

IL PRELIEVO DEL DNA NELL'AMBIENTE PENITENZIARIO PROFILI TECNICI

ANDREA MALUDROTTU (*)

MICHELA CANGIANO (**)

SOMMARIO: 1. Il DNA nelle investigazioni - 2. I profili genetici di cui all'art. 9 della legge n. 85 del 2009 e i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - 3. Il prelievo del campione biologico - 3.1 Il prelievo di campione biologico e le garanzie costituzionali - 4. Il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA e le competenze dei ruoli tecnici della polizia penitenziaria.

1. Il DNA nelle investigazioni

Con la legge n. 85 del 30 giugno 2009¹ il Presidente della Repubblica è stato autorizzato ad aderire al trattato di Prüm, concluso il 27 maggio 2005 tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria, relativo all'implementazione delle forme di cooperazione per contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale.

Il legislatore con tale novella ha previsto l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, ha conferito delega al governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria e ha introdotto alcune modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei a incidere sulla libertà personale.

(*) Paragrafo 1 a cura del dott. Andrea Maludrottu, biologo - specialista in genetica medica, direttore del centro di biologia molecolare "Kriagen" di Quartu Sant'Elena (CA).

(**) Paragrafi 2, 3, 3.1, e 4 a cura della dr.ssa Michela Cangiano, commissario di polizia penitenziaria con funzioni di comandante di reparto presso la casa circondariale di Cagliari.

¹La legge è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 160 del 13 luglio 2009, supplemento ordinario n. 108.

Oggetto della presente trattazione è l'analisi delle attività di competenza della polizia penitenziaria previste nella legge n. 85 del 2009 con particolare riferimento al prelievo di campione di mucosa orale, all'analisi di tale materiale, alla tipizzazione del profilo genetico e, infine, alla conservazione del campione biologico.

In questa premessa introduttiva si intende illustrare alcuni concetti di genetica forense indispensabili per comprendere la disciplina giuridica delle attività poc'anzi indicate che sarà invece ampiamente analizzata nei paragrafi successivi.

A tal fine si provvede a evidenziare che l'utilizzo del DNA nelle investigazioni è analogo a quello delle impronte digitali: attraverso i raffronti di DNA noti con DNA non noti è possibile effettuare l'identificazione di un soggetto.

Tuttavia, mentre le impronte digitali possono essere facilmente rimosse o addirittura non lasciate affatto con l'uso di un semplice paio di guanti, è estremamente difficile che un individuo non lasci tracce genetiche di sé sugli oggetti che ha toccato o nei luoghi in cui è passato o ha stazionato.

Il DNA, acronimo di acido desossiribonucleico, infatti, è presente in tutte le cellule dell'organismo che contengono il nucleo².

La caratteristica fondamentale del DNA³, che lo rende così efficace come strumento di indagine, è che vi è corrispondenza biunivoca tra il DNA e la persona umana: infatti ad ogni persona corrisponde uno ed un solo DNA, e viceversa ad ogni DNA corrisponde una ed una sola persona⁴.

Il DNA è ricavabile da diverse tipologie di sostanze biologiche quali sangue, mucosa del cavo orale (le cui cellule sono presenti nella saliva), cellule epiteliali, peli, capelli, unghie, ossa, liquido seminale.

² Il DNA è la molecola che racchiude le informazioni genetiche di ogni individuo. I "mattoni" che formano la molecola del DNA, disponendosi in sequenza lineare, sono chiamati nucleotidi.

Una molecola di DNA è costituita da due filamenti ciascuno dei quali caratterizzato da una sequenza di nucleotidi.

I due filamenti presentano caratteristiche tali per cui i nucleotidi contrapposti dei due filamenti a loro volta possono formare legami chimici tra loro dando così alla molecola la forma di una scala a pioli avvolta a spirale.

Il DNA si distingue in due fondamentali parti (definite regioni), quella costituita da geni, in cui le differenze tra individui sono minime, comune a ogni individuo, e quella extragenica, altamente variabile, dove sono localizzati i marcatori per l'identificazione personale.

³ Il termine più corretto in questo contesto sarebbe genoma o, ancora meglio, patrimonio genetico.

⁴ Ad eccezione che per i gemelli omozigoti che hanno un patrimonio genetico identico.

Tali sostanze possono essere prelevate direttamente dalla persona oppure raccolte da residui biologici, anche in minima quantità, rinvenuti su superfici o su oggetti, come gomme da masticare, bicchieri, mozziconi di sigaretta, spazzolini da denti.

Si noti che le cellule da cui è ricavabile il DNA possono essere rilasciate per semplice contatto. Di conseguenza è possibile ricavare il DNA anche da impronte digitali, colletti di camicie, maglie e indumenti in genere, passamontagna, caschi da moto, orologi, anelli, stanghette di occhiali, penne, armi bianche, armi da fuoco.

Tra i diversi tipi di campioni biologici utilizzabili per l'estrazione del DNA, il legislatore, nell'art. 9 della legge n. 85 del 2009, ha previsto espressamente il prelievo del campione della mucosa del cavo orale.

Tale prelievo si effettua attraverso l'uso del tampone orale, considerato uno dei sistemi meno invasivi purché vi sia la collaborazione del soggetto ad esso sottoposto. Inoltre, esso ha maggiore resa rispetto ad altre metodologie disponibili per il prelievo di campioni biologici.

La fase del prelievo è quella più delicata e ogni aspetto deve essere curato per evitare la contaminazione del campione in base ai protocolli comunemente applicati nei laboratori specializzati.

In particolare è opportuno destinare almeno un locale ad uso esclusivo per tale tipo di attività.

In tale stanza dovrebbero poter avere accesso, oltre ai soggetti da sottoporre al prelievo, esclusivamente pochissimi operatori adeguatamente formati per svolgere questa specifica mansione anche e soprattutto su aspetti relativi alle norme di tutela igienica, sanitaria e profilattica.

Sarebbe opportuno registrarne l'accesso, per esempio con l'uso di badge, in modo da riuscire a risalire alla persona o alle persone presenti nella camera al momento dell'esecuzione di un determinato prelievo nel caso in laboratorio si riscontrasse una contaminazione.

Questo locale dovrebbe essere accuratamente pulito e decontaminato con l'uso di candeggina (ipoclorito di sodio al 5%) sulle superfici dei piani di lavoro e sui pavimenti.

Altre sostanze, come per esempio l'alcool etilico denaturato, o prodotti contenenti candeggina ma con minore concentrazione di ipoclorito di sodio rispetto a quest'ultima, nel sentire comune assolutamente efficaci per la "pulizia", non hanno nessuna utilità nei processi di decontaminazione dal DNA e pertanto vanno evitati.

È opportuno che la stanza abbia pareti lavabili fino almeno a due metri d'altezza (come d'altronde previsto per le stanze dei laboratori dove si eseguono analisi biologiche).

Un'ulteriore garanzia potrebbe essere fornita dall'irraggiamento con luce ultravioletta (raggi UV) della camera almeno una volta al giorno al termine delle attività di prelievo o, laddove possibile, tra un prelievo e il successivo per circa una ventina di minuti.

Naturalmente, tale sistema richiede che nel locale non sia presente nessuno per evitare i danni prodotti dalla luce ultravioletta sulla cute e agli occhi.

L'azione combinata della candeggina e dei raggi UV, per gli effetti prodotti sulle molecole di DNA eventualmente presenti, favorirebbe un'ulteriore diminuzione del rischio di contaminazione dei campioni biologici.

Esistono anche specifici prodotti commerciali che si basano sull'uso di due soluzioni: la prima contiene enzimi che distruggono la molecola del DNA (DNA AWAY), la seconda contiene sostanze che inattivano tali enzimi (DNase AWAY). Tuttavia, il loro costo è talmente elevato che, alla luce degli ottimi risultati ottenibili con la candeggina e i raggi UV, soprattutto se combinati, è preferibile evitarne l'uso se non in situazioni particolari.

Il ruolo degli operatori che eseguiranno il campionamento, poi, è fondamentale in quanto dalla effettuazione di un buon prelievo di un campione biologico dipende l'esito dell'estrazione del DNA e da questa il risultato dell'intera procedura analitica che porterà alla tipizzazione del profilo del DNA.

La formazione degli operatori deve essere accurata e l'esecuzione di tali mansioni in condizioni di routine non deve mai indurre ad abbassare la soglia di attenzione sulle norme operative e di sicurezza.

Come previsto nel D. Lgs. del 9 aprile 2008 n. 81, testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, gli operatori devono essere dotati dei dispositivi di protezione individuale (occhiali protettivi o maschere protettive per gli occhi per chi usa occhiali da vista, mascherine antiaerosol, camice possibilmente monouso e con elastico ai polsini, guanti in lattice o in nitrile). Sarebbe anche opportuno l'uso di soprascarpe per evitare che tutte le misure prese per decontaminare i pavimenti siano vanificate con l'ingresso nella stanza di soggetti con scarpe potenzialmente contaminante dall'esterno da DNA di terzi.

Effettuato il prelievo della mucosa orale è finalmente possibile procedere con l'estrazione del DNA, operazione consistente nell'isolare e purificare tale molecola dagli altri componenti cellulari o da qualsiasi altra sostanza presente nel campione biologico.

Attualmente sono disponibili svariate metodiche per effettuare l'estrazione.

Alcune sono di tipo manuale⁵, altre si basano su kit commerciali⁶, altre ancora utilizzano estrattori completamente automatizzati⁷.

Dopo aver effettuato l'estrazione del DNA si procede con l'amplificazione.

La tecnica utilizzata per l'amplificazione è denominata Reazione a Catena della Polimerasi (PCR).

Essa consiste nel duplicare, mediante apposita reazione chimica, in modo esponenziale numerose volte, i tratti di DNA (marcatori o *marker* o loci) utili all'identificazione personale portandoli ad un numero tale da renderli più facilmente analizzabili⁸.

I marcatori sono stati selezionati dalla comunità scientifica internazionale come utilizzabili a scopi forensi per l'identificazione personale in quanto altamente informativi e in grado di discriminare campioni degradati o, comunque, difficili da trattare.

Si tratta di regioni altamente variabili (cosiddette polimorfiche) del DNA genomico localizzate in zone extrageniche, conosciute come STR.

Gli STR (Short Tandem Repeats)⁹ sono costituiti da corte sequenze di DNA (variabili in dimensioni da due a pochi nucleotidi¹⁰) ripetute una di seguito all'altra (perciò si parla di ripetizioni in tandem). Le differenze tra individui diversi, ma anche tra coppie di cromosomi omologhi dello stesso soggetto, consistono nel numero di volte in cui la sequenza è ripetuta in una specifica posizione del cromosoma (locus).

In uno stesso locus è possibile, quindi, riscontrare, per soggetti diversi, o tra coppie di cromosomi omologhi, marcatori STR caratterizzati da differente numero di ripetizioni in tandem (alleli).

⁵ L'estrazione manuale avviene con metodiche quali: estrazione con fenolo-cloroformio o estrazione salina.

⁶ Quali il DNA IQ™ System della Promega e il QIAamp DNA Investigator Kit della Qiagen.

⁷ EZ1 Advanced della Qiagen, Maxwell® 16 Forensic System della Promega, ABI PRISM™ 6100 Nucleic Acid PrepStation della Applied Biosystems.

⁸ Si evidenzia che, per il buon esito della procedura, è opportuno che l'amplificazione sia preceduta dalla quantificazione del DNA.

La quantificazione del DNA permette di stabilirne la concentrazione. Essa avviene tramite la tecnica della Real-Time PCR e consiste nell'amplificazione simultanea di campioni di DNA a concentrazione nota forniti dai kit commerciali validati per la quantificazione del DNA a scopi forensi e del DNA estratto da quantificare. Avvenuta l'amplificazione, il software dello strumento acquisisce i valori ottenuti dai campioni di DNA a concentrazione nota e li utilizza come valori di riferimento per arrivare ad inferire la concentrazione del DNA che è stato appena estratto.

⁹ ELLEGREN, H. (2004). Microsatellites: simple sequences with complex evolution. *Nat. Rev. Genet.* 5(6), 435-445.

¹⁰ Si veda nota 1.

L'analisi di un certo numero di marcatori STR appositamente selezionati a questo scopo dalla comunità scientifica internazionale¹¹, consente la tipizzazione del DNA ovvero permette di ottenere una sequenza alfa numerica utile per i confronti in banca dati.

La sequenza alfa numerica appena indicata è denominata profilo.

Esaminando nello specifico i kit¹² per l'identificazione personale tramite analisi degli STR presenti in commercio e validati da sperimentazioni scientifiche internazionalmente riconosciute¹³,

¹¹ BÄR ET AL., 1997; Butler, 2006.

¹² Si segnalano in particolare i seguenti kits:

- l'AmpFlSTR® Identifier® PCR Amplification Kit della Applied Biosystems, i cui marcatori sono CSF1PO, D2S1338, D3S1358, D5S818, D7S820, D8S1179, D13S317, D16S539, D18S51, D19S433, D21S11, FGA, TH01, TPOX, vWA più l'Amelogenina quale sedicesimo marcatore utile per la determinazione del sesso;

- il PowerPlex® 16 della Promega, i cui marcatori sono Penta E, D18S51, D21S11, TH01, D3S1358, FGA, TPOX, D8S1179, vWA, Penta D, CSF1PO, D16S539, D7S820, D13S317, D5S818 più l'Amelogenina;

- l'AmpFlSTR® NGM™ PCR Amplification Kit della Applied Biosystems, i cui marcatori sono D2S1338, D3S1358, D8S1179, D16S539, D18S51, D19S433, D21S11, FGA, TH01, vWA, D10S1248, D22S1045, D2S441, D1S1656, D12S391 più l'Amelogenina;

- i PowerPlex® ESX e ESI Systems della Promega, i cui marcatori sono D3S1358, D8S1179, D18S51, D21S11, FGA, TH01, vWA, D2S441, D10S1248, D22S1045, D1S1656, D12S391, D2S1338, D16S539, D19S433, SE33 più l'Amelogenina.

I primi due kit indicati comprendono i marcatori del cosiddetto Co.D.I.S. (Combined DNA Index System) più l'Amelogenina ed altri due marcatori caratteristici di ogni kit. Il Co.D.I.S. è un gruppo di 13 marcatori (CSF1PO, FGA, TH01, TPOX, VWA, D3S1358, D5S818, D7S820, D8S1179, D13S317, D16S539, D18S51 e D21S11) individuati dal FBI Laboratory per il loro Database nazionale del DNA (<http://www.fbi.gov/about-us/lab/codis/codis>).

L'analisi dei 13 loci utilizzati per il Co.D.I.S. consente di identificare una persona su tutta la popolazione mondiale con una Random Match Probability pari a 1x10⁻¹², ovvero, statisticamente, vi è una sola possibilità su mille miliardi che due individui posseggano lo stesso profilo genetico (Budowle, 2000).

L'analisi dei 15 loci dei kit commerciali, naturalmente, rafforza il calcolo statistico riducendo ulteriormente la possibilità che due soggetti presentino lo stesso DNA per tutti e 15 i loci analizzati.

Il Kit NGM™ unisce ai 10 loci D2S1338, D3S1358, D8S1179, D16S539, D18S51, D19S433, D21S11, FGA, TH01, vWA più l'Amelogenina altri 5 loci addizionali raccomandati dall'European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI – <http://www.enfsi.eu/page.php?uid=54>), recepiti dall'Interpol e dal European Union Council e costituenti il cosiddetto European Standard Set o ESS. Tali 5 marcatori sono: D10S1248, D22S1045, D2S441, D1S1656 e D12S391.

I due ultimi kit PowerPlex® European Systems (PowerPlex® ESX e ESI) seguono anch'essi le raccomandazioni dell'ENFSI (<http://www.enfsi.eu/index.php>) relative alla creazione di un Set Standard Europeo di marcatori per la tipizzazione dei profili di DNA e comprendono i 5 marcatori ESS.

¹³ International Society of Forensic Genetics - ISFG (<http://www.isfg.org/>); BÄR W., BRINKMANN B., BUDOWLE B., CARRACEDO A., GILL P., LINCOLN P., MAYR W., OLAISEN B. (1997), 'DNA recommendations. Further report of the DNA Commission of the ISFG regarding the use of short tandem repeat systems.', *Forensic Sci Int.* 87(3), 179-4; Butler, J.M. (2006) Genetics and genomics of core STR loci used in human identity testing. *J. Forensic Sci.* 51(2): 253-265.

deve segnalarsi che essi utilizzano 15 marcatori non in grado di fornire informazioni personali (patologie o predisposizioni ad esse, tendenze sessuali, etc.) del soggetto tranne eventuali rapporti di parentela se confrontati con profili di consanguinei. Qualora i futuri progressi della scienza dovessero dimostrare che tali marcatori siano portatori di informazioni relative, per esempio, a eventuali patologie il loro destino sarà quello di essere eliminati dai kit per l'identificazione personale. Allo stato attuale, invece, l'unico marcatore in grado di svelare una peculiare patologia è rappresentato dal sedicesimo marcatore, l'Amologenina, utilizzato per la determinazione del sesso.

Tale *marker*, inserito per altri scopi, consente la diagnosi di una patologia nota come Sindrome da Insensibilità agli Androgeni (*Androgen Insensitivity Syndrome - AIS*) o Sindrome di Morris¹⁴.

Gli individui affetti da tale patologia sono geneticamente di sesso maschile (presentano un cromosoma sessuale X e uno Y che vengono evidenziati nel profilo del DNA), ma sviluppano caratteri sessuali e aspetto tipico di individui di sesso femminile (che, invece, presentano due cromosomi sessuali X).

Per quanto si tratti di una malattia rara (da 2 a 5 soggetti ogni 100.000), non si può escludere che individui con tale patologia possano essere sottoposti a prelievo di campione biologico finalizzato alla tipizzazione del profilo del DNA¹⁵.

Inoltre, si segnala un limite degli attuali kit con i quali si ottengono i profili genetici da inserire in banca dati. Esso è rappresentato dal fatto che alcune particolari tracce biologiche presentano DNA degradato, ovvero ridotto in piccoli frammenti. La ricerca di sempre più efficaci metodiche che permettano, anche in casi di notevole degradazione del DNA, di ottenere profili completi e con alto potere di discriminazione è sempre in corso.

Le attuali metodiche, in questi casi, talvolta permettono al massimo di ottenere profili di DNA incompleti e parziali con un basso potere di discriminazione¹⁶. Sono attualmente in fase di sperimentazione kit per l'identificazione personale basati sui

¹⁴ GOTTLIEB B., BEITEL L.K., PINSKY L., TRIFIRO M.A.. Androgen Insensitivity Syndrome. GeneReviews [Internet]. Bookshelf ID: NBK1429 PMID: 20301602. (Initial Posting: March 24, 1999; Last Update: May 24, 2007).

¹⁵ Sulla scena del crimine tali soggetti lasceranno reperti biologici dai quali si potrebbe ottenere un profilo potenzialmente fuorviante per gli inquirenti in quanto li condurrebbe a ricercare un individuo dall'aspetto maschile.

¹⁶ Golenberg E.M., Bickel A., Weihs P. (1996). Effect of highly fragmented DNA on PCR. *Nucleic Acids Res*, 24:5026-5033.

cosiddetti SNPs (Single-nucleotide polymorphisms)¹⁷. I vantaggi degli SNPs consistono nel fatto che sono più piccoli delle sequenze STR potendo quindi essere analizzati anche su piccoli frammenti di DNA molto degradato¹⁸. Considerata, quindi, la frequenza degli aggiornamenti nelle metodologie applicate, è evidente che se non si prevedono e non si attuano le misure necessarie per tenere costantemente al passo la banca dati con le nuove metodiche analitiche, si corre il rischio di vedere vanificato tra pochi anni l'impegno per creare e rendere operativo uno strumento utilissimo.

Infine, e per concludere, si evidenzia che nella legge n. 85 del 2009 si attribuisce alla polizia penitenziaria anche il compito di conservare il campione biologico.

A seconda del tipo di tampone orale che si utilizzerà per la conservazione, la durata della conservazione varia da un minimo di pochi giorni ad un massimo di circa 8 anni.

La scelta di conservare il campione biologico dipende evidentemente dalla volontà di permettere la ripetizione della procedura senza procedere ad un nuovo prelievo.

Lascia perplessi, tuttavia, la volontà del legislatore di conservare il campione biologico anziché direttamente il DNA. Infatti, si segnala che la conservazione del campione può avvenire per un tempo inferiore, ad un costo presumibilmente superiore, con una esigenza di maggiore spazio rispetto alla conservazione del DNA e ciò, naturalmente, a parità di marker utilizzabili per le analisi e di procedure di analisi adottabili.

2. I profili genetici di cui all'art. 9 della legge n. 85 del 2009 e i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

Le grandi potenzialità investigative del DNA dipendono dalla presenza di una banca dati del codice genetico.

¹⁷ GIARDINA E., PIETRANGELI I., MARTONE C., ASILI P., PREDAZZI I., MARSALA P., GABRIELE L., PIPOLO C., RICCI O., SOLLA G., SINEO L., SPINELLA A., NOVELLI G. (2007). In silico and in vitro comparative analysis to select, validate and test SNPs for human identification. *BMC Genomics*, 8:457.

¹⁸ Essi sono in elevatissimo numero, sono distribuiti su tutto il genoma, presentano un minore tasso di mutazione rispetto agli STR. Inoltre è possibile effettuare la tipizzazione con metodi completamente automatici, semplici, ma completamente diversi dagli attuali. Anche il risultato analitico è differente dall'attuale tanto da impedire il confronto tra un profilo genetico ottenuto oggi con metodiche basate sugli STR ed un profilo genetico ottenuto in futuro con sistemi innovativi che utilizzassero gli SNPs.

Infatti, essa permette di effettuare confronti tra il DNA rinvenuto sulla scena del crimine e tutti quelli archiviati nel database.

L'efficacia della banca dati è direttamente proporzionale alla quantità di dati in essa contenuti per l'ovvia considerazione che all'aumentare di tali dati corrisponde l'incremento delle probabilità di rinvenire una corrispondenza.

I dati genetici memorizzati in banca dati, per avere efficacia identificativa, devono naturalmente essere attribuibili a un soggetto noto.

Tuttavia anche i profili c.d. muti o anonimi sono in grado di produrre dei parziali risultati per le indagini.

Sul punto, in via esemplificativa, si evidenzia la possibilità di stabilire la serialità di diversi reati laddove lo stesso DNA sia trovato in più luoghi costituenti scene del crimine.

In Italia da anni esistono delle banche dati di profili genetici istituite autonomamente dalle forze dell'ordine e per questo definite "domestiche"¹⁹.

Questi archivi contengono pochi dati, perché sono per lo più relativi al solo materiale raccolto sulla scena del crimine. Inoltre, si tratta di dati spesso anonimi (non associabili ad alcuna identità).

Tali banche dati operano al di fuori delle cautele previste dal Garante per la privacy e senza alcuna regolamentazione normativa²⁰.

Sul piano internazionale l'esigenza di scambiare dati genetici e di conseguenza di provvedere all'istituzione delle relative banche dati è emersa ufficialmente col Trattato di Prum del 2005.

In questo contesto da tempo gli addetti ai lavori aspettavano l'emanazione di una legge che finalmente istituisse e disciplinasse una banca dati del DNA; ciò è avvenuto, seppure con grande ritardo rispetto agli altri Paesi a economia avanzata²¹, con la legge n. 85 del 2009.

La costituenda banca dati nazionale del DNA deve essere collocata presso il Ministero dell'interno, Dipartimento di pubblica sicurezza, ed è destinata ad archiviare e confrontare i profili di

¹⁹ Nelle relazioni degli anni 2006 e 2007 del Garante per la privacy (reperibili sul sito www.garanteprivacy.it) si menziona l'attività ispettiva compiuta dal Garante sulla banca dati in uso ai RIS di Parma.

²⁰ Un dubbio di legittimità sulla possibilità di utilizzare processualmente i dati genetici archiviati nei laboratori dei RIS di Parma, è stato risolto dalla Corte di cassazione sez. V nella sentenza n. 4430 del 5 febbraio 2007 Ced 235969 nel senso di confermare la utilizzabilità processuale dei dati relativi al DNA contenuti nel citato archivio informatico prescindendo dalla cautele previste dal codice della privacy.

²¹ Per fare alcuni esempi si ricorda che la banca dati inglese è operativa dal 1995, quella della Germania dal 1998, della Francia dal 2001, dell'Ungheria dal 2003.

DNA contenenti le informazioni necessarie alla sola identificazione personale, al dichiarato fine di facilitare l'identificazione degli autori dei delitti²².

I documenti europei e internazionali²³, in gran parte recepiti dal Garante nazionale per la privacy, si sono recentemente occupati del diritto alla riservatezza, in relazione ai rischi connessi alla conservazione del DNA.

Il codice genetico costituisce, infatti, un dato personale in grado di fornire informazioni anche molto intime del soggetto a cui si riferisce²⁴, quali le malattie che il soggetto potrebbe sviluppare o legami parentali.²⁵ Per tale motivo esso rientra nella categoria dei dati sensibili²⁶.

Il diritto alla privacy di cui all'art. 8 della Convenzione E.D.U., è stato interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁷ con la sentenza del 4 dicembre 2008, nella sua accezione più ampia; la Corte ha, infatti, specificato che esso non è suscettibile di "exhaustive definition" e comprende la tutela di ogni informazione che riguarda la identità personale e sociale dell'individuo.

Per tale motivo le esigenze di riservatezza devono essere tutelate tanto nella conservazione del campione biologico, quanto nell'archiviazione del profilo del DNA anche se le informazioni potenzialmente ottenibili dal campione sono estremamente

²² La finalità che la banca dati deve perseguire, richiamata dall'art. 5 e dall'art. 12 co. 2 della legge, implica il divieto di archiviare e utilizzare i dati genetici ad altro scopo. La necessità che la banca dati abbia esclusivamente finalità specifiche di identificazione è evidenziata anche dalla relazione del 2007 del Garante per la privacy (consultabile sul sito relativo) ed è in armonia con quanto previsto dal Trattato di Prüm.

²³ Senza pretesa di completezza si segnalano: Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (87) 15 del 17 settembre 1987, sull'uso dei dati personali in ambito di polizia; Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (92) 15 del 10 febbraio 1992 sull'uso del DNA nel contesto del sistema giudiziario penale; Decisione quadro del Consiglio della Unione Europea n. 2008/97/GAI; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

²⁴ Stefanini E., *Dati genetici e diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2008, p. 8 ss.

²⁵ Nel futuro, con i veloci sviluppi nella scienza è prevedibile che il DNA acquisisca una sempre maggiore capacità di fornire dati personali. Sul punto cfr. Di Giuseppe Gennari, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, (a cura di Alessio Scarcella), Padova, Cedam, 2009, p. 49: ove si citano alcuni esempi di dati ottenibili dal DNA relativi al colore degli occhi e all'appartenenza a gruppi della popolazione presenti nel territorio americano.

²⁶ Ai sensi del codice della privacy (decreto legislativo n. 196 del 2003) sono dati sensibili quei "dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche, o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

²⁷ La pronuncia è della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 4 dic. 2008, consultabile su www.osservatoriocedu.it.

superiori a quelle ricavabili dal profilo tipizzato con i marcatori riconosciuti come utilizzabili ad esclusivi fini identificativi²⁸.

Le impronte digitali²⁹, invece, sono in grado esclusivamente di identificare un soggetto e, di conseguenza, la banca dati di tali impronte (AFIS³⁰) desta meno preoccupazioni, sotto il profilo della tutela della privacy, rispetto alla banca dati del DNA.

Lo stesso Garante per la privacy, nel parere del 15 ottobre 2007 sullo schema della legge istitutiva della banca dati del DNA, ha evidenziato che *“il prelievo di sostanze biologiche e la conservazione a livello nazionale del profilo presenta un grado di maggiore invasività sulle persone rispetto ad altre limitazioni personali coattive”* quali le perquisizioni, il foto-segnalamento e la *“rilevazione di impronte digitali”*.

Considerata l'importanza e l'ampiezza riconosciuta al diritto alla privacy, le fonti sovranazionali concordano sulla necessità che il legislatore, pur nell'esercizio della propria discrezionalità, disciplini la delicata materia effettuando un bilanciamento equilibrato degli opposti interessi³¹ *“secondo quanto è necessario che sia in una società democratica”*³².

In particolare, la scelta dei soggetti i cui profili sono da inserire in banca dati, deve essere compiuta effettuando un contemperamento dell'interesse pubblico di agevolare le investigazioni con i diritti

²⁸ Il profilo genetico è in grado, tramite confronti, di fornire notizie su rapporti di parentele (la citata potenzialità è evidenziata dalla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 4 dic. 2008) Si nota inoltre che l'eventuale utilizzo del marcatore dell'amelogemina è in grado di evidenziare, una volta associato al sesso della persona, la sindrome di Morris come specificato nella parte iniziale della presente trattazione. Il campione, invece, può essere sottoposto ad analisi più approfondite e dare informazioni sulla salute e su eventuali future malattie che il soggetto potrebbe sviluppare.

²⁹ Porzioni di impronte digitali costituiscono dati personali rientranti nell'ambito di applicazione del codice della privacy di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

³⁰ AFIS acronimo di Integrated Automated Fingerprint Identification System è un archivio informatico delle impronte digitali collocato presso il ministero dell'interno, servizio Polizia scientifica della Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato raccolte nei confronti dei soggetti nei cui confronti vengono svolte le indagini ex art. 349 c.p.p. e più in generale previsto dall'art. 4 T.U.L.P.S..

³¹ Il Garante per la protezione dei dati personali nel parere sullo schema di disegno di legge volto all'istituzione della banca dati ha evidenziato la necessità del rispetto dei principi di legalità, necessità, finalità e proporzionalità richiamando anche la raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (92) 15 del 10 febbraio 1992 in base alla quale il prelievo coattivo di campioni biologici deve avvenire solo se le circostanze del caso rendono in concreto necessario tale intervento.

³² Come ricordato dalla C.E.D.U. nella sentenza del 4 dicembre 2004, cit., l'ingerenza nella vita privata da parte dei pubblici poteri può ritenersi *“necessaria in una società democratica”* solo se corrisponde ad un bisogno sociale imperativo, se è proporzionata allo scopo legittimo perseguito e se le ragioni adottate dall'autorità per giustificare l'ingerenza appaiono rilevanti e sufficienti.

individuali alla libertà personale e alla privacy.

Tale bilanciamento esige, tra l'altro, il rispetto dei principi di necessità e finalità in base ai quali l'ingerenza pubblica nei diritti individuali deve essere indispensabile per garantire il fine di giustizia, e del principio di proporzionalità in virtù del quale l'ingerenza pubblica deve essere calibrata in base allo scopo per cui si procede.

Tale ultimo principio implica la necessità di dare il giusto peso al rispetto dei diritti individuali attraverso valutazioni complesse e non generalizzate che tengano conto di elementi specifici quali il tipo di reato, il comportamento del soggetto, il tempo della conservazione del profilo.

In applicazioni dei principi di necessità e proporzionalità, la Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza del 4 dicembre del 2008 ha dichiarato l'illegittimità dell'archiviazione a tempo indeterminato, in via automatica e generalizzata, nella banca dati del DNA, in uso in Inghilterra, del profilo genetico in mancanza di una sentenza di condanna³³.

Il bilanciamento di contrapposti interessi operato in Italia con l'emanazione della legge n. 85 del 2009 si è tradotto nella selezione di tre macrocategorie di profili genetici che devono essere inseriti nella costituenda banca dati:

a) i profili di DNA relativi a reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali;

b) i profili di DNA di persone scomparse o loro consanguinei, di cadaveri e resti cadaverici non identificati;

c) i profili di DNA dei soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale, alle condizioni di cui all'art. 9 della legge.

Su quest'ultima tipologia di profili soffermeremo la nostra attenzione nel prosieguo dell'analisi della novella, in quanto, oltre ad essere la più rilevante sotto il profilo quantitativo, è anche l'unica a rientrare nella quasi esclusiva competenza della polizia penitenziaria.

³³La Corte di Strasburgo si è specificamente occupata del database del DNA utilizzato nel Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord decidendo due ricorsi presentati da un soggetto assolto dal reato di tentata rapina e un altro soggetto, denunciato per molestie, il cui procedimento era stato archiviato per la successiva scelta della vittima di abbandonare l'azione penale. I ricorrenti lamentavano la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione per la conservazione delle impronte digitali, dei campioni e profili biologici da parte delle autorità anche a seguito delle sentenze di assoluzione e di non luogo a procedere delle azioni penali promosse a loro carico. La Corte ha accolto i ricorsi affermando che il potere incondizionato e indiscriminato di conservazione dei profili genetici di persone sospettate ma mai riconosciute responsabili di alcuna condotta illecita costituisce violazione del diritto individuale alla riservatezza perché manca un corretto bilanciamento tra i concorrenti interessi pubblici e privati.

Le altre tipologie di profili, invece, devono essere trattate dai laboratori delle altre forze di polizia o di altre istituzioni di elevata specializzazione.

Nello specifico, i profili relativi a soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale applicate nel corso di un procedimento penale appartengono a:

a) *soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari;*

b) *arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto;*

c) *detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;*

d) *soggetti ai quali sia applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;*

e) *soggetti ai quali sia applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva.*

Nella legge n. 85 del 2009, si esclude la possibilità di effettuare il prelievo per alcune tipologie di reato³⁴ e si stabilisce che esso è possibile solo se si procede per delitti dolosi per i quali è previsto l'arresto facoltativo in flagranza.

Sebbene nella norma non sia indicato espressamente, si ritiene che il riferimento agli arresti facoltativi, possa essere esteso anche agli arresti obbligatori, in quanto si tratta di misura collegata a reati considerati più gravi.

Disciplinata in tal modo, la banca dati nazionale del DNA si presenta particolarmente imponente come quantità di dati potenzialmente a disposizione.

Oltre a tale aspetto "quantitativo", i profili inclusi nell'elenco di cui all'art. 9 si caratterizzano anche "qualitativamente" per la loro riferibilità ad un individuo identificato, a differenza dei profili relativi a reperti acquisiti nel corso di procedimenti penali che sono

³⁴ Si tratta per lo più di reati economici, tributari e contro l'amministrazione della giustizia. Infatti, ex art. 9 della legge n. 85 del 2009 non è ammesso il prelievo se si procede per i seguenti reati: a) reati di cui al libro II, titolo III, capo I, tranne quelli di cui agli articoli 368, 371-bis, 371-ter, 372, 374 aggravato ai sensi dell'articolo 375, 378 e 379, e capo II, tranne quello di cui all'articolo 390, del codice penale; b) reati di cui al libro II, titolo VII, capo I, tranne quelli di cui all'articolo 453, e capo II, del codice penale; c) reati di cui al libro II, titolo VIII, capo I, tranne quelli di cui all'articolo 499, e capo II, tranne quello di cui all'articolo 513-bis, del codice penale; d) reati di cui al libro II, titolo XI, capo I, del codice penale; e) reati di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (r. fallimentari); f) reati previsti dal codice civile; g) reati in materia tributaria; h) reati previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

per lo più anonimi³⁵. Inoltre, essi come meglio si vedrà in seguito, sono ricavati da campioni biologici prelevati "in laboratorio" e non sulla scena del crimine, con la conseguenza che si presentano nello stato migliore per realizzare delle corrette analisi.

Senz'altro la categoria in questione è quella che ha destato maggiori preoccupazioni sotto il profilo della protezione dei dati personali in quanto intere categorie di soggetti sono sottoposte al prelievo al fine di alimentare la banca dati del DNA.

In essa sono ricompresi i soggetti condannati o internati (cioè sottoposti a misura di sicurezza detentiva).

A ben vedere, considerato l'alto tasso di recidiva criminale, la banca dati andrà a raccogliere i profili proprio delle persone tendenzialmente più esposte a essere coinvolte in futuri reati.

Ecco perché questa banca dati si presta non solo a perseguire finalità investigative ma anche indirettamente finalità di deterrenza.

Chi è sottoposto a misura privativa della libertà personale in base a una sentenza definitiva saprà che, oltre a scontare una pena, subirà il prelievo del DNA e che, se commette un altro reato in cui viene in rilievo la sfera corporale del soggetto attivo, sarà piuttosto facile accertarne la colpevolezza.

In questo senso è attuata una peculiare forma di deterrenza special-preventiva, ovvero diretta ad evitare che il soggetto autore di reati ne commetta altri.

La scelta di inserire tale tipologia di profili in banca dati sembra in armonia con quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella citata sentenza del 4 dicembre del 2008; infatti, il legislatore ha subordinato il prelievo del campione biologico alla presenza di condizioni rigorose consistenti nell'aver commesso un delitto, di non lieve rilevanza, come accertato in una sentenza passata in giudicato.

Nella categoria di soggetti sottoposti a prelievo, di cui all'art. 9 della legge, rientrano, oltre ai condannati ed internati, anche coloro sottoposti a provvedimento restrittivo della libertà personale in assenza di una sentenza di condanna definitiva in virtù di una misura di custodia cautelare, di una misura di sicurezza provvisoria, di un fermo o di un arresto.

In questi due ultimi casi, occorre attendere la convalida del provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria prima di procedere al prelievo.

³⁵ È evidente che il trattamento dei dati genetici anonimi, non essendo riferibili ad un soggetto identificato, non presenta la stessa ingerenza sul diritto alla riservatezza dei profili ottenuti dall'analisi dei campioni di persone identificate.

La sottoposizione a prelievo anche di soggetti non ancora giudicati con sentenza irrevocabile fa sorgere delle perplessità, nonostante l'espressa previsione del diritto alla cancellazione in caso di esito favorevole del processo.

Come giustificare il prelievo di campione biologico su un soggetto per il quale ancora vige la presunzione di non colpevolezza?

Se l'obiettivo è quello di trovare elementi utili ad accertare o ad escludere la colpevolezza rispetto al giudizio in corso, deve notarsi come nel corso del procedimento penale è sempre possibile, purché ve ne siano i presupposti, ricorrere allo strumento della perizia³⁶ per confrontare il campione biologico del periziato con quelli repertati sulla scena del crimine.

Alla luce di tale considerazione può esistere il rischio di un uso strumentale delle misure cautelari finalizzate al mero prelievo; questo rischio assume maggiore concretezza se si considerano le diverse condizioni a cui è subordinato il prelievo di campione biologico per l'effettuazione della perizia ex art. 224 bis c.p.p. rispetto ai presupposti stabiliti per il prelievo effettuato in base all'art. 9 della legge n. 85 del 2009.

Naturalmente non si ignora che il prelievo previsto dall'art. 9 della legge presuppone a sua volta che siano rispettate le condizioni stabilite per l'applicazione o la convalida delle misure restrittive della libertà personale; tuttavia resta il fatto che anche tali presupposti divergono da quelli previsti nell'art. 224 bis c.p.p. quale, a titolo esemplificativo, *l'assoluta indispensabilità del prelievo per la prova dei fatti*.

Inoltre, le perplessità aumentano se si considera che il profilo ottenuto in seguito a perizia non è inseribile in banca dati in quanto dal tenore letterale della novella e in particolare degli artt. 7 e 10 della legge n. 85 del 2009 emerge che, nell'ambito della categoria dei profili "acquisiti nel corso di procedimenti penali", solo quelli ottenuti da "reperti"³⁷ possono essere archiviati in banca dati.

³⁶ Con la legge n. 85 del 2009 è stato inserito nel c.p.p. l'art. 224 - bis colmando il vuoto normativo creatosi a seguito della sentenza della Corte Cost. 238 del 1996. Con l'art. 224 bis c.p.p. si disciplina la perizia coattiva ovvero la perizia implicante il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale quali il prelievo di capelli, peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi. I presupposti di ammissibilità della citata perizia richiedono che la stessa sia assolutamente indispensabile per la prova dei fatti e che si proceda per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni e negli altri casi previsti espressamente dalla legge.

³⁷ Il reperto è definito dalla legge come "materiale biologico acquisito sulla scena del delitto o comunque su cose pertinenti al reato". Quindi si tratta di tracce biologiche non ricavate direttamente dalla persona, come per es. un capello sulla scena del delitto.

In altri termini, gli unici profili estratti da campioni biologici³⁸ (e quindi direttamente dalla persona) archiviabili in banca dati sono quelli dei soggetti sottoposti a misura restrittiva della libertà personale di cui all'art. 9 della legge.

La descritta incongruenza è almeno parzialmente superabile laddove si giustifichi la previsione normativa in esame in base alla generale esigenza di alimentare con nuovi profili la banca dati del DNA; si incrementano in tal modo le possibilità di risolvere casi giudiziari diversi da quello per il quale si procede e di cui sia rimasto sconosciuto il colpevole³⁹.

A questo punto rimane da chiedersi se esiste, come richiesto dalla C.E.D.U., quel “bisogno sociale imperativo” proporzionato allo scopo legittimo che giustifica la limitazione del diritto alla privacy di soggetti non ancora condannati.

Evidentemente è questo uno degli aspetti più critici della legge.

Il legislatore ha cercato di superarlo attraverso la previsione di limiti e condizioni a cui subordinare il prelievo⁴⁰, nonché attraverso la garanzia della cancellazione dei dati e la distruzione dei campioni biologici⁴¹, d'ufficio, per tutti i soggetti che all'esito del procedimento penale ricevono una sentenza definitiva di assoluzione con le seguenti formule: *perché il fatto non sussiste, perché l'imputato non lo ha commesso, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*⁴².

Nonostante tali utili accortezze, è difficile rispondere positivamente all'interrogativo poc'anzi formulato e ciò almeno per tre motivi.

In primo luogo, si nota che il prelievo, in questi casi, dipende da fattori e circostanze del tutto occasionali, come la presenza o meno di esigenze cautelari⁴³.

³⁸ Il campione è definito dalla legge come “quantità di sostanza biologica prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA”.

³⁹ Infatti, il profilo rilevato dal soggetto sottoposto a misura restrittiva della libertà personale potrebbe coincidere con altro profilo presente in banca dati repertato in un altro procedimento.

⁴⁰ Come evidenziato deve trattarsi di delitti non colposi per il quale è previsto l'arresto facoltativo in flagranza e devono essere presenti i presupposti richiesti dal c.p.p. per l'emanazione delle misure cautelari e precautelari.

⁴¹ La cancellazione dei dati e la distruzione del campione sono previste dall'art. 13 della l. n. 85 del 2009 anche laddove le operazioni siano state compiute in violazione delle disposizioni previste dall'articolo 9.

⁴² È quindi necessario che il casellario informi tempestivamente i soggetti che devono provvedere alla cancellazione dei profili e alla distruzione dei campioni biologici.

⁴³ Il Garante per la privacy nel parere del 15 ottobre 2007 sullo schema di disegno di legge volto a istituire la banca dati nazionale ha sollevato maggiori dubbi proprio su tale categoria. In particolare il Garante ha evidenziato che “l'istituzione di una banca

Dette esigenze, fra l'altro, potrebbero anche rivelarsi assenti e giustificare il successivo annullamento della misura cautelare senza che tale pronuncia implichi la distruzione del campione prelevato.

Infatti e in secondo luogo, si evidenzia che il c.d. diritto alla cancellazione e distruzione del campione è collegato solo alle sentenze di proscioglimento con le tassative formule poc'anzi segnalate.

Quindi, ad esempio, una sentenza "di non doversi procedere", pur non essendo una sentenza di condanna, non darebbe diritto all'attivazione di tale garanzia.

Ad analoga conclusione dovrebbe pervenirsi nell'esempio appena effettuato di annullamento di misura cautelare a seguito di riesame⁴⁴.

In terzo luogo, i tempi non brevi del processo penale di fatto permetteranno la conservazione del profilo biologico e del campione biologico pure nei numerosi casi di prescrizione. Inoltre, essi renderanno possibile a lungo la conservazione dei profili e dei campioni anche di chi risulterà all'esito del procedimento del tutto estraneo al crimine commesso.

Per concludere non sembra che il riferimento all'applicabilità di misure cautelari, del fermo e dell'arresto realizzi quel contemperamento di contrapposti interessi richiesto dalle fonti sopranazionali e dal Garante per la privacy⁴⁵ se solo si pensa che una situazione analoga a quella decisa dalla C.E.D.U. nella più volte citata sentenza del 2008 potrebbe verificarsi anche in applicazione della normativa italiana⁴⁶.

dati a livello nazionale non impone necessariamente l'introduzione di un prelievo obbligatorio del DNA poiché un tale archivio può essere utilmente composto da dati raccolti nell'ambito di procedimenti penali, già molto numerosi. Tuttavia, per il caso in cui il Parlamento ritenesse di stabilire un prelievo obbligatorio per alcune categorie di soggetti (fermati, arrestati, indagati, imputati o condannati), l'Autorità ha sottolineato la necessità di individuare in maniera proporzionata i soggetti interessati e i relativi reati, da definire sulla base della loro gravità".

⁴⁴ A questo proposito, non può non ricordarsi la già citata sentenza della Corte E.D.U. del 4 dic. 2008 che riguardava proprio l'archiviazione del profilo di un soggetto il cui procedimento penale era concluso per remissione della querela. Tuttavia, mentre nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di Strasburgo viene in rilievo la pratica di conservare in modo automatico e generalizzato i campioni biologici di tutti i soggetti coinvolti in procedimenti penali, secondo la normativa italiana è necessario l'ulteriore requisito di essere destinatari di un provvedimento restrittivo della libertà personale.

⁴⁵ Naturalmente minori sono le condizioni cui il c.p.p. subordina tali misure maggiori sono le riserve circa la scelta del legislatore italiano.

⁴⁶ A titolo esemplificativo, si evidenzia che un soggetto arrestato in flagranza per furto, poi prosciolto senza una delle formule assolutorie previste dalla legge, non avrebbe diritto alla cancellazione del profilo dalla banca dati. Sul punto si ricorda che uno dei ricorsi decisi dalla sentenza della C.E.D.U. riguardava un soggetto processato per molestie e poi prosciolto per il venir meno di una condizione di procedibilità (ritiro della querela).

3. Il prelievo del campione biologico

Le attività di competenza della polizia penitenziaria previste nella legge n. 85 del 2009 riguardano, come anticipato, i profili di soggetti sottoposti a provvedimento restrittivo della libertà personale alle condizioni di cui all'art. 9 e consistono fondamentalmente: nel prelievo del campione di mucosa orale, nell'analisi del DNA, nella tipizzazione del relativo profilo e nella conservazione del campione biologico, unitamente alla conseguente alimentazione per via informatica della banca dati nazionale.

La legge n. 85 del 2009 non disciplina nel dettaglio tutti gli aspetti relativi al prelievo di campione biologico rimandando ad un regolamento di attuazione la materia.

Tuttavia si possono anticipare alcune soluzioni che verosimilmente saranno adottate.

Relativamente alla competenza al prelievo si deve specificare che i campioni biologici dei soggetti elencati nell'art. 9, come previsto nel comma 4 dello stesso articolo, sono prelevati da *"personale specificamente addestrato delle Forze di Polizia o da personale sanitario ausiliario di polizia giudiziaria"*.

La competenza della polizia penitenziaria sarà probabilmente collegata con l'immissione nel circuito carcerario che avviene formalmente con l'iscrizione in matricola⁴⁷ del detenuto.

Per tale motivo dovrebbero esulare dalla competenza della polizia penitenziaria i soggetti sottoposti ad arresti domiciliari o a misura alternativa concessa dalla libertà, il cui campione sarà prelevato verosimilmente dalle forze di polizia procedenti.

Nell'art. 17 co. 2 della legge n. 85 del 2009 si prevede l'effettuazione del prelievo del campione biologico per i soggetti di cui all'art. 9 già detenuti e internati alla data di entrata in vigore della legge entro il termine di un anno.

Poiché tale termine è già trascorso, occorrerà aggiornarlo.

In tale articolo, inoltre, non si fa alcun riferimento agli altri soggetti passivi del prelievo di cui all'art. 9, come i soggetti sottoposti agli arresti domiciliari o alle misure alternative alla detenzione, per cui dovrebbe ritenersi che essi siano esclusi dal prelievo. Tuttavia, non essendo comprensibile la ragione della disposizione, sembra che essa, più che da una scelta ponderata, dipenda da una svista del legislatore.

Su questi dubbi sollevati da una sola disposizione sarà

⁴⁷ L'ufficio matricola cura la ricezione e la scarcerazione dei detenuti e degli internati, l'annotazione della loro posizione giuridica e le successive modifiche (art. 45 D.P.R. n. 82 del 1999).

necessaria una specificazione anche attraverso i regolamenti attuativi.

La prima circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria sulla materia (GDAP 0251450-2010 del 11.06.2010) tenta però di risolvere le indicate ambiguità. Con tale circolare è stabilito che *“entro la data che verrà successivamente definita tutti gli istituti dovranno aver completato la rilevazione del campione su tutti i detenuti o internati presenti sino a quella data; in seguito il prelievo andrà eseguito solo sulle persone che facciano ingresso dalla libertà e che non siano state già sottoposte al prelievo, sempre che ricorrano i presupposti di cui all'art. 9 della legge”*.

Il prelievo biologico costituisce uno dei passaggi più importanti di tutto il processo analitico che si conclude con l'estrazione del profilo, tanto da essere definito dagli addetti ai lavori come il *“fondamento analitico”* del processo; da esso dipende la buona qualità del materiale da trattare e la scelta del protocollo d'estrazione.

Il prelievo biologico deve avere delle caratteristiche di certificazione assolute in termini di attribuzione al soggetto da cui proviene, di tutela delle informazioni genetiche in esso contenute e dei dati prodotti di conseguenza.

Affinché l'identificazione avvenga senza possibilità di errore è auspicabile che i futuri regolamenti prevedano che il prelievo si effettui solo dopo il fotosegnalamento e il connesso prelievo delle impronte in modo tale da far riferimento all'identità dattiloscopica.

Le impronte digitali negli istituti di pena sono attualmente prelevate con uno scanner ottico (previsto in SPAID)⁴⁸ e archiviate da un sistema automatizzato di identificazione delle impronte (AFIS)⁴⁹ che in risposta invia agli istituti di pena il c.d. C.U.I. (codice unico di identificazione).

Analogo meccanismo potrebbe essere utilizzato per ottenere, sempre dal sistema AFIS, un codice di riconoscimento del prelievo. Infatti, affinché sia rispettata la privacy del soggetto e per impedire abusi sul campione biologico, è necessario che il campione biologico da esaminare non sia associato all'identità anagrafica ma ad un codice⁵⁰.

⁴⁸ Lo SPAID è il sistema periferico di acquisizione delle impronte digitali. Il sistema integra un PC portatile con modem e scheda LAN, uno scanner per l'acquisizione delle impronte digitali, una videocamera. Lo SPAID acquisisce a livello locale le impronte digitali, le foto, i segni particolari e i dati anagrafici ed effettua, tramite algoritmi, l'estrazione delle caratteristiche dell'impronta. I dati così ottenuti vengono compressi ed inviati in modo criptato al sistema centrale AFIS.

⁴⁹ Si rimanda alla nota 31 per la definizione di AFIS.

⁵⁰ L'art. 12 della legge n. 85 del 2009 stabilisce espressamente che *“i profili del DNA e i relativi campioni non contengono le informazioni che consentono l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti”*.

Sarebbe utile, inoltre, prevedere la possibilità per il sistema AFIS di produrre anche l'informazione relativa all'esistenza di un precedente prelievo al fine di evitare un'compressione ingiustificata dei diritti del soggetto sottoposto a prelievo oltre che un inutile dispendio di risorse.

Per garantire la tracciabilità del campione durante le operazioni è necessario che ogni fase sia registrata⁵¹.

Affinché il prelievo avvenga in modo corretto dovranno essere osservati gli esaminati protocolli previsti per impedire l'inquinamento del campione in tale delicata fase.

Gran parte di tali protocolli sono stati recepiti dalla già citata circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria intervenuta in materia⁵².

In essa si prescrive che in ogni istituto di pena sia individuato un ambiente (*c.d. stanza bianca*) che risponda ai seguenti requisiti: sia ben illuminato, munito di sedia e tavolo (per l'appoggio dei componenti della strumentazione per il prelievo), dalle superfici facilmente lavabili, e (esso stesso o nelle immediate vicinanze) dotato di lavabo.

Si specifica che tavolo, sedie e lavabo debbono essere puliti e disinfettati con prodotti idonei e che il pavimento deve essere lavabile e mantenuto in opportune condizioni di igiene prima e dopo ogni sessione di lavoro.

Tra le indicazioni fornite si evidenzia che nel luogo ove si esegue il prelievo dovrà entrare un detenuto per volta sia per tutelarne la privacy sia per ragioni legate alla necessità che tutti i dati siano da riferirsi alla medesima persona fisica.

Relativamente alle misure necessarie ad impedire che sia lo stesso operatore procedente a inquinare il campione si specifica che il medesimo deve indossare camice a maniche lunghe pulito, mascherina antiaerosol, guanti in lattice o vinile, occhiali protettivi.

Nella citata circolare si stabilisce che il campione prelevato va conservato a temperatura ambiente in luogo fresco e asciutto, quanto più possibile esente da polvere, accessibile solo dal responsabile della procedura.

Nella legge n. 85 del 2009 si prescrive che il campione deve essere trasmesso al laboratorio immediatamente.

Sulle modalità di trasmissione del campione al laboratorio centrale il regolamento dovrà specificare il mezzo da utilizzare e le misure necessarie a impedire la manomissione del materiale

⁵¹ Tale garanzia è espressamente prevista nell'art. 12 della legge n. 85 del 2009.

⁵² Circolare GDAP 0251450-2010 dell'11/06/2010.

utilizzato.

Il campione biologico oggetto di prelievo è, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 85 del 2009, la mucosa del cavo orale.

Il mezzo utilizzato per il prelievo sarà, pertanto, con estrema probabilità, un tampone orale a secco che deve essere strofinato sulla parte interna della guancia e/o sulle gengive per un tempo adeguato.

Essendo necessario un campione da analizzare e un altro da conservare, per ogni persona si dovranno eseguire non meno di due prelievi e ogni prelievo dovrà essere posto in un contenitore separato.

Dalla lettura del citato testo normativo emerge che non occorre alcuna autorizzazione dell'autorità giudiziaria per procedere al prelievo ma è necessario che le operazioni siano eseguite *"nel rispetto della dignità del decoro e della riservatezza di chi vi è sottoposto"*⁵³.

Tali indicazioni sono operative anche laddove il soggetto passivo del prelievo non intenda subirlo⁵⁴.

La volontà del soggetto di non collaborare può limitarsi al dissenso dal compimento dell'atto o può tradursi in forme più intense di rifiuto: una mera non collaborazione (il soggetto non apre la bocca ma lascia che altri provveda in tal senso), una resistenza "passiva" (il soggetto non permette ad altri di aprirgli la bocca serrando la mandibola), una resistenza violenta (il soggetto non permette ad altri di aprirgli la bocca utilizzando reazioni violente contro gli operatori per impedire loro di intervenire).

Tali comportamenti, pur potendo rilevare penalmente ex art. 650 c.p. o, in caso di minaccia e violenza, ai sensi dell'art. 337 c.p., non interferiscono con l'obbligo di procedere ad effettuare il prelievo di mucosa del cavo orale; questo deve conseguirsi mediante il tampone orale il cui utilizzo implicherà l'uso della forza fisica rientrante nell'art. 41 della legge n. 354 del 1975⁵⁵.

⁵³ Ex art 9 co. 5 legge n. 85 del 2009.

⁵⁴ Nell'ipotesi di arresto e fermo di cui all'art. 9 lett. B della legge n. 85 del 2009 il prelievo è effettuato dopo che su tali provvedimenti cautelari è intervenuta la convalida dell'autorità giudiziaria che riguarda esclusivamente i provvedimenti restrittivi e non anche il prelievo.

⁵⁵ Nell'art. 41 della legge n. 354 del 1974 "norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà" è stabilito: *non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti.*

Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati, deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso. Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento

Certamente andranno osservate le garanzie minime previste nel citato art. 41 tra le quali si segnala anche l'obbligo di informare il direttore d'istituto e di assicurare la necessaria assistenza sanitaria.

All'esecuzione coattiva del prelievo, per analogia, dovrebbero applicarsi, inoltre, le garanzie previste in tema di perizia coattiva nell'art 224 bis c.p.p. che vieta operazioni "che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lievi entità".

Nonostante tali accortezze, tuttavia, suscita perplessità la scelta del legislatore di prevedere l'utilizzo del tampone orale come unica modalità di prelievo di DNA, anche nei casi che si stanno esaminando.

Infatti, il prelievo attuato su un soggetto che oppone resistenza fisica difficilmente può considerarsi rispettoso della dignità, del decoro e della riservatezza, come il legislatore ha espressamente previsto nella legge n. 85 del 2009.

La stessa genuinità del campione è messa a rischio per l'estrema difficoltà di osservare i protocolli richiesti dai laboratori specializzati per la validazione della procedura laddove vi sia l'esigenza di operare su un soggetto, magari anche dotato di rilevante forza fisica, che oppone resistenza. Né sono da sottovalutarsi i danni alla salute che un prelievo eseguito forzatamente potrebbe provocare sul soggetto che lo subisce. È necessario, infatti, avere sempre presente che il prelievo di mucosa orale consiste nell'infilare un bastoncino lungo e sottile (ma con un minimo di necessaria rigidità) all'interno del cavo orale dell'interessato e nello strofinarlo sulla mucosa per diversi secondi.

Se la persona oppone resistenza, il rischio che subisca un danno alla salute è tutt'altro che trascurabile.

È opportuno considerare anche la condizione del personale chiamato in concreto a effettuare il prelievo in situazioni critiche; si tratta di rischi molto rilevanti se si considera che una percentuale non bassa delle persone che entrano negli istituti di pena è portatrice di malattie infettive.

Sembra, inoltre, inopportuno attribuire la valutazione di eventuali situazioni particolari, come quella relativa a donne

e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario. Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore.

incinte o comunque persone affette da qualche peculiare disturbo, al direttore dell'istituto che, a seconda della decisione presa e dell'esito della procedura, potrà essere chiamato a rispondere per omissione d'atti d'ufficio o per lesioni colpose.

Il personale di polizia penitenziaria, probabilmente, sarà chiamato a risolvere i problemi connessi all'effettuazione del prelievo coattivo di mucosa orale anche nei casi in cui la competenza appartenga ad altra forze di polizia (nell'ipotesi, ad esempio, di soggetto ammesso a misura alternativa).

Infatti, attraverso l'arresto per resistenza del soggetto riottoso, "di fatto" la competenza potrebbe trasferirsi al personale di polizia penitenziaria.

Tutti questi effetti "secondari" naturalmente devono essere accettati da coloro che scelgono di fare un lavoro peculiare come quello del poliziotto penitenziario o del direttore di istituto.

Tuttavia, poiché il prelievo di mucosa orale non appare indispensabile per il raggiungimento dell'importante fine di incrementare i profili contenuti nella banca dati, essi non sembrano inevitabili.

Ci si chiede, infatti, cosa impedisca di utilizzare, nei casi esaminati, metodologie alternative di prelievo di DNA meno invasive ma ugualmente efficaci rispetto al prelievo di mucosa orale.

Per fare un esempio, si potrebbe utilizzare lo stesso scanner di SPAID⁵⁶, adeguatamente modificato, per prelevare nel contempo impronte e DNA.

Del resto, gli altri casi di prelievo di campione biologico previsti dalla legge ammettono metodologie diverse dal tampone orale.

Nell'art. 224 bis c.p.p. si stabilisce che ai fini della perizia è possibile il prelievo di capelli, peli, o mucosa del cavo orale e che a parità di risultato sono scelte le tecniche meno invasive.

Nell'art. 349 co. 2 bis c.p.p. si prevede il prelievo di capelli o saliva al fine di identificazione di persona nei cui confronti vengono svolte le indagini.

⁵⁶ Si riporta, per comodità di chi legge, la nota 49 sullo SPAID: "Lo SPAID è il sistema periferico di acquisizione delle impronte digitali. Il sistema integra un PC portatile con modem e scheda LAN, uno scanner per l'acquisizione delle impronte digitali, una videocamera. Lo SPAID acquisisce a livello locale le impronte digitali, le foto, i segni particolari e i dati anagrafici ed effettua, tramite algoritmi, l'estrazione delle caratteristiche dell'impronta. I dati così ottenuti vengono compressi ed inviati in modo criptato al sistema centrale AFIS". In sostanza, attraverso la modifica dello scanner le cellule epiteliali rilasciate per contatto attraverso le impronte possono essere raccolte con un tampone imbevuto di acqua sterile. Non essendoci la saliva, il materiale raccolto si conserverà più facilmente.

3.1 Il prelievo di campione biologico e le garanzie costituzionali

La disciplina del prelievo di mucosa del cavo orale desta perplessità anche sotto il profilo della legittimità costituzionale.

Il prelievo di campione biologico, infatti, costituisce atto incidente sul diritto alla libertà personale⁵⁷.

Da ciò discende l'applicabilità dell'art. 13 della Costituzione all'atto in esame con le relative garanzie (riserva di legge, riserva di giurisdizione, possibilità di ricorrere in Cassazione contro il provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria)⁵⁸.

Tuttavia, secondo le prime analisi del testo normativo, l'art. 13 della Costituzione non verrebbe in rilievo nel caso specifico perché sarebbe proprio lo stato detentivo (o le più blande limitazioni alla libertà personale attuate con le misure alternative e con gli arresti domiciliari) a giustificare la compressione del diritto alla libertà personale: *“la detenzione è la misura massima di limitazione della libertà personale: pertanto, il soggetto che si trova in tale situazione può subire quella più blanda compressione della libertà che si concretizza nel prelievo coattivo di materiale biologico. Inoltre il soggetto in vinculis ha già subito altre limitazioni che si sono concretizzate nella perquisizione, nella fotosegnalazione, nel rilievo di impronte dattiloscopiche, nel prelievo ematico per verificare la presenza di infezioni da HIV o altre malattie a carattere epidemico”*⁵⁹.

Questa impostazione si ispira all'orientamento più volte espresso dalla Corte Costituzionale, ma molto contestato in parte della dottrina, in base al quale in certi casi (quali lo stato detentivo) le garanzie costituzionali, nel senso che di seguito si chiarirà, possono non trovare applicazione.

La Corte Costituzionale pur affermando che *“chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”*⁶⁰, ha nel

⁵⁷ Le definizioni e le interpretazioni dottrinali e giuridiche sull'art. 13 della Cost. sono molteplici per cui si indica solo: A. CERRI, voce *Libertà personale* (diritto costituzionale) in *Enc. Giur. Treccani*, 1991, vol. XVI, p. 3.

⁵⁸ In materia di prelievi biologici (nella specie prelievi ematici), con la sentenza n. 238 del 1996 la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 224 co. 2 c.p.p. nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei “casi” e nei “modi” dalla legge.

⁵⁹ In tal senso cfr. PAOLA FELICIONI, *Il prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, Cedam 2002 p. 200, Tale motivazione è esplicitata anche nella relazione al disegno di legge n. 905 poi confluito nell'unico disegno di legge oggetto di approvazione.

⁶⁰ Sentenza della C.Cost. n. 349/1993 in *www.giurcost.org*. Cfr. Pennisi A., *Diritti del*

contempo evidenziato che esistono misure incidenti su diritti che derivano la loro legittimazione direttamente dal provvedimento giurisdizionale limitativo della libertà.

Per queste misure non è di conseguenza necessario emanare un nuovo titolo giurisdizionale⁶¹.

In base a tali principi la Corte Costituzionale ha, ad esempio, escluso l'illegittimità costituzionale del potere dell'amministrazione penitenziaria di sottoporre ogni detenuto a perquisizione senza apposito provvedimento dell'autorità giudiziaria⁶².

Ebbene, applicando il ragionamento della Corte Costituzionale al prelievo di mucosa, potremmo ritenere che una delle più stringenti garanzie costituzionali, la riserva di giurisdizione, è nella disciplina normativa in esame rispettata in quanto il prelievo biologico è subordinato alla presenza del titolo giurisdizionale limitativo della libertà personale⁶³.

Tuttavia, tale impostazione non convince se si considera la reale giustificazione per cui il regime delle perquisizioni e degli altri atti invasivi dei diritti costituzionali è sottratta, nel senso appena chiarito, alle garanzie costituzionali.

Tale giustificazione è connessa alla indispensabilità di tali atti all'esecuzione della misura limitativa della libertà, come emerge da un'attenta e critica lettura delle decisioni della Corte

detenuto e tutela giurisdizionale, Giappichelli – Torino 2002, p.65 ove si legge: “la pena detentiva può limitare la libertà personale nel suo contenuto essenziale (facoltà di disporre liberamente del proprio essere fisico), ma non può – in assenza di una disposizione costituzionale che stabilisca espressamente il contrario – implicare il disconoscimento di quelle posizioni soggettive estranee a tale contenuto o che, comunque, alla realizzazione di quest'ultimo non sono strettamente funzionali” .

⁶¹ Sentenza della C.Cost. n. 349/1993 ove si opera una distinzione tra misure che incidono sulla qualità e quantità della pena e misure che incidono sul regime carcerario. Le prime, derivando la loro legittimazione dalla sentenza, possono essere applicate direttamente dall'amministrazione penitenziaria; le seconde, viceversa, possono essere applicate esclusivamente attraverso le garanzie previste dalle norme costituzionali: riserva di legge e di giurisdizione.

⁶² Sentenza Corte Cost. n. 526 del 2000 consultabile (come le altre sentenze citate) sul sito www.giurcost.org. Con tale sentenza, la Corte afferma che alle perquisizioni sui detenuti non si applicano i commi 3 e 4 dell'art. 13 della Costituzione in quanto esse agiscono sulla parte di libertà già venuta meno per effetto della sentenza di condanna.

⁶³ Si evidenzia, comunque, l'attenzione del legislatore sulla necessità che la pena detentiva sia effettivamente eseguita.

Infatti, nell'elenco di cui all'art. 9 si fa riferimento a soggetti “detenuti o internati” a seguito di sentenza irrevocabile, di soggetti a cui sia applicata la misura della custodia cautelare etc. A ben vedere, se si accetta l'idea che la limitazione dei diritti individuali sia collegabile direttamente al titolo giurisdizionale dovrebbe poi essere irrilevante, ai fini della conformità a Costituzione della normativa, la concreta applicazione della pena. La concreta esecuzione del provvedimento, in tale discorso, assume la stessa valenza delle altre condizioni previste dalla legge per procedere al prelievo.

Costituzionale⁶⁴.

In altri termini, gli atti incidenti sulla libertà dei soggetti in *vinculis* sono da ritenersi impliciti nel titolo giurisdizionale limitativo della libertà purché e in quanto essenziali all'esecuzione della pena.

Infatti, negli istituti di pena le perquisizioni servono per garantire l'ordine e la sicurezza, gli accertamenti sanitari hanno la funzione di individuare patologie potenzialmente contagiose anche per altri ristretti, il prelievo delle impronte è strumentale all'identificazione certa del soggetto necessaria ad evitare scambi di persona nell'esecuzione della pena.

Viceversa, laddove l'atto limitativo non sia considerato indispensabile per l'esecuzione della pena, devono trovare applicazione le garanzie costituzionali (si pensi all'autorizzazione dell'autorità giurisdizionale prevista per il controllo della corrispondenza, anche senza lettura della medesima, da parte dell'amministrazione penitenziaria di cui all'art. 18 ter della legge n. 354 del 1975⁶⁵).

Ebbene, poiché il prelievo di mucosa non può certo ritenersi necessario a garantire l'esecuzione della pena (infatti non è prevista l'applicazione generalizzata a tutti i ristretti), ne consegue che, secondo il ragionamento appena effettuato, tale atto non può ritenersi autorizzato dal titolo limitativo della libertà.

Questa conclusione, tuttavia, non deve far ritenere nella specie automaticamente applicabile l'art. 13 della Costituzione perché il ragionamento appena effettuato si fonda su una premessa: che l'atto di prelievo di mucosa costituisca atto invasivo della libertà personale.

Questa premessa, a ben vedere, è molto meno scontata di quanto possa sembrare.

Infatti, laddove vi sia il consenso dell'interessato, non pare si possa fondatamente qualificare l'atto di prelievo come atto invasivo della libertà personale⁶⁶.

⁶⁴ In questo senso cfr. sentenza della Corte Cost. n. 526 del 2000, cit. in base alla quale alla restrizione della libertà personale, in cui si sostanzia lo stato di detenzione "sono intrinseche le ragioni di ordine e sicurezza che consentono o impongono un controllo della persona da parte degli agenti amministrativi".

⁶⁵ La legge n. 95 del 2004 ha modificato la disciplina prevista in tema di controllo sulla corrispondenza dei detenuti richiedendo espressamente l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria per l'effettuazione del citato controllo.

⁶⁶ A tale riguardo si segnala che in diverse sentenze la Corte Costituzionale (ad esempio nelle sentenze n. 257 del 1996, n. 194 del 1996, n. 238 del 1996 in *www.giurcost.org*) ha avuto modo di evidenziare che la tutela predisposta dall'art. 13 Cost. verso

Si potrebbe obiettare che il consenso nel caso di specie non è qualificabile come libera espressione del diritto all'autodeterminazione provenendo da un soggetto in vinculis e alla luce delle possibili conseguenze collegabili al rifiuto.

Pertanto, il prelievo volontario andrebbe considerato frutto di una coazione morale.

Tuttavia, può ribattersi che il consenso, anche se prestato da un soggetto in vinculis, non è coartato in quanto la sanzionabilità del rifiuto a collaborare è tutta da dimostrare e la soggezione alla limitazione della libertà personale non elimina la capacità del soggetto di scegliere se sottoporsi al prelievo di campione biologico.

Ma anche a voler ritenere il prelievo volontario come il risultato di una coazione morale, non dovrebbe comunque applicarsi l'art. 13 della Costituzione salvo a voler aderire ad una concezione estremamente ampia del concetto di libertà personale, comprensiva anche della libertà morale intesa in senso estensivo⁶⁷.

Ed invece, tale concezione non pare trovare grande accoglimento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale⁶⁸.

Su questo tema specifico, può ricordarsi che, sebbene con orientamenti altalenanti, di cui si darà conto in modo sintetico e senza pretesa di completezza, la Corte Costituzionale, partendo dal presupposto che non ogni atto incidente sulla libertà personale rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 13 della Costituzione, ha tentato di individuare dei criteri qualificanti l'atto lesivo della libertà costituzionalmente garantita.

In alcune sentenze il criterio discretivo consiste nella presenza di una coercizione fisica sulla persona, tale da limitarne, anche se per breve tempo, la possibilità di movimento come nel caso dell'arresto, del fermo e dell'accompagnamento coattivo⁶⁹.

forme di coercizione fisiche dell'individuo, non opera contro forme liberamente accettate dai loro destinatari.

⁶⁷ L'orientamento dottrinario che ha teorizzato tale concetto di libertà ha preso spunto dall'analisi della sentenza della Corte Costituzionale n. 11 del 1956, in *www.giurcost.org*.

⁶⁸ Nella sentenza 194 del 1996 la Corte Costituzionale (sul sito *www.giurcost.org*) esclude che ricada nell'ambito applicativo dell'art. 13 Cost. il volontario prelievo di campioni biologici richiesto in determinati casi ai conducenti, anche se il rifiuto è assistito da sanzione. Infatti, in tale sentenza si evidenzia che la libertà personale non è violata anche se il rifiuto di sottoporsi a prelievo costituisce reato perché "il giudice deve riscontrare la ragionevolezza del motivo che ha indotto l'agente a disporre l'accompagnamento. Ed è proprio la previsione legislativa di tale ragionevolezza a scongiurare i rischi di abuso paventati dal rimettente, consentendo che a posteriori si compia una verifica giudiziale dei fatti e della attendibilità delle ragioni del convincimento dell'agente, in relazione al bene protetto della sicurezza della circolazione ed alle correlate finalità di prevenzione".

⁶⁹ Cfr. tra le altre la sentenza della Corte Costituzionale n. 45 del 1960, in *www.giurcost.org*.

In particolare con la sentenza n. 45 del 1960 la Corte ha chiarito che *“l’art. 13, nel dichiarare inviolabile la libertà personale, si riferisce alla libertà della persona in senso stretto, come risulta dalle esemplificazioni del secondo comma: detenzione, ispezione, perquisizione. Trattasi, quindi, di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall’habeas corpus”*.

Un diverso indirizzo giurisprudenziale, pur partendo da un concetto ampio di libertà (comprendente anche la libertà morale), ne ha poi ristretto la nozione sulla base di empirici criteri quantitativi utilizzati per valutare l’intensità della restrizione necessaria ad integrare la violazione del diritto, intensità che deve essere tale da produrre un assoggettamento fisico o morale equiparabile all’arresto.

Significativa è la sentenza n. 30 del 1962 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell’art. 4 T.U.L.P.S., in base al quale la polizia può procedere a rilievi segnaletici (descrittivi, fotografici, antropometrici) in presenza di determinate condizioni, nella parte in cui tale articolo consentiva di eseguire ispezioni personali.

Nella specie, i rilievi segnaletici, pur limitando la libertà, possono o meno concretizzare il citato assoggettamento in base alle modalità con cui vengono eseguiti.

Secondo la Corte, infatti, sono lesivi della libertà personale i rilievi compiuti su parti del corpo normalmente non esposte all’altrui vista e, di converso, non lesivi i rilievi compiuti su parti meno intime del corpo, e ciò anche nel caso in cui gli stessi comportino una momentanea immobilizzazione del soggetto, come il prelievo forzoso di impronte digitali.

Gli atti coercitivi non invasivi della libertà, secondo i criteri quantitativi appena esaminati, andrebbero, invece, qualificati come prestazioni imposte per motivi di sicurezza.

Sia la concezione della libertà personale fondata sull’esercizio di una restrizione di tipo fisico, sia la concezione, da ultimo descritta, che fa leva sul livello di invasività della restrizione, portano a considerare il prelievo di mucosa orale eseguito senza la collaborazione del soggetto passivo come atto rientrante nell’ambito di applicazione dell’art. 13 della Costituzione.

Ed allora, il rispetto delle garanzie costituzionali dei diritti della persona comporta che laddove manchi la collaborazione del soggetto passivo del prelievo, il legislatore sia obbligato a prevedere l’applicazione delle garanzie dell’art. 13 della Costituzione.

In alternativa, per evitare la citata applicazione, il legislatore dovrebbe introdurre metodologie di prelievo non invasive in base

ai criteri empirici quantitativi indicati nell'orientamento della Corte Costituzionale da ultimo esaminato.

Seguendo invece la tesi della giurisprudenza costituzionale più rigorosa, che considera rientrante nell'art. 13 della Costituzione qualunque potestà coercitiva fisica a prescindere dal quantum di invasività, il legislatore, sempre al fine di evitare l'applicazione del citato articolo, dovrebbe prevedere metodologie di prelievo indirette, cioè effettuate su materiale biologico naturalmente staccato dalla sfera corporale (si pensi alle cellule epiteliali rilasciate per contatto o al materiale biologico rilasciato dal ristretto per fini sanitari).

In conclusione, è auspicabile un intervento normativo che permetta di superare i tanti dubbi e perplessità esistenti sul piano pratico e su quello della legittimità costituzionale del prelievo di mucosa del cavo orale eseguito senza il consenso del soggetto passivo.

4. Il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA e le competenze dei ruoli tecnici della polizia penitenziaria

Una volta realizzati i prelievi di campioni di mucosa orale sui soggetti di cui all'art. 9 della legge, gli stessi devono essere inviati immediatamente al laboratorio centrale.

Il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA⁷⁰, da costituirsi presso il Ministero della giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, ha il compito di estrarre il DNA, tipizzare i profili genetici e conservare i campioni, nonché di inviare i profili tipizzati alla banca dati nazionale del DNA.

Nella legge n. 85 del 2009 non sono disciplinate nel dettaglio le diverse fasi di trattamento del DNA la cui regolamentazione è demandata ad un regolamento di attuazione.

Tuttavia il legislatore si preoccupa di specificare che l'analisi del campione biologico, finalizzata a estrarre il DNA e a tipizzarne il profilo, deve avvenire solo con procedure che non consentono l'identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato.

Le indicate procedure devono essere eseguite sulla base dei parametri riconosciuti a livello internazionale e indicati

⁷⁰ Si utilizzerà nel proseguo della trattazione la forma semplificata "laboratorio centrale".

nell'European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI)⁷¹.

Anche dopo aver proceduto alla tipizzazione del profilo genetico e al suo invio in formato elettronico in banca dati, il laboratorio centrale è tenuto a conservare il campione biologico non utilizzato per le analisi.

La durata della conservazione sarà stabilita dal regolamento di attuazione anche se nella legge è previsto un limite massimo stabilito in *non oltre 20 anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo*⁷².

Si è già evidenziato in precedenza che il campione biologico desta maggiori preoccupazioni, sotto il profilo della interferenza con la tutela della riservatezza rispetto al profilo di DNA⁷³.

Per tale motivo lascia perplessi la scelta di procedere alla conservazione del campione biologico dopo aver provveduto ad alimentare la banca dati con il profilo estratto dallo stesso.

Verosimilmente la conservazione del campione biologico è da collegarsi all'opportunità di garantire l'aggiornamento della banca dati con le nuove tecniche di tipizzazione che i progressi scientifici permetteranno, senza necessità di procedere ad un nuovo prelievo⁷⁴, nonché all'esigenza di ripetere la procedura in caso di errori⁷⁵.

Tuttavia rimane il dubbio circa il fatto che tali benefici possano giustificare i costi e i pericoli connessi alla conservazione del campione.

Proprio per il maggior rischio collegato alla conservazione del campione biologico, nella legge n. 85 del 2009 è opportunamente prevista la separazione anche fisica del laboratorio centrale dalla banca dati.

Come per i profili genetici, anche per il campione biologico è stabilito che essi non contengano le informazioni che consentono l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti.

Inoltre il trattamento e l'accesso ai dati devono essere effettuati con modalità tali da assicurare l'identificazione dell'operatore e la

⁷¹ L'ENFSI nasce nel 1999 come estensione del Western European governmental forensic laboratories group con l'intento di condividere le esperienze nel campo delle scienze forensi e l'obiettivo di garantire procedure uniformi e convalidate.

⁷² Sulla necessità di conservare il campione biologico una volta estratto il DNA, è critico Giuseppe Gennari, in *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, a cura di Alessio Scarcella, Padova, Cedam, 2009, p. 43.

⁷³ Si ricorda che il profilo contiene solo le informazioni deducibili dai marcatori utilizzati.

⁷⁴ Di una nuova tecnica di tipizzazione del profilo si è parlato nel paragrafo introduttivo.

⁷⁵ La ripetizione della procedura, per escludere eventuali errori, in senso tecnico richiederebbe il rinnovamento anche del primo atto con cui essa ha inizio: il prelievo.

registrazione di ogni attività⁷⁶.

Per evitare il rischio di abusi sul campione biologico sarebbe opportuno che con i regolamenti attuativi si escluda la possibilità di identificare il soggetto a cui il campione appartiene direttamente in laboratorio, salve esigenze eccezionali e previa attivazione di procedure specifiche di sicurezza.

Infatti, ai fini del funzionamento del sistema, è sufficiente che esista la possibilità in banca dati di collegare il profilo con un nome, attraverso una procedura di decodifica la cui predisposizione richiederà complesse competenze anche informatiche per escludere ingressi abusivi nel database.

Sul punto nella legge non si opera alcuna differenziazione. Infatti, il legislatore ha in linea generale regolamentato l'accesso ai dati contenuti nel laboratorio centrale (e nella banca dati) stabilendo che esso è consentito solo alla polizia giudiziaria e all'autorità giudiziaria esclusivamente per fini di identificazione personale, nonché per finalità di collaborazione internazionale di polizia.

Considerata la rilevanza anche costituzionale del diritto alla privacy, nell'art. 14 della legge n. 85 del 2009 è prevista per la violazione dell'obbligo di segretezza commessa dal pubblico ufficiale attraverso la comunicazione o l'uso, doloso o colposo, di dati e informazioni effettuati in violazione delle disposizioni previste dal capo II della legge in esame o al di fuori dei fini previsti dallo stesso capo, la sanzione della reclusione (da uno a tre anni per l'ipotesi dolosa e fino a sei mesi per quella colposa), salvo che il fatto costituisca più grave reato.

L'obbligo della segretezza è ribadito nell'art. 12 della legge con riferimento al personale impiegato presso il laboratorio centrale⁷⁷.

Tale personale apparterrà ai ruoli tecnici della polizia penitenziaria previsti nella legge n. 85 del 2009.

Infatti, a differenza del prelievo di campione biologico, affidato negli istituti di pena al personale di polizia penitenziaria, le attività di competenza del laboratorio centrale appena descritte costituiscono operazioni più complesse che richiedono conoscenze tecniche e specialistiche.

⁷⁶ Gli obblighi di registrazione e verbalizzazione accompagnano tutte le attività dal prelievo alla trasmissione del dato al fine di assicurare la catena di custodia, ossia la successione documentabile di tutto ciò che riguarda un campione (chi lo ha preso e dove è stato raccolto, dove è stato trasferito, analizzato, riposto, ecc.). Tale catena non deve mai essere interrotta.

⁷⁷ L'art. 12 della legge n. 85 del 2009 espressamente per tale personale richiama l'obbligo della segretezza per gli atti, i dati e le informazioni di cui sia venuto a conoscenza a causa o nell'esercizio delle proprie funzioni.

In particolare nell'art. 18 della legge 85 del 2009 sono stati previsti, ma non direttamente istituiti, i ruoli tecnici della polizia penitenziaria. Il legislatore ha scelto di demandare tale compito ad uno o più decreti legislativi che dovranno attenersi ai principi e criteri direttivi stabiliti nel comma 2 del citato articolo. Fra tali principi si evidenzia la necessità dell'attribuzione, ove occorra e limitatamente alle funzioni esercitate, delle qualità di agente e ufficiale di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza al personale che svolge attività tecnico scientifica e che espleta mansioni di carattere professionale in relazione al ruolo di appartenenza.

Si tratta delle qualifiche proprie di ogni appartenente alla polizia penitenziaria, che in parte ritroviamo richiamate fra le condizioni legittimanti l'accesso ai dati, ritenute necessarie per alzare il livello di garanzia ogni qual volta venga in rilievo l'esigenza di gestire dati personali da utilizzare per scopi di sicurezza e giustizia⁷⁸.

In attuazione del citato articolo, in data 9 settembre 2010 è stato emanato il decreto legislativo n. 162 con il quale a far data dal 1° gennaio 2011 sono stati istituiti i ruoli tecnici del personale del Corpo di polizia penitenziaria, comprendenti le figure professionali degli operatori tecnici, dei revisori tecnici, dei periti tecnici e dei direttori tecnici. Gli specifici profili professionali e le modalità di svolgimento dei concorsi sono demandati a uno o più regolamenti.

L'istituzione dei ruoli tecnici costituisce una nuova sfida per la polizia penitenziaria essendo tale Corpo privo di una esperienza specifica in questa delicata materia.

Tuttavia a tale problema può avviarsi attraverso una grande attenzione alla formazione del personale che sarà inquadrato in tali ruoli, avvalendosi anche dell'ausilio del *know how* maturato dalle altre forze di polizia in Italia e all'estero.

Nella legge n. 85 del 2009 si prevedono anche soluzioni transitorie da adottare fino a quando il laboratorio centrale non sarà pienamente operativo: entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria potrà stipulare convenzioni non rinnovabili di durata triennale con istituzioni di elevata specializzazione alle quali affidare anche presso laboratori esterni i compiti che dovrebbero effettuare i ruoli tecnici.

Tale soluzione comporta degli effetti negativi⁷⁹.

Si pensi ai costi elevati che l'appoggio a strutture esterne in

⁷⁸ Analoghe qualifiche sono previste per l'accesso alla banca dati SDI dall'art. 9 della legge 121 del 1981.

⁷⁹ Di GIUSEPPE GENNARI, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, (a cura di Alessio Scarcella), Padova, Cedam, 2009.

via ordinaria può comportare e alla carenza di normativa ad hoc sui requisiti dei laboratori privati, elemento che può influire sulla stessa utilizzabilità probatoria dei dati.

Altra critica è stata mossa contro la durata limitata delle convenzioni perché, se da un lato essa impedisce concentrazioni di potere, dall'altro comporta difficoltà all'instaurazione di un rapporto di collaborazione fiduciaria implicante una relazione prolungata nel tempo.

Evidentemente, per impedire abusi sul materiale genetico, il legislatore ha ritenuto opportuno evitare di attribuire alle strutture private la competenza anche alla conservazione del campione biologico.

Nel contempo, tuttavia, non è stato stabilito a quale struttura competa tale delicata incombenza.

L'ultimo profilo di perplessità nella previsione transitoria riguarda la qualificazione richiesta per i laboratori esterni costituita dalla sola certificazione ISO/IEC⁸⁰, ritenuta troppo generica.

Il definitiva, esistono ancora delle incertezze e degli ostacoli alla completa operatività degli istituti previsti nella legge n. 85 del 2009, ma il processo di attuazione è stato avviato. Oltre all'emanazione del decreto legislativo n. 162 del 2010 relativo ai ruoli tecnici della polizia penitenziaria, quasi tutti gli istituti hanno predisposto e attrezzato le stanze bianche e come si legge nella più volte citata circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria in materia del 11/06/2010 (GDAP-0490018-2010) *"l'allestimento del laboratorio e la formazione dell'equipe tecnico-specialistica che si occuperà della tipizzazione e trasmissione dati alla banca dati nazionale sono in avanzata fase di preparazione"*.

Si tratta di un inizio un po' lento ma pur sempre di un inizio.

⁸⁰ L'ISO è acronimo di International Organization for Standardization mentre IEC è acronimo di International ElectroTechnical Commission; si tratta di organizzazioni mondiali competenti ad emanare norme in materia di qualità e sicurezza che relativamente ai laboratori di analisi hanno emanato la norma ISO/IEC 17025:2005 ritenuta non sufficientemente dettagliata per un settore tanto delicato quanto quello relativo al trattamento dei campioni biologici finalizzati all'alimentazione di una banca dati nazionale.

Bibliografia relativa al primo paragrafo

W. BÄR, B. BRINKMANN, B. BUDOWLE, A. CARRACEDO, P. GILL, P. LINCOLN, MAYR W., B. OLAISEN, "DNA recommendations. Further report of the DNA Commission of the ISFG regarding the use of short tandem repeat systems.", *Forensic Sci Int.* 87(3), 1997, p. 179-184;

J.M. BUTLER, "Genetics and genomics of core STR loci used in human identity testing." *J. Forensic Sci.* 51(2), 2006, p. 253-265;

B. DALLAPICCOLA, G. NOVELLI, A. SPINELLA, "PCR DNA typing for forensics.", *Nature* 354(6350), 1991, p. 179.

H. ELLEGREN, "Microsatellites: simple sequences with complex evolution.", *Nat. Rev. Genet.* 5(6), 2004, p. 435-445.

E. GIARDINA, I. PIETRANGELI, C. MARTONE, P. ASILI, I. PREDAZZI, P. MARSALA, L. GABRIELE, C. PIPOLO, O. RICCI, G. SOLLA, L. SINEO, A. SPINELLA, G. NOVELLI, "In silico and in vitro comparative analysis to select, validate and test SNPs for human identification.", *BMC Genomics*, 2007, p. 8:457.

E.M. GOLENBERG, A. BICKEL, P. WEIHS, "Effect of highly fragmented DNA on PCR.", *Nucleic Acids Res*, 1996, p. 24:5026-5033.

B. GOTTLIEB, L.K. BEITEL, L. PINSKY, M.A. TRIFIRO, "Androgen Insensitivity Syndrome.", *GeneReviews* [Internet]. Bookshelf ID: NBK1429 PMID: 20301602 (Initial Posting: March 24, 1999; Last Update: May 24, 2007).

Bibliografia relativa ai paragrafi successivi al primo

CERRI AUGUSTO, voce *Libertà personale* (diritto costituzionale) in *Enc. Giur. Treccani*, 1991, vol. XVI, Roma, p. 3.

CERRI AUGUSTO, voce *Diritto alla riservatezza* (diritto costituzionale), in *Enc, giur. Treccani*, 1995 vol. XXVII, Roma, p. 3.

PENNISI ANGELO, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino Giappichelli 2002.

ALESSIO SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, Cedam, 2009, p. 49.

STEFANINI ELISA, *Dati genetici e diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2008, p. 8 ss.