

*Il presente saggio sarà pubblicato negli  
“Studi in onore di Vincenzo Atripaldi”*

21.09.09

**Lorenzo Chieffi**

**Analisi genetica e tutela del diritto alla riservatezza. Il bilanciamento tra il diritto di  
conoscere e quello di ignorare le proprie informazioni biologiche**

**Sommario:** 1. Premessa. La riservatezza dei dati genetici; 2. Il diritto all'autodeterminazione informativa; 3. Il diritto di *conoscere* o di *ignorare* le proprie caratteristiche genetiche; 4. Il diritto di conoscere le caratteristiche genetiche appartenenti ai propri consanguinei; 5. Segue: il diritto di conoscere, mediante test genetico, lo stato di salute dell'embrione; 6. Il diritto dello Stato democratico di conoscere, attraverso l'analisi del DNA, la *verità* sulle atrocità commesse da precedenti governi dispotici; 7. Conclusioni. L'istituzione della Banca dati nazionale del DNA.

**1. Premessa. La riservatezza dei dati genetici.** L'erompere nelle società contemporanee di tecnologie particolarmente sofisticate nel campo della biomedicina ha messo in discussione uno dei presupposti di fondo su cui si basa il diritto naturale, strettamente legato all'incedere casuale dell'esistenza umana, cui fanno riferimento le stesse Carte costituzionali elaborate nel periodo post/bellico.

Le opportunità, offerte da queste straordinarie applicazioni delle conquiste della ricerca scientifica, di interferire all'interno delle dinamiche vitali di ogni individuo - fino a manipolare l'essenza stessa della sua esistenza (il filamento di DNA) – ci pone dinanzi a delle scelte *tragiche*<sup>1</sup>: di tipo etico, per le preoccupazioni di un uso arbitrario delle conoscenze biomediche da parte di chi, intendendo maneggiare la natura, viene accusato di “sostituirsi a Dio creatore”<sup>2</sup>; di tipo giuridico, per la difficoltà di pervenire ad un giusto punto di equilibrio tra il legittimo esercizio della libertà di

---

<sup>1</sup> P. Bobbit- G. Calabresi, *Scelte tragiche (Tragic choices)*, tr. it., Milano, 1986.

<sup>2</sup> Benedetto XVI, *Discorso di Sua Santità ai partecipanti all'Assemblea plenaria del Pontificio Consiglio per la Famiglia*, Città del Vaticano 13 maggio 2006, in [www.vatican.va](http://www.vatican.va). Il rapporto tra scienza e fede viene ripreso anche nella più recente Enciclica papale *Caritas in Veritate*, par. n. 74 e 75, promulgata il 29 giugno 2009, in [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

scienza e il doveroso ossequio ai valori personalistici posti alla base del nostro edificio costituzionale.

Pure essendo indiscutibili i benefici che un uso accorto di queste tecniche potrà apportare al corpo umano, per l'accertamento di gravi malformazioni ereditarie anche ad insorgenza futura <sup>3</sup>, ciò che tuttavia desta perplessità, a conferma di una certa *ambivalenza* dell'ingegneria genetica, è la capacità di siffatta pratica medica di prefigurare la *misura* (nel senso della *durata*) dell'esistenza umana, un tempo imprevedibile e legata generalmente al verificarsi di eventi naturali, come la morte, la diffusione di improvvise epidemie, ovvero all'agire umano, come poteva essere una guerra.

Ad ulteriori preoccupazioni inducono, poi, le applicazioni della tecnica in esame che potrebbero addirittura pervenire, nelle interpretazioni più spinte, a forme di ibridazione uomo/animale (dalle chimere, agli xenotrapianti), quando non a produrre alterazioni sul patrimonio cellulare delle stesse generazioni future, in caso di manipolazioni delle cellule germinali <sup>4</sup>.

Ne deriva, all'interno della comunità, una sensazione di crescente angoscia e paura per le possibili applicazioni pratiche che potrebbero essere condizionate da fattori ideologici quando non da motivazioni prevalentemente economiche, legate alla brevettabilità delle stesse applicazioni nel campo umano e in quello agroalimentare <sup>5</sup>.

E proprio in considerazione dei possibili rischi per la salvaguardia dei valori personalistici, tipici di una società soggetta ad un inarrestabile "processo di modernizzazione" <sup>6</sup>, qualunque applicazione di ingegneria genetica e successiva diffusione dei suoi risultati non potrebbe, allora, prescindere

---

<sup>3</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri- Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1999, p. 9. La conoscenza, attraverso il ricorso alle numerose opportunità offerte dai test genetici, delle tare e malformazioni ereditarie potrà, infatti, consentire la prevenzione e cura di patologie molto gravi, anche in tenera età, come potrebbero essere il tumore della tiroide, la corea di *Huntington* [Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *op. ult. cit.*, p. 16]. Anche se, per questo importante organo di consulenza del Parlamento e del Governo, "ben più ardua appare invece la possibilità di predire lo sviluppo di malattie assai più comuni, quali alcuni processi neoplastici e talune patologie cardiovascolari, dal momento che alla loro manifestazione concorrono mutazioni di diversi geni" oltre a fattori ambientali. Nel consentire al soggetto interessato di sottoporsi a periodici controlli e osservare stili di vita che possono ritardare la comparsa della malattia, la conoscenza precoce di una patologia ad insorgenza futura (che dovesse dimostrarsi incurabile) potrebbe, nel contempo, permettergli di pianificare la propria esistenza affettiva e professionale.

<sup>4</sup> Il divieto di alterare le cellule germinali è, ad esempio, contenuto nell'art. 16.4 della legge francese n. 94-653 del 29 luglio 1994 che vieta gli "interventi nel patrimonio genetico delle cellule germinali" che avrebbero l'effetto di trasformare "le caratteristiche genetiche allo scopo di modificare la discendenza delle persone" incidendo, quindi, sul patrimonio genetico delle generazioni a venire. Per ulteriori approfondimenti bibliografici sia consentito rinviare a L. Chieffi, *I limiti dell'ingegneria genetica: il ruolo del giurista*, in *Riv. Giur. del Molise e del Sannio*, 1994, n. 1, p. 143 ss.; idem, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in L. Chieffi (a cura), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 83 ss.; idem, *Bioteologie e valori costituzionali*, in L. Chieffi (a cura), *Bioteologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, p. 9 ss.

<sup>5</sup> Al riguardo si rinvia a J. Rifkin, *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, tr. it., Milano, 1998.

<sup>6</sup> Sui "rischi della modernizzazione" legata all'evoluzione delle conoscenze tecnologiche cfr. U. Beck, *La società a rischio. Verso una seconda modernità*, tr. it., Roma, 2000, 25 ss.

dalla doverosa ricerca del consenso informato di chi abbia volontariamente deciso di sottoporsi al trattamento.

In particolare, la trasmissione ad altri soggetti di tali informazioni *sensibili* che comprovassero l'esistenza di una patologia anche ad insorgenza futura, costringerebbe a continui e ripetuti bilanciamenti tra interessi tra di loro antinomici di cui sono titolari: il soggetto cui appartengono i dati stessi (che potrà vantare un diritto *di sapere* o alternativamente *di ignorare* le proprie caratteristiche genetiche, fino al loro definitivo *oblio*); i suoi discendenti o consanguinei (che potrebbero invece avere, per finalità terapeutiche, una contrapposta pretesa di conoscere le proprie origini genetiche di cui è in possesso il loro ascendente o parente); la collettività nel suo insieme, che potrebbe sostenere, attraverso l'azione delle autorità competenti, il diritto di scoprire l'identità genetica di colui che abbia mantenuto un comportamento che destasse particolare allarme sociale.

Ad analoghe preoccupazioni, questa volta per la tenuta dello stesso diritto alla riservatezza, potrebbe invece condurre l'indebita diffusione (non corrispondente agli interessi del paziente) dei risultati di indagini genetiche che, in origine, erano state avviate per consentire la prevenzione e cura di determinate patologie ovvero per rendere possibile l'identificazione di un individuo per ragioni di tipo processuale<sup>7</sup>.

Sin dal 1988 il Parlamento Europeo (con la Risoluzione A 2-327/88), nel rimarcare la presenza di un "diritto inalienabile di conoscere o di non conoscere i propri geni", ribadiva la "confidenzialità dei risultati" e il divieto di "trasmissione, raccolta, archiviazione e valutazione dei dati genetici da parte di autorità statali e di organizzazioni private". Da qui la raccomandazione che fossero al più presto elaborate, a livello nazionale e comunitario, le misure normative preordinate a vietare la "selezione dei lavoratori sulla base di criteri genetici" e l'utilizzo dei risultati relativi ad analisi genetiche da parte di compagnie di assicurazione.

I rischi che si celano dietro un incauto impiego e diffusione dei test genetici (siano essi individuali o di massa) hanno, pertanto, indotto il nostro legislatore (art. 16, d. lgs. 30 luglio 1999, n. 281<sup>8</sup>) ad introdurre un'opportuna regolamentazione con l'intento di porre freno ai possibili abusi. Il trattamento dei dati genetici, secondo questa disposizione, da chiunque effettuato sarà possibile nei soli casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata in modo specifico dal Garante per la

---

<sup>7</sup> Negli Stati Uniti d'America l'informazione genetica, raccolta in apposite banche dati gestite dalle Forze armate, è stata anche impiegata per consentire l'identificazione dei corpi dei soldati periti nelle operazioni belliche [Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici*, *op. cit.*, p. 112]. L'analisi del DNA viene abitualmente utilizzata per identificare i corpi di vittime a seguito di calamità naturali (come il terremoto d'Abruzzo) o di gravi incidenti, come è avvenuto in occasione della esplosione, a seguito di deragliamento nella stazione di Viareggio, di un vagone del treno che trasportava combustibile altamente infiammabile (F. Ravelli, *Senza nome e straziati dalle fiamme. "Il DNA per identificare anche i feriti"*, in *La Repubblica* del 3 luglio 2009).

<sup>8</sup> Che detta "disposizioni in materia di trattamento dei dati personali per finalità storiche, statistiche e di ricerca scientifica". Tale articolo è stato ora trasfuso nell'art. 90 del Codice in materia di protezione dei dati personali adottato con d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

protezione dei dati personali, dopo aver sentito il Ministro della Salute che acquisirà, a tal fine, il parere del Consiglio superiore della Sanità, sulla base di un “bilanciamento tra diritti e interessi contrastanti”<sup>9</sup>, (di sapere e di non sapere, di autodeterminarsi o meno, ecc.) che potrà cambiare da caso a caso, dovendo essere adattato alla fattispecie sottoposta all’esame di questa Autorità amministrativa indipendente.

**2. Il diritto all’autodeterminazione informativa.** Analogamente ad altre delicate questioni al centro del dibattito bioetico (come l’interruzione volontaria della gravidanza, la scelta di mutare sesso, la decisione di donare un organo e, soprattutto, le determinazioni di fine vita, siano esse ad efficacia attuale od anche differita nel tempo, in presenza di uno stato di totale incoscienza), anche le pratiche di ingegneria inducono a porre al centro dell’attenzione il diritto all’*autodeterminazione* sul proprio corpo e sulle notizie che lo riguardano, suscettibile di limitazioni nei “soli casi in cui venissero concretamente (e non assiologicamente) in rilievo altri beni fondamentali”<sup>10</sup>, secondo una declinazione del personalismo di tipo “dinamico (..) (e dal basso) (..) non refrattaria ad azioni anche inaspettate e invasive e davvero corrispondenti alla volontà, al modo d’essere e al benessere della persona”<sup>11</sup>.

Tra i *paradossi* della medicina contemporanea, tipica di una ricerca scientifica avanzata, è che ad un perfezionamento dei rimedi in grado di mantenere in vita o di curare l’essere umano, possa fare da contrappunto una eccessiva perdita del grado di autonomia dello stesso, a seguito delle altrui ingiustificate intrusioni, proprio a causa di una sproporzionata dipendenza del corpo umano dalle tecnologie, con la conseguente compressione dei diritti dell’individuo.

Analogamente alle pratiche di terapia intensiva o di tipo rianimatorio, preordinate a mantenere in vita artificialmente l’individuo morente, anche la tecnica genetica, volta ad indagare e soprattutto manipolare il DNA umano, non potrebbe prescindere dal rispetto dei valori personalistici, posti alla base della Costituzione del ’48<sup>12</sup>, interpretati alla luce della normativa internazionale<sup>13</sup> o

<sup>9</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici*, op. cit., p. 111.

<sup>10</sup> P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007, p. 11. Ricorrono all’espressione “autodeterminazione informativa” L. Murillo De La Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990 e S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 1997, p. 589. Per questo Autore (*Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005, p. 141) “senza una forte tutela del *corpo elettronico*, dell’insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo e si rafforzano le spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale: diversità così evidente che la *privacy* è uno strumento necessario per salvaguardare la *società della libertà*”.

<sup>11</sup> P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, cit., p. 79. Un personalismo – secondo questa dottrina (p. 296) – che “prende le mosse da esigenze e dalle motivate prese di posizione dei diretti interessati oltre che dalle particolari fattispecie in cui questi si trovano coinvolti”.

<sup>12</sup> Dalla dignità (art. 3), all’integrità psico/fisica (art. 32), all’autonomia dell’individuo (contenuta nel combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost.), alla riservatezza o *privacy* (art. 21). Per una analisi del dibattito che condusse

sopranazionale <sup>14</sup> vigente che detta significative regole di condotta a salvaguardia del diritto all'integrità genetica delle generazioni attuali e future.

La spinta (di tipo centripeto) impressa da queste fonti, prodotte all'esterno del nostro ordinamento giuridico, determina una progressiva *relativizzazione* della stessa normativa costituzionale interna, resa peraltro possibile da una straordinaria capacità di adattamento delle sue disposizioni più duttili, in grado di favorirne la vigenza nel tempo.

Il carattere programmatico del "rispetto della persona umana" (art. 32, 2° co. Cost.) e della sua "dignità" (art. 3, 1° co. Cost.) avranno, cioè, l'effetto di consentire la progressiva conformazione delle disposizioni costituzionali poste a presidio dei beni personalistici, al punto di fare emergere nuovi profili garantistici (dal diritto di *sapere* o di *non sapere* le proprie caratteristiche genetiche; al diritto di entrare in possesso delle informazioni sanitarie appartenenti ad un terzo, per consentire la cura del soggetto richiedente; fino al diritto di conoscere l'identità genetica del presunto colpevole) di situazioni giuridiche di vantaggio (come il diritto all'informazione o alla riservatezza) già conosciute in passato.

Pur negando l'autonomia assiologia della nozione di dignità umana, dai contorni indefiniti quando non ambigui <sup>15</sup>, la maggioranza degli Autori ne rimarca, infatti, la capacità di espandere il

l'Assemblea Costituente a privilegiare un'impostazione personalista del Testo fondamentale della Repubblica cfr. V. Atripaldi, *Il catalogo delle libertà civili nel dibattito in Assemblea Costituente*, Napoli, 1979.

<sup>13</sup> Dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina sottoscritta ad Oviedo nel 1997, alla Dichiarazione UNESCO sul genoma umano e i diritti umani, sempre del 1997.

<sup>14</sup> Dalla Risoluzione del PE (doc. A 2-327/88 sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica, 16 marzo 1989, in *Med. e mor.*, 1989, 3, p. 579 ss.); alla Direttiva 95/46/CE del PE e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché libera circolazione di tali dati; alla Direttiva 98/44/CE del PE e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in *G.U.C.E.* L213 del 30 luglio 1998, successivamente modificata dalla Direttiva 2001/18/CE del PE e del Consiglio del 12 marzo 2001 sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati che abrogava la Direttiva 90/220/CE del Consiglio-Dichiarazione della Commissione, in *G.U.U.E.*, L106 del 14 aprile 2001; alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa N.R. (97) 5 agli Stati membri, sulla protezione dei dati sanitari, adottata il 13 febbraio 1997; alla, più recente, Carta dei diritti fondamentali dell'UE firmata a Nizza nel 2000 che vieta le pratiche eugenetiche che abbiano, in particolare, lo scopo di selezionare le persone (art. 3 n. 2) e "qualsiasi forma di discriminazione fondata (...) sulle caratteristiche genetiche" (art. 21); alla Dichiarazione di Montreaux sulla "Protezione dei dati personali e della *privacy* in un mondo globalizzato: un diritto universale che rispetta le diversità", adottata in occasione della 27<sup>ma</sup> Conferenza Internazionale delle Autorità di protezione dei dati e della *privacy*, svoltasi a Montreaux dal 14 al 16 settembre 2005, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). Tale Dichiarazione, nella consapevolezza che "l'accelerazione della conoscenza accresce l'importanza di un'adeguata tutela giuridica" dei dati genetici (n. 7), esprime la convinzione "che il diritto alla protezione dei dati e della *privacy* rappresenti una condizione essenziale, in una società democratica, per garantire il rispetto dei diritti delle persone, la libera circolazione delle informazioni ed un'economia di mercato aperta" (n. 10), e inoltre ribadisce la natura di "diritto umano fondamentale" del "diritto alla protezione dei dati" (n. 11).

<sup>15</sup> In tale direzione si inoltrano: R. Romboli, intervento svolto nel corso del *Forum su Bioetica e Costituzione*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, p. 299; G. Azzariti, *resoconto* (a cura di A. Buratti ed E. Canitano) dell'intervento svolto nel corso dell'incontro sul tema "La dignità umana" dell'11 aprile 2003, in S. Panunzio (a cura), *I Costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007, p. 67 ss.; C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, II ed., Torino, 2009, p. 57 ss.; R. Bifulco, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rass. Parl.*, 2005, 1, p. 90, secondo cui "giuridicamente, l'apertura semantica della dignità umana si concretizza nella sua natura di *concetto giuridico indeterminato* il cui significato non può essere stabilito *ex ante* in assoluto" e E. Stefanini, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, Padova, 2008, p. 208, a giudizio della quale

“campo di applicazione dei diritti”<sup>16</sup> garantiti in altre norme costituzionali (come il diritto all’informazione o alla riservatezza<sup>17</sup>, appunto) contro le più aggressive applicazioni della biomedicina. In direzione analoga, nell’imporre il “rispetto della persona umana” (2° co. art. 32), accanto alla tutela della sua salute (1° co. art. 32), la Costituzione ha inteso preservare l’individuo anche da quei comportamenti che, pur non pregiudicandone l’integrità fisica, siano tuttavia suscettibili di degradarlo ad oggetto, a mero strumento ovvero a serbatoio di informazioni utili soltanto ad altri.

La mutevolezza delle norme costituzionali (tipica di una Costituzione in grado di guardare lontano, secondo l’insegnamento calamandreiano) ha reso, pertanto, possibile gli indispensabili sviluppi interpretativi di un testo normativo ancora in grado di assecondare i progressi intervenuti nella società. Quanto precede, nonostante siano ormai trascorsi oltre sessant’anni dalla fase politica che aveva condotto alla storicizzazione dei valori di fondo (la cd. Costituzione *bilancio*) e dalla stessa entrata in vigore della Carta che li contiene.

Nonostante la successiva acquisizione di nuove conoscenze scientifiche, per il repentino ed inarrestabile incedere delle conoscenze umane<sup>18</sup>, l’art. 32 Cost., proprio in considerazione dei rilievi che precedono, continua infatti ancora a rappresentare un’importante matrice garantistica contro un uso inopportuno e spregiudicato della biomedicina, in grado di compromettere - se non contingentato e sottoposto ad opportuni controlli - i beni prioritari della persona umana.

Per quanto concerne, più nello specifico, l’ingegneria genetica, dal nostro testo costituzionale, interpretato alla luce delle suddette sollecitazioni *esterne*, emerge una forte istanza di tutela nei confronti di quelle applicazioni della medicina in grado di modificare definitivamente il corredo genetico (con riguardo alle cellule germinali) dell’individuo e delle generazioni future<sup>19</sup> ovvero di

---

il concetto di dignità umana rivela “la propria polisemia, non essendo in grado di superare il pluralismo ideologico, culturale e morale presente nella società”.

<sup>16</sup> D. Schefold, *resoconto* (a cura di A. Buratti ed E. Canitano) della relazione svolta nel corso dell’incontro dell’11 aprile 2003 sul tema “La dignità umana”, in S. Panunzio (a cura), *I Costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, cit., p. 53 ss.

<sup>17</sup> Per il giudice delle leggi (sentt. 23 luglio 1991, n. 366 e 11 marzo 1993, n. 81, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) la riservatezza si qualifica, infatti, come “parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza la quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana”.

<sup>18</sup> Che hanno condotto, ad esempio, nel 1953 F. Crick e J. Watson a scoprire l’elica del DNA, ovvero a posticipare nel 1993 (come disposto dalla legge 29 dicembre 1993, n. 578 e, successivo, D.M. della salute 11 aprile 2008) il momento della fine della vita umana collegandola alla cessazione della funzionalità dell’encefalo, sino al punto di rivedere le stesse pratiche della procreazione attraverso la scoperta di tecniche “artificiali”.

<sup>19</sup> Per il pregiudizio che ne potrebbe derivare, a seguito dell’applicazione di una terapia (“genica *germinale*”) ancora priva di chiare evidenze scientifiche, per il diritto dei discendenti a mantenere intatta la “propria identità genetica” (A. Santosuosso, *Genetica, diritto e giustizia: un futuro già in atto*, in A. Santosuosso – C.A. Redi – S. Garagna – M. Zuccotti, *I giudici davanti alla genetica*, Pavia, 2002, p. 20). Tali cautele sono alla base di una serie di Protocolli addizionali alla Convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina del 1997: da quello sottoscritto a Parigi il 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, a quello sulla ricerca biomedica del 25 gennaio 2005, a quello, infine, relativo ai test genetici per la salute (scopi) del 27 novembre 2008, in [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int). Per la dottrina cfr. R. Bifulco – A. D’Aloia (a cura), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della*

consentire l'assunzione (utilizzando lo stesso DNA) di informazioni, di indubbia *sensibilità* e delicatezza, sul suo stato di salute attuale o futuro, e tali da condizionare la stessa presenza di colui cui appartengono all'interno del corpo sociale, proprio in considerazione delle possibili ricadute di tipo discriminatorio.

L'assenza del consenso da parte dell'interessato non potrebbe, tuttavia, impedire lo svolgimento degli indispensabili riscontri, utili alla sua identificazione e alle stesse indagini, attraverso il prelievo, anche coattivo, di capelli, peli o della saliva da parte della polizia giudiziaria (o di un perito), nel rispetto ovviamente della dignità, del decoro e della riservatezza di chi vi è sottoposto, ed in presenza di un'autorizzazione del pubblico ministero (nelle ipotesi previste dall'art. 349, co. 2 *bis* c.p.p.<sup>20</sup>) ovvero di un'ordinanza motivata del giudice, nelle indagini volte ad accertare un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore al massimo a tre anni (secondo quanto previsto dall'art. 224- *bis* c.p.p.<sup>21</sup>).

Tale opportunità, certamente meno invasiva di altre forme di prelievo di materiale organico (come potrebbero essere i tessuti, il sangue e quant'altro), potrà consentire alle autorità preposte allo svolgimento dei primi accertamenti probatori, a cominciare dai RIS (Reparti investigazioni scientifiche), di effettuare le necessarie verifiche sulla corrispondenza del materiale organico rinvenuto sul luogo del delitto o sul corpo della vittima, proprio attraverso l'esame del DNA, in modo da consentire la tempestiva persecuzione del colpevole.

Il prelievo forzoso, limitato ai capelli e alla saliva del soggetto da identificare, non sembra, tuttavia, potersi estendere al suo materiale ematico, per il quale continua invece a permanere la necessità di ricercare il consenso dell'interessato da parte dell'autorità procedente. Permanendo l'assenza di una disposizione di legge, volta ad "individuare i tipi di misure restrittive della libertà personale che possono dal giudice essere disposte allo scopo di consentire (anche contro la volontà della persona assoggettata all'esame) l'espletamento della perizia ritenuta necessaria ai fini processuali, nonché a precisare i casi e modi in cui le stesse possono essere adottate, nessun provvedimento del genere", a giudizio della Corte Costituzionale, potrebbe infatti essere disposto<sup>22</sup>.

---

*responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008 e R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

<sup>20</sup> Come aggiunto dall'art. 10, co. 1 della legge 31 luglio 2005, n. 155.

<sup>21</sup> Introdotto dall'art. 24 della legge 30 giugno 2009, n. 85.

<sup>22</sup> Corte Costituzionale, sent. 27 giugno 1996, n. 238, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). La questione incidentale di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Civitavecchia, prendeva le mosse dal rifiuto opposto dal proprietario della statua raffigurante la Madonna, sulla quale erano state rilevate tracce di materiale ematico, a sottoporsi a prelievo del suo sangue per consentirne il confronto e eliminare ogni dubbio sul fenomeno "miracoloso". Per la dottrina cfr. P. Felicioni, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, n. 5, p. 614 ss.

Sulla base di queste considerazioni, ancora oggi valide, il giudice delle leggi – rivedendo <sup>23</sup> una sua precedente interpretazione <sup>24</sup> assunta nella vigenza dell'abrogato c.p.p., poi sostituito, nel 1988, con una nuova versione - ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, 2 co. (seconda preposizione) c.p.p. nella parte in cui “consente misure restrittive della libertà personale finalizzate alla esecuzione della perizia, ed in particolare il prelievo ematico coattivo, senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi ed i modi in cui esse possono essere adottate”.

L'impossibilità di sottoporre l'individuo indagato ad un prelievo ematico coattivo <sup>25</sup>, non impedirà tuttavia alla polizia giudiziaria ed al giudice procedente di comparare il materiale organico, rinvenuto sul luogo del delitto, con quello appartenente a soggetti indagati o, comunque, sospettati di reato, cui potranno pur sempre essere prelevati forzatamente, come abbiamo già detto, saliva e capelli.

L'analisi del DNA su tracce di saliva acquisite all'insaputa dell'interessato, senza autorizzazione del PM e senza previo avviso al difensore - “nell'ambito delle attività di indagine che la polizia giudiziaria può svolgere di sua iniziativa ai sensi dell'art. 348 c.p.p. e ss.”- è stata pure giudicata legittima non avendo “alcuna incidenza nella sfera di libertà personale dell'interessato riguardando materiale biologico ormai dallo stesso fisicamente separato” <sup>26</sup>. Per la Suprema Corte di Cassazione, neppure “rileva che l'acquisizione di tale materiale biologico sia stata effettuata attraverso il sequestro di tracce di saliva lasciate” dall'indagato “su un bicchierino di caffè offertogli dalla stessa

---

<sup>23</sup> Il giudice delle leggi (Corte Costituzionale, sent. 27 giugno 1996, n. 238, *cit.*) giustificava questa rivisitazione della questione, che lo induceva a “pervenire a conclusioni diverse”, per la “maggiore forza con cui il valore della libertà personale” si era andato ad affermare “nel nuovo codice di procedura penale, ispirato in modo particolarmente accentuato al *favor libertatis*”. In senso critico verso le conclusioni cui è giunta la Consulta cfr. V. Carbone, *Dal divieto di indagini sulla paternità, alla possibilità di provarla con ogni mezzo*, in *Famiglia e diritto*, 1997, n. 2, p. 133, per il quale il giudice delle leggi “non ha tenuto conto degli effetti perversi nei processi per violenza sessuale ed in altri delicati processi in cui l'identificazione del colpevole si basa unicamente sulle ricerche ematologiche-genetiche”.

<sup>24</sup> Corte Cost. sent. 24 marzo 1986, n. 54, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), con cui veniva rigettata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 146, 314 e 317 c.p.p., in riferimento all'art. 13, 2° e 4° co. Cost., nella parte in cui consentivano al giudice penale poteri dispositivi e coattivi, comprensivi del prelievo ematico per lo svolgimento delle indagini. Secondo questo giudice “le ragioni relative alla giustizia penale, e all'accertamento della verità che la concerne, rientrano sicuramente fra i *casi* previsti dalla legge” (art. 13, 2° co. Cost.): “e la perizia medico-legale è altrettanto certamente uno dei *modi* legittimi mediante i quali è lecito al giudice previa congrua motivazione (sent. n. 156/1967 e 64/1970) attuare una *qualsiasi* restrizione della libertà personale (...). Ma il prelievo ematico, ormai di ordinaria amministrazione nella pratica medica, talché può essere persino effettuato da infermiere professionale, né lede la dignità o la psiche della persona, né mette in alcun modo in pericolo la vita, l'incolumità o la salute della persona, salvo casi patologici eccezionali che il perito medico-legale sarebbe facilmente in grado di rilevare”.

<sup>25</sup> Come rileva P. Felicioni, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, *cit.*, p. 615, nota n. 9, un'eccezione al divieto di sottoporre l'individuo, contro la sua volontà, ad un prelievo biologico è quella contemplata dall'art. 16 della legge 15 febbraio 1996, n. 56, recante la disciplina contro la violenza sessuale, a norma del quale l'imputato per i delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-ter, 609-quer e 609-octies c.p. “è sottoposto con le forme della perizia ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili qualora le modalità del fatto possano prospettare il rischio di trasmissione delle patologie medesime”. Per tale Autrice “la finalità della disposizione in esame non è probatoria, ma pare, invece, quella di tutelare l'interesse della vittima a conoscere la propria eventuale malattia”.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. I, 2 novembre 2005, n. 1028, in [www.iuritalia.it](http://www.iuritalia.it) e in *Cass. pen.*, 2007, n. 4, p. 1709.



polizia giudiziaria”, perché “il consenso dell’indagato non è richiesto da alcuna disposizione di legge, quando, come nel caso di specie, lo svolgimento dell’indagine non si risolve in violazione della libertà personale o di altri diritti costituzionalmente garantiti”<sup>27</sup>.

In analoga direzione, per il giudice della legittimità<sup>28</sup>, sarebbe utilizzabile, con finalità probatorie, il campione di sangue prelevato all’imputato, nell’ambito degli “ordinari accertamenti sanitari”, per compiere il test del DNA, pure in mancanza di uno specifico consenso a tal fine e della stessa partecipazione del proprio difensore, in considerazione della ripetibilità di questo accertamento tecnico.

In coerenza con questa autorevole prassi giurisprudenziale, e in assenza di una specifica norma di legge che disponga un TSO, dovrà altresì essere ricercato – seppure ad altri effetti - il consenso del presunto genitore, nei cui confronti fosse avviata azione di riconoscimento di paternità, per avviare un prelievo di materiale ematico, o di altro tipo, utile all’esame genetico di compatibilità. Benché siffatto accertamento biologico, che potrà oggi avvalersi di “avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica” e “dell’elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini”, non possa più dipendere dalla “previa dimostrazione dell’adulterio della moglie”<sup>29</sup>, il prelievo ematico o di altro materiale organico utile allo svolgimento del test dovrà, in ogni caso, essere preceduto dalla manifestazione di assenso di entrambi i genitori. Per il Garante della *privacy*<sup>30</sup>, non potrebbero, infatti, essere “autorizzate indagini genetiche di paternità (..) condotte su minori all’insaputa dei due genitori”. Solo in presenza del consenso validamente espresso da entrambi i genitori, “legalmente titolari della potestà del minore”, potranno essere avviati accertamenti su autorizzazione dell’autorità competente.

L’eventuale rifiuto opposto dal soggetto adito a consentire tale prelievo, utile al test, non impedirebbe, tuttavia, al giudice di valutare, congiuntamente ad altre elementi di prova (ad esempio, di tipo testimoniale), la questione portata al suo esame, in modo da consentirgli di attribuire, seppure in via presuntiva, la paternità<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. I, 2 novembre 2005, n. 1028, *cit.* Per la dottrina cfr. P. Felicioni, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, *cit.*, p. 616 ss.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 2005, n. 24586, in *www.iurisdata.it* e in *Cass. pen.*, 2006, n. 7/8, p. 2553.

<sup>29</sup> Corte Costituzionale sent. 6 luglio 2006, n. 266, in *www.giurcost.org.*, che dichiarava l’illegittimità costituzionale dell’art. 235, 1° comma n. 3 c.c. proprio “nella parte in cui, ai fini dell’azione di disconoscimento della paternità, subordina l’esame delle prove tecniche”, tra cui quello del DNA, “alla previa dimostrazione dell’adulterio della moglie”.

<sup>30</sup> Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione annuale 2006*, 12 luglio 2007 e *Provvedimento 27 novembre 2008*, *doc. web n. 1581365*, in *www.garanteprivacy.it*, p. 2. A giudizio del Garante “neppure nell’ambito del giudizio civile di disconoscimento della paternità può essere effettuato da parte dell’autorità giudiziaria un *test* genetico, volto a definire un rapporto di consanguineità, su campioni biologici prelevati dall’interessato senza il consenso del medesimo”.

<sup>31</sup> In questa direzione si inoltrano le sentenze della Cass.: 27 aprile 1985, n. 2739, *Rep. Foro it.*, voce “*filiazione*”, n. 75, 1985, p. 1071; 2 dicembre 1985, n. 6015, *Rep. Foro. It.*, voce “*filiazione*”, n. 74, 1985, p. 1071. La stessa Cass. Civ., Sez. I, 24 febbraio 1997, n. 1661, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 106, ha ribadito che “il combinarsi delle dichiarazioni

In altra direzione, e sempre in presenza del necessario consenso dei soggetti interessati, l'impiego dell'analisi genetica potrebbe, inoltre, rendere possibile il ricongiungimento ai propri familiari di individui che si dovessero trovare sul nostro territorio come immigrati, apolidi, rifugiati, e fossero impediti a “fornire documenti ufficiali” comprovanti i “vincoli di consanguineità richiesti dalla legge”<sup>32</sup>.

Il ricorso ad un test genetico per accertare la presenza di un'affinità biologica, in ossequio alle garanzie a protezione dei dati personali<sup>33</sup>, sarebbe infatti utile per consentire la necessaria identificazione dei soggetti che decidessero volontariamente di sottoporsi a questo trattamento sanitario.

**3. Il diritto di *conoscere* o di *ignorare* le proprie caratteristiche genetiche.** Ciascun individuo, nell'esercizio del proprio diritto alla “autodeterminazione informativa”<sup>34</sup>, potrà autonomamente decidere di *ignorare*<sup>35</sup> ovvero di *conoscere*<sup>36</sup> le proprie caratteristiche genetiche (anche ricorrendo alla medicina predittiva), in modo da acquisire le necessarie informazioni per avviare gli opportuni interventi di profilassi o di cura, e nel contempo pretendere che i dati così ottenuti non siano rivelati all'esterno se non dietro suo esplicito consenso libero ed informato, da cui si potrà prescindere solo con esplicita autorizzazione del Garante e in presenza di un interesse di dimensioni almeno equivalenti (come potrebbe essere la prevenzione e cura della salute di un familiare) a quelle possedute dal titolare dei dati stessi.

---

della madre con il rifiuto del preteso padre a sottoporsi agli accertamenti biologici sulla paternità, può assurgere, secondo le valutazioni del giudice di merito, a prova della paternità, tenuto anche conto che i progressi scientifici hanno reso tali accertamenti affidabili in misura vicina al cento per cento, per cui il sottrarsi agli stessi in un contesto che lo faccia ritenere un espediente per ostacolare la dimostrazione della paternità, rende la valutazione anzidetta conforme a criteri logici”.

<sup>32</sup> Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione annuale 2006*, 12 luglio 2007, *cit.*, p. 1.

<sup>33</sup> Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione annuale 2004*, 9 febbraio 2005, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), p. 1. Cfr. anche *Autorizzazione generale per il trattamento dei dati genetici* [Prov. 22 febbraio 2007 (doc. web n. 1389918), in G.U. 19 marzo 2007, n. 65] che ha fissato i criteri e le condizioni “per un corretto utilizzo di tale tipologia di informazioni”.

<sup>34</sup> A. Pace- M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero, commento all'art. 21 Cost.*, in *Commentario della Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso*, Bologna-Roma, 2006, p. 21.

<sup>35</sup> Tra i diritti contenuti nel Documento elaborato dall'OMS (“I diritti dei pazienti in Europa”, Amsterdam 28-30 marzo 1994, in [www.trentinosalute.net](http://www.trentinosalute.net)) rientra, infatti, anche il diritto dei pazienti “di non essere informati, su loro specifica richiesta”. Differente dal diritto all'*ignoranza* è il c.d. diritto all'*oblio* “come diritto a non conservare le informazioni oltre il tempo strettamente necessario. La materia sanitaria, infatti, può ritenere essenziale al progresso della medicina o, più semplicemente, alla tutela della salute del singolo, che vengano mantenuti a lungo i quadri clinici dell'individuo, talvolta anche dopo la sua morte” [S. Mainardi, *Commento all'art. 23*, in E. Giannantonio- M.G. Losano- V. Zeno Zencovich (a cura), *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, Padova, 1997, p. 216]. Per un interessante approfondimento della materia si rinvia a M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009.

<sup>36</sup> Il diritto di non sapere, comprendente il diritto a che i dati sanitari concernenti la propria persona non siano rivelati all'esterno e tanto meno all'interessato, viene salvaguardato dall'art. 22 della legge 31 dicembre 1996, n. 675 (contenuto nel capo IV, dedicato al “Trattamento di dati particolari”) che richiede, analogamente al trattamento di altri dati sensibili, il “consenso scritto dell'interessato e la preventiva autorizzazione del Garante”.

L'esigenza di salvaguardare la sfera personale di ciascun individuo era avvertita dallo stesso Codice di Deontologia Medica del 1995 e, successivamente, ribadita nella versione del 2006. Nel testo attualmente vigente è, infatti, vietato (art. 46) qualunque test genetico che non sia indirizzato "in modo esclusivo a rilevare o predire malformazioni o malattie su base ereditaria" e se non "espressamente richiesto, per iscritto, dalla gestante o dalla persona interessata", cui viene perciò stesso riconosciuta la titolarità di un diritto alle "informazioni preventive" e alla più ampia e adeguata illustrazione sul significato e sul valore predittivo dei test, sui rischi per la gravidanza, sulle conseguenze delle malattie genetiche sulla salute e sulla qualità della vita, nonché sui possibili interventi di prevenzione e di terapia.

Per il Garante della *privacy*, soltanto la presenza di un impedimento per l'interessato a manifestare il proprio consenso, "per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per l'incapacità di intendere o di volere", potrebbe consentire il rilascio di una autorizzazione – a seguito di esplicita domanda avanzata dal suo legale rappresentante o da un suo congiunto – ad avviare un trattamento dei dati genetici indispensabile per intraprendere un programma terapeutico a favore dello stesso istante o di un suo consanguineo (che volesse realizzare, ad esempio, una scelta riproduttiva consapevole) ovvero per fornire notizie utili alla ricerca scientifica e statistica "finalizzata alla tutela della salute della collettività in campo medico, biomedico ed epidemiologico"<sup>37</sup>.

La mancanza di una siffatta condizione di incapacità impedirebbe il rilascio, a soggetti diversi dall'interessato (con l'eccezione che diremo in seguito), di un'autorizzazione ad avviare un test genetico.

A conferma dell'esistenza di un vero e proprio diritto alla *ignoranza*, la stessa Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1997, accanto ad un diritto della persona di "conoscere tutte le informazioni raccolte sulla propria salute", prevede pure un dovere, rivolto agli operatori sanitari, di rispettare la diversa "volontà" manifestata dalla stessa "di non essere informata" (art. 10, n. 2)<sup>38</sup> in modo da evitare le conseguenze, anche di tipo psicologico, legate al disvelamento di una grave anomalia a quanti decidessero di optare per un incedere *casuale* della propria esistenza.

L'assenza di una manifestazione di volontà, favorevole alla diffusione dei propri caratteri genetici, ovvero di "interessi pubblici preminenti"<sup>39</sup>, quale sarebbe certamente la ricerca del

<sup>37</sup> Garante per la protezione dei dati personali, *Autorizzazione al trattamento dei dati genetici*, 22 febbraio 2007, in G.U. n. 65 del 19 marzo 2007, doc. web. 1389918, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>38</sup> La presenza di questo diritto *di non sapere* consentirebbe al paziente di avviare "un'azione di responsabilità" per "essere risarcito del danno non patrimoniale subito per avere ingiustificatamente conosciuto notizie che aveva dichiarato di non voler conoscere" [P. Sciascia, *Il diritto all'informazione in ambito sanitario*, in M. Ainis (a cura), *Informazione, potere, libertà*, Torino, p. 415].

<sup>39</sup> Secondo la nota interpretazione fornita, a suo tempo, dalla Suprema Corte di Cassazione (Sez. I civ., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, 2895 ss.) che definiva il diritto alla riservatezza come la "tutela di quelle situazioni e

colpevole di un reato, impedirebbe a chiunque di impadronirsi delle informazioni appartenenti ad altri, a cominciare proprio dal datore di lavoro <sup>40</sup> che, avvalendosi di dati statistici comprovanti la “esistenza di una connessione causale tra fenotipo” e talune malattie (come potrebbe essere il cancro), pretendesse di imporre un test genetico (“destinato ad identificare la *suscettibilità* di fronte ad agenti patogeni nell’ambiente di lavoro” <sup>41</sup>), in modo da condizionare l’assunzione del dipendente o addirittura giustificare il licenziamento <sup>42</sup>, con chiari effetti di tipo discriminatorio <sup>43</sup>.

Pur convenendo sull’utilità di questi test, per scongiurare l’affidamento di mansioni pregiudizievoli allo stato di salute del lavoratore <sup>44</sup> e in favore della garanzia di una maggiore sicurezza degli stessi luoghi di lavoro, l’estrema sensibilità di siffatti dati impone l’adozione di particolari cautele, a cominciare dalla raccolta del previo consenso informato dell’interessato e dal divieto di rivelare al datore di lavoro (in assenza del suddetto assenso) l’esito dell’esame compiuto.

---

vicende strettamente personali e familiari, le quali (..) non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che (..) non siano giustificate da interessi pubblici preminenti”.

<sup>40</sup> Per il Garante della *privacy*, *Relazione annuale 2007*, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), p. 1, non sono “consentiti i trattamenti effettuati dai datori di lavoro per determinare l’attitudine professionale di lavoratori o di candidati all’instaurazione di un rapporto di lavoro, anche se basati sul consenso dell’interessato”.

<sup>41</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici*, cit., p. 29. Un’eventuale prescrizione legislativa sull’utilizzo dei dati genetici per consentire la “verifica dell’idoneità psico-fisica del lavoratore” dovrebbe contemplare alcune necessarie cautele a cominciare dall’elencazione tassativa dei “casi in cui è permesso l’utilizzo” di queste informazioni relative al “lavoratore, o anche ai suoi congiunti, allo scopo di far godere al lavoratore stesso delle agevolazioni o di promuoverne necessità specifiche, o di prevenire o compensare svantaggi” (A. Trojsi, *Sulla tutela dell’identità genetica del lavoratore*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 117, 2008, p. 88).

<sup>42</sup> Differente sarebbe la posizione del datore di lavoro che dichiarasse l’intenzione di acquisire tali informazioni genetiche “non per emarginare, ma per predisporre un più salubre ambiente di lavoro, oppure per allontanare il dipendente dal pericolo che certe lavorazioni costituiscono per la sua salute” [Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici*, cit., p. 111], in modo da indurre l’interessato a sottoporsi al test proprio nel suo interesse. Il Codice di condotta dell’Organizzazione internazionale del lavoro sulla protezione dei dati personali dei lavoratori (novembre 1996) dispone che “lo svolgimento di screening genetici sui lavoratori dovrebbe essere vietato o limitato a casi specifici autorizzati espressamente dalla legge (art. 6.12)” [*Autorizzazione al trattamento dei dati genetici*, 22 febbraio 2007, in G.U. n. 65 del 19 marzo 2007, (doc. web. N. 1389918), in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)]. Per il Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (Avis et recommandations sur “*Génétique et Médecine: de la prédiction à la prévention*”, n. 46- 30 ottobre 1995, in [www.ccne-ethique.fr](http://www.ccne-ethique.fr)) l’utilizzazione dei test genetici nella medicina del lavoro dovrà essere eccezionale e strettamente riservata a casi limitatamente enumerati, per i quali il rischio per l’individuo è sufficientemente ben stabilito e non può essere “supprimé par l’eménagement de l’environnement du travail”. Anche per la E. Stefanini, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, cit., p. 89, l’impiego ad un test genetico sarebbe “considerato eticamente legittimo solo se fosse garantita l’autonomia del lavoratore di decidere se sottoporsi o meno” ad un prelievo di DNA, “e se nulla si potesse fare per migliorare l’ambiente di lavoro o il tipo di attività svolta dal lavoratore (..), in quanto il maggior beneficio per la generalità degli impiegati sarebbe evitare del tutto l’esposizione al rischio”.

<sup>43</sup> In questa direzione la Raccomandazione N. R (89) 2 del Consiglio d’Europa-Comitato dei Ministri agli Stati membri relativa alla protezione dei dati di carattere personale utilizzati ai fini dell’occupazione (adottata dal Comitato dei Ministri il 18/1/1989) che “rafforza le garanzie di rispetto della vita privata e della dignità della persona in relazione al trattamento dei dati sanitari” (S. Mainardi, *Commento all’art. 23*, cit., p. 208) nella parte in cui vieta la raccolta di tali notizie “senza il consenso espresso e chiaro” del soggetto interessato.

<sup>44</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici*, op. cit., p. 29. L’autorizzazione generale del Garante della *privacy* del 22 febbraio 2007, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), consente il trattamento dei dati genetici, da parte dei datori di lavoro, per adempiere agli obblighi prescritti dalla normativa comunitaria, da leggi o da regolamenti, in materia di igiene, sanità pubblica, prevenzione di malattie professionali. Al di fuori di questa concessione sarebbe considerato illecito (cfr. *Preambolo*) l’uso delle informazioni biologiche per “determinare l’attitudine professionale di lavoratori o di candidati all’instaurazione di un rapporto di lavoro, anche se basata sul consenso dell’interessato”.

Tali precauzioni avrebbero l'effetto di porre quanti fossero affetti da una tara genetica (anche ad insorgenza futura) al riparo da trattamenti emarginanti <sup>45</sup> ad opera di chi, avendo occasione di relazionarsi (per ragioni di lavoro, di tipo economico o anche affettivo) con il titolare dei dati sanitari, pervenisse ad un atteggiamento di isolamento <sup>46</sup> magari esclusivamente per una "maggiore probabilità, ma non della certezza assoluta, che un giorno" quest'ultimo (lavoratore, assicurato, ecc.) "possa ammalarsi" <sup>47</sup>.

In questa prospettiva, il diritto alla *privacy*, come diritto *di essere lasciato solo*, intende assicurare all'individuo la piena disponibilità delle informazioni che appartengono alla sua sfera più intima accanto all'opportunità di "controllare" il complesso dei dati in possesso di altri, che comunque lo riguardassero <sup>48</sup>.

Grave preoccupazione – certamente lesiva del principio di eguaglianza (1° comma dell'art. 3 Cost.) che non sopporta discriminazioni legate alle condizioni personali - ha, infatti, destato la richiesta, peraltro giustamente respinta dal nostro Garante della *privacy* <sup>49</sup>, avanzata da alcune compagnie assicuratrici di commisurare il rateo da corrispondere per la stipula di una polizza sulla vita alle informazioni sullo stato di salute del richiedente contenute nel suo certificato genetico che avrebbe determinato un'ingiusta penalizzazione di quanti fossero venuti a conoscenza, attraverso test presintomatici, di una predisposizione ad una grave patologia ereditaria, di cui non fosse certa, alla luce delle più recenti conoscenze scientifiche <sup>50</sup>, la reale insorgenza futura <sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> A norma dell'art. 11 della Convenzione di Oviedo del 1997 è vietata "ogni forma di discriminazione contro una persona sulla base del suo patrimonio genetico". Per contrastare qualunque impiego delle "pratiche eugenetiche tendenti all'organizzazione della selezione delle persone" l'art. 16.4 della legge francese n. 94-653 del 29 luglio 1994 prevede la pena di 20 anni di reclusione criminale per il "fatto di realizzare un'azione eugenetica avente lo scopo di organizzare la selezione delle persone". Per la dottrina cfr. E. Lamarque, *Privacy e salute*, in M.G. Losano (a cura), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, 2001, p. 356.

<sup>46</sup> Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici*, op. cit., p. 18.

<sup>47</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, op. ult. cit., p. 20. Sul tema cfr. A. Trojsi, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, cit., p. 47 ss.

<sup>48</sup> Cfr. S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, cit., p. 18. In senso conforme cfr. L. Larizza, *Quale il valore predittivo delle diagnosi genetiche ?*, in C. Bresciani (a cura), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina ?*, Milano, 2000, p. 17 e F. Di Ciommo, *La privacy sanitaria*, in R. Padolesì (a cura), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, vol. II, Milano, 2003, p. 264.

<sup>49</sup> L'autorizzazione generale del Garante per la protezione dei dati personali n. 2/1997, in *G.U.* 29 dicembre 1997, n. 279 (poi sostituita dalla n. 2/1998 e dalla n. 5/1999), relativa al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, esclude non solo il trattamento (n. 2, lett. b) ma anche la semplice comunicazione (n. 5) di dati genetici ad istituti di credito e ad imprese assicuratrici. Per la dottrina cfr. S. Landini, *Assicurazioni sanitarie e privacy genetica*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, n. 1, p. 219 ss.

<sup>50</sup> Per il documento predisposto dal Comitato Nazionale per la Bioetica e dal Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della vita, *Test genetici e assicurazioni*, 2008, p. 21, in [www.palazzofigli.it/biotecnologie/documenti.htm](http://www.palazzofigli.it/biotecnologie/documenti.htm), il divieto di trasferire alle compagnie assicuratrici le informazioni assunte attraverso la medicina predittiva è legato "al timore della diffusione incontrollata di informazioni personali *sensibili*, ma anche all'apporto limitato di sicurezza predittiva (allo stato attuale) della genetica ed al prevalente atteggiamento solidaristico del diritto sanitario europeo".

<sup>51</sup> Certamente più ragionevole sarebbe la richiesta avanzata dalle compagnie assicuratrici, peraltro consentita in altri Paesi (come la Gran Bretagna, Germania e Olanda), di ottenere dall'assicurato, al fine di una migliore valutazione del rischio, la documentazione sui test genetici già effettuati che evidenziassero la presenza attuale (e certamente non potenziale) di una grave patologia, soprattutto se il capitale assicurato dovesse superare una "certa soglia" (Gruppo di

Pur tuttavia, qualora l'individuo avesse deciso di accedere ai propri dati genetici, manifestando il contrapposto diritto di sapere, sarebbe indispensabile circondare tale comunicazione di "particolari cautele" in modo da conformarla al grado di comprensione del paziente e scongiurare le possibili conseguenze emotive determinate dall'improvvisa conoscenza di un precario stato di salute<sup>52</sup> che potrebbero addirittura condurre a scelte di tipo mutilante (come sarebbe una mastectomia) per evitare l'insorgenza futura (ma di cui non esiste certezza) di una malattia<sup>53</sup>.

Siffatta trasmissione di informazioni sanitarie potrebbe essere ancor più delicata in presenza di una grave patologia genetica *orfana di terapie* che ne possano assicurare la guarigione. In tali circostanze la conoscenza preveniva di una "mutazione del gene in grado di determinare" la "*predisposizione, suscettibilità, il rischio potenziale, ovvero probabile*" verso una malattia genetica condurrebbe, a giudizio del C.N.B., "soltanto ad una anticipazione delle sofferenze, senza concreti vantaggi in termini terapeutici"<sup>54</sup>.

---

lavoro costituito fra il Comitato Nazionale per la Bioetica e il Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della vita, *Test genetici e assicurazioni, cit.*, p. 20). Anche se, in presenza di questo limite economico discriminante, non potrebbe escludersi che, proprio per evitare di acquisire una qualsiasi informazione sulle proprie caratteristiche biologiche – per l'obbligo di doverle poi comunicare alla compagnia assicuratrice –, l'individuo fosse indotto ad evitare qualunque *test* genetico, nonostante la loro indubbia utilità per la conoscenza del proprio stato di salute o per la prevenzione dell'insorgenza futura di gravi patologie. Tale prospettiva porrebbe l'individuo di fronte ad una "tragica" alternativa – richiamata da F.M. Cirillo, *La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici*, in *Giur. It.*, 2002, p. 2209 – "tra il rischio di subire discriminazioni in conseguenza degli esiti del test e quello di mettere a repentaglio la propria salute in caso di rifiuto". Non trascurando, poi, le conseguenze che potrebbero derivare dalla stessa previsione di un diniego assoluto per le imprese assicuratrici di accedere a informazioni genetiche, a cominciare dalla "selezione avversa dei rischi", che spingerebbe prevedibilmente "ad assicurarsi" solo coloro che avessero "risposte negative ai test genetici" (S. Landini, *Assicurazioni sanitarie e privacy genetica, cit.*, p. 232). A dimostrazione dei "pesanti rischi di discriminazioni" e delle "poco rassicuranti prospettive di una *democrazia dei geni*, segnata da un inedito egualitarismo al ribasso (p. 63)", viene riportato (A. Santosuosso, *Genetica, diritto e giustizia: un futuro già in atto, cit.*, p. 35) il caso, accaduto negli USA (ed in particolare nello Stato dell'Ohio), di una giovane avvocatessa che si era vista respingere la richiesta di accedere ad una assicurazione sanitaria per la sua predisposizione (valutabile nell'ordine del 50 %) ad una grave malattia ereditaria (la Corea di Huntington), di cui era affetto il proprio genitore, "pur non essendosi sottoposta ad alcun test genetico". Da qui l'esigenza, prospettata da E. Stefanini, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo, cit.*, p. 64, di introdurre un efficace sistema di "protezione sociale" per fronteggiare le considerevoli spese mediche cui andrebbero inevitabilmente incontro quei soggetti che presentassero "un profilo *inassicurabile*, indipendentemente dal fatto che esso dipende da caratteristiche genetiche o meno".

<sup>52</sup> S. Mainardi, *Commento all'art. 23, cit.*, p. 215.

<sup>53</sup> E' questo il caso, portato recentemente all'onore delle cronache, di una donna americana di 33 anni che, avendo appreso a seguito di un test genetico, "di avere il 50% di probabilità di ammalarsi di cancro al seno nel corso della sua vita" si era "privata di un seno perfetto per non trovarsi un giorno a combattere un seno malato", liberandosi così "dalla paura di una malattia futura" (E. Dusi, *Cancro, la mutilazione preventiva*, in *La Repubblica* del 17 settembre 2007). Per A. Santosuosso, *Genetica, diritto e giustizia: un futuro già in atto, cit.*, p. 26, "la disponibilità di test predittivi (...) crea una condizione personale, che non è più quella di persona *sana*, ma alla quale non si addice neanche l'attributo di *malata* (...). Sono persone per le quali, se proprio si vuole usare l'attributo *malate*, deve dirsi che la loro malattia è il *rischio*, e che quindi sono *malate di rischio*".

<sup>54</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici, op. cit.*, p. 20. Per C. Bresciani, *Diagnosi genetiche predittive e procreazione*, in idem (a cura), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina ?*, *cit.*, p. 141, "i test genetici dovrebbero essere attuati solo per la ricerca di malattie attualmente curabili e nei confronti delle quali si possa attuare qualche misura di prevenzione".

Nel limitare l'accesso a tale analisi a quanti abbiano compiuto la maggiore età e siano ovviamente capaci di intendere e di volere <sup>55</sup>, il medico curante dovrebbe perciò impegnarsi, dopo aver valutato le "capacità di comprensione" del paziente, "al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico/terapeutiche" <sup>56</sup>, a evidenziare gli effettivi rischi e probabilità di insorgenza futura di una patologia proprio per evitare le conseguenze psicologiche che ne potrebbero derivare da un evento di incerto accadimento, diagnosticato attraverso il ricorso alla cd. medicina predittiva.

#### **4. Il diritto di conoscere le caratteristiche genetiche appartenenti ai propri consanguinei.**

La richiesta di acquisire, attraverso il test sul DNA <sup>57</sup>, le informazioni genetiche appartenenti ad altri soggetti, potrebbe soddisfare il diritto di ciascun individuo di *conoscere* le proprie origini biologiche [di cui parla lo stesso art. 24 *novies* lett. g) della Cost. svizzera], al fine da avviare le necessarie terapie e pianificare la propria esistenza (evitando ad esempio taluni lavori e ambienti non conformi al proprio stato di salute, programmare una gravidanza, redigere un testamento, ecc.). In tutti i casi che precedono, il desiderio di conoscenza manifestato dall'individuo, nell'esercizio del suo diritto all'autodeterminazione informativa, potrebbe anche dipendere dalla decisione di suoi consanguinei di consentire il prelievo di DNA dal proprio corpo <sup>58</sup>.

E' chiaro che la raccolta e successiva diffusione di questi dati non potrebbero prescindere dalla necessaria manifestazione del previo consenso scritto del soggetto passivo, alla luce di quanto disposto dagli artt. 22 e 23 della legge n. 675 del 1996 (poi trasfusi nel Codice in materia di protezione dei dati personali), ed essere ammesse "solo limitatamente alle informazioni (..) indispensabili per tutelare l'incolumità fisica e la salute dell'interessato, di un terzo e della collettività" <sup>59</sup> e, soprattutto, "nei limiti della competenza giuridica e dell'autorizzazione ricevuta" <sup>60</sup>.

In assenza, invece, del necessario *consenso*, l'assunzione dei dati genetici altrui, indispensabile per avviare un programma terapeutico a beneficio del richiedente, potrà essere avviata solo a

<sup>55</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *op. ult. cit.*, p. 21.

<sup>56</sup> Art. 33 Cod. deont. med. del 2006.

<sup>57</sup> Che consente la "tipizzazione di regioni del DNA contenuto sia nel nucleo cellulare sia nei mitocondri, allo scopo di individuare i tratti che identificano ciascun individuo, o gruppo di individui, in base alla loro costituzione"[(Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *op. ult. cit.*, p. 9)].

<sup>58</sup> Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici, cit.*, p. 21.

<sup>59</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *op. ult. cit.*, p. 100.

<sup>60</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *op. ult. cit.*, p. 101.

seguito di una previa autorizzazione rilasciata da un giudice adito o dal Garante <sup>61</sup>, sentito – come abbiamo già detto - il Ministro della Salute, che dovrà ricevere, a tal fine, il parere del Consiglio Superiore della Sanità <sup>62</sup>.

L’acquisizione di informazioni appartenenti ad un individuo non consenziente, cui non potrebbe essere negato il diritto di “opporsi al trattamento dei dati genetici per motivi legittimi” <sup>63</sup>, potrebbe pure essere necessaria per consentire al soggetto richiedente di far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria. In presenza di un interesse di queste dimensioni, il diritto alla riservatezza potrebbe pertanto subire una compressione, entro i limiti di utilizzazione dei dati e “per il periodo strettamente necessario” per consentire il perseguimento delle suddette finalità <sup>64</sup>. L’impiego di queste notizie potrebbe pure essere consentito per lo svolgimento di attività di “ricerca scientifica, anche statistica, finalizzata alla tutela della salute dell’interessato, di terzi o della collettività in campo medico, biomedico e epidemiologico” <sup>65</sup>.

In ossequio a questo diritto di conoscere le caratteristiche genetiche appartenenti ad altri, anche il Tribunale di Napoli, con ordinanze del 5 e del 20 ottobre 1998 <sup>66</sup>, autorizzava una donna, di cui erano ignoti i genitori, e a sua volta madre di un bambino affetto da grave malattia genetica (il diabete mellito), a verificare (attraverso l’intervento del medico curante del figlio) le proprie origini parentali (e conseguentemente genetiche) presso l’orfanotrofio cui era stata, a suo tempo, affidata. L’eventuale consenso manifestato dai genitori naturali dell’istante a sottoporsi al test e a trasmettere i dati necessari al solo medico curante non avrebbe, comunque, pregiudicato il loro diritto di preservare la riservatezza genetica (comprensiva del diritto di non conoscere) e pure anagrafica (potendo continuare ad ignorare la propria ascendenza biologica).

In questo caso il diritto di sapere, per consentire all’istante e al suo figlio di acquisire le informazioni indispensabili per avviare un percorso terapeutico, veniva ad intersecarsi con il

---

<sup>61</sup> In applicazione del 5° comma dell’art. 17 del d. lgs. 11 maggio 1999, n. 135, come modificato e completato dall’art. 16 del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 281, in seguito trasfuso nell’art. 90 del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante il “Codice in materia di protezione dei dati personali”.

<sup>62</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici*, op. cit., p. 100.

<sup>63</sup> *Autorizzazione* del Garante per la protezione dei dati personali del 22 febbraio 2007, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>64</sup> *Autorizzazione* del Garante per la protezione dei dati personali n. 2 del 1998 e *Autorizzazione al trattamento dei dati genetici* del 22 febbraio 2007, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). Ma vedere anche art. 22, n. 4 della legge n. 675 del 1996.

<sup>65</sup> *Autorizzazione* del Garante per la protezione dei dati personali n. 2 del 2 ottobre 1999 sul trattamento dei dati idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale, in *G.U.* del 2 ottobre 1999, n. 232. In particolare, l’autorizzazione veniva rilasciata per consentire di “intraprendere uno studio delle relazioni tra i fattori di rischio e la salute umana o indagini su interventi sanitari di tipo diagnostico, terapeutico o preventivo, ovvero sull’utilizzazione di strutture socio-sanitarie, e la disponibilità di dati solo anonimi su campioni della popolazione non permetta alla ricerca di aggiungere i suoi scopi (punto 1.2 lett. a)”.

<sup>66</sup> Le ordinanze del Tribunale napoletano sono richiamate dal Garante per la protezione dei dati personali, *Autorizzazione generale* del 22 maggio 1999, doc. web n. 39188, [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). In presenza di certi e gravi motivi esistenziali, l’accesso ai dati comprovanti l’identità biologica, e certamente non agli atti, documenti e cartelle cliniche (detenute da un’amministrazione ospedaliera) utili all’identificazione della propria madre, è stato pure consentito dal Trib. Min. di Roma, 30 maggio 1994, in *Dir fam. e delle pers.*, 1994, p. 1315 e dal Trib. Min. di Perugia, 19 luglio 1999, *ivi*, 1999, p. 1260.



contrapposto diritto alla riservatezza (di non sapere e, soprattutto, di non diffondere ad altri le proprie caratteristiche biologiche) di coloro cui era stata indirizzata la richiesta di permettere l'analisi genetica, pure tutelato dall'art. 10, n. 2, secondo alinea della Convenzione di Oviedo e dall'art. 5, lett. c) della Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo, adottata l'11 novembre 1997 dall'UNESCO.

Tale problematica, collegata ad un eventuale stato di adozione, è stata successivamente regolamentata dall'art. 24 della legge n. 149 del 28 marzo 2001 (sostitutivo dell'art. 28 della legge n. 184 del 4 marzo 1983, in materia di adozione e affidamento dei minori) che, dando attuazione ad alcuni impegni internazionali <sup>67</sup>, ha giustamente riconosciuto, ad un individuo adottato, l'opportunità di accedere alle informazioni riguardanti le proprie origini genetiche indispensabili per intraprendere un corretto percorso terapeutico, con l'effetto di rivedere la precedente impostazione normativa che, con l'intento di "sradicare il minore dalla famiglia d'origine", impediva qualunque accesso a dati in grado di rivelare le "proprie radici" parentali <sup>68</sup>.

In presenza di un minore di età, tali notizie, riguardanti l'identità dei genitori biologici, potranno allora essere fornite soltanto ai genitori adottivi, in quanto esercenti la patria potestà, ovvero ad un responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario, e solo in presenza di "gravi e comprovati motivi" (art. 28, n. 4).

Al raggiungimento del venticinquesimo anno di età, l'accesso potrà essere invece consentito su istanza del soggetto adottato, purché ne abbia comprovato interesse (art. 28, n. 5).

In ogni caso, l'autorizzazione <sup>69</sup> ad acquisire le necessarie informazioni dovrà essere rilasciata con decreto del Tribunale dei minori dopo aver ascoltato tutti i soggetti che, a vario titolo, fossero coinvolti nella vicenda (a cominciare proprio dai genitori naturali), e senza affatto trascurare l'impatto psico/fisico che potrebbe derivare, da questa delicata rivelazione, allo stesso adottato (art. 28, n. 6).

L'opportunità di conoscere le proprie origini biologiche incontrerà, tuttavia, un limite insuperabile qualora l'adottato "non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale" ovvero sia presente la dichiarazione di almeno uno dei genitori biologici a "non essere nominato". Analoga preclusione, a garanzia della riservatezza dei genitori naturali, persisterà in presenza di una

---

<sup>67</sup> Il diritto di ricevere questo tipo di informazioni era, infatti, contemplato in significativi documenti internazionali: dall'art. 8 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989 (che riconosce al minore il diritto di "preservare la propria identità"); all'art. 30 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, relativa alla "Protezione dei minori e cooperazione in materia di adozione internazionale" che riconosce, parimenti, il diritto del minore o di un suo rappresentante di accedere alle informazioni, in possesso delle autorità competenti di ciascuno Stato contraente, sulle sue "origini" con particolare riguardo a "quelle relative all'identità della madre e del padre" ed ai "dati sui precedenti sanitari del minore e della sua famiglia".

<sup>68</sup> C. Restivo, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, in *Famiglia*, 2002, p. 694.

<sup>69</sup> Che non dovrà, tuttavia, essere "richiesta dall'adottato maggiore di età" in presenza di "genitori adottivi" oramai "deceduti" ovvero "divenuti irreperibili" (art. 28, n. 8 legge n. 184 del 1983).

dichiarazione, a suo tempo sottoscritta da almeno uno di loro, di consentire all'adozione “a condizione di rimanere anonimo” (art. 28, n. 7) <sup>70</sup>.

In tali circostanze il diritto alla riservatezza di quanti avessero biologicamente contribuito alla nascita del soggetto istante, si ritiene debba irrevocabilmente prevalere sul diritto di quest'ultimo a conoscere la propria ascendenza genetica, non essendo lasciato alcuno spazio – a differenza di quanto sostenuto nel 1998 dal giudice napoletano – ad un eventuale ripensamento da parte dei genitori naturali.

Ad una diversa conclusione si è, invece, approdati in presenza di una richiesta avanzata da una donna (intenzionata ad avviare un progetto di maternità) di accedere ai dati sanitari contenuti nella cartella clinica del proprio genitore *sociale* (oltre che, presumibilmente, biologico), affetto da una grave malattia ereditaria di origine genetica, che inopinatamente si rifiutava di divulgarli per ragioni che non è dato sapere <sup>71</sup>. Per il Garante per la protezione dei dati personali <sup>72</sup>, invero, l'acquisizione, con le necessarie cautele del caso <sup>73</sup>, di questi dati genetici <sup>74</sup>, conservati presso una struttura sanitaria, “anche in assenza del consenso dell'interessato”, non avrebbe violato la normativa vigente (legge n. 675 del 1996) <sup>75</sup> e neppure le norme sul “segreto professionale” <sup>76</sup>.

Pur escludendo che i dati genetici potessero “essere sempre comunicati ai familiari dell'interessato” <sup>77</sup> o ad altri soggetti a lui estranei <sup>78</sup>, il Garante, nel bilanciare il diritto di sapere della donna, per evitare una maternità a rischio, e il diritto alla riservatezza del padre, dava la

<sup>70</sup> Tale impedimento ad accedere alle proprie origini genetiche è ritenuto eccessivamente rigido in considerazione del fatto che la “categoricità del divieto di preservare rigorosamente l'anonimato della madre sembra non lasciare spazio alcuno ad un suo eventuale successivo ripensamento, laddove la richiesta di partorire nell'anonimato potrebbe essere stata determinata da circostanze e difficoltà contingenti poi superate e quindi non dimostrerebbe una decisione irrevocabile della madre, la quale potrebbe non opporsi in futuro alla conoscenza da parte del figlio della sua identità e delle circostanze del parto” (G. Manera, *L'adozione e l'affidamento familiare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 2004, p. 130).

<sup>71</sup> Di cui non parla il Garante della *privacy* e che potrebbero, ad esempio, nascondere il desiderio del genitore di mantenere riservate informazioni genetiche in grado di smentire il rapporto biologico con la figlia.

<sup>72</sup> Garante per la protezione dei dati personali, *Autorizzazione generale* del 22 maggio 1999, doc. web n. 39188, *cit.*

<sup>73</sup> I dati sanitari sarebbero stati trasmessi all'ospedale universitario, cui si era rivolta l'interessata, “con plico sigillato” in modo da assicurare la “segretezza della cartella clinica nei confronti delle persone estranee al servizio” (Garante per la protezione dei dati personali, *Autorizzazione generale* del 22 maggio 1999, doc. web n. 39188, *cit.*).

<sup>74</sup> Che avrebbe consentito, a giudizio del Garante, una “scelta riproduttiva consapevole ed informata sui rischi di trasmissione della malattia” e quindi di “affrontare senza angosce e con maggiore serenità l'eventuale periodo di gravidanza” (Garante per la protezione dei dati personali, *Autorizzazione generale* del 22 maggio 1999, doc. web n. 39188, *cit.*).

<sup>75</sup> La normativa di riferimento attualmente vigente è contenuta nel d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e successive integrazioni e modificazioni: in particolare nell'art. 90, sul trattamento dei dati genetici, e nell'art. 92, sulla visione delle cartelle cliniche, che consente ai soggetti diversi dall'interessato di prendere visione o ottenere il rilascio di copie della cartella e dell'acclusa scheda di dimissione ospedaliera in presenza di una “documentata necessità: a) di far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria ai sensi dell'art. 26, comma 4, lettera c), di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto di libertà fondamentale e inviolabile; b) di tutelare, in conformità alla disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi, una situazione giuridicamente rilevante di rango pari a quella dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile”.

<sup>76</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Orientamenti bioetici per i test genetici*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>77</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *op. ult. cit.*, p. 22.

<sup>78</sup> *Autorizzazione* n. 2/98, punto n. 5, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

prevalenza al primo con l'effetto di rendere le informazioni, in tal modo acquisite, sostanzialmente "condivise"<sup>79</sup>.

La presenza di un interesse del richiedente alla tutela del benessere psico/fisico<sup>80</sup>, distinto dal semplice desiderio di "ricostruire la propria identità genetica"<sup>81</sup>, avrebbe, pertanto, giustificato un ragionevole sacrificio del diritto alla riservatezza del soggetto titolare delle informazioni (il genitore, appunto) che avrebbe comunque mantenuto il diritto di non conoscere le proprie caratteristiche genetiche descritte nella cartella clinica e il diritto ad una diffusione limitata alla sola figlia, cui sarebbero state trasmesse personalmente con plico sigillato.

La mancanza di questo interesse specifico dell'istante (legato all'esigenza di avviare un programma terapeutico) ad entrare in possesso dei dati sanitari altrui ne avrebbe, perciò stesso, impedito l'accesso. E proprio sulla base di questa considerazione lo stesso Garante della *privacy* adottava un provvedimento di diffida, nei confronti degli inviati di una nota trasmissione televisiva ("Le iene"), che vietava l'utilizzazione dei campioni di sudore, prelevati<sup>82</sup> in modo fraudolento dal volto di alcuni parlamentari (simulando la necessità di sottoporli a trucco, prima di effettuare le interviste), per realizzare test (*drug-wipe*) volti a rilevare l'impiego di sostanze stupefacenti. Il diritto di informare l'opinione pubblica sui comportamenti e stili di vita dei propri rappresentanti politici non era, in questo caso, ritenuto superiore al diritto alla riservatezza di chi aveva subito un indebito prelievo di materiale organico.

Sarà allora compito dell'interprete, sia esso il Garante o lo stesso giudice, delineare, entro i limiti indicati dalla normativa vigente (sopranazionale o di rango legislativo), e all'esito dei diversi bilanciamenti assiologici, gli ambiti delle rispettive situazioni giuridiche di vantaggio in modo da evitare insopportabili abusi o privilegi.

---

<sup>79</sup> *Documento di lavoro sui dati genetici*, adottato dal Gruppo di lavoro per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali istituito ai sensi dell'art. 29 della Direttiva 95/46/CE, in [www.europa.eu.int/comm/privacy](http://www.europa.eu.int/comm/privacy). Per la dottrina cfr. S. Rodotà, *Intervista sulla privacy*, cit., p. 127; E. Stefanini, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, cit., p. 4; A. Santosuosso- G. Gennari, *Il prelievo coattivo di campioni biologici e i terzi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, n. 3, p. 399 ss.; E. Lamarque, *Privacy e salute*, cit., p. 357, che evidenzia la "dimensione di gruppo" di questi particolari dati sensibili e G. Gennari, *Identità genetica e diritti della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 626, il quale ricorda come la "familiarità del dato genetico" possa condurre, nelle indagini penali, all'individuazione dell'autore di un reato proprio attraverso il confronto della traccia biologica con il "genotipo" appartenente ad un suo consanguineo che si fosse sottoposto volontariamente a *screening* genetico ovvero di cui fossero già note le caratteristiche biologiche.

<sup>80</sup> Per A. Santosuosso, *Individui e diritti: una prospettiva ancora valida in genetica ?*, in R. Prodomo (a cura), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Torino, 2004, p. 62, pure in presenza di un grave motivo di salute, in grado di giustificare l'accesso ai dati genetici, occorrerebbe in ogni caso garantire la "possibilità del contraddittorio nelle decisioni che comportano una attenuazione delle garanzie del terzo che non deve essere danneggiato".

<sup>81</sup> C. Restivo, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, cit., p. 739.

<sup>82</sup> Tali prelievi erano stati, infatti, effettuati da persone che non si erano identificate e, soprattutto, senza rendere "note le finalità del trattamento sensibile" (*Provvedimento* del Garante per la protezione dei dati personali del 10 ottobre 2006, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)).

**5. Segue: il diritto di conoscere, mediante test genetico, lo stato di salute dell’embrione.** La stessa selezione genetica preimpianto [vietata dall’art. 13, n. 3 lett. b) della legge italiana n. 40 del 2004 <sup>83</sup>, nonostante gli spazi previsti dalla Convenzione di Oviedo <sup>84</sup>] potrebbe consentire alla gestante di conoscere le condizioni di salute dell’embrione, attraverso il prelievo di una o più cellule, in modo da evitare il successivo più traumatico aborto <sup>85</sup>, in presenza di malattie di cui fosse affetto il feto e certamente non per “preformare determinati caratteri del nascituro o a fini di ricerca” <sup>86</sup>.

Nonostante questa importante funzione informativa dell’analisi genetica, la legge attualmente vigente, oltre ad escludere l’impiego della fecondazione assistita (sia eterologa che omologa) da parte delle coppie fertili, di cui uno o entrambi i *partner* fosse(ro) portatori di una malattia genetica <sup>87</sup>, aggiunge anche il divieto, per le coppie sterili o infertili (pure se affette da una tara genetica), di ricorrere alla selezione precoce (“a scopo eugenetico”) degli embrioni in modo da procedere all’impianto di quelli che non rivelassero gravi difetti incurabili.

Oltre a mortificare gli ambiti valutativi dell’operatore sanitario, coerentemente al “caso clinico da risolvere” e alle “concrete condizioni” della paziente <sup>88</sup> (di cui fosse stato ovviamente raccolto il consenso informato), la permanenza nell’ordinamento del divieto alla selezione genetica preimpianto, collegato alla soggettivazione precoce dell’embrione (creato in vitro) da parte dell’art. 1 della legge n. 40, continuerebbe a recare in sé un effetto di “depotenziamento” della legge n. 194 del 1978 al punto di “renderla isolata ed incoerente appendice di un ordinamento che si vorrebbe ormai diversamente amalgamato” <sup>89</sup>.

---

<sup>83</sup> Che tuttavia consente alla donna di rifiutare, dopo aver compiuto un’indagine genetica per verificare la salute degli embrioni, l’impianto degli stessi. Per ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito rinviare a L. Chieffi, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all’impianto dell’embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. Cost.*, 2006, n. 6, p. 4713 ss. ed al recente contributo di F. Meola, *Il caso Cagliari: brevi note sulla definizione in positivo della vexata quaestio inerente all’ammissibilità della diagnosi pre-impianto*, in R. Prodomo (a cura), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, Torino, 2008, p. 21 ss.

<sup>84</sup> Tale selezione è pure consentita dalla Legge francese n. 94-654 del 29 luglio 1994 che all’art. 162-16 ammette le indagini genetiche prenatali a condizione di essere effettuate su coppie che, per la situazione familiare, abbiano una forte probabilità di dare vita ad un bambino colpito da malattia genetica di particolare gravità.

<sup>85</sup> Peraltro ammesso dalla precedente legge n. 194 del 1978 (espressamente richiamata dalla stessa legge n. 40, all’art. 14, n. 1).

<sup>86</sup> E’ questa la dizione adoperata dall’art. 24 *novies* della Cost. svizzera. D’altra parte la decisione di tipo eugenetico, effettuata dalla donna (o dalla stessa coppia) a seguito di una scelta individuale (o di entrambi i coniugi), non sarebbe certamente assimilabile alle pratiche di eugenetica nazista che si riferivano a forme di discriminazione di intere popolazioni e razze (cd. eugenismo di massa).

<sup>87</sup> Una recentissima ordinanza del Tribunale di Bologna del 16 giugno 2009 (procedimento n. 20536/2008 R.G.), inedita, emanata a seguito di ricorso ex art. 700 c.p.c., ha autorizzato una coppia fertile, reduce da una serie di aborti (spontanei o provocati per impedire la nascita di un bambino affetto da trisomia 21), ad accedere alla diagnosi preimpianto, provvedendo al congelamento, “per un futuro impianto, degli embrioni risultati idonei” non trasferibili immediatamente.

<sup>88</sup> P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, cit., p. 187.

<sup>89</sup> P. Veronesi, *op. ult. cit.*, p. 190, a giudizio del quale la legge n. 40 è impostata in chiave “assiologia: si assumono alcuni presupposti, li si sviluppa senza porre attenzione alle loro ripercussioni applicative, li si traduce in una disciplina

La possibilità, pure ammessa dalla legge n. 40, di sottoporre gli embrioni prodotti ad indagine cromosomica di tipo diagnostico, con l'unico intento di intraprendere le terapie necessaria per sconfiggere la malformazione genetica e permettere lo sviluppo dell'embrione stesso (art. 13)<sup>90</sup>, potrebbe certamente concludersi con il rifiuto, espresso dalla donna stessa, di ospitare nel proprio utero tutti gli embrioni fecondati, compreso ovviamente quello risultato malato, senza tuttavia poter accedere alla selezione, che come abbiamo detto è espressamente vietata<sup>91</sup>.

Pur tuttavia, una recente pronuncia della Corte Costituzionale<sup>92</sup> sembrerebbe aprire un importante varco nel muro, rappresentato dalla disciplina introdotta dalla legge n. 40, che

rigida e calata dall'alto" che "irrigidisce talune premesse ideali, fissando in loro prossimità l'arretrato confine tra ciò che è (a tutti) permesso o vietato (p. 151)".

<sup>90</sup> L'art. 14, 5° comma consente, poi, ai "soggetti di cui all'art. 5" di essere "informati sul numero e – a loro richiesta – sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero". Per il Trib. di Cagliari (sent. 24 settembre 2007, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2008, n. 1, p. 260 ss. con note di L. d'Avak e M. Casini) "l'impianto in utero dell'embrione prodotto in vitro" integrando un trattamento sanitario dovrà "essere preceduto da una adeguata informazione su tutti gli aspetti rilevanti, compreso il numero e lo stato di salute degli embrioni destinati all'impianto". Per questo giudice "negare l'ammissibilità della diagnosi preimpianto anche quando sia stata richiesta ai sensi dell'articolo 14 della legge significherebbe dunque rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile invece sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestionale della donna". Analogamente a quanto consentito dalla legge 194/78, sulla IVG, a salvaguardia della salute della gestante, pure in queste circostanze la donna potrebbe "legittimamente rifiutare l'impianto dell'embrione prodotto in vitro allorché la conoscenza dell'esistenza di gravi malattie genetiche o cromosomiche sull'embrione medesimo abbiano determinato in lei una patologia tale per cui procedere ugualmente all'impianto sarebbe di grave nocumento per la sua salute fisica o psichica".

<sup>91</sup> L'unica eccezione, consentita dalle Linee guida, emanate dal Ministro della salute ai sensi dell'art. 7 della legge n. 40, era, fino alla pronuncia del TAR Lazio (sent. 21 gennaio 2008, n. 398, con nota a prima lettura di M.P. Costantini, in *www.federalismi.it*), la selezione di un embrione malformato a seguito dell'impiego di un metodo osservazionale ritenuto dal Trib. Cagliari (sent. 24 settembre 2007, *cit.*) riduttivo rispetto all'opportunità di diagnosi genetica preimpianto consentita dalla legge n. 40, che invece consente di fornire "adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare". Ne derivava, pertanto, per questo giudice un'incettabile antinomia (deroga/abrogazione) tra una "norma di rango secondario" (quale è quella contenuta nelle Linee Guida, adottate con D.M. 21 luglio 2004) e una disposizione ricompresa in una legge ordinaria. Peraltro le Linee Guida, secondo il giudice sardo, si porrebbero pure in contrasto con la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997 (di cui tuttora manca il decreto legislativo, per l'adattamento del nostro ordinamento ai principi ed alle norme in esso contenute, attuativo della delega disposta dall'art. 3, n. 1 della legge n. 145 del 2001) che all'art. 14 non consente "l'utilizzazione di tecniche di procreazione assistita (...) al fine di scegliere il sesso di un nascituro, eccetto nel caso in cui si vogliano evitare gravi malattie ereditarie collegate al sesso", con l'effetto di aprire la strada alla diagnosi (e la stessa selezione) genetica preimpianto. Quanto precede ha condotto il Trib. Cagliari a disapplicare le Linee guida nella parte in cui restringono le indagini esclusivamente a quelle osservazionali. Ad analoga conclusione è pure giunto il TAR Lazio (sent. 21 gennaio 2008, n. 398, *cit.*) che, oltre a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., ha pure disposto l'annullamento delle Linee Guida del 2004 nella parte in cui, in difformità a quanto disposto dalla legge n. 40, consentivano indagini di tipo osservazionale per verificare lo stato di salute degli embrioni creati in vitro. A seguito di questa pronuncia del TAR Lazio, l'allora Ministro della salute, on. Livia Turco, a conclusione del suo incarico, adottava nuove Linee guida (con D.M. 11 aprile 2008) che, lungi dal permettere una selezione genetica preimpianto, hanno, tra l'altro, ampliato la possibilità di accedere alla fecondazione assistita anche ai soggetti portatori di malattie virali sessualmente trasmissibili, come l'infezione da HIV, per i quali la presenza di questa "causa ostativa della procreazione" imporrebbe "l'adozione di precauzioni" che si tradurrebbero in una "condizione di infecondità *di fatto*, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico". Proprio per evitare il contagio della *partner* e del nascituro, le Linee guida consentono, pertanto, ai portatori di HIV di accedere alle tecniche di fecondazione assistita.

<sup>92</sup> Corte Costituzionale sent. 8 maggio 2009, n. 151, in *www.giurcost.org* [recentemente commentata da M. Manetti, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico* (2009), in *www.costituzionalismo.it*].

costringeva la donna a ricevere tutti gli embrioni prodotti in vitro (nella misura non superiore a tre), salvo a ritardarne l'impianto in presenza di gravi ragioni legate al suo stato di salute.

La dichiarazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3 di questa legge, limitatamente all'obbligo di effettuare un "unico e contemporaneo" impianto di un numero di embrioni "non superiore a tre"<sup>93</sup> e "nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, (...) debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna", apre la strada ad una immissione in utero differita nel tempo degli embrioni prodotti (il cui numero potrà ora superare il precedente limite delle tre unità) e all'inevitabile successivo congelamento di quelli che dovessero residuare.

Tale opportunità, all'esito della pronuncia della Consulta, potrà, perciò, condurre il medico<sup>94</sup>, effettuati i necessari accertamenti sanitari, a decidere il numero di embrioni da impiantare, nella misura ritenuta "strettamente necessaria", offrendo in tal modo alla donna l'opportunità di utilizzare, all'esito di analisi genetica, soltanto quelli privi di gravi anomalie, accantonando, conseguentemente, tutti gli altri che, sempre a giudizio dell'operatore sanitario, fossero nelle condizioni di arrecare grave pregiudizio alla salute della ricevente per costringerla ad un successiva interruzione volontaria della gravidanza<sup>95</sup>.

A seguito di una diagnosi che rivelasse una grave malformazione genetica di uno o più embrioni, nessuno – a cominciare dal medico procedente – potrebbe infatti imporre un *facere* alla donna, in assenza di una esplicita previsione, da parte della legge n. 40, di un trattamento sanitario obbligatorio<sup>96</sup>.

Entro questi margini interpretativi, ammessi dalla legge in esame, si era già inoltrato lo stesso Tribunale di Cagliari che, in considerazione dei risultati ottenuti da un'analisi genetica sull'unico embrione prodotto dalla donna<sup>97</sup> e successivamente crioconservato, aveva, di fatto, consentito

<sup>93</sup> Per il giudice delle leggi tale limite legislativo (non più di tre embrioni prodotti e, successivamente, da impiantare) farebbe aumentare i "rischi di insorgenza di patologie, che a tale tipo di iperstimolazione sono collegate", accanto ai possibili pregiudizi, per la salute della stessa donna e del feto, "in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto".

<sup>94</sup> Cui spetta la "valutazione" sulla "base dell'effettiva esistenza di uno stato patologico tale da giustificare *hic et nunc* l'interruzione del trattamento" (M. Manetti, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, cit.). Il giudice delle leggi (sent. 8 maggio 2009, n. 151, cit.) nel richiamare i "limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica", ribadisce la "necessaria autonomia e responsabilità del medico" che, con il consenso del paziente, dovrà operare le indispensabili "scelte professionali".

<sup>95</sup> A giudizio di M. Manetti, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, cit., "la *vexata quaestio* del rapporto tra la disciplina della pma e quella dell'aborto dovrà dunque essere risolta, caso per caso, dal medico, sulla base dell'effettiva esistenza di uno stato patologico tale da giustificare *hic et nunc* l'interruzione del trattamento".

<sup>96</sup> Per il Trib. Cagliari (sent. 24 settembre 2007, cit.), che ricorre alla letteratura scientifica più diffusa, la presenza di "embrioni portatori di gravi malattie genetiche" aumenterebbe "il rischio di aborto spontaneo, e quindi la possibilità che si verifichi una lesione dell'integrità fisica o psichica della gestante".

<sup>97</sup> Che in precedenza, dopo essere ricorsa ad una procedura di procreazione medicalmente assistita, era stata costretta a interrompere volontariamente la gravidanza per ragioni terapeutiche, dopo aver accertato la presenza di un feto affetto

un'opzione tra il suo impianto e il suo abbandono, al fine di evitare, in presenza di una grave patologia genetica, una gestazione da cui sarebbero potute derivare “gravi conseguenze per la salute” della donna.

**6. Il diritto dello Stato democratico di conoscere, attraverso l'analisi del DNA, la verità sulle atrocità commesse da precedenti governi dispotici.** Il diritto *di conoscere* (o, all'opposto, *di non conoscere*) le proprie origini biologiche potrebbe coincidere (o, in senso contrario) interferire con l'interesse dello Stato ad assumere le necessarie informazioni genetiche per avviare un'azione criminale nei confronti di coloro che si fossero resi colpevoli di un comportamento illegittimo quale potrebbe, ad esempio, essere la sottrazione di minore ai suoi legittimi genitori e conseguente alterazione del suo stato civile.

Tale accertamento giudiziario ha recentemente interessato un importante Paese sudamericano, l'Argentina, per lungo tempo afflitto da un sanguinoso regime militare resosi colpevole della scomparsa di migliaia di oppositori politici cui, prima della loro soppressione, erano stati sottratti illegittimamente i figli, anche in tenerissima età.

A seguito di indagini avviate dalla autorità giudiziaria di questa nazione, su sollecitazione delle madri de Plaça de Mayo, erano state avviate analisi genetiche su taluni individui per verificare la loro compatibilità biologica con i presunti genitori (che si dichiaravano naturali o adottivi).

Tale accertamento, avviato pure su istanza delle stesse vittime del reato di sottrazione di minore, commesso dai militari appartenenti alla giunta golpista (o da loro complici), ha consentito al giudice criminale di Buenos Aires di comminare pesanti condanne a quanti, oltre ad essersi macchiati del delitto di omicidio di oppositori politici, si erano finanche appropriati dei loro figli (in taluni casi attendendo che si concludesse la gestazione prima di sopprimere le madri) per poi dichiararli, alterando i registri dello stato civile e ottenendo il rilascio di un certificato di nascita ideologicamente falso, come propri figli naturali.

Ma, a fronte di casi che hanno visto gli stessi rapiti promuovere l'azione penale, in modo da sottoporsi volontariamente all'esame del DNA, per consentire la condanna dei “falsi” genitori <sup>98</sup>, ha invece particolarmente scosso l'opinione pubblica la vicenda di Evelyn Varquez <sup>99</sup> che, nonostante

---

da beta-talassemia. Per evitare di dover effettuare un nuovo aborto, chiedeva pertanto di avviare una analisi genetica preimpianto (e successiva selezione, ricorrendone i presupposti).

<sup>98</sup> E' questo il caso di Maria Eugenia Sampallo Barragàn, figlia di un sindacalista di sinistra sequestrato e ucciso dal regime militare nel 1977. Sulla vicenda cfr. *Argentina, rubano figlia a desaparecidos: condannati* (7 aprile 2008), in <http://www.online-news.it>; *Argentina, condannati i ladri di bambini della dittatura* (5 aprile 2008), in [www.lastampa.it](http://www.lastampa.it).

<sup>99</sup> Tale ragazza era figlia di una *desaparecida* italiana, Susana Pegoraro, sequestrata e uccisa “nel lager dell'Erma, la scuola allievi della Marina argentina” (O. Ciai, *Evelyn scopre i genitori “desaparecidos” italiani rapiti e uccisi in Argentina*, in *La Repubblica* del 24 aprile 2008).

la confessione dei propri genitori “adottivi”, di aver alterato illegittimamente il suo stato civile, si rifiutava di sottoporsi spontaneamente all’analisi genetica che avrebbe in modo inconfutabile potuto rivelare le sue autentiche origini biologiche.

La giovane sottratta (vittima e non imputata di sequestro di persona), per ciò stesso non sottoponibile ad un esame genetico coattivo, oltre a voler difendere la propria *intimità* (comprensiva delle stesse informazioni biologiche) e *identità* anagrafica, tutelate dall’art. 13 della Cost. argentina, avrebbe voluto impedire l’utilizzazione processuale delle informazioni genetiche ai danni dei propri “genitori” sociali, facendo ricorso alla disposizione (art. 163) del c.p.p. di questo Paese sudamericano che, analogamente a quanto disposto dal nostro c.p.p. (art. 199, 1° co. <sup>100</sup>), non obbliga i discendenti a denunciare o testimoniare (anche attraverso l’esibizione di mezzi di prova, come sarebbe stata quella ematica) contro i propri ascendenti, consanguinei o affini e viceversa, di un coniuge o di un fratello contro l’altro, salvo le eccezioni non ricorrenti nel caso di specie.

Tra le ragioni portate a sostegno del voto espresso dai giudici della *Corte Suprema de Iusticia*, contrarie, in accoglimento delle ragioni dell’istante, ad un prelievo coattivo di materiale ematico, veniva sottolineata l’inammissibile “intromissione (..), degradante e umiliante (..) dello Stato nella sfera di intimità, che avrebbe pregiudicato il diritto costituzionale all’integrità fisica (..) psichica e morale, alla sua dignità, alla vita privata e ai suoi diritti civili (..), obbligando l’interessata a tollerare una ingerenza sul proprio corpo e contro la sua volontà” <sup>101</sup>.

Il riconoscimento, operato dalla *Corte Suprema de Iusticia* argentina, del diritto della ricorrente a rifiutarsi di sottoporsi a prelievo di materiale ematico, per consentire il successivo esame del DNA, con il solo voto contrario di un giudice portatore di un’opinione parzialmente dissenziente <sup>102</sup>, non

<sup>100</sup> A norma del quale “i prossimi congiunti dell’imputato non sono obbligati a deporre. Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato”.

<sup>101</sup> *Corte Suprema de Iusticia de la Nación*, Buenos Aires, 30 settembre 2003, V. 356. XXXVI, Vázquez Ferà, Evelin Karina s/ incidente de apelación, in <http://www.csjn.gov.ar/>

<sup>102</sup> Tale giudice, Juan Carlos Maqueda (in *Corte Suprema de Iusticia de la Nación*, Buenos Aires, 30 settembre 2003, V. 356. XXXVI, Vázquez Ferà, Evelin Karina s/ incidente de apelación, *cit.*), oltre ad affermare la necessità di acquisire una prova che consentisse il riconoscimento dell’identità di una persona (presunta) vittima del reato di sottrazione di minore (art. 146 c.p. argentino), senza che ciò comportasse il dovere per la stessa di conoscere la sua reale origine biologica (diritto all’ignoranza), che nessun magistrato avrebbe potuto imporre, sottolineava poi il carattere scarsamente invasivo del prelievo ematico che avrebbe comportato una intrusione “infima” del corpo umano incomparabile “con i superiori interessi dello Stato alla persecuzione del crimine”. Per tale giudice, che richiamava a sostegno della sua tesi la stessa giurisprudenza costituzionale spagnola e italiana (*Corte Cost* sentt. 54/1986 e 238/1996) sull’ordinaria amministrazione del prelievo di sangue, sarebbe stato interesse primario della comunità verificare la verità obiettiva e, di conseguenza, la presenza di prove sull’esistenza di una condotta criminosa, che avrebbe consentito un’efficace persecuzione penale. Per supportare la sua posizione, il giudice dissenziente richiamava l’interesse della Nazione argentina (manifestata dal Congresso e dallo stesso Potere esecutivo) di fare luce sui delitti commessi dalla giunta militare, durante gli anni della dittatura, anche attraverso la “localizzazione e identificazione dei minori” rapiti. Ne rappresenterebbe prova la stessa “creazione presso la giurisdizione del Ministro dell’interno di una sub-segreteria per i Diritti umani (decreto 3090/84) che include tra le sue funzioni la ricerca dei minori *desaparecidos*”. Per questo giudice, infine, “i progressi della scienza possono consentire analisi immunogenetiche di istocompatibilità capaci di produrre prove sul nesso biologico di assoluta precisione, come di escludere, con pochi margini di errore, una paternità falsamente attribuita (p. 80)”.



impediva al giudice procedente, adito dalla Associazione delle madri di Plaça de Mayo (Abeeles),<sup>103</sup> di ordinare la “perquisizione dell’appartamento della ragazza e l’esame coatto del suo DNA” prelevato da materiale organico ritrovato sul posto (capelli, saliva raccolta dallo spazzolino per denti) che, all’esito delle analisi, rivelava la sua vera identità biologica.

In tali circostanze il diritto della donna, vittima del reato di sottrazione di minore e alterazione dello stato civile, a mantenere riservate le proprie informazioni biologiche è stato sacrificato al *superiore* interesse dello Stato argentino a chiudere i conti con il passato attraverso l’esemplare punizione, in applicazione dei principi di “giustizia retributiva”<sup>104</sup>, di quanti si erano macchiati, durante il periodo dittatoriale, di gravissimi reati a cominciare dalla tortura e soppressione degli oppositori politici, alla sottrazione dei loro figli, all’alterazione dei dati anagrafici di questi ultimi.

Pur tuttavia, questo profondo desiderio, mostrato dal popolo argentino, di perseguire gli autori di atroci crimini contrari ai più elementari principi umanitari, ha trovato piena affermazione soltanto in tempi a noi vicini a seguito di un lungo periodo<sup>105</sup> che si era, invece, caratterizzato per una forte spinta a cancellare, con un colpo di spugna, le responsabilità del regime dittatoriale.

Ed infatti, dopo le prime (alquanto miti) condanne inflitte ad alcuni componenti delle giunte di governo militare, nonostante l’impulso impresso dalla relazione finale (intitolata *Nunca Mas*) predisposta nel 1984 dalla *Commissione nazionale per la sparizione delle persone*<sup>106</sup>, fecero seguito due leggi (*Ley de Punto final*, n. 23.492 del 1986, e la *Ley de Obediencia debida*, n. 23.521 del 1987) che avevano di fatto bloccato i processi in corso e i relativi approfondimenti investigativi, attraverso la concessione di una sostanziale amnistia per i reati commessi.

<sup>103</sup> Che, come ricorda la *Corte Suprema de Iusticia de la Nación*, Buenos Aires, 30 settembre 2003, V. 356. XXXVI, Vázquez Ferà, Evelin Karina s/ incidente de apelación, *cit.*, p. 2, invocavano la condanna esemplare dei responsabili per la commissione di un reato di particolare gravità come era certamente il “delitto di falsità ideologica di documento pubblico, di soppressione dello stato civile e di sequestro di minore” al fine di alterare la “identità di una persona nel medesimo istante della sua nascita”.

<sup>104</sup> A. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L’emergere di una giustizia internazionale*, tr. it., Bologna, 2004, p. 250. Sulla diversa impostazione delle politiche condotte dai governi, che si sono succeduti ad un regime dittatoriale, a favore di logiche punitive ovvero, in direzione opposta, ispirate al perdono P. Häberle, *Diritto e verità*, tr. it, Torino, 2000.

<sup>105</sup> Che si è protratto fino alla pronuncia della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* del 2005 (S. 1767. XXXVIII, Recurso de Hecho Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa N°17.768, in <http://www.csjn.gov.ar/>). Su questo periodo della storia argentina si rinvia a M. Rosti, *La forza della memoria nel caso dei desaparecidos argentini*, in “Culture”, *Annali del Dipartimento di Lingue e culture contemporanee dell’Università degli Studi di Milano*, 2005, p. 149 ss. e in [www.club.it/culture2005-2006/09culture.pdf](http://www.club.it/culture2005-2006/09culture.pdf); idem, *L’Italia e i desaparecidos argentini d’origine italiana*, in M.C. Vera de Flachs e L. Gallinari (a cura), *Pasado y presente: algo màa sobre los italianos en la Argentina*, Cordoba, 2008, p. 251 ss. e L. Mezzetti, *Argentina: un primo passo verso il processo ai crimini della dittatura*, in *Dir. Pubbl. comp. ed eur.*, 2001, III, p. 1369 ss., che richiama la sentenza del 6 marzo 2001, i cui effetti erano tuttavia limitati al solo caso di specie (riguardante undici militari, alcuni dei quali nel frattempo deceduti), con cui il giudice federale Gabriel Cavallo dichiarava “la incostituzionalità delle leggi di amnistia per i delitti commessi (..) durante la dittatura del periodo 1976-1983”.

<sup>106</sup> Commissione nazionale per la sparizione delle persone (Conadep), presieduta dallo scrittore Ernesto Sabato.

Il successivo indulto, concesso nel 1989 dal governo di Carlos Saúl Menem, conduceva, attraverso la riduzione delle pene già inflitte, al definitivo proscioglimento dei pochi militari in precedenza condannati.

A consentire una chiara inversione di rotta delle politiche governative, fino a quel momento prevalenti, è stata proprio la spinta emotiva suscitata dalle insistenti richieste provenienti dalle nonne di Plaça de Mayo di ricercare, grazie ai test genetici, i propri nipoti.

La dichiarazione di nullità delle leggi di amnistia del 1986 e del 1987, sopra citate, da parte della *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, per effetto di una forte pressione popolare, scossa dalle prime rivelazioni sulla sorte dei *desaparecidos* e dei loro figli, spingeva la maggioranza politica ad abbandonare la politica del perdono, altrove (in Sudafrica) affermatasi secondo una logica di riconciliazione e di “giustizia ricostruttiva”<sup>107</sup>, in favore di una seria azione di polizia criminale che conducesse all’accertamento delle responsabilità e alla definitiva condanna dei colpevoli<sup>108</sup>.

**7. Conclusioni. L’istituzione della Banca dati nazionale del DNA.** Pur convenendo sull’opportunità che il bilanciamento tra contrapposti interessi, di difficile definizione per via legislativa, sia rimesso di volta in volta alla decisione di quanti (giudice, Authority, Comitati etici) siano stati investiti di tale compito nell’esercizio delle rispettive funzioni, è indubbia altresì l’esigenza che l’impiego delle tecniche di ingegneria genetica venga in qualche misura orientato da un’accorta disciplina normativa, di rango legislativo e regolamentare, proprio in considerazione delle inevitabili ricadute sulla tenuta di inderogabili diritti fondamentali, dal diritto all’integrità fisica, alla dignità umana, alla riservatezza, alla autodeterminazione informativa, ai diritti delle generazioni future.

---

<sup>107</sup> La Commissione per la riconciliazione e la verità era stata istituita in Sudafrica, con la fine della politica dell’*apartheid*, dall’art. 45, n. 1 lett. d) della Costituzione di questo Paese cui faceva seguito il *Promotion of National Unity and reconciliation Act*, No 34 del 1995. I lavori della Commissione, ispirata a logiche di “giustizia ricostruttiva” che guardavano, attraverso il perdono, “all’avvenire” (A. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L’emergere di una giustizia internazionale*, cit., p. 250; e, dello stesso Autore, il recente volume dal titolo *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù, shoah*, tr. it. Milano, 2009), presieduta dal premio Nobel per la Pace, Desmond Tutu, si sono conclusi nel mese di marzo 2003 con la presentazione degli ultimi volumi del *Final Report* reperibili sul sito <http://www.doj.gov.za/trc/>. Per la dottrina che si è occupata della vicenda sudafricana si rinvia a A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005 e a T. Groppi, *Sudafrica: Conclusa l’attività della Commissione per la verità e la riconciliazione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), che esprime un giudizio “assai critico”, in termini di giustizia retributiva, sui lavori della Commissione che non ha fatto giustizia: “grazie all’amnistia, infatti, i colpevoli di crimini atroci hanno goduto della totale impunità, senza che sia stato chiesto loro di mostrare segni di rimorso o pentimento, mentre le vittime, anche a causa delle difficoltà economiche del Paese, non hanno ottenuto alcuna forma di risarcimento o indennizzo, al contrario di quanto previsto dall’atto istitutivo della Commissione”.

<sup>108</sup> Tale impegno profuso dalla giustizia argentina consentiva l’arresto dei generali (Jorge Rafael Videla ed Emilio Massera), a capo della giunta militare dell’epoca, fino a quel momento ancora liberi nonostante alcune precedenti condanne.

Nonostante gli importanti riferimenti disciplinari contenuti nel Codice in materia di protezione dei dati personali e nelle Autorizzazioni emesse dal Garante della *privacy*, la regolamentazione di queste delicate pratiche della genetica medica continua ad essere ancora ambigua e, per taluni versi, lacunosa, a differenza di quanto è stato invece disposto in materia di applicazioni biotecnologiche in campo agroalimentare, regolata da una normativa certamente più dettagliata e, soprattutto, informata al rigido ossequio del principio precauzionale.

E così, ad esempio, nonostante debbano ritenersi persistenti i limiti, posti dalla giurisprudenza costituzionale, ai metodi, come il prelievo ematico, invasivi della integrità fisica dell'indagato, perdurando l'assenza di una esplicita determinazione legislativa delle misure esperibili nonché dei casi e dei modi del loro svolgimento, l'opportunità invece concessa dall'art. 349, co. 2 *bis* c.p.p. di effettuare, a fini identificativi, prelievi coattivi di capelli e della saliva, pure in mancanza di consenso da parte dell'interessato, senza tuttavia esplicitare i reati (i casi) che ne potrebbero giustificare lo svolgimento<sup>109</sup>, provoca analoghi dubbi di legittimità costituzionale<sup>110</sup>, in relazione alla riserva di legge assoluta contenuta nell'art. 13, 2° co. Cost.<sup>111</sup>.

Pur comprendendo le ragioni, legate all'esigenza di introdurre misure urgenti per contrastare il terrorismo internazionale, che avevano indotto l'allora Ministro dell'interno, On. G. Pisanu, a spingere il Governo ad adottare il decreto legge 27 luglio 2005, n. 144<sup>112</sup>, contenente l'integrazione dell'art. 349 c.p.p., la collocazione di quest'ultimo nel Titolo IV, dedicato alle attività ad iniziativa della polizia giudiziaria, ne potrebbe consentire l'impiego per qualunque *notitia criminis* e indipendentemente dalla presenza di un particolare allarme sociale. Nonostante la scarsa invasività del prelievo di saliva o di capelli, rispetto ad altre forme di indagine (come il prelievo ematico o di

<sup>109</sup> Per C. Fanuele, *L'indagine genetica nell'esperienza italiana ed in quella inglese*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 744, pur non apparendo del tutto "chiaro se le disposizioni" in questione (art. 349, co. 2 *bis* c.p.p.) "riguardino soltanto le indagini *anti-terroristiche*, oppure anche quelle riguardanti reati di altro genere", si dovrà propendere per l'estensione di questa previsione legislativa ad attività investigative "a qualsiasi reato queste si riferiscano".

<sup>110</sup> Esprimono dubbi sulla legittimità costituzionale della previsione contenuta nell'art. 349, co. 2 *bis* c.p.p., rispetto all'art. 13 Cost., R. Cantone, *Le modifiche processuali introdotte con il "Decreto antiterrorismo" (D.L. n. 144/05 conv. In l. n. 155/05)*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 2516; F. De Leo, *Terrorismo: le "scappatoie" per uscire dall'incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 37, p. 11; L. Filippi, *Le disposizioni processuali*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2005, n. 10, p. 218; P. Felicioni, *Identificazione personale*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. 7, 2007, p. 230; A. Feola, *Il prelievo coattivo di campioni biologici per fini di accertamento della verità: la prova del DNA tra favor veritatis e garanzie costituzionali di tutela della libertà personale*, in R. Prodomo (a cura), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, cit., p. 81, a giudizio della quale "non solo il legislatore del 2005 ha nuovamente reiterato l'indeterminatezza dei casi, ma ha anche accentuato il ruolo della polizia giudiziaria in linea con un'impostazione di ispirazione preventiva che permea tutto l'impianto del decreto legge in esame".

<sup>111</sup> Il disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 12 ottobre 2006 (in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)), abbandonato a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere, recante "Modifiche al codice di procedura penale per il compimento su persone viventi di prelievi biologici o accertamenti medici", si proponeva di sottrarre alla "polizia giudiziaria il prelievo obbligatorio di capelli e saliva", come disposto dall'art. 349 c.p.p., 3° co., in modo da prevedere – "per ragioni di coerenza sistematica" –, "in ogni caso, l'intervento del giudice (...). Di qui la proposta di sopprimere l'art. 354, comma 3, ult. periodo, del c.p.p., perché esso non contempla il successivo intervento dell'autorità giudiziaria in sede di convalida dell'operato della polizia giudiziaria" (Cfr. *Relazione di accompagnamento al disegno di legge*).

<sup>112</sup> Convertito in legge 30 luglio 2005, n. 155.

altri tessuti umani) che avrebbe, per certi versi, l'effetto di ridurre la preoccupazione di una possibile violazione del 2° comma dell'art. 13 Cost., ciò che desta perplessità, pure in presenza di una comprensibile urgenza di procedere alla identificazione del presunto terrorista, è l'attribuzione alla polizia giudiziaria del potere di violare la sfera personale sulla base di una mera autorizzazione, anche orale (da confermare tuttavia per iscritto), del pubblico ministero assai meno garantistica di quanto è invece stato in seguito disposto dagli artt. 224- *bis* e 359- *bis* c.p.p.

A norma dell'art. 359-*bis* c.p.p., recentemente aggiunto dalla legge n. 85 del 2009 - che fa salva la suddetta disciplina introdotta dall'art. 349, comma 2-*bis* - qualunque prelievo coattivo di materiale organico tratto da mucosa del cavo orale o capelli, in assenza del consenso della persona interessata, potrà infatti essere disposto dal pubblico ministero soltanto a seguito di autorizzazione concessa con apposita ordinanza dal giudice delle indagini preliminari in presenza dei presupposti previsti dall'art. 224- *bis* c.p.p. (delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore al massimo a tre anni e negli altri casi espressamente previsti dalle legge). Anche se un'eventuale urgenza a provvedere, al fine di evitare un "grave o irreparabile pregiudizio alle indagini", potrà comunque consentire al pubblico ministero di disporre, con decreto motivato, il prelievo coattivo, a condizione di richiedere al giudice delle indagini preliminari, entro quarantotto ore, la convalida che dovrà, a sua volta, intervenire nelle successive quarantotto ore (art. 359-*bis* c.p.p.).

A quanto precede si deve poi aggiungere che, a differenza di quanto disposto dall'art. 349, comma 2-*bis* c.p.p., di cui è stata già sottolineata l'eccessiva genericità, la chiara individuazione da parte dell'art. 224 *bis* c.p.p. di fattispecie di reato di particolare riprovazione sociale, per le quali è prevista la pena detentiva<sup>113</sup>, oltre a circoscrivere la tipologia delle persone costrette a cedere il proprio materiale organico, nel rispetto della riserva di legge assoluta contenuta nel 2° comma dell'art. 13 Cost., potrà a maggior ragione giustificare l'inserimento in un apposito archivio (o banca dati) delle informazioni genetiche appartenenti a quanti fossero sottoposti, anche in stato di detenzione, ad indagini, così da consentire il loro successivo confronto con le tracce biologiche rinvenute sulla scena del crimine (cd. "tracce mute") e, di conseguenza, "aumentare la percentuale di identificazione degli autori" dei delitti, oltre ad agevolare la "ricerca delle persone scomparse"

<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Non sarebbe, invece, comprensibile, a giudizio di G. Frigo, *Non convince il prelievo per chi può essere assolto*, in *Il Sole 24 ore*, 16 settembre 2007, la schedatura, pure consentita dall'art. 9, n. 1 lett. a) della legge n. 85 del 2009, dei "soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari" che potrebbero essere in seguito prosciolti "per difetto di gravità indiziaria".

<sup>114</sup> G. Amato, allora Ministro dell'interno, intervista in A. Custodero, *Sicurezza, ok alla banca del DNA*, in *La Repubblica* del 16 settembre 2007, p. 14.

Nonostante i persistenti dubbi di costituzionalità in precedenza rilevati, il recente intervento legislativo, attuativo degli impegni introdotti dal Trattato di Prüm <sup>115</sup>, ha certamente consentito di colmare una ingiustificata lacuna normativa nel comparto delle indagini con l'effetto di "recuperare" uno strumento di ricerca della prova, indispensabile per consentire "l'identificazione degli autori dei delitti" <sup>116</sup>, che oggi "è momento irrinunciabile se si vogliono utilizzare nella loro pienezza tutte le potenzialità offerte, in questo ambito, dalle investigazioni scientifiche" <sup>117</sup>.

Per evitare la diffusione di notizie sensibili, che potrebbero rivelare lo stato di salute attuale o futuro del loro possessore e, contemporaneamente, del suo "intero gruppo biologico", la legge n. 85 del 2009 prevede, a somiglianza di quanto avviene in altri paesi europei, la conservazione in una apposita Banca dati nazionale del semplice "profilo del DNA" <sup>118</sup>, individuato mediante sequenze alfanumeriche, da cui non si possono ricavare informazioni ritenute delicate – come sarebbero quelle sullo stato di salute dell'indagato o sulla predisposizione dello stesso a particolari patologie <sup>119</sup> –, ma utili solo ad identificare il colpevole di un reato. Non tralasciando, ovviamente, di considerare la previsione di ulteriori precauzioni, quali: un attento e scrupoloso controllo sulla gestione della Banca dati nazionale del DNA da parte del Garante sulla *privacy* (art. 15, legge n. 85 cit.); l'introduzione di una "protezione" dei dati in grado di permettere la tracciabilità degli accessi e quindi consentire "l'identificazione dell'operatore e la registrazione di ogni attività" al fine di evitare le intrusioni esterne indesiderate (art. 12, nn. 2, 3, 4 e 5, legge n. 85 cit.); il riconoscimento ai titolari dei dati dei diritti contemplati dal Codice sulla *privacy*, "come l'accesso, l'aggiornamento, l'eventuale cancellazione" dei profili del DNA <sup>120</sup> in presenza di una successiva assoluzione con sentenza passata in giudicato, "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" (art. 13,

<sup>115</sup> Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria "relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale". Sull'esigenza di migliorare la collaborazione tra tutti gli Stati membri, per uno scambio delle informazioni genetiche utili alle indagini e alla prevenzione dei reati, nel rispetto della riservatezza e della protezione dei dati personali, ed in coerenza con quanto già stabilito nel Trattato di Prüm cfr. la *Decisione* 2008/615/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008, in *G.U.U.E.* del 6 agosto 2008, L 210/1, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera.

<sup>116</sup> Secondo la dizione utilizzata dall'art. 5, n. 1 della legge n. 85 del 2009.

<sup>117</sup> *Relazione di accompagnamento* al disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 12 ottobre 2006 (in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)), abbandonato a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere, recante "Modifiche al codice di procedura penale per il compimento su persone viventi di prelievi biologici o accertamenti medici". Per la dottrina cfr. L. Scaffardi, *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona* (2008), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>118</sup> Il prelievo di campioni biologici da inserire nella Banca dati nazionale del DNA potrà interessare soltanto le fattispecie indicate dall'art. 9, n. 1 della legge n. 85 del 2009 con particolare riguardo ai soggetti: cui "sia stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari"; che fossero stati "arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto"; comunque "detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per delitto colposo; nei confronti dei quali sia stata "applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto colposo" ovvero, "in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva".

<sup>119</sup> Cfr. art. 11, n. 3 della legge n. 85 del 2009.

<sup>120</sup> Garante della *privacy*, *Comunicato stampa* del 21 settembre 2007, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

n. 1, legge n. 85 cit.); una precisa definizione dei tempi di conservazione di questa informazione negli archivi, in modo da disporre, in ossequio al cosiddetto diritto *all'oblio*, la distruzione dopo un certo numero di anni [non superiore ai quaranta dall'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento (art. 13, n. 4, legge n. 85 cit.)] e, certamente, non oltre l'esistenza in vita del loro titolare <sup>121</sup>.

Il perseguimento in questo campo della conoscenza umana della necessaria *certezza del diritto*, cui ha in parte contribuito il recente intervento del legislatore ordinario <sup>122</sup>, potrà sicuramente favorire una maggiore comprensione, da parte dell'opinione pubblica, dei vantaggi e dei pericoli dell'ingegneria genetica <sup>123</sup>, in modo da attenuare le inevitabili preoccupazioni e angosce provocate dall'impiego di sofisticate e, soprattutto, innovative tecniche della ricerca medica.

Anche se, fatta salva la specificità delle singole fattispecie e la difficoltà per una qualunque disciplina legislativa di regolamentare tutte le possibili applicazioni della biomedicina, la persistenza delle contraddizioni sopra segnalate – di tipo prettamente procedurale, in relazione all'autorità (pubblico ministero o giudice) abilitata, secondo i casi, a disporre il prelievo coattivo, ovvero contenutistico, per la particolare indeterminatezza di una parte del tessuto dispositivo -, nel depotenziare il portato garantistico introdotto dal 2° comma dell'art. 13 Cost., a tutela della libertà personale del soggetto sottoposto a prelievo del DNA, potrebbe, in una certa misura, determinare, nella stessa collettività, una qualche diffidenza e giusta inquietudine nei riguardi di questa importante risorsa investigativa, funzionale all'accertamento dell'identità della vittima e del responsabile di un grave reato.

---

<sup>121</sup> L'intento di questo limite temporale è, soprattutto, quello di “evitare una indefinita sottoposizione a controllo anche a distanza di tempo considerevole che, forse, finisce col violare il principio costituzionale della personalità e della responsabilità penale” [Gruppo di lavoro Biosicurezza (istituito con DPCM 30 marzo 2004) del Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie, *Documento finale*, 18 aprile 2005, p. 25]. Il termine di quaranta anni dall'inserimento nell'Archivio è ritenuto in grado di coprire adeguatamente, secondo un'opinione corrente fondata sulle prassi, il “periodo di plausibile recidiva” [Gruppo di lavoro Biosicurezza (istituito con DPCM 30 marzo 2004) del Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie, *ibidem*]. Per la dottrina cfr. M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, cit., p. 162 ss.

<sup>122</sup> Cui dovranno fare seguito uno o più D.P.R., da adottare entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 85 del 2009, per disciplinare nel dettaglio: il funzionamento e l'organizzazione della Banca dati nazionale del DNA; le tecniche e modalità di analisi e di conservazione dei campioni biologici; le attribuzioni del responsabile della Banca dati; le modalità di cancellazione dei profili del DNA; ecc.

<sup>123</sup> L. Nilsen, *Dalla bioetica alla biogestione*, in C.M. Mazzoni (a cura), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, p. 50.