

Francesco Costamagna

Banche dati del Dna e lotta contro il crimine: quale tutela per i diritti fondamentali in Europa?(*)

Introduzione

L'utilizzo dei dati genetici quale strumento di contrasto al crimine costituisce una pratica ormai molto diffusa, non solo nelle *fiction* poliziesche, ma anche nel mondo reale. Il successo di tale tecnica investigativa è dovuto alla sua maggiore efficacia, rispetto ad altri strumenti utilizzati dalle forze di polizia, nell'identificazione dei colpevoli. Il cosiddetto *DNA profiling*, tecnica inventata nel 1984 da Sir Alec Jeffreys, consente, infatti, di tracciare l'"impronta genetica" di un soggetto¹, la quale potrà, poi, essere comparata con le tracce biologiche rinvenute sulla scena del reato, rendendo, così, più agevole

l'individuazione dell'autore del fatto. Le cronache rivelano, inoltre, come l'utilizzo di tali strumenti consenta l'identificazione dei colpevoli anche a grande distanza di tempo dalla commissione dei reati, contribuendo alla soluzione di casi rimasti irrisolti.

Sono, così, sempre più numerosi gli stati, anche europei, che dispongono di database del Dna, all'interno dei quali è conservata una serie di profili genetici che le autorità di contrasto al crimine possono utilizzare per lo svolgimento delle indagini o di procedimenti giudiziari. Con la legge n. 85 del 30 giugno 2009² anche l'Italia ha provveduto a disciplinare la propria banca dati nazionale del Dna. L'atto segna l'adesione del nostro paese alla Convenzione di Prüm, un trattato internazionale concluso nel 2005 tra sette stati europei con l'obiettivo di rinforzare la cooperazione transfrontaliera in materia di lotta alla criminalità e al terrorismo. Alcune delle norme

¹ L'impronta genetica – *genetic fingerprint* – è rilevata attraverso l'applicazione di determinati marcatori molecolari a un genoma, al fine di renderlo riconoscibile. Tale processo, detto di *fingerprinting* genetico, consiste nel comparare la lunghezza delle sezioni variabili del Dna ripetitivo, come le *short tandem repeats* e i minisatelliti, che, nonostante il 99,9% della sequenza del Dna sia uguale per tutti, risultano diverse tra un individuo e l'altro.

² Pubblicata in GU n. 160 del 13.07.2009.

N. 197 - SEPTEMBER 2010

Abstract

The use of genetic data in the fight against crime has become a common practice in Europe. Over the years, many member states have created DNA databases to this end. The European Union is backing these efforts, including by establishing cooperation mechanisms that can help member states to share this type of information.

There is, however, a risk that the collecting of genetic data for forensic ends could take place without paying due regard to the protection of fundamental rights. The decision of the European Court of Human Rights in the *S. and Marper* case demonstrates that this risk is indeed very real. The EU legislation does not seem to provide a fully satisfactory answer to these concerns, as the protection it offers to the rights of those concerned is still too limited. There is thus a need to fill this gap, by fully incorporating the principles developed by the Council of Europe and the European Court of Human Rights into the EU legal order. The coming into force of the Lisbon Treaty may prove useful in this regard, as it confers the EU legislative organs with new powers that can be used to redress the situation.

Francesco Costamagna holds a PhD in International Economic Law and is a temporary lecturer in International Law and European Union Law at the University of Turin.

(*) The opinions expressed herein are strictly personal and do not necessarily reflect the position of ISPI.

del Trattato sono state trasposte anche nell'ordinamento dell'Unione europea, la quale ha, così, imposto a tutti gli stati membri la creazione di banche dati nazionali del Dna.

Le enormi potenzialità dei dati genetici quale strumento di contrasto alla criminalità non possono, però, portare a sottovalutare i rischi che il loro utilizzo comporta per i diritti delle persone interessate. Il ricorso alle analisi del Dna determina, infatti, pesanti intrusioni nella loro sfera privata, consentendo di avere accesso a informazioni relative a caratteristiche personali molto sensibili, quali, ad esempio, quelle attinenti allo stato di salute. Inoltre, non può trascurarsi come tali interferenze possano riguardare anche soggetti terzi, diversi dall'indagato o dall'imputato, come dimostra la pratica del *familial searching*. Da ultimo, vi è il rischio che l'impiego diffuso di tali tecniche investigative possa ingenerare derive discriminatorie o di stigmatizzazione nei confronti di taluni gruppi sociali "a rischio", come avvenuto nel caso della minoranza ispanica negli Stati Uniti³.

Diventa, così, sempre più urgente trovare un punto di equilibrio tra l'utilizzo di strumenti tecnologici indubbiamente molto efficaci nella lotta contro il crimine e la

tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti. Diritto che costituisce uno degli elementi essenziali dello Stato di diritto, trovando, per quanto riguarda nello specifico il contesto europeo, pieno riconoscimento sia nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴ sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵. Tale ultimo strumento dedica un articolo specifico alla protezione dei dati di carattere personale⁶. L'accresciuta consapevolezza dei rischi posti dall'utilizzo di mezzi elettronici o automatizzati di gestione delle informazioni ha, infatti, spinto i redattori della Carta a offrire specifica tutela a un elemento tradizionalmente considerato parte integrante del diritto al rispetto della vita privata e familiare⁷.

Il presente brief affronta la questione del rapporto tra l'utilizzo dei dati genetici quale strumento di lotta contro la criminalità e la tutela della vita privata con particolare riferimento al contesto europeo. Più specificamente, l'analisi si concentra su alcune recenti iniziative assunte dal legislatore dell'Unione europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, fine con il duplice obiettivo di valutare il modo

in cui viene risolto l'annoso problema della ricerca di un punto di equilibrio tra sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, nonché di elaborare possibili proposte.

Banche dati del Dna e cooperazione transfrontaliera nella lotta contro il crimine: dalla Convenzione di Prüm all'intervento dell'Ue

I fenomeni criminali, beneficiando delle aperture determinate dal processo di globalizzazione, hanno assunto una dimensione sempre più transnazionale, rendendo, quindi, necessario il rafforzamento della cooperazione tra gli stati in questo ambito. Un'esigenza avvertita anche nel contesto europeo e, più in particolare, nell'ambito dell'Unione europea, dove si è assistito al progressivo potenziamento della cooperazione transfrontaliera in tale settore.

Uno dei pilastri su cui si fonda il sistema di cooperazione è rappresentato dalla creazione di meccanismi tesi a migliorare lo scambio di dati tra le autorità nazionali, nonché a consentire a ciascuna di queste di avere accesso alle informazioni di cui dispongono gli altri stati⁸. Una strategia che, soprattutto in tempi recenti, ha riguardato anche i dati conservati nelle banche nazionali del Dna. Un primo passo importante in questo senso è stato compiuto con la Con-

³ D. GRIMM, *The Demographics of Genetic Surveillance: Familial DNA Testing and the Hispanic Community*, in «Columbia Law Review», 107, 2007, pp. 1164-1194.

⁴ Art. 8 CEDU.

⁵ Art. 7 Carta.

⁶ Articolo 8 Carta.

⁷ In argomento si vedano le interessanti considerazioni svolte da E. BATTAGLIA, G. DI FEDERICO, *La Carta dei diritti e la tutela della riservatezza*, in L.S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002, pp. 207-208.

⁸ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2009, p. 235.

venzione di Prüm⁹, un trattato internazionale concluso nel 2005 tra sette stati membri dell'Unione europea – Belgio, Germania, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria¹⁰. La sua adozione intendeva rafforzare la cooperazione interstatale per una più efficace lotta contro il terrorismo, la criminalità transnazionale e l'immigrazione illegale.

La Convenzione si compone di diverse parti. Particolarmente rilevante ai nostri fini è il Titolo II, il quale disciplina la creazione di banche dati per la raccolta del Dna, delle impronte digitali e di altri dati, nonché la trasmissione e lo scambio di tali informazioni tra le autorità nazionali. Il Titolo III si occupa, invece, della prevenzione di attentati terroristici, prevedendo obblighi specifici in materia di scambio di informazioni tra gli stati membri e la possibilità della presenza sugli aerei di linea degli *air marshals*, ufficiali di polizia incaricati di garantire la sicurezza sugli aerei.

⁹ Conclusa il 27 maggio 2005 ed entrata in vigore il 1° novembre 2006. Il 5 dicembre 2006 è stato concluso a Bruxelles l'Accordo attuativo della Convenzione.

¹⁰ Altri 8 paesi – Finlandia, Italia, Portogallo, Slovenia, Svezia, Romania, Bulgaria e Grecia – avevano successivamente dichiarato la loro intenzione di aderire alla Convenzione. Per un'analisi complessiva della Convenzione si veda C. MORINI, *La Convenzione di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all'immigrazione illegale*, in «Studi sull'integrazione europea», n. 1, 2008, pp. 181-201.

L'articolo 18 prevede che questi soggetti possano essere autorizzati dallo stato che "subisce" la loro presenza, a portare a bordo armi e munizioni per lo svolgimento del loro compito. La disposizione prevede, inoltre, che gli *air marshals*, nel caso in cui siano armati, possano scendere dall'aereo solo se accompagnati da un rappresentante dello stato in cui l'aereo è atterrato e che le armi, una volta sbarcate sotto scorta, siano immediatamente depositate in una zona specifica dell'aeroporto indicata dalle competenti autorità nazionali. Il Titolo IV della Convenzione, infine, introduce misure specifiche per la lotta contro l'immigrazione illegale, quali, in particolare, l'invio di esperti in materia di falsificazione dei documenti e l'assistenza alle attività di rimpatrio.

Fin da subito, la scelta di regolare tali aspetti attraverso un accordo internazionale concluso solo da una parte degli stati membri dell'Unione era stato fortemente criticato da più parti¹¹, rappresentando un momento di

¹¹ Parere del Comitato economico e sociale europeo del 15 dicembre 2005 *in merito alla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni - Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*, in GUUE C 65 del 17.03.2006, pp. 120-130, parr. 4.2.9-4.2.11. Si veda inoltre House of Lords, *Prüm: An Effective Weapon Against Terrorism and Crime?*, European Union Committee, 18th Report of Session 2006-2007, May 9, 2007, punti 19-22.

«régression institutionnelle»¹². Riguardando materie rientranti nella sfera di competenza dell'Unione, e già oggetto di specifica normazione in questo ambito, tali questioni avrebbero dovuto e potuto essere disciplinate secondo le regole e le procedure previste dai Trattati, in particolare quelle relative alle cooperazioni rafforzate¹³. L'opposizione di alcuni stati membri, tra i quali la Gran Bretagna, e la volontà di "fare presto", evitando i controlli democratici e istituzionali previsti da tali norme, aveva spinto le parti a procedere al di fuori del sistema istituzionalizzato dell'Unione. Una scelta che ha, però, evidenti ricadute negative in termini di trasparenza, fiducia reciproca tra gli stati membri e coerenza dell'azione dell'Unione europea in materia di sicurezza¹⁴. Da

¹² J. ZILLER, *Le Traité de Prüm. Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'espace de sécurité de liberté et de justice*, EUI Working Papers Law, n. 32, 2006, p. 7.

¹³ In questo senso G. CAGGIANO, *Libertà, sicurezza e giustizia in un'Unione basata sul diritto*, in «Studi sull'integrazione europea», n. 2, 2007, pp. 345-346. Lo strumento della cooperazione rafforzata è oggi disciplinato agli articoli 20 TUE e 326-334 TFUE, i quali prevedono che l'autorizzazione di procedere a una cooperazione rafforzata debba essere concessa dal Consiglio, all'unanimità, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento.

¹⁴ In questo senso T. BALZACQ - D. BIGO - S. CARRERA - E. GUILD, *Security and the Two-Level Game: The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats*, CEPS Working Document n. 234, January 2006, p. 17.

più parti si è sottolineato come la Convenzione di Prüm, pur rispondendo a esigenze legittime, costituisca una violazione del principio di leale cooperazione¹⁵, incidendo negativamente sulla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁶.

Parimenti controversa è risultata anche la successiva trasposizione di alcune¹⁷ delle norme dell'accordo nel quadro normativo dell'Unione, avvenuta con la Decisione 2008/615/GAI¹⁸. Un passaggio che, si noti, era già previsto dall'articolo 1 della Convenzione di Prüm, tanto da portare alcuni commentatori a osservare come la decisione di partecipare alla Convenzione di Prüm fosse stata presa dalle Parti «not just as independent States, but also as Members States of the EU»¹⁹.

Obiettivo primario della Decisione è il rafforzamento

dello scambio di informazioni tra le autorità nazionali competenti in materia di sicurezza per quanto attiene alcuni ambiti specifici: il trasferimento automatizzato dei profili del Dna, dei dati dattiloscopici e dei dati sull'immatricolazione dei veicoli, nonché la trasmissione di dati in occasione di grandi eventi e per prevenire atti terroristici. L'atto dà attuazione al cosiddetto principio di disponibilità, prevedendo la possibilità per le autorità di contrasto al crimine di ciascuno stato membro di accedere alle informazioni a disposizione di altri stati membri²⁰.

²⁰ Il principio, divenuto operativo a partire dal 1° gennaio 2008, è stato introdotto dal *Programma dell'Aja: rafforzamento della sicurezza, della libertà e della giustizia nell'Unione europea*, adottato dal Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004, in GUUE C53 del 03.03.2005, p. 7. Per la messa in atto del principio è stata adottata la Decisione Quadro 2006/960/GAI del 18 dicembre 2006, *relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge*, in GUUE L 386 del 29.12.2006, pp. 89-100. Si veda, inoltre, S. CIAMPI, *Principio di disponibilità e protezione dei dati personali nel "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in F. PERONI - M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009, pp. 42-44. L'autore mette in luce come l'attuazione del principio porti al superamento dei sistemi tradizionalmente utilizzati per lo scambio di informazioni nell'ambito dell'Unione europea, i quali facevano perno su un'unità centrale di collezione o analisi del dato (Europol, Eurojust, Sis, Sid). Per questa via si giunge, sempre secondo

Più nello specifico, riguardo all'argomento del presente contributo, la Decisione 2008/615/GAI, oltre a prevedere la creazione di banche dati nazionali del Dna²¹ entro 3 anni dalla sua entrata in vigore²², impone agli stati membri di rendere disponibili dati indicizzati di tali schedari, così da facilitare lo scambio di informazioni²³. In primo luogo, è prevista la possibilità per le autorità nazionali di accedere alle banche dati degli altri stati, per procedere a una consultazione automatizzata tramite la comparazione dei profili di Dna. L'articolo 4 della Decisione prevede, inoltre, la possibilità di un raffronto automatizzato tra i profili di Dna non identificati con quelli provenienti dai dati indicizzati degli altri schedari nazionali. Nel caso in cui la consultazione o il raffronto rivelino una concordanza tra i diversi profili di Dna – quelli, in ipotesi, ottenuti dalle tracce biologiche rinvenute sulla scena di un reato e quelli

l'autore, «a stravolgere il concetto stesso di banca dati nazionale, posto che, almeno in astratto, gli utenti di un archivio creato all'interno di uno Stato divengono, indistintamente, le autorità di contrasto degli altri Stati membri».

²¹ Articolo 2 Decisione 2008/615/GAI.

²² Articolo 36 Decisione 2008/615/GAI.

²³ Per un'analisi dettagliata della procedura di trasmissione prevista dalla Decisione 2008/615/GAI si veda A. MARANDOLA, *Information Sharing nella prospettiva del Trattato di Prüm e della decisione di recepimento nel quadro giuridico dell'Unione*, in F. PERONI - M. GIALUZ (a cura di), *op. cit.*, pp. 170-173.

¹⁵ Articolo 4(3) TUE (ex articolo 10 TCE). Sul principio in generale si veda, per tutti, O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, pp. 5-10.

¹⁶ House of Lords, *op. cit.*, punto 19; C. MORINI, *op. cit.*, pp. 195-196.

¹⁷ La Decisione non "recepisce" le misure riguardanti materie facenti parte dell'allora pilastro comunitario, quali le disposizioni volte alla lotta contro l'immigrazione illegale e quelle attinenti la sicurezza sugli aerei (*air marshals*).

¹⁸ Decisione 2008/615/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008 *sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera*, in GUUE L 210 del 06.08.2008, pp. 1-11.

¹⁹ In argomento, House of Lords, *op. cit.*, punto 29.

presenti nella banca nazionale dell'altro stato membro –, sarà possibile, per lo stato richiedente, ottenere dati ulteriori utili all'identificazione del soggetto²⁴. La trasmissione dei dati dovrà essere effettuata attraverso i punti di contatto nazionali, la cui costituzione è prevista dall'articolo 6 della Decisione.

Da ultimo, merita di essere sottolineato come l'atto in questione vada addirittura oltre lo scambio di dati relativi ai profili genetici. L'articolo 7 prevede, infatti, la possibilità che le autorità nazionali chiedano a un altro stato il prelievo e l'analisi di materiale cellulare appartenente a una persona che si trovi sul suo territorio, qualora tali operazioni siano necessarie per la prosecuzione di indagini o procedimenti in corso. L'obbligo di soddisfare la richiesta scatta, però, solo nel caso in cui siano soddisfatte le condizioni per il prelievo e l'analisi di materiale cellulare previste dalle legislazioni nazionali di entrambi gli stati coinvolti.

Banche dati del Dna e tutela dei diritti individuali: luci e ombre

La Decisione 2008/615/GAI, sulla scia della Convenzione di Prüm²⁵, dedica grande attenzione alla tematica della protezione dei dati personali.

²⁴ Secondo il cosiddetto sistema "hit/no hit", richiamato al Considerando 18 della Decisione 2008/615/GAI.

²⁵ Come sottolineato da J. ZILLER, *op. cit.*, pp. 6-7.

Per quanto riguarda, in particolare, i dati genetici, l'aspetto più significativo è la previsione che impone l'utilizzabilità dei soli profili ricavati dalla parte non codificante del Dna. Come chiarito dalla Decisione 2008/616/GAI²⁶, si tratta delle «regioni cromosomiche che non contengono alcuna espressione genetica», non consentendo, quindi, di accedere all'identità del soggetto, né ad alcuna informazione sulle sue caratteristiche ereditarie.

Il capo 6 dell'Atto fissa, inoltre, una serie di disposizioni, relative non solo ai dati genetici, a tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti. In primo luogo, l'articolo 26, codificando il principio di finalità limitata, prevede il divieto di utilizzare i dati per fini diversi da quelli per i quali erano stati trasmessi. L'articolo 28 impone, invece, agli stati di garantire la correttezza dei dati oggetto di trasmissione. Sempre la stessa disposizione, al paragrafo 3, prescrive la distruzione dei dati, anche se correttamente trasmessi, una volta che questi non siano più «necessari alle finalità per le quali sono stati trasmessi».

²⁶ Decisione 2008/616/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008 relativa all'attuazione della decisione 2008/615/GAI *sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera*, in GU L 210 del 06.08.2008, pp. 12-72. L'atto traspone nel sistema normativo dell'Unione europea alcune delle norme contenute nell'Accordo attuativo della Convenzione di Prüm, firmato il 5 dicembre 2006.

L'Atto stabilisce, poi, una serie di diritti per le persone interessate²⁷. Queste hanno, prima di tutto, la possibilità di ricevere, nel caso in cui lo richiedano, tutte le informazioni relative alla trasmissione di dati che le riguardino, nonché di ottenere la rettifica o la cancellazione di dati inesatti o trasmessi illecitamente. Sempre a questo proposito, è sancito l'obbligo per gli stati di assicurare l'accesso a mezzi di ricorso efficaci, di fronte ai quali le persone che abbiano subito una violazione dei loro diritti possano chiedere il risarcimento dei danni.

Da ultimo, l'articolo 25 stabilisce che gli stati siano tenuti a garantire un livello di protezione dei dati personali da trasmettere o già trasmessi corrispondente almeno a quello stabilito dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale²⁸, nonché dal suo Protocollo addizionale del 2001²⁹, e dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri n. R(87)15 sull'utilizzo dei dati a carattere personale nel settore della polizia.

Nonostante l'attenzione dedicata alla tutela dei dati personali, permangono diversi aspetti problematici che, vista la delicatezza della questione, non possono es-

²⁷ Articolo 31 Decisione 2008/615/GAI.

²⁸ STCE n. 108, firmata a Strasburgo il 28.01.1981.

²⁹ STCE n. 181, firmato a Strasburgo l'08.11.2001.

sere trascurati. Un primo esempio importante in questo senso è offerto dall'articolo 26, il quale, dopo aver codificato il principio di finalità limitata, prevede che lo stesso possa essere derogato se la legislazione nazionale dello stato che gestisce la banca dati lo consenta, senza prevedere alcuna condizione ulteriore a questo proposito. Criticabile appare anche la scelta effettuata dall'articolo 28 di non introdurre alcun meccanismo di controllo preventivo sulla correttezza dei dati da trasmettere, limitandosi a prevedere un intervento solo *ex post*.

I problemi maggiori riguardano, però, l'ambito applicativo delle norme sulla tutela dei dati personali contenute nella Decisione 2008/615/GAI. Tali disposizioni trovano, infatti, applicazione solo nei confronti dei dati oggetto di trasmissione tra stati membri, o resi disponibili a tal fine, e non di quelli trattati esclusivamente a livello nazionale. Si tratta di un limite che non caratterizza solo l'atto in esame, riguardando, più in generale, l'intero regime di tutela dei dati personali nell'ambito della cooperazione penale. A tale proposito, basti rilevare come la stessa situazione caratterizzi anche l'atto più rilevante in questo contesto, vale a dire la Decisione quadro 2008/977/GAI³⁰, adottata, dopo un lun-

³⁰ Decisione Quadro 2008/977/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008, *sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, in GU L 350

ghissimo periodo di gestazione³¹, proprio per assicurare un elevato livello di protezione del diritto alla vita privata, riguardo al trattamento dei dati personali nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale³². Un limite che risulta, invece, assente nella disciplina relativa alla tutela dei dati personali applicabile alle materie facenti parte dell'ex pilastro comunitario. La Direttiva 95/46/CE – cardine del sistema europeo di tutela dei dati personali, che non trova, però, applicazione in materia di pubblica sicurezza, difesa e sicurezza dello stato³³ – disciplina, infatti, tutte le ipotesi di trattamento dei dati, ivi comprese quelle aventi carattere puramente nazionale. È evidente come il mantenimento di un tale regime duale non abbia più ragion d'essere dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, perpe-

del 30.12.2008, pp. 60-71. Si tratta del primo atto avente portata generale adottato in materia di protezione dei dati personali in materie facenti parte dell'ex terzo pilastro.

³¹ La proposta per l'adozione dell'atto era stata avanzata dalla Commissione già nel 2005 (COM (2005) 475 def.), in seguito alle indicazioni contenute nel Piano d'azione del Programma dell'Aja elaborato dalla Commissione e dal Consiglio (in GUUE C 198 del 12.08.2005, pp. 1-22).

³² Articolo 1 Decisione quadro 2008/977/GAI.

³³ Articolo 3(2) Direttiva 95/46/CE del Parlamento e del Consiglio del 24 ottobre 1995 *relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, in GU L 281 del 23.11.1995, pp. 31-50.

tuando una distinzione tra pilastri ormai superata³⁴.

Al di là delle questioni di carattere sistematico, la scelta della Decisione 2008/615/GAI d'imporre la creazione di banche dati del Dna, senza la contestuale individuazione di regole minime per quanto riguarda la raccolta e il trattamento di tali dati a livello nazionale non convince per una serie ulteriore di motivi. In primo luogo, la mancanza di standard comuni che gli stati siano tenuti a rispettare durante tutte le fasi del trattamento dei dati rischia di rendere più difficoltoso il flusso delle informazioni tra le diverse autorità nazionali, esistendo sensibili differenze tra le varie legislazioni nazionali in materia di banche dati del Dna³⁵. Una situazione che, come osservato anche dal Garante europeo per i dati personali, potrebbe incidere negativamente sullo sviluppo stesso della cooperazione transfrontaliera³⁶. In

³⁴ Con particolare riferimento all'impatto di tale modifica sull'ex terzo pilastro si veda S. PEERS, *Finally 'Fit for Purpose'? The Treaty of Lisbon and the End of the Third Pillar Legal Order*, in *Yearbook of European Law*, 27 (2008), 2009, pp. 47-64.

³⁵ Gli elementi di disparità riguardano i criteri per l'inserimento dei profili individuali – vi sono stati che prevedono che nel database figurino solo quelli di soggetti condannati per reati gravi, altri che ammettono l'inclusione di quelli appartenenti a soggetti solo sospettati e anche per reati di minore gravità –, i criteri per l'esclusione dei profili presenti nella banca dati e, da ultimo, i tempi di conservazione dei profili e dei materiali biologici.

³⁶ Viceversa, come puntualmente osservato anche dal Garante euro-

secondo luogo, ed è questo l'aspetto senza dubbio più preoccupante, l'impostazione non offre adeguate garanzie quanto alla tutela dei diritti individuali. La scelta astensionistica effettuata dal legislatore europeo si inserisce, senza apportare alcun correttivo, in un quadro normativo nel quale, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, vi è talvolta la tendenza a privilegiare le preoccupazioni securitarie rispetto alla tutela dei diritti fondamentali.

L'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo

Una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo dimostra come le preoccupazioni espresse in chiusura del paragrafo precedente non abbiano carattere solo teorico. Il caso riguardava l'Inghilterra³⁷, il

peo sulla protezione dei dati, la previsione di simili criteri in un atto normativo dell'Unione contribuirebbe a «creare già all'atto della raccolta dei dati i presupposti per la loro trasmissione» (GEPD, *Terzo parere del garante europeo della protezione dei dati relativo alla proposta di decisione quadro del Consiglio sulla protezione dei dati personali nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, in GUUE C 139 del 23.06.2007, pp. 1-10, punto 16).

³⁷ Il riferimento all'Inghilterra si giustifica perché la normativa sulle banche dati del Dna non è la stessa in tutta la Gran Bretagna. La legislazione inglese, la quale trova applicazione anche in Galles e Irlanda del Nord, si distingue da quella applicabile in Scozia, dove non è consentita la conservazione a tempo indeterminato dei campioni appartenenti a soggetti non condannati.

paese che dispone della più ampia banca dati del Dna al mondo, almeno in proporzione alla sua popolazione³⁸. Questo perché, a partire dal 2001³⁹, è stata prevista la conservazione a tempo indeterminato dei campioni biologici e dei profili del Dna di tutti gli individui semplicemente sospettati di aver commesso «a recordable offence», categoria che comprende anche crimini non gravi. Non sorprende che un simile sistema abbia ingenerato forti preoccupazioni, essendo da più parti considerato eccessivamente invasivo e poco attento nei confronti dei diritti di soggetti neppure condannati⁴⁰. La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *S. e Harper c. Regno Unito* del 2008⁴¹, ha confermato la

³⁸ Il *National DNA Database* è operativo dal 1995 e contiene attualmente più di 4 milioni di profili che rappresentano il 5,4% della popolazione. Il Codis, la banca dati statunitense, contiene un numero maggiore di profili, ma che corrispondono a circa lo 0,5% della popolazione Usa. Tali dati sono disponibili sul sito <http://www.homeoffice.gov.uk/scienceresearch/using-science/dna-database/>.

³⁹ *Criminal Justice and Police Act 2001* (ch. 16), Sect. 82. In risposta alla sentenza *S. e Harper*, il Governo inglese ha presentato il *Crime and Security Bill (2009-2010)*, il quale introduce un limite temporale per la conservazione dei dati appartenenti a persone non condannate, senza, però, affrontare altri aspetti ugualmente controversi.

⁴⁰ Si veda, per tutti, Nuffield Council on Bioethics, *The Forensic Use of Bioinformation: Ethical Issues*, September 18, 2007.

⁴¹ *S. and Harper v. The United Kingdom*, Appl. Nos. 30652/04 and 30566/04, judgment of 4 December

fondatezza di questi timori, sancendo l'incompatibilità della legislazione inglese sulla raccolta e conservazione dei dati del Dna con il diritto alla riservatezza, di cui all'articolo 8 Cedu.

La pronuncia, adottata all'unanimità dalla Grande Camera, riguardava le vicende di due soggetti, accusati rispettivamente di tentata rapina e molestie nei confronti della partner, ai quali era stata negata la cancellazione dalla banca dati nazionale delle impronte digitali e dei campioni di Dna raccolti durante le indagini, nonostante nessuno dei due fosse poi stato condannato. In entrambi i casi era stato proposto ricorso di fronte alle corti inglesi, fino ad arrivare alla House of Lords, la quale aveva, però, confermato la legittimità della decisione assunta dalle autorità di polizia⁴².

Il caso risulta particolarmente interessante, affrontando alcuni degli aspetti più delicati del rapporto tra l'utilizzo delle banche dati del Dna, quali strumenti di contrasto alla criminalità, e la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti.

In prima battuta, la Corte ha voluto confermare come già la semplice conservazione di campioni del Dna all'interno

2008. Per un commento della sentenza di veda L. HEFFERMAN, *DNA and Fingerprint Data Retention: S and Harper v United Kingdom*, in «European Law Review», n. 34, 2009, pp. 491-504.

⁴² *R. (on the application of S) v Chief Constable for South Yorkshire* [2004] UKHL 39; [2004] 4 All E.R. 193.

delle banche dati costituisca un'interferenza con il diritto all'integrità personale⁴³. In effetti, si tratta di una pratica potenzialmente molto rischiosa per gli interessi della vita privata dell'individuo coinvolto. Tra questi, la Corte pone l'accento sul rischio di stigmatizzazione⁴⁴, derivante dal sottoporre soggetti innocenti allo stesso trattamento previsto per quelli condannati⁴⁵.

Si noti come, nel giungere a tale conclusione, i giudici abbiano inteso distinguere la conservazione dei campioni di Dna da quella di altri dati personali, quali le impronte digitali⁴⁶. Questo perché, prima di tutto, il materiale genetico consente di accedere a informazioni molto più sensibili, quali, ad esempio, le informazioni relative alla salute. Inoltre, il rapido sviluppo tecnologico della scienza biomedica potrebbe consentirne utilizzi neppure immaginabili allo stato attuale, lasciando quindi il soggetto in una situazione di perenne incertezza di fronte a possibili incursioni nella sua vita privata⁴⁷. A questo pro-

posito, la Corte ha osservato come tali caratteristiche, pur risultando sicuramente più evidenti per quanto riguarda i campioni biologici, non possano escludersi neppure per i profili di Dna. Questi ultimi, pur contenendo una quantità minore di informazioni rispetto ai primi, consentono, infatti, di andare «well beyond neutral identification»⁴⁸, potendo essere utilizzati per stabilire relazioni genetiche tra le persone o l'origine etnica di un soggetto.

Ugualmente rilevanti appaiono le considerazioni svolte dalla Corte sulla legittimità dell'interferenza imposta dalla legislazione inglese, vale a dire sulla possibilità di considerare la misura «necessaria in una società democratica». Richiamando una giurisprudenza ormai consolidata, è stato ribadito come il requisito imponga di determinare se la misura persegua un obiettivo legittimo – quale è senza dubbio la lotta al crimine –, e, soprattutto, se sia proporzionata al suo raggiungimento⁴⁹.

Caratteristica quest'ultima che la Corte ha ritenuto non potesse dirsi soddisfatta nel caso di specie, visto il carattere generalizzato e indiscriminato del sistema inglese di conservazione dei dati del Dna. A tale proposito è stato ritenuto non potersi riconoscere alcuna rilevanza ai risultati positivi ottenuti dalla polizia inglese attraverso

so l'utilizzo del database. I giudici di Strasburgo hanno, infatti, messo in evidenza come il nodo del problema non fosse valutare l'efficacia dello strumento, quanto determinare se il suo utilizzo consentisse un adeguato bilanciamento tra le esigenze di sicurezza pubblica e i diritti individuali. Una domanda alla quale non poteva che darsi risposta negativa nel caso in esame. Il sistema inglese, infatti, «fails to strike a fair balance between the competing public and private interests», risultando contrario a un nucleo di principi fondamentali che la Corte ritiene giustamente irrinunciabili⁵⁰.

In questo modo i giudici di Strasburgo hanno inteso ribadire la necessità di prevedere limiti rigorosi alla conservazione dei dati genetici, sia per quanto riguarda le tipologie di reati per le quali essa è ammessa, sia sotto il profilo temporale. Sul punto, la Corte ha fatto riferimento a quanto stabilito dalla Risoluzione R(92)1 del Comitato dei Ministri. L'atto prevede che i campioni biologici raccolti nel corso delle indagini dovrebbero essere immediatamente distrutti al termine del procedimento, mentre la conservazione delle informazioni ricavate dall'analisi del Dna dovrebbe essere ammessa solo nel caso di soggetti condannati per gravi crimini contro la persona e solo per un perio-

⁴³ *S and Marper...*, cit., parr. 67-68. In conformità a quanto già espresso in *Van der Velden v. The Netherlands*, Appl. No. 29514/09, decision of 7 December 2006.

⁴⁴ In generale sul punto K. ROTHENBERG - A. WANG, *The Scarlet Gene: Behavioral Genetics, Criminal Law and Racial and Ethnic Stigma*, in «Law and Contemporary Problems», n. 69, 2006, pp. 343-365.

⁴⁵ *S and Marper...*, cit., par. 122.

⁴⁶ *Ibidem*, parr. 68-86.

⁴⁷ In argomento D.J. SOLOVE, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for*

International Privacy, in «Stanford Law Review», n. 53, 2001, p. 1398.

⁴⁸ *S and Marper...*, cit., par. 75.

⁴⁹ *Ibidem*, par. 101.

⁵⁰ Come confermato dalla Corte stessa in *W. v The Netherlands*, Appl. No. 20689/08, decision of 20 January 2009, p. 5.

do di tempo rigorosamente stabilito dalla legge. Principi sui quali, come osservato dalla Corte, si è progressivamente venuto a formare «a strong consensus among Member States»⁵¹ e che devono, quindi, ritenersi elementi essenziali della disciplina europea sulla tutela della *privacy* genetica nel contesto della lotta contro il crimine.

Conclusioni

La scelta dell'Unione europea di imporre la creazione di banche nazionali del Dna senza disciplinare il momento della raccolta e del trattamento di tali dati a livello nazionale appare poco condivisibile per due ordini di ragioni. In primo luogo, vi è il rischio che questo possa incidere negativamente sullo sviluppo della cooperazione transfrontaliera in questo ambito. In secondo luogo, tale scelta astensionistica apre alla possibilità che, come dimostrato dalla Corte dei diritti nell'uomo nella sentenza *S. e Marper*, nel contesto della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale operino banche dati del Dna create secondo modalità lesive dei diritti individuali. Una situazione evidentemente inaccettabile, risultando in diretto contrasto con quanto previsto dalla Carta dei diritti fondamentali, dall'articolo 6.1 TUE, nonché – per quanto riguarda, più nello specifico, lo spazio di libertà, sicurezza

e giustizia – dall'articolo 67.1 TFUE.

È auspicabile, dunque, un intervento correttivo da parte degli organi legislativi dell'Unione europea, così che lo sviluppo di forme di cooperazione più stretta in materia di contrasto alla criminalità non incida negativamente sui diritti dei soggetti coinvolti⁵². Una spinta decisiva verso il raggiungimento dell'obiettivo potrebbe venire dalla realizzazione di un «regime globale di protezione dei dati»⁵³, vale a dire di un regime di tutela unico per tutti gli ambiti di competenza dell'Unione europea. Esso importerebbe il superamento dei limiti che ancora caratterizzano la protezione dei dati nelle materie facenti parte dell'ex terzo pilastro e, più nello specifico, l'elaborazione di standard di tutela comuni da applicarsi già alla fase di raccolta e trattamento dei dati a livello nazionale, così come avviene nelle materie dell'ex pilastro comunitario grazie alla Direttiva 95/46/CE. Questo tipo di intervento appare oggi tanto più neces-

sario alla luce del superamento, sancito dal Trattato di Lisbona, della struttura a pilastri su cui si fondava l'Unione.

L'articolo 16 TFUE pare offrire una solida base giuridica a tal fine⁵⁴. La disposizione conferisce, infatti, a Parlamento europeo e Consiglio la competenza ad adottare, attraverso la procedura legislativa ordinaria, atti per la protezione dei diritti individuali con riguardo al trattamento dei dati personali, «da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»⁵⁵. La norma estende, dunque, la competenza normativa degli organi dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, consentendo il superamento di distinzioni ormai anacronistiche e, soprattutto, l'elaborazione di un sistema normativo in grado di offrire una tutela più adeguata al diritto alla riservatezza per

⁵² In coerenza con quanto previsto nell'ambito della prima priorità politica del Programma di Stoccolma – promuovere la cittadinanza e i diritti fondamentali –, vale a dire «preservare [...] la sfera privata del cittadino oltre le frontiere nazionali, specie attraverso la protezione dei dati personali».

⁵³ Secondo l'auspicio formulato in GEPD, *Parere del Garante europeo sulla protezione dei dati sulla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo "Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini"*, in GUUE C 276, del 17.11.2009, pp 8-20, parr. 26-37.

⁵⁴ Si deve, inoltre sottolineare, come il Trattato di Lisbona preveda altre norme su cui fondare questo tipo d'intervento. In particolare, l'articolo 82.2, lett. b), TFUE conferisce a Parlamento e Consiglio il potere di adottare, utilizzando la procedura legislativa ordinaria, norme minime riguardanti «i diritti della persona nella procedura penale» e dell'articolo 87.2, lett. a), TFUE dove si prevede che Parlamento e Consiglio, sempre utilizzando la stessa procedura, possano adottare misure concernenti «la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle pertinenti informazioni».

⁵⁵ In argomento V. MITSILEGAS, *op. cit.*, pp. 274-275.

⁵¹ *S and Marper...*, cit., parr. 108-112.

quanto riguarda l'ambito della cooperazione penale.

Accanto a questo tipo d'intervento, non pare potersi escludere l'utilità di uno specifico atto riguardante l'utilizzo dei dati genetici a fine forense-investigativo⁵⁶.

L'ambito presenta, infatti, alcuni aspetti particolarmente delicati, i quali meriterebbero di essere affrontati dal legislatore europeo. Tra questi, ad esempio, l'individuazione di criteri comuni riguardanti l'inserimento dei dati individuali nelle banche dati del Dna, nonché di quelli per l'esclusione dei profili già contenuti negli schedari nazionali.

Un punto di riferimento importante in questo senso è sicuramente rappresentato da alcuni atti adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa. Si pensi, ad esempio, alla Risoluzione R(92)1 del 10 febbraio 1992 sull'utilizzo del Dna nel contesto dei sistemi penali e della Raccomandazione R(97)5 del 13 febbraio 1997, entrambe adottate dal Comitato dei Ministri. Sebbene privi di efficacia vincolante, si tratta, infatti, di atti che codificano alcuni principi fondamentali per quanto at-

tiene la raccolta e l'utilizzo dei dati genetici nel contesto della lotta al crimine. Il loro recepimento nel quadro normativo dell'Unione europea appare, dunque, un passo sempre più necessario, potendo contribuire a un più giusto equilibrio tra la necessità di garantire un elevato livello di sicurezza ai cittadini europei, attraverso l'utilizzo delle più moderne tecniche investigative, e il rispetto dei diritti fondamentali.

La ricerca ISPI analizza le dinamiche politiche, strategiche ed economiche del sistema internazionale con il duplice obiettivo di informare e di orientare le scelte di policy.

I risultati della ricerca vengono divulgati attraverso pubblicazioni ed eventi, focalizzati su tematiche di particolare interesse per l'Italia e le sue relazioni internazionali e articolati in:

- ✓ Programma Africa
- ✓ Programma Caucaso e Asia Centrale
- ✓ Programma Europa
- ✓ Programma Mediterraneo e Medio Oriente
- ✓ Programma Russia e Vicini Orientali
- ✓ Programma Sicurezza e Studi Strategici

- ✓ Progetto Argentina
- ✓ Progetto Asia Meridionale
- ✓ Progetto Cina e Asia Orientale
- ✓ Progetto Diritti Umani
- ✓ Progetto Disarmo
- ✓ Progetto Emergenze e Affari Umanitari
- ✓ Progetto Internazionalizzazione della Pubblica Amministrazione

Le pubblicazioni online dell'ISPI sono realizzate anche grazie al sostegno della Fondazione Cariplo.

ISPI
Palazzo Clerici
Via Clerici, 5
I - 20121 Milano
www.ispionline.it

Per informazioni:
ispi.policybrief@ispionline.it
ispi.policybrief1@ispionline.it

© ISPI 2010

⁵⁶ Si noti come la Dichiarazione (n. 21) *relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia*, allegata al Trattato di Lisbona, riconosca «che potrebbero rivelarsi necessarie, in considerazione della specificità dei settori in questione, norme specifiche sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di tali dati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia».