hanno preso in considerazione una serie di circostanze, come la presenza di un verbale delle operazioni e di un quadro normativo che chiarisca le operazioni consentite, le procedure da seguire e i soggetti che possono esservi sottoposti<sup>63</sup>.

Il richiamo al principio di proporzionalità impone però di andare oltre e individuarne

---

attribuita rilevanza dirimente alla conoscenza o meno dell'esistenza dei documenti da parte delle autorità procedenti (C. eur., 4.10.2022, *De Legé c. Paesi Bassi*, in *FI 2022*, col. 510). In effetti, nella citata sentenza *Funke*, le autorità supponevano l'esistenza dei documenti che cercavano, senza però esserne certe. Solo ove si verta in tale situazione, allora, la prova documentale è considerata volontà-dipendente e può trovare applicazione il diritto al silenzio. Così C. Conti, *Il corpo dell'imputato come prova*, cit., 113, la quale riporta anche come la giurisprudenza della Corte di Giustizia (*ibidem*, in nota) e della Corte costituzionale italiana (*op. cit.*, 114 s.) paiano convergere sulle medesime posizioni.

<sup>60</sup> Sul punto, v. C. Conti, *Il corpo dell'imputato come prova*, cit., 110 e 117. V. anche G. Caneschi, *op. cit.*, 1038 ss.

<sup>61</sup> G. Caneschi, *op. cit.*, 1039.

<sup>62</sup> È questa la strada seguita dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che prende come parametri gli articoli 7 e 8 CDFUE. Così, per quanto riguarda la conservazione dei dati genetici, C.G.U.E, Grande Sezione, 30.1.2024, C-118/22, *Direktor na Glavna direktsia "Natsionalna politsia" pri MVR - Sofia*, consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62022CJ0118>, § 47 s. e 62 (massimata in *GD 2024*, 6, 82); circa la raccolta degli stessi: C.G.U.E, *Ministerstvo na vatreshnite raboti (Enregistrement de données biométriques et génétiques par la police)*, cit., 294.

<sup>63</sup> C. eur., 14.4.2020, *Dragan Petrović c. Serbia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 27.7.2020, § 79 ss., su cui v. C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, in *La prova scientifica*, cit., 756 ss.; C. Conti, *Il corpo dell'imputato come prova*, cit., 117 s.; A. Di Domenico, *Quando la mancata "chiarezza" della norma procedurale determina la violazione della CEDU: la Corte di Strasburgo sul test del DNA*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 24.6.2020. Qualche indicazione in più può essere tratta dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui la raccolta sistematica, ai fini della loro registrazione, di dati biometrici e genetici di qualsiasi persona formalmente accusata di un reato doloso perseguibile d'ufficio è legittima solo se l'autorità competente sia obbligata a determinare e dimostrare che tale raccolta è necessaria per il raggiungimento dei concreti obiettivi perseguiti e che tali obiettivi non possono essere raggiunti raccogliendo solo una parte dei dati di cui trattasi (C.G.U.E, *Ministerstvo na vatreshnite raboti (Enregistrement de données biométriques et génétiques par la police)*, cit., 298).

le tre fondamentali fasi (idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto)<sup>64</sup> nella disciplina interna.

Sul piano dell'idoneità, l'acquisizione mediante tecnica fraudolenta può sicuramente essere in grado di raggiungere il risultato del prelievo del campione con conseguente estrazione del DNA. Certo, è fondamentale verificare l'integrità e la non contaminazione del materiale biologico: come già segnalato, rispetto all'acquisizione mediante asportazione effettuata da personale medico, è maggiore il rischio di problemi in ordine alla quantità e qualità del materiale biologico prelevato<sup>65</sup>.

Con riguardo alla necessità, come si accennava *supra*, sembra esserne espressione l'art. 224-bis co. 5 Cpp. Tuttavia, tale norma fa riferimento non a caso alla fase relativa alla scelta della tecnica da adottare per l'asportazione. In questa fase, infatti, si dà per presupposto o il consenso del soggetto al prelievo o un suo rifiuto. Sicché, si dovrebbe ritenere che il criterio della necessità non possa essere evocato per giustificare il ricorso ad atti che consentono l'acquisizione del materiale biologico senza che la persona ne sia a conoscenza: in questo modo sembrerebbe esservi il rischio di saltare un passaggio preliminare importante al fine di valutare il grado di intrusività della misura nel diritto al rispetto della vita privata. Del resto, se in dottrina si auspica che il consenso al prelievo del campione biologico sia libero ed informato<sup>66</sup>, non è per l'intrusione nella libertà personale, rispetto alla quale basterebbe un consenso al prelievo *tout court*. Al contrario, è per rendere la persona edotta delle conseguenze del prelievo, consistenti nella disponibilità di un campione da cui estrarre informazioni personali (i dati genetici) da

---

<sup>64</sup> Com'è noto, l'idoneità mette in relazione i mezzi predisposti o utilizzati e il fine che si intende o che si intendeva raggiungere. Perché si possa passare al gradino successivo è sufficiente la mera possibilità che, in astratto, tramite certe misure si possa contribuire al raggiungimento di un certo fine. La necessità (o necessarietà) richiede che tra i vari mezzi idonei a raggiungere lo scopo prefissato, si debba prediligere quello che comporta il minor sacrificio dei diversi interessi coinvolti. Il giudizio si concreta nella c.d. regola del "mezzo più mite": a parità di soddisfazione dello scopo perseguito, deve prevalere il mezzo che meno incide sugli interessi confliggenti, che arreca la minor lesione alle libertà dei singoli. La proporzionalità in senso stretto impone di comparare criticamente l'intervento dello Stato e i beni sacrificati dallo stesso. In tale fase, quindi, si procede ad un bilanciamento complessivo tra l'intrusione nei diritti realizzata da una certa misura e il loro fine ultimo. Sulla struttura del principio di proporzionalità, v. D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998, 14 ss.; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Londra, L'Aia e Boston 1996, 26 ss.; T.I. Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Boston e Leiden 2015, 23 ss.; M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford 2012, 7 ss.

<sup>65</sup> A. Gaito, *op. cit.*, 115. V. retro, § 2.2.

<sup>66</sup> I. Boiano, *op. cit.*, 4353; C. Conti, *I diritti fondamentali della persona*, cit., 996; P. Felicioni, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, in CP 2008, 3452; G. Leo, *op. cit.*, 953 s.; L. Scaffardi, *op. cit.*, 46.

parte dell'autorità<sup>67</sup>. Tali conseguenze paiono prodursi tal quali nel caso di acquisizione del materiale biologico per altra via. Si potrebbe così ritenere che non vi sia ragione di differenziare, sotto questo profilo, la disciplina dei prelievi coattivi da quella dell'acquisizione del materiale biologico senza prelievo "invasivo" del campione, poiché l'interesse tutelato è il medesimo, ossia garantire il controllo dell'individuo sulla circolazione dei propri dati genetici.

Quanto detto non implica però che sia necessario il previo consenso alla raccolta del materiale biologico, che - lo si ribadisce - può ben mancare in assenza di un prelievo "invasivo". La fase della necessità, dunque, sarebbe rispettata se, dopo che il mezzo fraudolento è stato attuato, si avvisasse la persona di quanto appena avvenuto. Solo a quel punto, con il materiale biologico ormai staccato dal corpo del soggetto e avvisato lo stesso dell'intenzione di ottenere da quel materiale il profilo di DNA a fini investigativi, si potrebbe ragionare sulla minore intrusività rispetto all'asportazione fisica del campione.

Ma un simile *modus procedendi* potrebbe confliggere con il terzo stadio del test di proporzionalità, che richiede il bilanciamento tra il grado di compressione dei diritti individuali (già vagliato per il giudizio di necessità, allo scopo di verificare se vi fossero misure meno intrusive) ed il fine ultimo perseguito dalla misura, ossia l'accertamento del reato. Poiché l'accertamento dei reati è un interesse che in uno Stato democratico non può essere perseguito a qualsiasi costo, le manifestazioni più evidenti della proporzionalità in senso stretto nel procedimento penale sono proprio le clausole generali poste esplicitamente a salvaguardia di prerogative individuali che l'ordinamento non è disposto a intaccare<sup>68</sup>. Ebbene, in campo probatorio, l'art. 188 Cpp, che tutela la libertà di autodeterminazione individuale, è sicuramente un'espressione della proporzionalità *stricto sensu*<sup>69</sup>.

Così, nel caso in esame, sebbene non si assista ad una coartazione della volontà in senso proprio, il soggetto parrebbe comunque essere ingannato poiché pone in essere un comportamento attivo che forse non avrebbe tenuto qualora ne avesse conosciuta la reale

---

<sup>67</sup> Espliciti in questo senso I. Boiano, *op. cit.*, 4353; G. Leo, *op. cit.*, 953 s.

<sup>68</sup> Non a caso, secondo T.I. Harbo, *op. cit.*, 37, la terza fase della proporzionalità funge proprio da "valvola di sicurezza" a vantaggio della protezione dei diritti individuali.

<sup>69</sup> F. Falato, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 18.1.2018, 29, ricava il principio di proporzionalità in ambito probatorio proprio dall'art. 188 Cpp. Concorda con tale visione, prendendo in considerazione anche l'art. 189 Cpp, C.E. Gatto, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *DPenCont* 2019, 2, 99 s.



finalità. Il suo non si potrebbe pertanto ritenere un comportamento orientato secondo una volontà consapevolmente formatasi<sup>70</sup>.

Si badi bene: di per sé non è vietato impiegare come prova un contegno o una dichiarazione che non si sarebbero posti in essere qualora se ne fosse conosciuto il possibile successivo impiego processuale. A voler sostenere il contrario, intercettazioni e pedinamenti non sarebbero quasi mai consentiti. Ancora, è pacificamente legittimo registrare di nascosto una conversazione a fini investigativi, anche da parte di un privato, in autonomia<sup>71</sup> o dietro indicazione degli organi investigativi<sup>72</sup>. L'altro soggetto non avrebbe affatto sostenuto la conversazione o si sarebbe astenuto dal comunicare determinate informazioni se avesse saputo della registrazione in corso.

Però, la situazione in esame non pare si possa reputare del tutto assimilabile a quelle poc'anzi menzionate. La Corte di cassazione, nel sancire l'utilizzabilità delle registrazioni effettuate di nascosto di una conversazione, pone l'accento sul fatto che il soggetto si sia liberamente determinato a comunicare le notizie che formano oggetto di prova<sup>73</sup>. Nell'acquisizione di materiale biologico all'insaputa del suo titolare mediante tecniche fraudolente la situazione si potrebbe ritenere diversa. Il soggetto si determina liberamente a compiere l'azione, ad esempio, di bere il caffè o fumare la sigaretta; il che equivale alla libera scelta dell'intercettato di comunicare con un'altra persona. Ma egli non si determina liberamente a fornire la propria sostanza organica; il che potrebbe reputarsi equivalente alla mancanza di una consapevole decisione di esternare una certa informazione, che è invece presente nel caso della registrazione occulta di una conversazione. In ciò dunque potrebbe risiedere la violazione della libertà di

---

<sup>70</sup> Cfr. G. Vassalli, *Il diritto alla libertà morale (contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. 2, a cura di G. Ferri, F. Vassalli e V. Arangio-Ruiz, Milano 1960, 1636 e 1660: l'Autore include nella libertà di autodeterminazione, considerato uno degli aspetti più rilevanti della libertà morale, la libertà di volere, intesa come possibilità di scegliere tra i vari motivi che suggeriscono all'individuo una condotta. Egli, inoltre, include l'inganno tra i modi d'offesa della libertà morale (*op. cit.*, 1687). Ed allora non di scelta realmente libera sembrerebbe potersi parlare nel caso in esame.

<sup>71</sup> Per un approfondimento, v. M. Colamussi, *Comunicazioni a distanza apprese dall'inquirente per volontà di un conversatore*, in *Le indagini atipiche*, cit., 33 ss.; P. Maggio, *La registrazione occulta curata da una persona presente al colloquio*, *ivi*, 61 ss.

<sup>72</sup> Per un approfondimento, v. R. Del Coco, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell'investigatore*, in *Le indagini atipiche*, cit., 3 ss.

<sup>73</sup> Cass. 23.5.2012 n. 35018, in *RP* 2013, 62; Cass. 19.4.2012 n. 23676, non massimata; Cass. 4.11.2009 n. 133, in *CEDCass*, m. 242261; Cass. S.U. 28.5.2003 n. 36747, in *CP* 2004, 24. Cfr. C. Conti, *Il corpo dell'imputato come prova*, cit., 111, in nota, che riscontra come per le attività di spionaggio occulto operino paradigmi differenti rispetto a quelli che vengono in gioco rispetto all'acquisizione coattiva di elementi di prova dall'individuo, mancando il contatto diretto tra individuo e autorità.

autodeterminazione, ossia nella involontarietà, determinata dall'inganno, di liberarsi della propria sostanza biologica mettendola a disposizione degli organi investigativi.

Riassumendo, l'elemento di prova in discorso esiste a prescindere dalla volontà del soggetto e la condotta dell'autorità non integra gli estremi della tortura, sicché non viene in gioco la presunzione d'innocenza. Tuttavia, applicando il test di proporzionalità all'operazione investigativa, la fase della proporzionalità in senso stretto potrebbe ritenersi non rispettata. Essa, infatti, include il rispetto della libertà di autodeterminazione del soggetto, intaccata da condotte ingannatorie poste in essere dalla polizia giudiziaria per ottenere l'elemento *de quo*. Il tutto, peraltro, in assenza di una cornice legale, esistente rispetto al prelievo coattivo, ma non alla sua raccolta occulta mediante l'inganno.

Pertanto, la posizione della dottrina maggioritaria, secondo la quale la raccolta di materiale biologico ottenuta mediante tecniche fraudolente non invasive e che non distorcono la finalità di un atto tipico dovrebbe essere preclusa, pare convincente. La giurisprudenza continua a collocarsi sulla posizione opposta (in questo caso sostenuta anche, non senza valide argomentazioni, da autorevoli autori), nel silenzio del dato positivo, che avrebbe potuto sciogliere un nodo complesso, sul quale si dibatteva già da anni al momento dell'approvazione della l. n. 85/2009.

2.2.2. Il discorso cambia ancora quando si passino in rassegna le ipotesi di acquisizione di materiale biologico già staccato dal corpo mediante modalità di acquisizione non fraudolente.

Si è già detto della sicura legittimità dell'acquisizione di reperti biologici dalla "scena del crimine"<sup>74</sup>.

In linea generale, poi, è possibile acquisire il materiale biologico mediante sequestro di un oggetto appartenente al soggetto (ad es., come già riportato, lo spazzolino da denti o l'abito) dal quale questo possa essere preso. Il che può avvenire, come anticipato, innanzitutto, in seguito a una perquisizione.

Quanto a tale ipotesi, una questione può porsi qualora si proceda inizialmente con le forme previste per il prelievo del campione *ex art. 224-bis o 359-bis Cpp* e la persona opponga un rifiuto. Ci si può cioè domandare se si debba ritenere legittimo un sequestro di un oggetto da cui acquisire il campione evidentemente volto a superare la mancanza

---

<sup>74</sup> V. *retro*, § 2.2.

del consenso al prelievo da parte dell'interessato. Ebbene, si può concordare con la conclusione raggiunta dalla Cassazione, secondo cui tale strada è percorribile<sup>75</sup>. È vero, infatti, che, seguendo la scansione dei vari momenti previsti dall'art. 224-bis Cpp, si dovrebbe procedere all'esecuzione coattiva del prelievo, consentita alle condizioni previste dalla norma. È tuttavia altresì corretto notare come, in questo caso, possa essere invocato il criterio della residualità dell'asportazione coattiva del campione biologico rispetto a tecniche meno invasive, menzionato dall'art. 224-bis co. 5 Cpp<sup>76</sup>. Se manca il consenso dell'interessato e vi è un oggetto esistente e ben individuato da cui si può acquisire materiale biologico, non si vede perché non si dovrebbe poter sequestrare tale oggetto.

Il panorama si complica con riguardo ad altri casi di acquisizione di materiale biologico individuato o rinvenuto dalla polizia giudiziaria e non ottenuto tramite tecniche fraudolente.

In particolare, viene in rilievo l'apprensione da parte della polizia giudiziaria di oggetti su cui sia depositato del materiale biologico, che siano stati usati dal soggetto senza condizionamenti da parte degli organi inquirenti, abbandonati e rinvenuti, ad esempio, nel corso di un pedinamento. La differenza rispetto al caso precedente risiede nel fatto che nella prassi, non essendoci un oggetto appartenente al soggetto, non si procede a sequestro di alcunché. Al contrario, la polizia si impossessa della *res derelicta* (ad esempio, il mozzicone di sigaretta gettato via dal soggetto) senza alcuna formalità, e si procede poi all'acquisizione del materiale organico (ad esempio, la saliva depositata sul mozzicone di sigaretta) e all'estrazione del profilo di DNA.

La questione pare rimanere la stessa anche qualora la *res derelicta* sia gettata negli uffici di polizia giudiziaria nel corso di un interrogatorio. Al riguardo, in verità, è stato osservato che sarebbe impossibile stabilire se esso sia venuto ad esistere per effetto di un comportamento fraudolento della polizia giudiziaria o meno<sup>77</sup>. Tuttavia, la circostanza (ad esempio che una sigaretta sia stata offerta dalla polizia giudiziaria e che ciò sia stato fatto con una certa finalità) dovrebbe emergere dai verbali, ma soprattutto si prevede oggi,

---

<sup>75</sup> Cass. 12.7.2004 n. 44481, in *CP* 2005, 3395. Al riguardo, v. P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 193.

<sup>76</sup> A. Camon, *La prova genetica*, cit., 170; P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 190 s.

<sup>77</sup> C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 319.

in linea generale, la registrazione degli interrogatori<sup>78</sup>. Sicché adesso dovrebbe essere più agevole verificare quanto accaduto.

In giurisprudenza, è ricorrente l'affermazione secondo cui «il prelievo del DNA della persona, attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili, è qualificabile come rilievo tecnico e, in quanto tale, è delegabile ai sensi dell'art. 370 Cpp, senza la necessità per il suo espletamento dell'osservanza delle garanzie difensive»<sup>79</sup>. La Cassazione ha altresì individuato tre fasi del procedimento d'identificazione del DNA, ossia l'estrappolazione del profilo genetico, la decodificazione dell'impronta genetica e la comparazione tra i due profili, specificando come solo la prima di queste fasi possa reputarsi irripetibile ed esclusivamente laddove la scarsa quantità della traccia genetica o la scadente qualità del DNA presente nella stessa siano tali da determinare la distruzione del campione o del reperto<sup>80</sup>. Solo in siffatta eventualità, pertanto, si dovranno seguire le forme dell'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 Cpp, con applicazione delle garanzie ivi previste.

Mentre tali orientamenti non pongono problemi per le ipotesi in cui il profilo venga estratto da reperti per la ricerca di un soggetto ignoto o in seguito alla richiesta di consenso a sottoporsi a prelievo di campione biologico (tanto qualora questo venga prestato quanto, come detto, là dove si disponga il sequestro di un oggetto da cui acquisire il campione dopo che, seguite le forme di cui all'art. 224-bis o 359-bis Cpp, la persona abbia opposto un rifiuto), qualche perplessità sorge qualora la persona sia già individuata e il materiale biologico venga prelevato da un oggetto da lei gettato via. Il soggetto, infatti, non viene a conoscenza dell'avvenuta estrazione del profilo di DNA, salvo che nelle ipotesi - casuali - di scarsa quantità della traccia genetica o di scadente qualità del DNA.

Si può forse ravvisare un'incoerenza, seguendo una duplice direttrice.

---

<sup>78</sup> La c.d. riforma Cartabia (d. lgs. 10.10.2022 n. 150) ha introdotto numerose disposizioni al fine di aumentare il novero delle attività sottoposte a registrazione audiovisiva nel corso del procedimento penale. Soprattutto, per quanto di interesse in questa sede, l'art. 373 co. 2-bis Cpp prevede tale forma di registrazione per interrogatori e confronti del pubblico ministero con la persona sottoposta alle indagini. Per un approfondimento delle novità relative alla registrazione degli atti nella fase delle indagini preliminari, v. Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Servizio penale, *Relazione n. 2/2023 - Relazione su novità normativa: La "riforma Cartabia"*, 5.1.2023, 26 ss.

<sup>79</sup> Cass., 30.3.2022 n. 31880, in *CEDCass*, m. 283573-01; Cass. 22.10.2020 n. 34507, non massimata, § 3.2; Cass. 31.5.2018 n. 26374, non massimata, § 2.1; Cass. 23.11.2016 n. 6786, non massimata; Cass. 21.6.2016 n. 40212, non massimata, § 1; Cass. 12.10.2018 n. 52872, cit., 1064; Cass. 25.2.2015 n. 18246, in *CP* 2015, 4129 s.; Cass. 10.1.2012 n. 2087, in *CP* 2013, 251; Cass. 2.2.2005 n. 8393, in *CP* 2007, 2108.

<sup>80</sup> Cass. 6.12.2022 n. 48390, non massimata, § 2.1; Cass. 30.5.2019 n. 41414, in *CEDCass*, m. 277223-01; Cass. 12.10.2018 n. 52872, cit., 1064; Cass. 27.11.2014, in *CP* 2015, 1966 s.; Cass. 9.5.2014 n. 33076, in *DPP* 2014, 1066.

La prima muove dal raffronto con la disciplina di cui agli articoli 224-*bis* e 359-*bis* Cpp. Come detto, tali disposizioni tutelano sì in via primaria la libertà corporale, ma in via secondaria si pongono altresì a garanzia di un accesso indiscriminato alle informazioni che possono ricavarsi dal campione biologico. Tale istanza è intaccata anche dall'acquisizione per altra via e pare incoerente che in questa ipotesi non si venga neppure a conoscenza del fatto che il proprio profilo genetico è a disposizione dell'autorità.

La seconda direttrice si fonda invece sul confronto tra l'estrazione del DNA mediante sequestro di un oggetto da cui si ricava materiale biologico e gli sviluppi giurisprudenziali in tema di dati digitali.

Preliminarmente, occorre rammentare che l'art. 9 GDPR e l'art. 10 direttiva 680/2016/UE forniscono una tutela rafforzata ai dati genetici, considerati tra i c.d. "dati particolari"<sup>81</sup>: il parallelismo con la protezione accordata ai dati digitali non pare peregrino.

Circa il sequestro di dati informatici, allora, interessano in questa sede due punti fermi che la giurisprudenza sembra avere raggiunto: l'individuazione quale possibile oggetto del sequestro sia del *file* stesso sia del supporto che lo contiene<sup>82</sup> e la sussistenza dell'interesse a presentare riesame qualora, benché sia già stato restituito il supporto informatico originale, i relativi *file* siano ancora nel possesso delle autorità a seguito di loro estrazione tramite copia, purché vi sia un interesse, concreto e attuale, alla "esclusiva disponibilità dei dati"<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> V. *retro*, § 1, nota 18. Al riguardo, v. C.G.U.E, *Direktor na Glavna direksia "Natsionalna politsia" pri MVR - Sofia*, cit., § 47 s. e 63; C.G.U.E, *Ministerstvo na vatrešnite raboti (Enregistrement de données biométriques et génétiques par la police)*, cit., 294.

<sup>82</sup> V., per tutte, Cass. S.U. 20.7.2017 n. 40963, in *CP* 2017, 4306 ss., con nota di A. Mari, *Impugnazioni cautelari reali e interesse a ricorrere in caso di restituzione di materiale informatico previa estrazione di copia dei dati (note a margine di sez. Un., 20 luglio 2017, n. 40963)*. A commento v. anche L. Bartoli, *Sequestro di dati a fini probatori: soluzioni provvisorie a incomprensioni durature*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 5.3.2018; P. Rivello, *L'interesse alla richiesta di riesame del provvedimento di sequestro probatorio di materiale informatico*, in *CP* 2018, 131 ss.; G. Todaro, *Restituzione di bene sequestrato, estrazione di copia, interesse ad impugnare: revirement delle Sezioni unite*, in *DPenCont* 2017 n. 11, 157 ss. V. anche, in senso adesivo, M. Torre, *Il riesame del sequestro probatorio di documenti informatici*, in *GI* 2019, 1440.

<sup>83</sup> Cass. S.U. 20.7.2017 n. 40963, cit., 4310 s. In questo senso già Cass. 24.2.2015 n. 24617, in *CP* 2016, 292, con nota di G. Schena, *Ancora sul sequestro di materiale informatico nei confronti di un giornalista*. Conforme, di recente, Cass. 3.2.2022 n. 18502, in *D&G*, 11.5.2022, § 2.1 s., per cui, tra l'altro, secondo una concezione condivisibilmente ampia di "interesse alla esclusiva disponibilità", esso sussiste «in caso di istanza di riesame del sequestro probatorio di un computer o di un supporto informatico, (...) quando si tratti di strumenti informatici destinati per loro natura a raccogliere dati personali e riservati» (Cass. 3.2.2022 n. 18502, cit., § 2.4). Per una critica di tale concetto e della sua necessaria dimostrazione da parte del ricorrente, v. G. Todaro, *op. cit.*, 168 ss.

Come detto, con riguardo ai dati genetici, nella prassi la polizia giudiziaria acquisisce il contenitore (il materiale biologico) dei dati (il profilo di DNA), senza seguire le forme del sequestro. Ciò semplicemente sulla base del fatto che manca un oggetto di proprietà della persona da sottoporre alla misura ablativa, non reputandosi possibile sequestrare il materiale organico stesso<sup>84</sup>. In tali casi l'apprensione della sostanza avviene senza assicurare alcuna garanzia al soggetto. Ma anche il materiale biologico appartiene al soggetto, pure se si trovi su una *res derelicta*. A ben vedere, pure là dove si prenda, ad esempio, lo spazzolino da denti di un soggetto per prelevarne sostanza biologica, è quest'ultima a costituire il vero oggetto del sequestro. Già in tal senso emerge una possibile incoerenza, visto che per l'acquisizione di materiale biologico da un oggetto di proprietà del soggetto si procede con le forme del sequestro. Ma soprattutto, risulta utile il parallelismo con i sequestri informatici: il materiale biologico dovrebbe poter formare oggetto di sequestro, tanto quanto i *file* contenuti in un computer, dove si voglia considerare il computer equivalente all'oggetto da cui si prende il materiale biologico.

Che il sequestro possa rappresentare una strada percorribile lo si evince anche dal fatto che talvolta si è effettivamente proceduto in questo modo<sup>85</sup>. Di fatti, nella stessa affermazione ricorrente nella giurisprudenza di Cassazione sopra riportata si parla di «sequestro di oggetti contenenti residui organici». Tuttavia, in un caso in cui era stato disposto il sequestro di un mozzicone di sigaretta abbandonato dalla persona sottoposta alle indagini, la Suprema Corte ha affermato che il difensore non aveva alcun interesse ad impugnare davanti al Tribunale del riesame il sequestro del mozzicone di sigaretta, non derivando dalla misura alcun pregiudizio all'indagato e potendo la difesa far valere eventuali eccezioni sulle modalità di acquisizione del prelievo biologico in sede di incidente probatorio - che già era stato richiesto - ed, eventualmente, nel corso del processo di cognizione<sup>86</sup>.

Tale affermazione pare criticabile, prendendo appunto a parametro la giurisprudenza citata in tema di sequestro informatico. In questo caso, il materiale biologico è visto come il contenitore (nel parallelismo, stavolta, l'equivalenza è con il computer) e il profilo di DNA come il contenuto (nel parallelismo, si tratterebbe dei *file*). In sostanza, si nega l'interesse alla restituzione del contenitore solo perché non se ne sono ancora estratti i

---

<sup>84</sup> P. Felicioni, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., 196.

<sup>85</sup> Cass. 20.11.2013 n. 48907, cit., 2.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

dati. Ma quei dati possono essere estratti in qualsiasi momento e di regola all'insaputa del loro titolare: se si trattasse di un sequestro informatico, equivarrebbe a negare la restituzione del computer solo perché non si sono ancora estrapolati i *file* dal medesimo. Viceversa, evidentemente, la disponibilità del computer viola di per sé il diritto all'“esclusiva disponibilità del patrimonio informativo”<sup>87</sup> del soggetto, che egli può porre a fondamento del proprio interesse al riesame avverso il decreto o l'ordinanza di sequestro.

Allora, riassumendo, si potrebbe ritenere che il vero oggetto dell'apprensione dovrebbe essere sempre considerato il materiale biologico da esaminare, e non l'oggetto su cui si trova (l'abito di proprietà del soggetto o il mozzicone di sigaretta abbandonato). Ciò per la stessa ragione per cui si è affermato che anche il *file* contenuto all'interno di un computer sequestrato può ritenersi oggetto di sequestro e cioè che è evidentemente al contenuto che gli organi investigativi mirano, più che al contenitore. In questo modo, troverebbe applicazione la disciplina del sequestro anche nei casi in cui il materiale biologico viene estrapolato da una *res derelicta*. Di talché, si potrebbe presentare riesame sulla base di un interesse alla “esclusiva disponibilità del proprio patrimonio genetico”, compressa tanto qualora si sia già proceduto all'estrazione del profilo di DNA quanto qualora tale operazione non sia ancora avvenuta.

Si è consapevoli che si tratta di un'interpretazione particolarmente evolutiva, ma si è allo stesso modo convinti che sia necessaria una considerazione unitaria delle violazioni connesse all'acquisizione di dati personali, cui correlare garanzie crescenti a seconda del tipo di dato acquisito, anche a prescindere dalla modalità di apprensione<sup>88</sup>. Se poi quest'ultima risulta particolarmente invasiva, come lo è il prelievo coattivo rispetto all'apprensione da un oggetto (o come lo è l'intercettazione mediante captatore informatico rispetto all'accesso ai dati digitali), si possono prevedere garanzie aggiuntive<sup>89</sup>. Ma in prima battuta occorre considerare il tipo di dato acquisito e l'intrusione nel diritto alla vita privata connessa alla perdita dell'esclusiva disponibilità del dato.

---

<sup>87</sup> Cass. S.U. 20.7.2017 n. 40963, cit., 4310.

<sup>88</sup> Per la prova digitale, nel senso della necessità di ricalibrare le categorie processuali mettendo al centro il diritto che di volta in volta viene in gioco e il grado dell'intrusione v. G. Illuminati, *Libertà e segretezza della comunicazione*, in *CP* 2019, 3833; C. Warken, *Classification of Electronic Data for Criminal Law Purposes*, in *eu crim* 2018, 4, 231 s.

<sup>89</sup> Ancora in tema di prova digitale, propende per attribuire rilevanza primaria all'invasività dell'attività captativa, piuttosto che al tipo di dato captato, C. Conti, *Sicurezza e riservatezza*, in *DPP* 2019, 1584.

Una volta adottata tale chiave di lettura, si può affrontare una situazione ancora diversa. Si allude ai casi in cui il materiale biologico si trovi presso strutture sanitarie o che, comunque, ne siano in possesso avendolo acquisito in precedenza per finalità diverse rispetto a quelle investigative (ad esempio, medico-terapeutiche). La Cassazione ha giudicato legittima l'estrazione mediante consulenza tecnica da un campione precedentemente prelevato da un detenuto per altri fini<sup>90</sup>.

La dottrina maggioritaria rigetta la legittimità di tali acquisizioni<sup>91</sup>. Il soggetto ha sì prestato il consenso al prelievo, ma per un suo impiego volto a finalità diverse. Se si procede direttamente a consulenza tecnica per l'estrazione del profilo di DNA, di regola il soggetto resta all'oscuro dell'operazione e non è valido il consenso precedentemente prestato<sup>92</sup>.

A ben vedere, è forse possibile distinguere il momento dell'acquisizione del campione da quello dell'esame dello stesso ai fini dell'estrazione del profilo di DNA. C'è un campione riferibile a un soggetto, da cui è possibile estrapolare dati che gli appartengono. Sicché, si potrebbe nuovamente reputare percorribile la via del sequestro, avente ad oggetto il campione biologico. Al riguardo, non pare insuperabile l'obiezione dottrinale – pure apprezzabile soprattutto considerando che è volta a limitare l'accesso al dato genetico – secondo cui non si potrebbe procedere a sequestro perché non si tratterebbe di cosa pertinente al reato<sup>93</sup>. Ciò alla luce dell'ampia definizione della categoria *de qua*, in cui rientrano anche «le cose che servono, anche indirettamente, ad accertare la consumazione dell'illecito, il suo autore e le circostanze del reato, con riferimento ad ogni possibile legame, individuabile caso per caso, tra le cose stesse e l'accertamento dell'illecito, che sia ritenuto rilevante ai fini del processo»<sup>94</sup>.

In conclusione, spesso le acquisizioni avvengono senza che siano osservate le forme del sequestro, o le relative forme vengono superate procedendo direttamente all'estrazione del profilo di DNA tramite consulenza tecnica, che se ripetibile viene svolta

---

<sup>90</sup> Cass. 28.4.2005 n. 24586, cit., 2553.

<sup>91</sup> T. Alesci, *op. cit.*, 166 s.; C. Fanuele, *L'acquisizione occulta*, cit., 413. *Contra*: C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., 141.

<sup>92</sup> In generale, rimarca l'importanza dell'informazione circa la finalità del prelievo *ex art. 224-bis Cpp*, I. Boiano, *op. cit.*, 4353. Non a caso, nella già citata chiamata a vagliare la legittimità del sequestro di un mozzicone di sigaretta allo scopo di ottenere materiale biologico dell'indagato, si attribuisce rilievo proprio alla circostanza che la finalità dell'atto fosse esplicitata nel decreto di sequestro (Cass. 20.11.2013 n. 48907, cit., 2 s.).

<sup>93</sup> T. Alesci, *op. cit.*, 166; M. Montagna, *op. cit.*, 88.

<sup>94</sup> Cass. 13.3.2007 n. 12929, in *CP* 2008, 2025.



all'insaputa dell'interessato. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Cassazione<sup>95</sup>, pare possibile ritenere che non dovrebbe essere consentita una simile acquisizione occulta. Tale interpretazione, oltre che emergere dall'interpretazione delle norme del codice di procedura penale, pare coerente con la natura di "dati particolari" dei dati genetici, in forza degli articoli 9 GDPR e 10 direttiva 680/2016/UE. Delle due l'una: o si segue la disciplina dettata dagli articoli 224-bis e 359-bis Cpp o, qualora si proceda all'acquisizione di materiale biologico già esistente e riferibile a persona già individuata, si dovrebbe applicare quella del sequestro per ottenere il materiale stesso.

3. È stato condivisibilmente osservato che «il punto più controverso non è chi entra, ma chi esce»<sup>96</sup> dalla banca dati del DNA. In altri termini, la tutela della riservatezza dei dati successiva al loro ingresso nel *database* è ancora più centrale e pone questioni ancora più delicate rispetto a quella da assicurare al momento della raccolta del dato. Infatti, se non esistessero forti garanzie contro la divulgazione di quanto contenuto nella banca dati del DNA, nonché altre volte a impedire che dal profilo di DNA si possa risalire agevolmente al suo titolare, si produrrebbero lesioni al diritto alla riservatezza certamente ingiustificate e ripetute ad ogni impiego illegittimo.

3.1 La lacuna più macroscopica dell'assetto normativo vigente in tema di prova genetica deriva, probabilmente, da una certa confusione da parte del legislatore tra campioni biologici e profili di DNA<sup>97</sup>. Occorre volgere lo sguardo all'art. 72-*quater* disp. att. Cpp, che disciplina la distruzione dei campioni biologici raccolti ex articoli 224-bis e 359-bis Cpp dopo che la perizia sia stata espletata o in seguito a un provvedimento di proscioglimento. Tale disposizione è silente rispetto alla sorte dei profili di DNA ottenuti dall'analisi dei campioni distrutti. In assenza di qualunque indicazione, essi sembrano destinati a rimanere nei fascicoli processuali in cui sono confluiti, sforniti delle tutele contro divulgazioni e futuri utilizzi previste dalla l. n. 85/2009 e dal relativo regolamento attuativo<sup>98</sup>. In altre parole, potranno circolare secondo le regole di cui agli articoli 238 e 403 Cpp. In particolare, nel caso di perizia ex art. 224-bis Cpp, il profilo di DNA potrà

---

<sup>95</sup> Cass. 7.10.2016 n. 51086, cit., 2868; Cass. 2.11.2005 n. 1028, cit., 1709.

<sup>96</sup> G. Gennari, *Privacy, genetica e zanzare indiscrete*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 507. V. anche, sul punto, P. Tonini, *op. cit.*, 885 s.

<sup>97</sup> V. *retro*, § 1, per le rispettive definizioni.

<sup>98</sup> P. Tonini, *op. cit.*, 887.

essere utilizzato in altri procedimenti in forza del primo comma dell'art. 238 Cpp, rientrando tra le prove assunte in dibattimento o nell'incidente probatorio; allorché si sia seguita la procedura di cui all'art. 359-bis Cpp, la prova potrà circolare qualora l'operazione fosse irripetibile sin dall'inizio oppure lo sia diventata per effetto di circostanze sopravvenute imprevedibili<sup>99</sup>.

I dati genetici, insomma, dopo il loro primo impiego, in molti casi, potenzialmente sono riutilizzabili in procedimenti relativi a qualunque reato<sup>100</sup> e in assenza di un criterio di stretta necessità per le indagini<sup>101</sup>.

Ciò è incoerente, peraltro, con il regime dettato per la circolazione dei risultati delle intercettazioni, più garantito rispetto a dati forse persino meno sensibili<sup>102</sup>. Com'è noto, l'art. 270 Cpp pone un generale divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti, possibile solo qualora siano rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e in procedimenti connessi che abbiano ad oggetto reati per i quali è consentita l'adozione delle intercettazioni *ex art.* 266 Cpp<sup>103</sup>. Manca una norma di questo tipo per la circolazione dei dati genetici.

---

<sup>99</sup> S. Quattrococo, *I risvolti attuativi delle novelle in tema di prelievi coattivi: raccolta di campioni su incapaci; verbalizzazione delle operazioni; distruzione dei campioni*, in *Banca dati del DNA*, cit., 336 s., ravvisa una possibile contrarietà rispetto a C. eur. GC, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit. V. anche C. Conti, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Ead., Milano 2011, 140 s.; C. Fanuele, *Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA*, cit., 130; C. Gabrielli, *Il prelievo coattivo*, cit., 131; G. Leo, *op. cit.*, 976; P. Tonini, *op. cit.*, 887. Tale ultimo Autore sottolinea altresì il rischio di una divulgazione arbitraria derivante dalla frequente pubblicazione incontrollata di atti dei processi penali (*ibidem*).

<sup>100</sup> A dire il vero, Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Raccomandazione n. R (92) 1 relativa all'utilizzazione dell'analisi dell'acido deossiribonucleico (DNA) nell'ambito del sistema giudiziario penale, 10.2.1992, punto 5, richiede espressamente che i profili di DNA siano messi a disposizione degli altri Stati in relazione a qualunque reato. Allo stesso modo, C. eur. GC, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., § 119, pare concentrarsi sulle limitazioni all'ingresso del dato nel sistema, non nel momento successivo del suo impiego processuale.

<sup>101</sup> G. Leo, *op. cit.*, 975 s., parte proprio da simili considerazioni per sostenere che la l. n. 85/2009 realizzi una proporzionalità «zoppicante».

<sup>102</sup> G. Leo, *op. cit.*, 976.

<sup>103</sup> Tale è l'assetto derivante da Cass. S.U., 28.11.2019 n. 51, cit., confermato dal recente d.l. 10.8.2023 n. 105, convertito con modificazioni dalla l. 9.10.2023 n. 137, che ha abrogato l'inciso «e dei reati di cui all'articolo 266, co. 1», che era stato inserito in sede di conversione del d.l. 30.12.2019 n. 161, dalla l. 28.2.2020 n. 7. Nel senso che la novella determina un ritorno al passato, per cui è di nuovo valido l'insegnamento delle citate Sezioni unite Cavallo, v. L. Giordano, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *DPP* 2024, 18 s. Pare, insomma, che siano state ascoltate le fondate preoccupazioni espresse in dottrina circa lo svuotamento della regola di cui all'art. 270 Cpp che l'inciso *de quo* avrebbe determinato (v. E.N. La Rocca, *L'uso dei risultati delle intercettazioni in "procedimenti diversi"*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, a cura di P. Maggio, Torino 2023, 390 ss.)

Resta, pertanto, in mancanza di qualsiasi procedura di controllo, l'evidente dispersione della verifica sulla proporzionalità del mezzo (il profilo di DNA) rispetto al fine (l'accertamento del reato), nel momento in cui un dato acquisito in un certo procedimento penale viene a essere utilizzato in un altro.

3.2 Pure nella disciplina dettata in tema di cancellazione dei profili di DNA, si può rintracciare una lacuna piuttosto significativa e probabilmente impossibile da colmare in via interpretativa. L'art. 13 co. 1 l. n. 85/2009 prevede che i dati contenuti nella banca debbano essere cancellati a seguito di assoluzione con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato o il fatto non è previsto dalla legge come reato. Non sono menzionati i provvedimenti di archiviazione né le altre formule di proscioglimento<sup>104</sup>. Si può, sul punto, prospettare l'incostituzionalità della disposizione, nella parte in cui non prevede tali ipotesi, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>105</sup>. Nella già citata sentenza *S. e Marper*, infatti, un soggetto era stato destinatario di una pronuncia di non luogo a procedere per ritiro della denuncia da parte della persona offesa e la Corte di Strasburgo ha sancito l'illegittimità della conservazione per un tempo indefinito del suo campione biologico<sup>106</sup>. Inoltre, in una successiva sentenza<sup>107</sup>, la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 8 CEDU in un caso in cui il procedimento non era stato aperto a carico dell'interessato per intervenuta mediazione penale<sup>108</sup>. Per di più, si trattava di dati relativi ai reati denunciati in territorio francese inseriti in una sorta di casellario delle notizie di reato<sup>109</sup> e i giudici di Strasburgo hanno esplicitamente affermato come l'intervenuta

---

<sup>104</sup> Rilevano tale carenza normativa, tra i tanti, I. Abrusci, *Cancellazione dei profili e distruzione dei campioni*, in *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., 116 s.; E. Colombo, *La banca dati del DNA in Italia*, cit., 381; C. Gabrielli, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale*, cit., 1413 ss.; E. Mazzantini, *Diritto penale e banca dati del DNA: finalità dell'analisi genetica e problemi aperti*, in *Sist. pen.* 2020 n. 7, 121.

<sup>105</sup> C. Gabrielli, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale*, cit., 1415, evidenzia come la disciplina interna non sia esente dal rischio di censura da parte della Corte Edu, almeno per quanto riguarda l'equiparazione tra i termini di conservazione previsti in relazione ai soggetti prosciolti con formule e provvedimenti diversi da quelli menzionati e in relazione ai condannati. V. anche R. Bartoli, *Diritto penale e banca dati del DNA*, in *La banca dati italiana del DNA*, cit., 56 e L. Scaffardi, *op. cit.*, 244 ss.

<sup>106</sup> Per le argomentazioni sul punto: C. eur. GC, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., §§ 119 e 122.

<sup>107</sup> C. eur., 18.9.2014, *Brunet c. Francia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24.10.2014, su cui v. A. Scarcella, *Viola la CEDU conservare in un database informazioni relative a soggetti i cui procedimenti penali non abbiano trovato sviluppo*, in *DPP* 2015, 757 ss.

<sup>108</sup> Per le argomentazioni sul punto: C. eur., *Brunet c. Francia*, cit., § 40.

<sup>109</sup> Al riguardo, v. A. Scarcella, *Viola la CEDU conservare in un database informazioni*, cit., 757.

mediazione penale sia equiparabile a un'archiviazione e che pertanto, sebbene non si tratti di dati genetici, comunque non sia consentita la loro conservazione in banche dati della polizia<sup>110</sup>.

Allo stato, tuttavia, i dati relativi a persone destinatarie di un'archiviazione o di una formula di proscioglimento non rientrano tra quelle di cui all'art. 13 co. 1 l. n. 85/2009 rimangono nella banca dati del DNA. Si determina così una lesione della riservatezza di tali soggetti palesemente ingiustificata.

4. I profili di DNA possono essere associati, oltre che alla persona a cui appartengono, anche a suoi parenti. Da ciò discende la possibilità di risalire, attraverso comparazioni dei profili di DNA, a soggetti terzi rispetto ai proprietari dei profili comparati<sup>111</sup>. È il c.d. *familial searching*<sup>112</sup>, di cui la legislazione italiana sembra non occuparsi. In particolare, l'art. 7 l. n. 85/2009 pare lasciare aperta la possibilità di impiegare il profilo di DNA estratto dal campione biologico di una persona per individuare un soggetto diverso<sup>113</sup>. A conferma di tale interpretazione, l'art. 10 d.P.R. n. 87/2016, non escludendo la c.d. quasi-concordanza dal novero delle concordanze positive, consente l'uso del risultato di un raffronto che riveli una relazione di parentela tra le persone alle quali si riferiscono i profili genetici, d'altronde espressamente previsto per la finalità di rintracciare una persona scomparsa<sup>114</sup>.

Tale tecnica di indagine genetica consente di raggiungere straordinari risultati

---

<sup>110</sup> C. eur., *Brunet c. Francia*, cit., § 40 ss. Lo sottolinea A. Scarcella, *Viola la CEDU conservare in un database informazioni*, cit., 764.

<sup>111</sup> Si rinvia a Ó. García, M. Crespillo, I. Yurrebaso, *Suspects identification through "familial searching" in DNA databases of criminal interest. Social, ethical and scientific implications*, in *Rev. Esp. Med. Legal* 2017, 1, 27 s., per un'analisi su come tecnicamente si ottiene un simile risultato.

<sup>112</sup> Per un approfondimento sulla nozione di *familial searching*, realizzato attraverso l'individuazione di concordanze parziali tra profili di DNA, v. G. Formici, *From "familial searching" to "forensic genetic genealogy": New frontiers – and challenges – of DNA analysis in criminal investigations*, in *BioLaw j.* 2021, 1 (Special Issue), 309 s.; S. Krimsky, T. Simoncelli, *Genetic Justice. DNA Data Banks, Criminal Investigations, and Civil Liberties*, New York 2011, 64 ss.; K.A. Wah, *A New Investigate Lead: Familial Searching as an Effective Crime-Fighting Tool*, in *Whittier Law Rev.* 2008, 4, 910.

<sup>113</sup> L. Scaffardi, *op. cit.*, 220.

<sup>114</sup> Art. 6 d.P.R. n. 87/2016. Sul punto, v. R. Biondo, *La banca dati nazionale*, cit., 225; S. Deplano, *Il campione biologico di unidentified person. Profili di sistema*, in *BioLaw j.* 2021, 1 (Special Issue), 45 ss.; P. Felicioni, *La Banca dati nazionale del DNA: il sottoinsieme di dati genetici per l'identificazione di persone scomparse*, *ivi*, 107 ss. Per una chiara differenziazione del ricorso al *familial searching* per identificare una persona scomparsa, che passa attraverso il consenso fornito dai familiari, e il suo impiego per fini di accertamento penale, v. R. Granja, H. Machado, *Ethical Controversies of Familial Searching: The Views of Stakeholders in the United Kingdom and in Poland*, in *Sci. Technol. Human Values* 2019, 6, 1069 ss.

investigativi<sup>115</sup>. È celebre l'imponente analisi genetica che ha condotto alla individuazione del proprietario del DNA ritrovato sulla scena del delitto di uno dei casi di cronaca più noti in Italia degli ultimi vent'anni<sup>116</sup>.

Tuttavia, non può neppure ignorarsi come il *familial searching*, sia effettuato tramite ricerca in *database* esistenti sia attraverso *screening* di massa su base volontaria<sup>117</sup>, realizzi un'intrusione nel diritto alla vita privata, per così dire, qualificata rispetto a quanto avviene nell'ordinaria comparazione volta ad identificare direttamente il titolare del campione biologico comparato.

Viene infatti in rilievo un tipo di *privacy*, da taluni indicato col termine *privacy* "genetica", non limitato a un solo soggetto, definibile come «diritto di chiunque di essere padrone delle informazioni che lo riguardano e di conoscere che fine esse facciano, compatibilmente con le preferenze degli altri componenti del gruppo biologico»<sup>118</sup>.

Adottando l'angolo visuale della persona individuata, questa potrebbe essere rintracciata grazie alla disponibilità di un profilo di DNA di un suo parente anche lontano

---

<sup>115</sup> In questo senso, tra i tanti, K.A. Wah, *op. cit.*, 910 e 920 ss.

<sup>116</sup> Si tratta del già menzionato caso dell'omicidio dell'adolescente Yara Gambirasio, per cui è stato condannato un imputato individuato solo in seguito a sottoposizione a prelievo di suoi familiari. Si arrivò, in particolare, a stabilire l'identità della madre del soggetto, che si era sottoposta volontariamente a prelievo biologico. Prelevato un campione biologico dall'indiziato con le modalità già segnalate (v. *retro*, § 2.2.1, nota 45), lo si comparò con il profilo genetico estratto dal reperto biologico rinvenuto sulla scena del delitto e si ottenne una concordanza totale. Per un approfondimento, v. T. Graversen, J. Morterab, G. Lago, *The Yara Gambirasio case: Combining evidence in a complex DNA mixture Case*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2019, 3, 53; F. Sarzanini, *Dal buio totale a «Ignoto 1»*, in *Yara. Il DNA e altre verità*, a cura di M. Garofalo e G. Mercuri, Milano 2014, 23 ss. È molto noto anche il caso di Dobbiaco del 2002, riportato da L. Scaffardi, *op. cit.*, 217 s., in cui si risalì al colpevole attraverso l'analisi del DNA del padre, che partecipò volontariamente ad uno *screening* di massa che riguardò l'intera popolazione maschile del piccolo paese.

<sup>117</sup> Per tale differenziazione, v. H. Machado, R. Granja, *Genetic Surveillance and Crime Control. Social, Cultural and Political Perspectives*, Londra 2021, 109; Eaed., *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, Singapore 2020, 87.

<sup>118</sup> V. Marchese, L. Caenazzo, D. Rodriguez, *op. cit.*, 1874 s., che richiamano C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento*, cit., 67. V. anche L. Scaffardi, *op. cit.*, 216 e 251 s. Al riguardo, ben evidenzia le problematiche connesse al *familial searching* quanto osservato da G. Formici, *op. cit.*, 310: «*the sentenced offender become a "genetic informant", unintentionally and indirectly targeting strict relatives and subjecting them to testing and investigations - and eventually implicating them*».

(e magari sconosciuto)<sup>119</sup>, che, ad esempio, abbia commesso un delitto in passato<sup>120</sup>. Si crea così una sorta di disparità di trattamento ai danni di chi abbia «l'unica colpa»<sup>121</sup> di avere un familiare il cui profilo di DNA sia conservato in un *database* genetico<sup>122</sup>, che per di più potrebbe essere gestito da uno Stato diverso rispetto a quello di residenza della persona individuata.

Assumendo la prospettiva della persona il cui profilo di DNA viene impiegato per il raffronto, il *familial searching* determina una lesione ulteriore della sua riservatezza. Esigenze di trasparenza e di tutela del diritto di difesa sembrerebbero imporre il disvelamento della sua identità, di regola invece segreta, qualora un altro soggetto si trovi a fronteggiare un'accusa penale in ragione di una concordanza parziale con quel profilo. In più, questa persona si trova involontariamente a giocare un ruolo attivo nell'incriminare un parente<sup>123</sup>.

Tali caratteristiche, per la verità, non devono ritenersi ostative alla legittimità del *familial searching*. Mutando ancora l'angolo visuale, è stato infatti osservato, condivisibilmente, che non può sostenersi un'impossibilità per lo Stato di procedere nelle indagini per tutelare una lesione minima della riservatezza del soggetto il profilo di DNA del quale sia contenuto in un *database*<sup>124</sup>. In effetti, il disvelamento di relazioni familiari, così come la mera rivelazione che il proprio profilo di DNA è contenuto in un *database*, paiono essere interessi in linea di principio recessivi rispetto alle esigenze investigative. D'altro canto, la testimonianza può estendersi ai rapporti di parentela (art. 194 co. 2 Cpp)

---

<sup>119</sup> G. Gennari, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., 75; L. Scaffardi, *op. cit.*, 220, sottolineano come possano emergere vincoli di sangue imprevedibili, in grado di determinare sconvolgimenti in equilibri familiari capaci di coinvolgere interessi di ulteriori soggetti. E. Murphy, *Relative Doubt: Familial Searches of DNA Databases*, in *Mich. L. Rev.* 2010, 3, 319, parla al riguardo di un «*Societal Interest in Intact Families*». Non pare però questo un interesse in grado di porsi seriamente a limitazione dell'esigenza statutale di accertamento dei reati. Così D.H. Kaye, *The Genealogy Detectives: A Constitutional Analysis of 'Familial Searching'*, in *Am. Crim. L. Rev.* 2013, 1, 150.

<sup>120</sup> Al riguardo, v. G. Gennari, *Privacy, genetica e zanzare*, cit., 506, secondo cui «alla lista dei perenni "sospetti" si aggiunge quella dei sospetti "virtuali"».

<sup>121</sup> G. Gennari, *Privacy, genetica e zanzare*, cit., 506.

<sup>122</sup> Sul punto, diffusamente, E. Murphy, *op. cit.*, 305 ss. A tale forma di discriminazione, secondo alcuni, si affianca una vera e propria discriminazione delle popolazioni più rappresentate a livello etnico all'interno della banca dati. Al riguardo, v. G. Formici, *op. cit.*, 311; D. Grimm, *The demographics of genetic surveillance: familial DNA testing and the Hispanic community*, in *Columbia Law Rev.* 2007, 5, 1164 ss.; H. Machado, R. Granja, *Forensic Genetics*, cit., 59; E. Murphy, *op. cit.*, 321 ss.; R. Williams, P. Johnson, *Inclusiveness, Effectiveness and Intrusiveness: Issues in the Developing Uses of DNA Profiling in Support of Criminal Investigations*, in *JLME* 2005, 3, 555. *Contra*: K.A. Wah, *op. cit.*, 952 ss.

<sup>123</sup> H. Machado, R. Granja, *Genetic Surveillance*, cit., 100; Eaed, *Forensic Genetics*, cit., 88; E. Murphy, *op. cit.*, 320.

<sup>124</sup> D.H. Kaye, *op. cit.*, 128.

e non pare potersi applicare per analogia la disciplina relativa alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti (art. 199 Cpp)<sup>125</sup>.

Eppure, permangono degli elementi di criticità. Le circostanze descritte sono infatti sicuramente idonee ad amplificare la portata intrusiva nei diritti individuali della raccolta dei profili di DNA. Di fatti, ciò che più rileva è che si produce un effetto moltiplicatore dei soggetti potenzialmente “schedati” tramite la raccolta di dati genetici, che rischia di ingenerare una percezione di sorveglianza continua a livello collettivo e sociale sicuramente non auspicabile. Per analogia, si può pensare al percorso intrapreso dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea in tema di *data retention*. È proprio per evitare una simile sensazione di sorveglianza costante<sup>126</sup>, infatti, che la Corte di Lussemburgo richiede agli Stati Membri di limitare allo stretto necessario la quantità di dati raccolti e conservati dagli *internet service providers*, nonché le ipotesi di accesso a tali dati da parte degli organi investigativi per fini di prevenzione e repressione dei reati<sup>127</sup>.

Lo scenario, poi, risulta oggi ulteriormente complicato dal proliferare di banche dati genealogiche “a scopo ricreativo”. Sempre più persone si sottopongono volontariamente tramite privati a profilazione genetica, fondamentalmente al fine di conoscere la provenienza geografica dei propri antenati<sup>128</sup>. In assenza di una regolamentazione chiara, si è diffusa globalmente la notizia dell’ammissione, da parte di una delle maggiori aziende

---

<sup>125</sup> Si concorda quindi con il ragionamento svolto da K.A. Wah, *op. cit.*, 941 e 943, secondo cui è rilevante notare come il *familial searching* è un’attività investigativa che come tante altre consente semplicemente di far avanzare le indagini e che, come tante altre, può determinare apprensione nei parenti dell’indagato.

<sup>126</sup> Così, espressamente, C.G.U.E, Grande Sezione, 8.4.2014, C-293/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, in *Dir. inf.* 2014, 866, con nota di S. Scagliarini, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*. A commento, v. anche A. Cisterna, *Data retention: annullata la direttiva “Frattini” sulla conservazione dei dati del traffico telefonico*, in *GD* 2014, 26, 93 ss.; R. Flor, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. data retention contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *DPenCont* 2014, 2, 178 ss.; O. Pollicino, *Diritto all’oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. cost.* 2015, 2949 ss.; L. Trucco, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *GI* 2014, 1850 ss.

<sup>127</sup> Per un approfondimento della c.d. *data retention saga* si rinvia a P. Di Stefano, *La Corte di Giustizia conferma la regola del divieto, con eccezioni, di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico ai fini di lotta alla criminalità grave la fine della prova a mezzo di tabulati?*, in *CP* 2023, 354 ss.; N. Faiola, *Data retention ed accesso ai dati per scopi securitari: condizioni e limiti alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione Europea* 2023, 77 ss.; R. Flor, S. Marcolini, *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico. La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato. Aspetti di diritto penale processuale e sostanziale*, Torino 2022.

<sup>128</sup> Al riguardo, v. G. Formici, *op. cit.*, 315 ss.; H. Machado, R. Granja, *Forensic Genetics*, cit., 90 ss.

del settore, di collaborare con l’FBI<sup>129</sup>. Non è tardato ad arrivare neppure il primo caso risolto grazie al *familial searching* effettuato sul *database* di un’altra importante azienda<sup>130</sup>. Si parla al riguardo di *forensic genetic genealogy*<sup>131</sup> o “*long-range familial searches*”<sup>132</sup>. È evidente come si vada ad ampliare significativamente la platea di profili disponibili per un confronto, accedendo a tali banche dati non istituite per fini di giustizia<sup>133</sup>. Per di più, le ricerche svolte al loro interno sono in grado di identificare parenti più lontani rispetto a quelle svolte sui *database* forensi<sup>134</sup>.

In conclusione, l’efficacia<sup>135</sup> del *familial searching*<sup>136</sup> ne sconsiglia il divieto<sup>137</sup>. Tuttavia, proprio tale efficacia ne favorisce la diffusione quale prassi investigativa. Si comprende bene quindi come siano urgenti norme sul trattamento di questi dati, sulle possibilità e i limiti dell’accesso a fini investigativi, sulle informazioni da fornire ai fini di un consenso informato, sul controllo relativo all’affidabilità dei dati acquisiti dai privati. Inoltre, a rafforzare la necessità di un intervento normativo volto a circoscrivere il ricorso alla

<sup>129</sup> La notizia è riportata, ad esempio, da S. Hernandez, *One of the Biggest at-Home DNA Testing Companies Is Working With the FBI*, BuzzFeed News 2019, consultabile al seguente link: <https://www.buzzfeednews.com/article/salvadorhernandez/family-tree-dna-fbi-investigative-genealogy-privacy>. V. D. Kennett, *Using genetic genealogy databases in missing persons cases and to develop suspect leads in violent crimes*, in *Forensic Sci. Int.* 2019 (Special Issue Cold Cases), 107 e 112.

<sup>130</sup> Si tratta del notissimo caso del “*Golden State Killer*”. Per un approfondimento, v. G. Formici, *op. cit.*, 315 ss.; D. Kennett, *op. cit.*, 107 ss.; H. Machado, R. Granja, *Genetic Surveillance*, cit., 143; Eaed, *Forensic Genetics*, cit., 90 ss.

<sup>131</sup> Tra i tanti, v. G. Formici, *op. cit.*, 315 ss.; C.L. Glynn, *Bridging Disciplines to Form a New One: The Emergence of Forensic Genetic Genealogy*, in *Genes* 2022, 8 (Special Issue State-of-the-Art in Forensic Genetics), 1381 ss., a cui si rinvia per un approfondimento.

<sup>132</sup> R. Granja, *Long-range familial searches in recreational DNA databases: expansion of affected populations, the participatory turn, and the co-production of biovalue*, in *New Genet. Soc.* 2021, 3, 331 ss.; H. Machado, R. Granja, *Genetic Surveillance*, cit., 142 ss.

<sup>133</sup> R. Granja, *op. cit.*, 340, nota, peraltro, come la composizione dei *database* aventi “scopo ricreativo” sia molto diversa rispetto a quelli forensi. Quantomeno negli Stati Uniti, questi ultimi, popolati per lo più da profili riferibili a detenuti, appartengono generalmente a soggetti di media o bassa estrazione sociale appartenenti a minoranze etniche. Al contrario, le banche dati istituite a fini “ricreativi” sono composte principalmente da persone economicamente privilegiate discendenti da europei (*ibidem*). Se, da un lato, ciò potrebbe appianare le già indicate criticità secondo alcuni associate all’impiego del *familial searching*, che penalizzerebbe proprio le minoranze (v. *infra*, nota 123), dall’altro è ancora più marcato l’ampliamento dei soggetti eventualmente interessati dalla ricerca.

<sup>134</sup> R. Granja, *op. cit.*, 340, a cui si rinvia anche per l’analisi delle ragioni tecniche che rendono possibile tale maggiore efficacia della ricerca.

<sup>135</sup> Per “efficacia” si intende la capacità della misura di raggiungere il proprio scopo.

<sup>136</sup> Per esempi ulteriori rispetto a quelli riportati di impiego efficace del *familial searching*, v. Ó. García, M. Crespillo, I. Yurrebaso, *op. cit.*, 31 s.

<sup>137</sup> Propende invece per vietare l’impiego del *familial searching*, E. Murphy, *op. cit.*, 291 ss. Per una ricognizione delle principali posizioni della dottrina sull’opportunità di vietare il *familial searching*, contrapposte a quelle favorevoli alla creazione di banche dati universali ed ancora a quelle favorevoli, ma tramite una regolamentazione stringente, v. Ó. García, M. Crespillo, I. Yurrebaso, *op. cit.*, 32.



tecnica *de qua*, intervengono anche considerazioni inerenti alla sua efficienza<sup>138</sup>. Il *familial searching*, infatti, implica una ricerca dispendiosa in termini di tempo e costi, caratterizzata per di più da un margine di errore che andrebbe ben calcolato prima di procedere al suo impiego<sup>139</sup>.

Il tema del *familial searching* è controverso e non facile da regolare. Ma le potenzialità e i rischi di questa tecnica erano certamente noti già al momento dell'approvazione della legge e, ancor di più, in quello dell'adozione del regolamento attuativo<sup>140</sup>. In altre parole, i presupposti per predisporre una regolamentazione c'erano e si è persa un'occasione importante. Sicché, sebbene meno criticabile che per le altre lacune in cui è incorso e che si sono già esaminate, il legislatore, scegliendo di non prendere una posizione riguardo al *familial searching*, ha in sostanza tralasciato di disciplinare proprio l'utilizzo più intrusivo e controverso della banca dati del DNA, che avrebbe richiesto l'introduzione di garanzie aggiuntive e presupposti specifici per il suo impiego<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Per "efficienza" si intende qui l'assenza di metodi in grado di realizzare lo stesso scopo dello strumento impiegato con mezzi meno dispendiosi. Sulle nozioni di efficacia ed efficienza, v. G. Tuzet, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2016, 207 ss.

<sup>139</sup> Su tali aspetti, v. Ó. García, M. Crespillo, I. Yurrebaso, *op. cit.*, 30; H. Machado, R. Granja, *Genetic Surveillance*, cit., 102; E. Murphy, *op. cit.*, 328 s.; K.A. Wah, *op. cit.*, 944 ss.

<sup>140</sup> È del 4 dicembre 2008 la celebre e già citata sentenza *S. e Marper* della Corte Edu, in cui i giudici di Strasburgo sottolineavano i rischi per la *privacy* derivanti dalla possibilità di effettuare ricerche sulla familiarità e risalire all'origine etnica dell'individuo a partire dai profili del DNA (C. eur. GC, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., § 75 s.). Non a caso, G. Gennari, *Privacy, genetica e zanzare*, cit., 506 si esprimeva in senso critico nei confronti del disegno di legge alla base della successiva l. n. 85/2009 perché non regolamentava il c.d. *familial searching*.

<sup>141</sup> E. Colombo, *La banca dati del DNA in Italia*, cit., 391, rimarca la necessità di una disciplina stringente quanto alle finalità per cui può essere impiegata la banca dati del DNA, alla luce del fatto che «la presenza di un membro della famiglia biologica nel *database* mette in gioco la *privacy* dell'intero gruppo familiare». G. Gennari, *Privacy, genetica e zanzare*, cit., 506, rileva come un simile utilizzo sembrerebbe giustificato solo per l'accertamento di reati particolarmente gravi. Come riportato da Ó. García, M. Crespillo, I. Yurrebaso, *op. cit.*, 30, a cui si rinvia per l'esame della situazione in altri Stati, è questa la via seguita dai Paesi Bassi. Per una regolamentazione del *familial searching*, poi, sembrano particolarmente preziosi i suggerimenti contenuti nel report annuale del 2012 della Commissione nazionale spagnola per l'uso forense del DNA. La Commissione, infatti, mancando in Spagna una regolamentazione al riguardo, propone di inserirne una basata, tra gli altri, sui seguenti punti: il divieto di impiegare il risultato ottenuto come prova esclusiva della colpevolezza; il ricorso al *familial searching* per l'accertamento di soli reati gravi, come omicidi seriali e reati violenti; la necessità di un'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria; il ricorso alla tecnica solo in via residuale, quando altre tecniche investigative sono state attuate e solo dopo che sia fallita una prima ricerca diretta nel *database*; la completezza del profilo di DNA e la disponibilità di materiale biologico che consenta ulteriori indagini (Memoria de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN. Actividades 2012, rinvenibile al seguente link: <https://www.mjusticia.gob.es/es/institucional/organismos/instituto-nacional/comision-nacional-para-forense/pleno-cnufadn>, 19 s.). Sulla riportata proposta della Commissione e sui possibili ulteriori nodi da sciogliere per una regolamentazione del *familial searching*, v. Ó. García, M. Crespillo, I. Yurrebaso, *op. cit.*, 31 s.

5. Il principale limite delle ricerche effettuate sulle banche dati nei termini sinora descritti è costituito dalla necessità di avere due o più profili di DNA da comparare. Si va, infatti, alla ricerca di una concordanza, che consenta di individuare il soggetto ignoto o, nel caso del *familial searching* (*long-range familial searches* incluse), quantomeno un suo familiare. Sicché, qualora si rinvenga del materiale biologico sulla scena del crimine ma non vi siano sospettati e le ricerche nelle banche dati diano esito negativo, l'unica strada percorribile resta quella di ampliare i *database* in cui si effettua la ricerca, ad esempio tramite *screening* di massa<sup>142</sup>.

Le più recenti tecniche di analisi del DNA aprono però anche altre strade. Dall'esame del DNA possono trarsi ulteriori informazioni sul suo proprietario. In particolare, il c.d. *forensic DNA phenotyping*<sup>143</sup> consente di risalire a genere, origine geografica<sup>144</sup>, colore degli occhi, dei capelli e della pelle<sup>145</sup> dell'individuo proprietario del campione biologico. Sono in corso studi che potrebbero consentire, nei prossimi anni, di ricavare altresì l'altezza, l'eventuale calvizie, l'età, i lineamenti del viso<sup>146</sup> e il tipo di capelli<sup>147</sup>. Evidente

<sup>142</sup> In questi termini, tra i tanti, M. Kayser, *Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2015 (Special Issue New Trends in Forensic Science Genetics), 33 s.; M. Kayser, P.M. Schneider, *DNA-based prediction of human externally visible characteristics in forensics: Motivations, scientific challenges, and ethical considerations*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2009, 3, 154 s.; H. Machado, R. Granja, *Genetic Surveillance*, cit., 128.

<sup>143</sup> Questa la definizione di *forensic DNA phenotyping* fornita da H. Machado, R. Granja, *Genetic Surveillance*, cit., 126: «*a set of techniques that aim to infer externally visible physical features in humans – eye, hair, and skin color – and biogeographical ancestry of criminal suspects, through analysis of biological materials collected at crime scenes*».

<sup>144</sup> Una delle prime analisi fenotipiche in ambito forense, risalente al 2003, riguardò proprio l'origine geografica del soggetto. In particolare, nel caso del "Serial Killer di Baton Rouge" (Louisiana), l'esame del DNA consentì di scoprire l'origine africana del sospettato. Così, la polizia, riorientando le proprie indagini, riuscì a individuare un soggetto imputato (e poi condannato) in relazione a omicidi avvenuti tra il 1992 e il 2003. Il caso è riportato M. Zieger, *Forensic DNA phenotyping in Europe: How far may it go?*, in *JLB* 2022, 2, 2. Con riguardo a tale tipo di analisi, torna ad assumere rilievo il problema, già segnalato in tema di *familial searching*, del *bias* determinato anche dalla composizione delle banche dati. In questo caso il problema attiene ai dati con cui si allenano gli algoritmi in grado di ricostruire l'albero genealogico genetico del soggetto (sul punto, v. M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *Forensic DNA phenotyping: Privacy breach, bias reification and the pitfalls of abstract assessments of rights*, in *Int. J. Police Sci. Manag.* 2023, 3, 269 ss.).

<sup>145</sup> Si denuncia da più parti il rischio che il *forensic DNA phenotyping* finisca per rilegittimare teorie sulla razza ormai superate da decenni. Sul punto, v. M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *op. cit.*, 272 s.; J. Vailly, *The politics of suspects' geo-genetic origin in France: The conditions, expression, and effects of problematization*, in *BioSocieties* 2016, 1, 66 ss. Per una posizione radicalmente opposta, v. M. Kayser, P.M. Schneider, *op. cit.*, 159.

<sup>146</sup> Sugli ultimi sviluppi in materia di ricostruzione dei lineamenti del viso, v. A. Alshehhi, A. Almarzooqi, K. Alhammad, N. Werghe, G.K. Tay, H. Alsafar, *Advancement in Human Face Prediction Using DNA*, in *Genes* 2023 n. 1, 136 ss.; S. Matheson, *DNA Phenotyping: Snapshot of a Criminal*, in *Cell* 2016, 5, 1062 s.

<sup>147</sup> Riguardo alle tecniche già accreditate dalla scienza e quelle ancora in via di sviluppo, v. P. Dabas, S. Jain, H. Khajuria, B. Prakash Nayak, *Forensic DNA phenotyping: Inferring phenotypic traits from crime scene DNA*, in *J. Forensic Leg. Med.* 2022, 88; M. Kayser, *Forensic DNA Phenotyping*, cit., 34 ss.; M. Kayser, P.M. Schneider, *op. cit.*, 156 ss.; S. Krinsky, T. Simoncelli, *op. cit.*, 90 ss.; C.E. MacLean, A. Lamparello, *Forensic DNA Phenotyping in Criminal*

l'obiettivo: generare l'*identikit* di un ricercato utilizzando il DNA rinvenuto sulla scena del crimine<sup>148</sup>.

Ora, si tende a pensare che tali risultati siano ottenibili esclusivamente attraverso l'analisi delle regioni codificanti del DNA<sup>149</sup>. È probabilmente proprio per evitare che si utilizzino simili tecniche che la normativa interna prevede che solo le regioni non codificanti del DNA entrino nella banca dati<sup>150</sup>. Tuttavia, da un lato, l'analisi fenotipica può essere svolta anche a partire dalle regioni non codificanti del DNA<sup>151</sup>; dall'altro, escludere le regioni codificanti del DNA dalla banca dati non preclude una loro analisi ad altri scopi. Peraltro, le regioni codificanti del DNA sono conservate nelle banche dati istituite a fini "ricreativi"<sup>152</sup>.

Dunque, in mancanza di un espresso divieto<sup>153</sup>, il fatto che si sia regolamentato il trattamento del DNA al solo scopo di rintracciare concordanze tra i profili raffrontati (c.d.

---

*Investigations and Criminal Courts: Assessing and Mitigating the Dilemmas Inherent in the Science*, in *Recent Adv DNA Gene Seq* 2014, 2, 106; P. Tozzo, C. Politi, A. Delicati, A. Gabbin, L. Caenazzo, *External visible characteristics prediction through SNPs analysis in the forensic setting: a review*, in *Front. Biosci.* 2021, 10, 828 ss.; S. Walsh, M. Kayser, *Prediction of Physical Characteristics, such as Eye, Hair, and Skin Color, Based Solely on DNA*, in *Forensic DNA Applications. An Interdisciplinary Perspective*<sup>2</sup>, a cura di D. Primorac e M. Schanfield, Boca Raton e Oxford 2023, 357 ss.

<sup>148</sup> Così, in termini molto chiari, C.E. MacLean, A. Lamparello, *op. cit.*, 104. Secondo la Dottoressa Susan Walsh, intervistata da P. Hunter, *Cold cases and ancient trade routes. DNA phenotyping and isotope analysis extend forensic science into new domains*, in *Embo reports* 2021, 12, 1, siamo ancora lontani da un'accurata ricostruzione del viso dell'individuo. Ciò non ha impedito, in un noto caso americano, di diffondere l'*identikit* di un ricercato creato da un'intelligenza artificiale a partire da suoi campioni biologici. Si tratta del caso dell'omicidio di Candra Alston e sua figlia (in Carolina del Sud, nel 2011), riportato da P. Hunter, *op. cit.*, 2; Y. Shih, *DNA phenotyping: from criminal investigations to surveillance*, in *IBR*, 6.11.2020. In argomento, v. M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *op. cit.*, 269 s., che criticano le società private che pubblicizzano test in grado di ricostruire in modo accurato il volto di una persona, laddove il mondo scientifico nega che sia possibile raggiungere un simile risultato con un elevato grado di attendibilità.

<sup>149</sup> V. *retro*, § 1, nota 8, per la distinzione tra regioni codificanti e non codificanti di DNA.

<sup>150</sup> Si è già riportata la definizione di "profilo di DNA" di cui all'art. 2 co. 1 lett. v d.P.R. n. 87/2016 (v. *retro*, § 1), che fa riferimento alla sola «parte non codificante di un campione di DNA umano». La nozione riprende quella fornita dall'art. 2 decisione 2008/616/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008. Sulla finalità della scelta nel senso indicato, v. U. Ricci, *op. cit.*, 752.

<sup>151</sup> Sulle tecniche di analisi del DNA e su come alla distinzione tra DNA codificante e non codificante non corrisponda quella tra *DNA fenotipying* e uso del DNA ai soli fini identificativi, v. M. Kayser, *Forensic DNA Phenotyping*, *cit.*, 46; M. Kayser, P.M. Schneider, *op. cit.*, 158. Al riguardo, v. anche M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *op. cit.*, 263 s.; R. Granja, H. Machado, *Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimation and contestation: Views of forensic geneticists in Europe*, in *Soc. Stud. Sci.*, 30.7.2020, 2; C.E. MacLean, A. Lamparello, *op. cit.*, 105 s.; M. Zieger, *op. cit.*, 3.

<sup>152</sup> R. Granja, *op. cit.*, 340.

<sup>153</sup> L'unico divieto pare rintracciabile nell'art. 11 co. 3 l. n. 85/2009, che preclude l'analisi delle sequenze del DNA che consentono «la identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato». Lo notano V. Marchese, L. Caenazzo, D. Rodriguez, *op. cit.*, 1884. Ad ogni modo, anche tale divieto attiene alla profilazione del DNA per l'ingresso nella banca dati. Esso non ha, quindi, carattere generale.

*DNA matching*), non implica che il *DNA phenotyping* sia proibito.

Secondo alcuni studiosi stranieri, il risultato ottenibile tramite tale tecnica sarebbe equiparabile a quello di una normale testimonianza<sup>154</sup>. Da ciò discenderebbe una libertà di impiego indiscriminata.

Tuttavia, non si può concordare con questa posizione. In primo luogo, l'aspetto esteriore del soggetto viene ricostruito senza che egli abbia alcun modo di avvedersene. Può anche darsi che si venga visti da un testimone o da telecamere di sorveglianza senza che ci se ne accorga, ma almeno astrattamente è possibile averne contezza. In secondo luogo, tale "testimonianza" sarebbe costante e onnipresente, solo che si lasci un campione biologico in un punto e questo venga successivamente rinvenuto. In terzo luogo, è vero che i tratti esterni sono visibili, ma, entro certi limiti, ciascuno ha il diritto di occultare o nascondere alcune sue caratteristiche fisiche in pubblico<sup>155</sup> (si pensi, banalmente, al diritto di indossare degli occhiali da sole). Infine, l'analisi fenotipica consente di ottenere anche informazioni non visibili all'esterno, ad esempio riguardanti le condizioni di salute, che potrebbero persino essere sconosciute all'individuo stesso<sup>156</sup>.

Ricapitolando: il *DNA phenotyping* non è regolamentato, non è vietato e non pare equiparabile, per caratteristiche, ad alcun mezzo di prova o di ricerca della prova.

Di talché, a tale pratica si devono applicare le regole per l'ammissibilità dei mezzi di ricerca della prova atipici<sup>157</sup>, ricavabili dall'art. 189 Cpp<sup>158</sup>. Di per sé, ciò non è rassicurante. Sono numerosi e autorevoli le voci che lamentano come, a fronte della scoperta di una nuova tecnica investigativa grazie allo sviluppo tecnologico, la giurisprudenza tenda ad interpretare le regole sulla prova atipica in modo funzionale a consentirne l'impiego<sup>159</sup>.

---

<sup>154</sup> M. Kayser, *Forensic DNA Phenotyping*, cit., 45. Si è espressa nello stesso senso S. Walsh in un'intervista del 21 luglio 2020 (*Predicting Facial Morphology Using DNA Phenotyping*) pubblicata da ISHI (*International Symposium on Human Identification*) e reperibile al seguente link: <https://www.ishinews.com/predicting-facial-morphology-using-dna-phenotyping/>. V. anche M. Kayser, P.M. Schneider, *op. cit.*, 158 s. e le opinioni riportate da H. Machado, R. Granja, *Genetic Surveillance*, cit., 133.

<sup>155</sup> M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *op. cit.*, 267.

<sup>156</sup> M. Zieger, *op. cit.*, 5 ss. V. anche M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *op. cit.*, 267. Non si considera la possibilità di studiare il DNA con riguardo alla ricostruzione della personalità del soggetto, in quanto senz'altro preclusa.

<sup>157</sup> Sull'applicabilità, secondo la dottrina maggioritaria, dell'art. 189 Cpp anche ai mezzi di ricerca della prova atipici, nonostante l'evidente impossibilità di assicurare il contraddittorio anticipato rispetto agli atti di indagine a sorpresa, si rinvia a L. Belvini, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, Napoli 2022, 230 e alla dottrina ivi richiamata.

<sup>158</sup> Per un approfondimento, v. *Le indagini atipiche*, cit.; L. Belvini, *Principio di proporzionalità*, cit., 234 ss.; C. Conti, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *DPP* 2018, 1212 ss.

<sup>159</sup> Al riguardo, così D. Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *RIDPP* 2020, 26: «quando la prassi poliziesca scopre e collauda tecniche investigative inedite, la giurisprudenza tende a qualificarle superficialmente alla stregua di mezzi atipici ma nel contempo legittimi di ricerca probatoria, mentre non di rado

D'altro canto, nel noto caso di omicidio menzionato in precedenza<sup>160</sup>, si fece evidentemente ricorso al *DNA phenotyping*, visto che si riuscì a determinare che il DNA estratto dal campione biologico ritrovato sulla scena del delitto apparteneva ad una persona con gli occhi blu<sup>161</sup>.

Qualche indicazione per uno statuto del *DNA phenotyping* come mezzo di ricerca della prova atipico si può trarre dalla tutela che il GDPR e la direttiva 680/2016 assegnano ai dati genetici<sup>162</sup>. In particolare, l'art. 9 co. 1 lett. g GDPR consente il trattamento dei dati genetici per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, specificando che esso deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; l'art. 10 direttiva 680/2016 legittima il loro trattamento se autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro e sempre purché strettamente necessario e soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà<sup>163</sup>.

---

esse comportano l'ingresso clandestino dell'autorità entro ambiti di sviluppo della vita privata sui quali il singolo confida di mantenere il controllo e di cui avrebbe perciò il diritto di conoscere in anticipo il regime di comprimibilità». L'Autore prosegue poi evidenziando come i limiti posti dall'art. 189 Cpp rappresentino uno schermo inadeguato rispetto a simili derive, «lasciando scoperti aspetti normativi essenziali del potere probatorio». Si veda anche G. Illuminati, *Libertà e segretezza della comunicazione*, in CP 2019, 3835. V., altresì, S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in CP 2015, 773, che fa riferimento alla tradizionale «“bulimia conoscitiva” di stampo inquisitorio della giurisprudenza». Nello stesso senso, G. Di Chiara, *Atipicità e sistemi probatori: linee per una fenomenologia generale*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di V. Militello, A. Spina, Torino 2018, 377, parla di «naturali spinte antiformalistiche».

<sup>160</sup> V. *retro*, § 2.2.1, nota 45 e § 4, nota 117.

<sup>161</sup> Lo hanno riportato L. Salvaderi, S. Allegrezza, nella sessione intitolata *Nuove frontiere della prova genetica: sequenziamento del genoma e futuro dell'accertamento penale*, del Festival della Giustizia Penale, Modena, 21.5.2022. Gli interventi citati sono reperibili al seguente link: <https://youtu.be/WlQjOsImLi4?feature=shared>. V. anche Osservatorio Nazionale per le Investigazioni, la Sicurezza e le Scienze Forensi, *Genetica forense, dalla Banca Dati al DNA Phenotyping*, 3.7.2020, reperibile al seguente link: <https://www.onissf.it/genetica-forense-dalla-banca-dati-al-dna-phenotyping/>.

<sup>162</sup> Questa la definizione di dati genetici ex articoli 4 n. 13) GDPR e 3 n. 12) direttiva 680/2016: «i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica, che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione».

<sup>163</sup> Sull'applicabilità di tali disposizioni al *DNA phenotyping*, v. M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *op. cit.*, 266 ss. e M. Zieger, *op. cit.*, 7 ss. Già solo considerando queste norme può sconfessarsi l'opinione secondo cui non vi sarebbe alcuna lesione della *privacy* attraverso il *DNA phenotyping*, fintanto che un soggetto non sia individuato e tenuto conto, che le caratteristiche esteriori visibili sono note a chiunque abbia visto prima la persona (così M. Kayser, P.M. Schneider, *op. cit.*, 158 s.).

Si impone, insomma, un approfondito test di proporzionalità<sup>164</sup>.

Ed allora, si può notare che già per quanto riguarda la fase dell' idoneità si pongono i primi problemi. Mancano infatti studi approfonditi circa la capacità del *DNA phenotyping* di contribuire alle indagini<sup>165</sup>. Per di più, si tratta ancora di una tecnica non in grado di restituire risultati completamente affidabili<sup>166</sup>. Anche da ciò discende la convinzione diffusa che essa dovrebbe servire solo come tecnica in grado di aprire piste investigative, ma mai come prova in giudizio<sup>167</sup>.

Quanto alla necessità, si è già segnalato come si dovrebbe ricorrere al *DNA phenotyping* solo in assenza di qualsiasi alternativa investigativa e solo nel caso in cui il tradizionale *DNA matching* si sia rivelato infruttuoso. Qualche dubbio, invece, potrebbe avanzarsi circa la preferibilità di uno *screening* di massa al *DNA phenotyping*, specialmente laddove quest'ultimo consenta di ridurre sensibilmente la platea dei possibili proprietari del materiale biologico rinvenuto.

I veri nodi problematici, probabilmente impossibili da sciogliere in via esclusivamente interpretativa, attengono però alla fase della proporzionalità in senso stretto, che pretende un bilanciamento complessivo tra obiettivo perseguito e diritto compresso. Non v'è alcun dubbio che l'analisi fenotipica debba essere limitata alla finalità di ottenere risultati inerenti alle caratteristiche esteriori non visibili del soggetto<sup>168</sup> (il che esclude i già menzionati dati sulla salute del soggetto). Ma, tra queste, non è agevole procedere a una selezione, a fronte della loro utilità a fini investigativi<sup>169</sup>. Quale grado di affidabilità scientifica si richiede perché possano essere considerate? E tra quelle con un elevato grado di affidabilità, alcune andrebbero escluse in quanto discriminatorie, come il colore della pelle? Ed in fondo, dal colore della pelle e da altre caratteristiche fisiche esterne, non è forse possibile trarre indicazioni, ad esempio, sull'origine geografica o su altre

---

<sup>164</sup> In questo senso, v. C.G.U.E, *Direktor na Glavna direksia "Natsionalna politzia" pri MVR - Sofia*, cit., § 62 ss.; C.G.U.E, *Ministerstvo na vatreshnite raboti (Enregistrement de données biométriques et génétiques par la police)*, cit., 295 s. Sulla struttura del principio di proporzionalità, v. *retro*, § 2.2.1.

<sup>165</sup> M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *op. cit.*, 270 s.; M. Wienroth, *Governing anticipatory technology practices. Forensic DNA phenotyping and the forensic genetics community in Europe*, in *New Genet. Soc.* 2018, 2, 143.

<sup>166</sup> Per una ricognizione v., per tutti, P. Dabas, S. Jain, H. Khajuria, B. Prakash Nayak, *op. cit.*, 7 ss.

<sup>167</sup> Così C.E. MacLean, A. Lamparello, *op. cit.*, 110

<sup>168</sup> È ampio il consenso in proposito. V. M. Kayser, P.M. Schneider, *op. cit.*, 159; C.E. MacLean, A. Lamparello, *op. cit.*, 109 s.

<sup>169</sup> Sono proprio i genetisti forensi a richiedere che sia il legislatore a farsi carico di delimitare le informazioni che possano essere estratte dalla profilazione del DNA, a prescindere dalle possibilità tecniche attuali e dall'utilità per le indagini. Lo riportano R. Granja, H. Machado, *Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimation and contestation*, cit., 14.

informazioni che sono invece “interne”? Ancora, proprio nell’ottica della proporzionalità, sarebbe opportuna una limitazione del suo impiego solo rispetto a reati gravi<sup>170</sup>, che dovrebbero essere selezionati dal legislatore. Un ulteriore aspetto problematico, infine, attiene ai campioni su cui effettuare l’indagine, non essendo scontato che ci si limiti a quelli rinvenuti sulla scena del delitto<sup>171</sup>.

A livello teorico, tutte queste criticità dovrebbero indurre a ritenere precluso, in assenza di una legislazione *ad hoc*, il *forensic DNA phenotyping*. Come detto, però, gli argini posti dalla disciplina interna in tema di prova atipica non sono particolarmente solidi, come dimostra l’ammissione di quel tipo di prova nel noto caso di cui si è detto. Pertanto, anche il silenzio legislativo circa i possibili impieghi del materiale biologico per fini diversi da quello identificativo mediante confronto tra i profili di DNA rischia di essere foriero di problemi significativi.

6. La restrizione del campo dell’impossibile riduce le rassicuranti zone di sicurezza individuali dovute ai limiti della tecnica<sup>172</sup>. Sicché, a garanzia di tali prerogative restano le sole regole giuridiche.

Soprattutto in ambito investigativo<sup>173</sup>, le innovazioni tecnologiche che si rivelano efficaci sono destinate a trovare spazio prima di essere regolate, spesso a scapito dei diritti individuali<sup>174</sup>. Ne consegue una rinnovata necessità di porre solidi argini legislativi contro gli eccessi investigativi, contro il ricorso a tecnologie moderne e insidiose in modo sproporzionato. Se nulla è impossibile, tutto va regolato.

Una simile affermazione suonerà *naïf*. Il mito di regolamentazioni onnicomprensive è crollato da anni. A maggior ragione, non si può chiedere alla legge una disciplina in grado di regolare ogni aspetto dell’impiego di tecnologie che si evolvono a ritmi incessanti.

<sup>170</sup> Gli stessi genetisti forensi, intervistati da R. Granja, H. Machado, *Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimation and contestation*, cit., 10, trovano necessaria una simile limitazione.

<sup>171</sup> Così dovrebbe essere, ad esempio, ad avviso di C.E. MacLean, A. Lamparello, *op. cit.*, 110.

<sup>172</sup> Cfr. A. Westin, *Privacy and Freedom*, New York 1967, 80 ss. L’Autore prima esamina i limiti della sorveglianza derivanti dai limiti della tecnologia dell’epoca e poi constata come questi ultimi fossero destinati a venire progressivamente meno. V. anche D. Negri, *Introduzione*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale*, cit., VIII.

<sup>173</sup> Sull’arretramento del baricentro del processo determinato dallo sviluppo di nuove tecniche investigative, v., tra i tanti, D. Negri, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *AP* 2016, 44 ss. Si è espressa nello stesso senso Silvia Allegrezza, nella relazione intitolata *La rosa dei venti della giustizia penale continentale*, nel Festival della Giustizia Penale, 23.5.2021, rinvenibile al seguente link: <https://www.youtube.com/live/zGwmZV0kH5o?feature=shared>.

<sup>174</sup> Al riguardo, v. D. Negri, *La regressione della procedura penale*, cit., 44 ss.

Esiste però una possibile via di uscita. Al di là delle singole modalità che il progresso tecnologico individua per ottenere una certa informazione, magari oggi ancora imprevedibili, si possono immaginare disposizioni di carattere generale poste a tutela, da un lato, di certi dati e, dall'altro, di tecniche che determinino una raccolta di dati totalizzante e occulta. In altri termini, si dovrebbe pensare ad un aggiornamento degli articoli 188 e 189 Cpp.

Il primo assolve al ruolo di clausola di salvaguardia dei diritti individuali<sup>175</sup>, pure a fronte di un atto investigativo efficace ed efficiente o in presenza di dubbi interpretativi. Si può immaginare un ampliamento del suo raggio di tutela, nel senso di includervi anche il riferimento a tecniche idonee a realizzare una sorveglianza costante della persona. Ciò sarebbe coerente con le posizioni assunte dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea rispetto alla conservazione dei dati del traffico telefonico o telematico. Le limitazioni che la Corte individua, infatti, come detto, sono dettate dalla necessità di evitare che si ingeneri nei cittadini una sensazione, appunto, di sorveglianza costante<sup>176</sup>. Non a caso, i giudici del Kirchberg hanno preso ispirazione, per tale orientamento, dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*<sup>177</sup>: secondo la Corte costituzionale tedesca il divieto di sorveglianza totale, derivante dal principio di proporzionalità, serve a salvaguardare il nucleo inalienabile della personalità radicato nella dignità umana<sup>178</sup>. Seppure in modo diverso, un simile sentimento di sorveglianza costante, come anche una violazione del tipo descritto dai giudici tedeschi, possono essere alimentati da un ricorso eccessivo alla raccolta di campioni biologici e all'estrazione e conservazione di profili di DNA. La norma che nel nostro sistema potrebbe farsi carico delle istanze in discorso sembrerebbe essere proprio l'art. 188 Cpp.

Anche senza arrivare all'introduzione del principio di tassatività della prova, di cui si

---

<sup>175</sup> Sulla relazione tra l'art. 188 Cpp e il principio di proporzionalità, v. *retro*, § 2.2.1.

<sup>176</sup> C.G.U.E, *Digital Rights Ireland*, cit., 866, su cui v. *retro*, § 4.

<sup>177</sup> V., soprattutto, BVerfG, 2.3.2010, 1 BvR 256/08, BVerfGE 125, 260-385, consultabile in lingua inglese al seguente link: [https://www.bverfg.de/e/rs20100302\\_1bvro25608en.html](https://www.bverfg.de/e/rs20100302_1bvro25608en.html). Sulla pronuncia, v. per tutti R. Flor, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuchung e la sua portata alla luce del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cib. dir.* 2010, 359 ss.

<sup>178</sup> Così, in termini molto chiari, BVerfG, 20.4.2016, 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220-378, consultabile in lingua inglese al seguente link: [https://www.bverfg.de/e/rs20160420\\_1bvro96609en.html](https://www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvro96609en.html), numero a margine 254. A commento della pronuncia, v. F. Nicolicchia, *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto: spunti per una trasposizione nell'ordinamento italiano*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 26.5.2017.



discuteva prima della riforma del 1989<sup>179</sup>, andrebbe modificato anche l'art. 189 Cpp. Dovrebbe prevedere, come è stato già proposto<sup>180</sup>, un modulo procedurale specifico idoneo a legittimare i mezzi di ricerca della prova atipici. L'enfasi attualmente posta sul necessario contraddittorio tra le parti prima dell'assunzione della prova, infatti, mal si concilia con la fase delle indagini, in cui si compiono per lo più atti a sorpresa<sup>181</sup>: inoltre il contraddittorio previsto riguarda, letteralmente, le sole «modalità» di assunzione della prova, e sembra riferirsi alla fase del dibattimento. Occorrerebbe quindi assicurare un vaglio concreto del giudice per le indagini preliminari circa il rispetto del principio di proporzionalità da parte di un mezzo investigativo innovativo e non assimilabile ad altri già regolati dall'ordinamento.

---

<sup>179</sup> E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano 1982.

<sup>180</sup> A. Camon, *Innovazioni tecnologiche e mezzi di ricerca della prova*, in *Dai "casi freddi" ai "casi caldi". Le indagini storiche e forensi fra saperi giuridici e investigazioni scientifiche*, a cura di M. Andretta, D. Fondaroli, G. Gruppioni, Milano 2014, 217.

<sup>181</sup> A. Camon, *Innovazioni tecnologiche*, cit., 210.