

File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQUID
SEZIONE SCIENTIFICA

L'identità genetica nella tutela penale della *privacy* e contro la discriminazione

di Debora Provolo



PADOVA
UP

P A D O V A U N I V E R S I T Y P R E S S

JusQuid sezione scientifica

Nella *sezione scientifica* di *JusQuid* sono pubblicate opere sottoposte a revisione valutativa con il procedimento del « doppio cieco » (*double blind peer review process*), nel rispetto dell'anonimato dell'autore e dei due revisori. I revisori sono professori di provata esperienza scientifica, italiani o stranieri, o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili. Il revisore che accetti l'incarico di valutazione formula il suo giudizio tramite applicazione di punteggio da 1 a 10 (sufficienza: 6 punti) in relazione ad ognuno dei seguenti profili: struttura (coerenza e chiarezza dell'impianto logico, metodologia); riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali; correttezza espositiva; argomentazione critica e propositiva; bibliografia; rilevanza scientifica nel panorama nazionale (e internazionale, se ricorre l'esigenza relativa a questo profilo). Precisa se l'opera sia pubblicabile senza modifiche o previo apporto di modifiche, o se sia da rivedere, oppure da rigettare, e comunque dà opportune indicazioni. Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore responsabile e dal comitato scientifico, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le valutazioni sono trasmesse, se è opportuno, e rispettando l'anonimato del revisore, all'autore dell'opera. L'elenco dei revisori e le schede di valutazione sono conservati presso la sede di *JusQuid*, a cura del direttore. Il termine per lo svolgimento dell'incarico di valutazione accettato è di venti giorni, salvo espressa proroga, decorsi i quali, previa sollecitazione e in assenza di osservazioni negative entro dieci giorni, il direttore e il comitato scientifico, qualora ritengano l'opera meritevole, considerano approvata la proposta. Sono escluse dalla valutazione opere di componenti del comitato scientifico e del direttore responsabile. A discrezione del direttore responsabile e del comitato scientifico sono escluse dalla valutazione opere di indubbia meritevolezza o comunque di contenuto da ritenersi già adeguatamente valutato in sede accademica con esito positivo, per esempio scritti pubblicati su invito o di autori di prestigio, atti di particolari convegni, opere collettive di provenienza accademica.

JusQuid

Direttori responsabili

Silvio Riondato e Riccardo Borsari

Comitato editoriale

Riccardo Borsari, Elena Cadamuro, Chiara Candiotta, Paolo Capoti, Elisabetta Palermo Fabris, Lorenzo Pasculli, Debora Provolo, Marco Rebecca, Silvio Riondato

JusQuid sezione scientifica

Comitato scientifico

Paolo Benciolini, Riccardo Borsari, Lorenza Carlassare, Marcello M. Fracanzani, Manuela Mantovani, Francesco Moschetti, Elisabetta Palermo Fabris, Paolo Patrono, Silvio Riondato, Rino Rumiati, Daniele Rodriguez, John A. E. Vervaele, Paolo Zatti

- E. Pavanello, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, 2012.
- S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, 2012.
- L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, 2012.
- S. Riondato, R. Alagna (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*. Criminal Law of the Republic of Turkey, 2012.
- R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, 2012.
- C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, 2013.
- R. Alagna, S. Riondato (a cura di), *Studi sulla riforma penale post-socialista*. Studies on the Criminal Law Reform in the Post-Soviet Countries, 2013.
- R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, 2013.
- R. Borsari, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, 2013.
- S. Riondato, *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, 2014.
- I.G. Antonini, *La duplice natura della società pubblica: tra garanzia della concorrenza e alternativa all'appalto*, 2014.
- D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (eds.), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, 2014.
- A. Aprile, A. Fabris, D. Rodriguez, *Danno da perdita di chance nella responsabilità medica*, 2014.
- R. Borsari (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, 2015.
- R. Borsari, L. Sammicheli, C. Sarra (a cura di), *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, 2015.

- R. Borsari (a cura di), *La corruzione a due anni dalla Riforma Severino*, 2015.
- F. Mazza, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neuroscienze*, 2016.
- R. Borsari (a cura di), *Processo alla scienza*, 2016.
- R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, 2016.
- D. Provolo, *L'identità genetica nella tutela penale della privacy e contro la discriminazione*, 2018.

JusQuid sezione teorico-pratica

- S. Cardin, *L'illecito punitivo-amministrativo: principi sostanziali, procedurali e processuali*, 2012.
- A. Giuliani, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, 2015.

Debora Provolo

*L'identità genetica nella tutela penale della privacy e
contro la discriminazione*

**PADOVA
UP**

Prima edizione anno 2018, Padova University Press

Titolo originale

L'identità genetica nella tutela penale della privacy e contro la discriminazione

© 2018 Padova University Press

Università degli Studi di Padova

via 8 Febbraio 2, Padova

www.padovauniversitypress.it

Progetto grafico

Padova University Press

Immagine di copertina

“Collegio dei dottori giuristi padovani che rende parere al Doge”. Dall'affresco di Gino Severini nella Sala della Facoltà di Giurisprudenza – Palazzo del Bo, Padova

ISBN 978-88-6938-124-9

Stampato per conto della casa editrice dell'Università di Padova – Padova University Press.

Tutti i diritti di traduzione, riproduzione e adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo (comprese le copie fotostatiche e i microfilm) sono riservati.

File riservato ad esclusivo fine di studio

A Giorgio, Jacopo ed Emma

*«There is no gene for the human spirit»
Gattaca, di Andrew Niccol, 1997*

Indice

CAPITOLO I

GENETICA E NUOVE ESIGENZE DI TUTELA DEI DIRITTI DELLA PERSONA: <i>PRIVACY</i> E NON DISCRIMINAZIONE	p. 15
1. L'impatto della "rivoluzione genetica" sul diritto penale.	p. 15
2. I caratteri peculiari delle informazioni genetiche tra "eccezionalismo" e normalità.	p. 19
2.1 Nozione di informazione genetica.	p. 24
2.2. Informazioni e test genetici: dalla medicina predittiva alla "genomica ricreativa".	p. 30

CAPITOLO II

LA TUTELA PENALE DELLE INFORMAZIONI GENETICHE TRA <i>PRIVACY</i> GENETICA E PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ PERSONALE	p. 37
1. Diritti della persona sulle proprie informazioni e tutela penale della <i>privacy</i> .	p. 37
2. <i>Privacy</i> genetica tra individuo, "gruppo biologico" e "famiglia". Problemi di individuazione del bene giuridico di categoria.	p. 41
3. Il trattamento delle informazioni genetiche nell'ordinamento italiano secondo l'eccentrico modello del regime autorizzativo affidato al Garante.	p. 49
3.1. Distinzione tra campione biologico e dato genetico.	p. 54
3.2. Distinzione tra dato sanitario e dato genetico, e tra dato genetico sanitario e dato genetico non sanitario.	p. 55
4. Profili critici dell'innesto del modello autorizzativo sulla fattispecie delittuosa di inosservanza di provvedimenti del Garante (art. 170 Codice della <i>privacy</i>).	p. 56
5. Disciplina speciale per i dati genetici nel regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (2016/679/UE): il modello semi-autorizzatorio con autovalutazione del rischio e sua incidenza sull'ordinamento italiano.	p. 64
6. Criticità delle novità punitivo-amministrative nel regolamento europeo 2016/679 sulla <i>privacy</i> , in prospettiva di riforma della disciplina penale e punitivo-amministrativa italiana.	p. 69
7. Le progettate innovazioni della disciplina punitiva in attuazione della direttiva UE 2016/680 sulla protezione dei dati nei settori della prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali: legge delega e schema di decreto legislativo.	p. 76

8. Dati genetici e biobanche.	p. 79
8.1. La banca dati nazionale del DNA.	p. 84
8.1.1. Accesso ai dati, obblighi di segretezza e tutela penale delle informazioni genetiche nella l. n. 85 del 2009.	p. 86
8.1.2. Conservazione dei dati genetici e tutela della <i>privacy</i> : una relazione problematica.	p. 88
9. Rapporti tra <i>privacy</i> genetica e protezione dell'identità personale: nuove esigenze di tutela?	p. 92
10. Conclusioni riassuntive.	p. 97

CAPITOLO III

LA DISCRIMINAZIONE GENETICA	p. 101
1. Vulnerabilità genetica: il progresso biotecnologico e le nuove forme di discriminazione.	p. 101
2. Dignità umana, "pari dignità sociale", <i>vis</i> espansiva del principio di eguaglianza.	p. 102
2.1. Informazioni genetiche e rischio di discriminazione o stigmatizzazione.	p. 108
3. Gli incerti contorni della "discriminazione genetica".	p. 117
4. La tutela penale della persona contro le discriminazioni nell'ordinamento italiano: quale spazio per la discriminazione genetica?	p. 124
4.1. Impossibilità di ricondurre la discriminazione genetica alle norme incriminatrici in materia di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3 l. 654/1975).	p. 124
4.2. Inesistenza di altre disposizioni penali volte a tutelare in via diretta la persona contro condotte di discriminazione su base genetica. La tutela "mediata" nella disciplina penale in materia di protezione dei dati personali.	p. 128
5. Dignità umana e divieto di discriminazione genetica nel biodiritto europeo e internazionale.	p. 130
5.1. I principali strumenti di contrasto alla discriminazione genetica; inesistenza di obblighi sovranazionali di penalizzazione.	p. 136
6. <i>De iure poenali condendo</i> : estensione delle norme penali antidiscriminazione (legge Reale-Mancino) alla discriminazione genetica. L'individuazione del bene giuridico da tutelare: precisazioni sul concetto penalistico di "dignità umana".	p. 146
6.1. Criticità dell'innesto nella vigente disciplina penale antidiscriminatoria di un «motivo» fondato sulle caratteristiche genetiche. «Atti di discriminazione genetica» e difetto di determinatezza.	p. 155
7. Il contrasto alla discriminazione genetica in altri ordinamenti: modelli giuridici a confronto.	p. 164

8. L'esperienza statunitense: un approccio settoriale alla soluzione del problema.	p. 165
8.1. Il <i>Genetic Information Nondiscrimination Act</i> (GINA) del 2008.	p. 172
9. Il ricorso al sistema di tutela delle informazioni genetiche come strumento di contrasto alla discriminazione: l'esempio tedesco.	p. 178
10. La tutela penale diretta contro la discriminazione genetica: il modello francese.	p. 182
11. Verso una protezione penale della persona contro la discriminazione genetica? Riflessioni dall'indagine comparatistica e considerazioni conclusive.	p. 192
 BIBLIOGRAFIA	 p. 201

CAPITOLO I

GENETICA E NUOVE ESIGENZE DI TUTELA DEI DIRITTI DELLA PERSONA: PRIVACY E NON DISCRIMINAZIONE

1. L'impatto della "rivoluzione genetica" sul diritto penale.

L'impatto della genetica sul diritto penale è un tema impervio e in costante evoluzione, fertile terreno di un imprescindibile confronto interdisciplinare che impone al giuspenalista sia di misurarsi con la complessità e le incertezze della biomedicina e delle più moderne tecnologie, sia di confrontarsi con le implicazioni derivanti da altri settori dell'ordinamento. La genetica è infatti oggetto cangiante e multiforme che mette in crisi gli strumenti giuridici tradizionali¹, perché l'incessante progredire della ricerca in materia fa emergere di continuo nuove potenzialità suscettibili di preludere ad inedite aggressioni ai valori fondamentali della persona.

La ricerca giuridica su questi temi comporta un ampio ventaglio di questioni, abbracciando problematiche tra loro eterogenee. Occorre, allora, precisare l'ambito dell'indagine.

Molte delle interazioni tra genetica e diritto penale, ponendosi al cuore del dibattito biogiuridico contemporaneo², sono state (e continuano ad essere) oggetto di approfonditi studi da parte della dottrina penalistica³, come accade per

¹ Sulle difficoltà del diritto a confrontarsi con la mutevolezza della dimensione genetica v. C. CASONATO, M. TOMASI, *Genetica e diritti costituzionali: prospettive e profili problematici*, in D. PROVULO, S. RIONDATO, F. YENISEY (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, 2014, p. 111 ss.

² In argomento v., con varietà di accenti, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012; C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998; L. PALAZZANI, voce *Biodiritto (Parte giuridica)* in E. SGRECCIA, A. TARANTINO (dir. da), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. II, Napoli, 2009, p. 119 ss.; ID., *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002. Sulle singole problematiche che gravitano nell'area del biodiritto (dimensione genetica, inizio vita, fine vita, integrità del corpo, salute e responsabilità medica) si rinvia, per un primo approccio in prospettiva interdisciplinare, ai contributi contenuti nei diversi volumi del *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2010, 2011. Sul biodiritto come complesso di regole chiamate a orientare le applicazioni della scienza e della tecnologia a livello sovranazionale v. L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Torino, 2012.

³ Cfr. intanto, per una introduzione ai fondamenti del biodiritto penale, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015; D. PULITANÒ, *Biodiritto e diritto penale*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, Milano, 2010, p. 637 ss.

esempio per le implicazioni delle neuroscienze e della genetica comportamentale⁴ o per le questioni in tema di procreazione medicalmente assistita⁵.

Per contro, si registra una diffusa trascuranza con riguardo al non meno importante profilo della tutela penale della *privacy* che concerne i dati genetici, trascuranza che diviene assordante silenzio laddove si vogliano considerare le implicazioni inerenti i rischi discriminatori connessi al trattamento di tali dati, la discriminazione genetica. La discriminazione genetica costituisce invero una sorta di *Niemandsland*, in particolare (ma non solo) sul piano penalistico.

Eppure si tratta di temi di particolare attualità e interesse, sui quali converge, nel contesto sociale, una sempre maggiore richiesta di attenzione e di tutela “forte” contro nuove forme di “abuso” delle informazioni genetiche, a fronte di un quadro sempre più pervasivo con riferimento alla raccolta, impiego e circolazione dei dati genetici, non solo in ambito sanitario. La concretezza delle esigenze di tutela è dimostrata, del resto, anche dalle numerose sollecitazioni provenienti dal contesto internazionale ed europeo. In tale ambito, si constata l'adozione di numerosi strumenti normativi che, pur con diverso grado di vincolatività, sanciscono, da un lato, i principi (anche etici) che, in un'ottica di garanzia del rispetto della dignità dell'uomo e di protezione dei diritti umani, debbono presiedere la raccolta, il trattamento e l'uso dei dati genetici e, dall'altro lato, il divieto di discriminazione fondata sulle caratteristiche genetiche della persona. Queste sono le due linee di ricerca qui assunte.

La necessità di rimeditare la disciplina (anche) penale interna dei dati genetici acquista un carattere di particolare urgenza in prospettiva dell'imminente applicabilità diretta del nuovo regolamento europeo 679/2016 UE sulla *privacy*

⁴ La letteratura in argomento è davvero vasta: cfr., senza pretesa di completezza, M. BERTOLINO, *Imputabilità: scienze, neuroscienze e diritto penale*, in L. PALAZZANI, R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, Torino, 2013, p. 143 ss.; L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, ivi, p. 121 ss.; O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia, Padova, 2013; ID., *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in “Archivio penale”, 2011, p. 837 ss.; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016; I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012; D. TERRACINA, *Diritto penale e neuroscienze*, in L. PALAZZANI, R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze*, cit., p.165 ss.; nonché i vari contributi sul tema in D. PROVOLO, S. RIONDATO, F. YENISEY (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit.

⁵ V., *ex multis*, E.M. AMBROSETTI, *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004, n. 40): profili penali*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, vol. IV del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, Milano, 2011, p. 904 ss.; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo II, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, p. 1537 ss.; ID., *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2014, p. 1669 ss.; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012; A. FERRATO, *La tutela penale del diritto a nascere*, Padova, 2017, p. 212 ss.

(25 maggio 2018), al quale dovrà conformarsi anche il *Codice per la protezione dei dati personali* (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; da ora in poi, *Codice della privacy*). Ad ogni modo, la scelta di approfondire, sotto il profilo penalistico, le due indicate linee di ricerca non si fonda solo sull'esigenza di colmare una lacuna dottrinale o di soddisfare istanze di attuazione della normativa europea o internazionale. Si tratta, inoltre, soprattutto di affrontare temi che consentono di riesaminare da una prospettiva relativamente diversa alcuni degli elementi più significativi e, al contempo, problematici del biodiritto penale, saggiando la tenuta delle acquisizioni interpretative finora formatesi.

Ci si riferisce, anzitutto, all'imprescindibile confronto con il *dato biologico*, dato di realtà preesistente ed indipendente dal diritto che definisce il campo su cui il diritto stesso è destinato ad incidere⁶. Le esigenze definitorie impongono di instaurare un dialogo con le scienze della vita e, segnatamente, con la genetica, la quale costituisce un terreno che, con riguardo all'oggetto specifico di questa ricerca, deve essere indagato in sede di individuazione di un significato giuridicamente rilevante di dato/informazione genetica. Non è possibile, infatti, ragionare di categorie normative o beni giuridici prescindendo dai risultati sperimentali e dai dati elaborati dalle cosiddette scienze naturali⁷, soprattutto quando i progressi scientifici e tecnologici pongono, come nel caso della genetica, nuove esigenze di tutela, in grado di mettere in discussione categorie giuridiche tradizionali.

Le ricerche sul genoma umano, peraltro, (ri)proporgono domande fondamentali sull'essere umano che vanno ben oltre l'ambito strettamente scientifico e tecnologico, in quanto hanno come proprio oggetto di indagine la «natura» stessa dell'individuo (biologico)⁸. Le caratteristiche biologiche, «formalizzate» nel dato genetico, attengono alla sfera più intima della persona umana e costituiscono uno degli aspetti che va a comporne l'identità personale. Il controllo sulla circolazione dei dati genetici non è allora soltanto un aspetto del più ampio bene personalistico del rispetto alla vita privata, ma è altresì funzionale alla tutela dell'identità genetica. Di fronte alle sempre nuove tipologie di aggressione che scaturiscono dal cosiddetto «determinismo genetico» emergono nuove esigenze di tutela dell'«identità genetica» intesa come componente dell'identità personale, attraverso il riconoscimento di un complesso di diritti della persona a garanzia del «diritto alla diversità» e alla non discriminazione.

⁶ D. PULITANÒ, *Biodiritto e diritto penale*, cit., p. 641 s.

⁷ Sul necessario ancoramento delle categorie penalistiche al sapere scientifico vedi L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, 2013, p. 262 e ss.

⁸ Le implicazioni della genetica e delle tecnologie biomediche si svolgono lungo un «filo rosso» interdisciplinare che travalica anche i confini delle scienze sociali, per attraversare anche quel territorio delle scienze morali che con formula ellittica viene chiamato «bioetica». In questo senso vedi L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, cit., p. 294.

Sotto quest'ultimo profilo, la ricerca costringe a tematizzare l'idea fondamentale di *dignità umana*, centrale nel dibattito biogiuridico. La nozione di «dignità» (nelle varie declinazioni: «umana», «della persona», «dell'uomo») compare infatti insistentemente nelle riflessioni dottrinali, negli arresti giurisprudenziali e nei testi di legge concernenti la regolamentazione delle scienze della vita e la tutela dei diritti della persona nella biomedicina, inclusa la genetica umana, e tende a porsi come parametro fondamentale, «concetto guida», per valutare la liceità delle attività medico-scientifiche che incidono nella sfera della persona, nelle sue componenti fisiche e informazionali⁹. Tuttavia, è ormai acclarato, nel dibattito penalistico, come la dignità umana sia un costrutto storico, aperto a plurime ricostruzioni alla luce di differenti visioni dell'uomo e del mondo, a rischio di essere utilizzato a scopi meramente retorici, come *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si riesca ad identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico¹⁰. Ci si propone, pertanto, di concretizzare/specificare¹¹ la nozione *flo* di dignità umana con precipuo riferimento alle condotte di discriminazione genetica, al fine di accertare se essa acquisisca un contenuto sufficientemente “afferrabile” che consenta di far luogo alla tutela penale¹².

Alla luce di quanto sin qui sintetizzato si intende dunque saggiare l'adeguatezza degli strumenti penalistici esistenti rispetto al fine di proteggere la persona umana contro condotte lesive della *privacy* genetica e contro pratiche discriminatorie fondate sulle caratteristiche genetiche dell'individuo, con qualche opportuna incursione in certi profili complementari; ed eventualmente suggerire nuove linee di tutela penale *ad hoc*.

Nel far ciò non si può prescindere dall'interrogarsi sulla ragionevolezza e sull'opportunità dell'utilizzo dello strumento penale nel contrasto di tali condotte, valutando, in sede di politica criminale, se ricorrano le condizioni che giustifichino il ricorso alla massima tutela dell'ordinamento, onde evitare, da un lato, interventi paternalistici indotti dall'emotività suscitata dal sorprendente progresso biotecnologico e, dall'altro, una produzione legislativa astrattamente conforme ai principi penalistici, ma viziata da uno scarso (o nullo) grado di effettività, con un conseguente indebolimento dell'autorevolezza della legislazione criminale nel suo complesso considerata¹³.

⁹ G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 3. La letteratura in tema di dignità umana è pressoché sterminata: si rinvia comunque alle opere citate nel capitolo III.

¹⁰ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2007, p. 557 ss.

¹¹ Nel senso della necessità di abbandonare una concezione astratta e impersonale di dignità che si identifica con un'entità assiologica esterna, v. S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 35.

¹² V. ampiamente *infra* cap. III.

¹³ Sul tema dell'effettività del diritto penale vedi C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto*

Ciò premesso, la ricerca non può che prendere le mosse da una preliminare individuazione dei caratteri propri delle informazioni genetiche, atti a differenziarle da qualsiasi altra informazione personale.

2. I caratteri peculiari delle informazioni genetiche tra “eccezionalismo” e normalità.

L’inizio della c.d. “era del genoma umano” può simbolicamente farsi coincidere con la pubblicazione, il 25 aprile del 1953 sulla rivista *Nature*, della scoperta della struttura a doppia elica del DNA ad opera di Watson e Crick¹⁴. Quest’era si caratterizza per i rapidi e straordinari progressi nella comprensione del DNA umano compiuti dalla ricerca genetica, di cui una tappa fondamentale è costituita dal sequenziamento del genoma umano avvenuto nell’ambito dello *Human Genome Project*¹⁵.

La mappatura del genoma umano¹⁶ ha dato l’impulso alle ricerche relative

penale, Napoli, 2011.

¹⁴ J.D. WATSON, F.H.C. CRICK, *Molecular Structure of Nucleic Acids. A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid*, in “*Nature*”, 1953, vol. 171, pp. 737-738. Per una sintetica esposizione della storia della scienza genetica prima della pubblicazione degli studi di Watson e Crick v. A. DE PAOR, N. LOWNDES, *Tracing the history, evolution and future orientation of genetic science and technology*, in G. QUINN, A. DE PAOR, P. BLANCK (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Abingdon, 2015, p. 12 s., cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁵ Lo *Human Genome Project* (HGP), ufficialmente iniziato negli Stati Uniti nel 1990 con il coordinamento del *Department of Energy* e dei *National Institutes of Health* – il più importante organismo federale nel campo delle scienze della vita – è uno dei principali progetti scientifici condotti sul piano internazionale finalizzato, mediante il sequenziamento e la mappatura del genoma umano, all’implementazione della conoscenza dei meccanismi della genetica umana e dell’implicazione dei geni nello sviluppo delle malattie. L’annuncio del completamento dell’intera sequenza del genoma umano è stato dato nell’aprile del 2003 dai ricercatori partecipanti al progetto. Per una sintesi della storia, degli obiettivi e dei risultati del Progetto Genoma Umano v. ancora A. DE PAOR, N. LOWNDES, *Tracing the history, evolution and future orientation of genetic science and technology*, cit., p. 22 ss.; sulle implicazioni etiche e sociali v. pure il parere reso dal Comitato Nazionale per la Bioetica, *Progetto Genoma Umano*, 1994, in http://bioetica.governo.it/media/170638/p15_1994_prog-genoma-umano_it.pdf. Peraltro, parallelamente al consorzio pubblico HGP, un gruppo privato, la *Celera Genomics*, ha condotto e portato a termine un analogo progetto: v. J.C. VENTER, *The sequence of the human genome*, in “*Science*”, vol. 291, 2001, p. 1304 ss.

¹⁶ Il genoma dell’individuo è l’insieme del DNA contenuto nel nucleo di ogni sua singola cellula. Il DNA si organizza in 23 coppie di cromosomi per cellula, ossia esistono nel nucleo di ogni cellula 46 molecole di DNA avvolte attorno a strutture proteiche; in ogni coppia, un cromosoma è di origine materna e un cromosoma è di origine paterna, e tra loro questi cromosomi si somigliano per struttura e dimensioni. Ogni tratto di DNA (e dunque ogni cromosoma) è costituito da una successione di 4 diverse molecole dette basi – l’adenina (A), la timina (T), la guanosina (G), la citosina (C). Sequenziare il DNA significa stabilire, per ogni cromosoma, o parte di esso, la successione esatta di queste basi. Cfr. V. COLONNA, G. BARBUJANI, *Quattro domande a cui la genetica può cercare di rispondere*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum Biodiritto 2009*, Padova, 2011, p. 15.

alle associazioni tra geni, caratteri fisici, condizioni ambientali e malattia: da un campione di DNA è infatti possibile ricavare informazioni sulla costituzione genotipica della persona, che consentono una maggiore comprensione delle interrelazioni tra corredo genetico individuale e stato di salute.

Non è un caso che i primi studi in tema di genetica si siano sviluppati in ambito medico, terreno di prima diffusione dei test genetici¹⁷, i quali costituiscono lo strumento “principe” attraverso il quale si ottengono i dati genetici e le relative informazioni¹⁸. Di conseguenza, i dati sanitari sono stati assunti quale termine di paragone non appena si è cominciato ad interrogarsi in merito alla qualificazione giuridica da attribuire alle informazioni genetiche¹⁹.

Ci si è tuttavia presto avveduti che i dati genetici presentano caratteri peculiari rispetto alla generalità dei dati medici, sia perché sono in grado di identificare un soggetto con un certo margine di certezza, sia perché sono suscettibili di fornire informazioni anche su altri soggetti diversi dall'interessato ma a lui biologicamente legati, sia, infine, perché sono dotati di carattere predittivo²⁰. Il patrimonio genetico, ricavabile da qualunque traccia biologica del soggetto (capelli, sangue, saliva, *etc.*)²¹, rimane inalterato per l'intero arco della vita biologica della persona: i dati genetici sono attribuiti dell'individuo che non mutano con il passare del tempo e non muoiono con la persona, bensì le sopravvivono potendosi trasmettere alle generazioni successive²². In questo senso può dirsi

¹⁷ V. *amplius infra* par. 2.2.

¹⁸ Si potrebbe tracciare una differenza tra il concetto di “dato” e quello di “informazione”. Il dato, infatti, attiene più propriamente alla formalizzazione dell'informazione: quest'ultima rappresenta l'insieme delle notizie che riguardano un determinato individuo, notizie che possono, appunto, essere formalizzate in dati, i quali possono essere accertati e verificati e costituire fonte di indagine, ricerca, *etc.*: v. S. SALARDI, *Informazioni genetiche e diritto. Quale tutela per l'individuo?*, in C. FARALLI, M. GALLETTI (a cura di), *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, Roma, 2011, p. 117, nota 5. Tuttavia, ai fini della comprensione del fenomeno oggetto della disciplina sulla *privacy* e sulla discriminazione genetica, delle quali ci si occupa in questa indagine, questa distinzione non assume una pratica rilevanza e i due termini sono quindi fungibili. Del resto, come si vedrà (v. *infra* par. 2.1) la vigente normativa in tema di trattamento dei dati genetici opera, in sostanza, un'identificazione tra le nozioni di «dato» e di «informazione», nel senso che «dati genetici» sono tutte le informazioni che identificano le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela.

¹⁹ E. SPILLER, *Le implicazioni giuridiche della ricerca genetica. Spunti dal Genetic Information Non-discrimination Act*, in “Rivista di BioDiritto”, n. 2, 2016, p. 306 s.

²⁰ L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, in “Diritto dell'informazione e dell'informatica”, 2003, p. 689 ss.; P. NICOLÁS, *Genetic Data and the Law. The Principles at stake*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, cit., p. 48 ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, 2002, p. 63 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 207 ss.

²¹ V. C. ROMANO, *Il trattamento dei dati genetici nel diritto italiano*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, cit., p. 185.

²² C. ROMANO, *op. loc. cit.* È chiaro peraltro che si fa riferimento alla inalterabilità dei dati genetici

che il dato genetico, costituendo il tramite biologico diretto tra generazioni, è “immortale”, mentre tutti gli altri caratteri biologici della persona, appartenendo alla linea somatica, sono destinati a perire con essa²³. La valenza delle informazioni genetiche si esprime, quindi, peculiarmente nella dimensione *temporale e spaziale*: esse approfondiscono la conoscenza dello stato dell'individuo estendendo al contempo lo spettro di analisi ai parenti più prossimi, così come alle generazioni precedenti e future²⁴. Questa peculiare configurazione ha aperto la strada a prospettive di ulteriori applicazioni socio-economiche delle ricerche sui dati genetici, che vanno ben oltre l'ambito strettamente medico-scientifico: ne sono un esempio la creazione delle banche dati genetiche forensi o gli studi di genetica delle popolazioni, o, ancora, l'impiego dei test genetici con riferimento ai rapporti lavorativi e assicurativi²⁵. La conoscenza delle informazioni genetiche relative a individui, gruppi etnici o intere popolazioni interessa non soltanto i soggetti cui i dati si riferiscono, bensì una pluralità di attori sociali (Stato, enti pubblici, mondo scientifico, datori di lavoro, compagnie assicuratrici, *etc.*), e attorno a tali informazioni ruotano non di rado enormi interessi economici²⁶.

L'informazione genetica è dunque, anzitutto, strumento essenziale al fine di identificazione personale e di individuazione di fattori di rischio, e non soltanto in relazione al soggetto da cui il dato proviene²⁷.

come attributo, per così dire, “naturale”, fermo restando che esiste la possibilità di manipolare il genoma umano, per mezzo di interventi di ingegneria genetica (si pensi ad esempio al *gene editing*, su cui v. il recente parere del Comitato Nazionale di Bioetica, *L'editing genetico e la tecnica CRISPR-CAS9: considerazioni etiche*, del 23 gennaio 2017, in <http://bioetica.governo.it>).

²³ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 208; v. pure C. FARALLI, *Dati genetici e tutela dei diritti*, in C. FARALLI, G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie*, Bologna, 2007, p. 247 ss. Recenti acquisizioni in tema di epigenetica mostrano peraltro che anche i mutamenti epigenetici (ossia quelle mutazioni che variano l'espressione genica pur non alterando la sequenza del DNA o, detto altrimenti, influenzano il fenotipo senza alterare il genotipo) sono tramandabili alle generazioni successive: v., ad es., F. ZENK *et al.*, *Germ line-inherited H3K27me3 restricts enhancer function during maternal-to-zygotic transition*, in “Science”, Vol. 357, 2017, p. 212 ss.; sul tema, denso di implicazioni etico-giuridiche con riguardo alla nozione di identità personale, v., per un primo approccio, S. ZULLO, *Il ruolo dell'epigenetica tra il paradigma dell'identità e quello della responsabilità*, in “Ragion pratica”, 2015, p. 529 ss.

²⁴ Cfr. E. SPILLER, *op. cit.*, p. 306; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, cit., p. 113, che riporta l'esempio del caso del Presidente americano Jefferson, al quale, a distanza di 200 anni, grazie allo studio del DNA del cromosoma Y in discendenti contemporanei di sesso maschile, è stato attribuito almeno un figlio nato da una relazione illegittima con la schiava Sally Hemings (su questo noto caso v. E.A. FOSTER, M.A. JOBLING, P.G. TAYLOR, P. DONNELLY, P. DE KNIJFF, R. MIEREMET, T. ZERJAL, C. TYLER-SMITH, *Jefferson fathered slave's last child*, in “Nature”, vol. 396, 1998, p. 27 ss.).

²⁵ Per un quadro delle possibili applicazioni dei dati genetici al di fuori dell'ambito sanitario v. M.A. ROTHSTEIN, *The Use of Genetic Information for Nonmedical Purposes*, in “Journal of Law & Health”, vol. 9, 1994-1995, p. 109 ss.

²⁶ Sul punto v. S. SALARDI, *Informazioni genetiche e diritto*, cit., p. 115.

²⁷ S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 209.

Dal quadro così tracciato emerge uno scenario complesso, in cui convergono una pluralità di interessi tra loro confliggenti, quali la libertà di ricerca scientifica (che include anche la pubblicazione dei relativi risultati), l'interesse del singolo e dei suoi congiunti alla protezione delle informazioni che li riguardano, l'interesse della collettività a che le scoperte effettuate portino ad un miglioramento della qualità della vita, gli interessi inerenti lo sfruttamento economico dei dati genetici.

La peculiarità dei dati genetici e il difficile bilanciamento degli interessi in gioco si riflettono nel dibattito intorno al regime giuridico non solo penalistico delle informazioni genetiche, declinato secondo il binomio eccezionalità/normalità.

La considerazione della diversità del dato genetico rispetto a qualsiasi altra informazione sensibile, inclusa quella sanitaria, e l'inedita prospettiva, che esso offre, di una soggettività "aperta", in senso transgenerazionale e relazionale²⁸, hanno infatti indotto parte della dottrina, soprattutto statunitense²⁹, a proporre soluzioni normative di tutela "rafforzata" della persona ispirate al c.d. *eccezionalismo genetico*³⁰.

Secondo questa impostazione, l'eccezionalità del dato genetico³¹ – più sen-

²⁸ V. MARZOCCO, S. ZULLO, *La genetica tra esigenze di giustizia e logica precauzionale. Ipotesi sul genetic exceptionalism*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto*, cit., p. 125.

²⁹ Per una sintesi del dibattito accademico apertosi sul tema nel diritto statunitense v. J.H. GERARDS, *Regulation of Genetic Information in the United States*, in J.H. GERARDS, A.W. HERINGA, H.L. JANSSEN (eds.), *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, Antwerp, 2005, p. 123 ss.

³⁰ Sulla controversa teoria del «genetic exceptionalism» v., con diversità di opinioni, J.H. GERARDS, *General issues concerning genetic information*, in J.H. GERARDS, A.W. HERINGA, H.L. JANSSEN (eds.), *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, cit., p. 5 ss.; L.O. GOSTIN, J. G. HODGE, JR., *Genetic privacy and the law: an end to genetics exceptionalism*, in "Jurimetrics", vol. 40, 1999, p. 21 ss.; D. HELLMAN, *What Makes Genetic Discrimination Exceptional?*, in "American Journal of Law & Medicine", vol. 29, 2003, p. 77 ss.; J.L. HUSTEAD, J. GOLDMAN, *The Genetics Revolution: Conflicts, Challenges and Conundra: Genetics and Privacy*, in "American Journal of Law and Medicine", vol. 28, 2002, p. 285 ss.; S.M. SUTER, *The Allure and Peril of Genetics Exceptionalism: Do We Need Special Genetics Legislation?*, in "Washington University Law Quarterly", vol. 79, 2001, p. 669 ss. In argomento v. pure E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, Padova, 2008, p. 25, p. 197 ss.; ID., *La circolazione dei dati genetici tra vecchi diritti e nuove sfide*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto*, cit., p. 103 ss.; V. MARZOCCO, S. ZULLO, *op. cit.*, p. 123 ss.

³¹ La nozione di "eccezionalismo" è stata impiegata per la prima volta nella scienza medica da Ronald Bayer con riferimento al virus HIV, con lo scopo di descrivere come tale patologia, nei primi anni di diffusione, necessitasse di uno statuto eccezionale rispetto a qualsiasi altra malattia (accorgimenti particolari in tema di raccolta del consenso, regole severe di riservatezza dei risultati del test, etc.): R. BAYER, *Public health policy and the AIDS epidemic. An end to HIV exceptionalism?*, in "New England journal of medicine", vol. 324, 1991, p. 1500 ss. L'espressione è stata poi traspunta in ambito genetico da T.H. MURRAY, *Genetic exceptionalism and "Future Diaries": Is Genetic Information Different from Other Medical Information?*, in M.A. ROTHSTEIN (ed.), *Genetic Secrets:*

sibile, più rivelatore, più predittivo della sfera individuale rispetto a qualsiasi altro – renderebbe il soggetto più vulnerabile, in quanto maggiormente esposto ad indebite compressioni della *privacy* e al rischio di discriminazioni, e richiederebbe, pertanto, la predisposizione di strumenti normativi specifici che ne disciplinino il trattamento³². Nel contesto italiano, la corrente “eccezionalista”³³ si richiama, tra l’altro, anche al *Documento di lavoro sui dati genetici* (WP 91) del 17 marzo 2004, elaborato dal *Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali* istituito ai sensi dell’art. 29 della direttiva 95/46/CE³⁴, in cui si precisa che il trattamento dei dati genetici, data la loro specificità, richiede e giustifica una particolare tutela legale³⁵.

All’opinione di quanti ritengono che i dati genetici, per la loro natura, richiedano una specifica regolamentazione, si contrappone l’idea che essi, in realtà, debbano essere considerati alla stregua dei dati sanitari, rispetto ai quali non sono qualitativamente differenti, e, che, dunque, le tutele previste per questi ultimi possano essere estese anche ai primi³⁶. Alla teoria dell’eccezionalismo genetico si obietta che le caratteristiche peculiari che si sono viste appartenere ai dati genetici non sono esclusivamente proprie di questi tipi di dati³⁷, i quali,

Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era, New Haven, 1997, p. 60 ss.

³² In questo senso v., ad esempio, D. HELLMAN, *What Makes Genetic Discrimination Exceptional?*, cit.; J.L. HUSTEAD, J. GOLDMAN, *The Genetics Revolution*, cit.; S. SALARDI, *op. ult. cit.*, p. 133 ss.

³³ V. in particolare S. SALARDI, *Informazioni genetiche e diritto. Quale tutela per l’individuo?*, cit., p. 133 ss.

³⁴ Il Gruppo è stato istituito ai sensi dell’art. 29 della direttiva 95/46/CE ed è un organismo consultivo e indipendente, composto da un rappresentante delle autorità di protezione dei dati personali designate da ciascuno Stato membro, dal GEPD (Garante europeo della protezione dei dati), nonché da un rappresentante della Commissione.

³⁵ V. pag. 4 del Documento (reperibile sul sito <http://www.garanteprivacy.it>): «I dati genetici presentano caratteristiche che li rendono unici, in particolare se li si confronta con i dati sanitari. Essi forniscono o potranno fornire in futuro informazioni scientifiche, mediche e personali valide per tutta la vita di un individuo. Queste informazioni possono avere anche un’incidenza significativa sulla famiglia della persona interessata, per varie generazioni e in certi casi su tutto il gruppo di soggetti a cui l’interessato appartiene. Anche l’identificazione mediante l’impronta genetica presenta un carattere unico. I dati genetici possono infatti rivelare informazioni su più persone, pur consentendo l’identificazione di una sola di esse. Essi rivelano l’unicità della persona interessata. Da questa specificità consegue che il trattamento dei dati genetici richiede e giustifica una particolare tutela legale».

³⁶ V., tra gli altri, L.O. GOSTIN, J. G. HODGE, JR., *Genetic privacy and the law: an end to genetics exceptionalism*, cit.; S.M. SUTER, *The Allure and Peril of Genetics Exceptionalism*, cit.

³⁷ V. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 197, la quale rileva come l’informazione genetica tenda ad assomigliare in particolare a quella relativa all’esistenza di una infezione HIV, la quale ha valore predittivo, in quanto si riferisce ad un individuo asintomatico con riguardo al quale non è certo se e quando si svilupperà la malattia, può riguardare i familiari dell’interessato, benché non intesi nel senso di parenti biologici, e può, infine, determinare forme di discriminazione sia diretta, dato l’elevato potenziale di stigmatizzazione connesso a tale malattia, spesso associata, nell’immaginario collettivo, a condotte morali riprovevoli, sia indiretta, nei confronti di omosessuali e tossicodipendenti. *Contra* S. SALARDI, *op. ult. cit.*, p. 136 ss., la quale ritiene non assimilabili, sul piano fattuale, la patologia genetica e l’infezione da virus HIV, posto

anzi, non sempre sono facilmente distinguibili da quelli sanitari: l'enfasi posta sulle differenze esistenti tra i dati genetici e gli altri dati sanitari non farebbe che complicare il quadro generale, introducendo specificazioni non necessarie, suscettibili, in ultimo, di tradursi in un indebolimento della tutela accordata ad altre informazioni sanitarie³⁸. Si pone in evidenza, inoltre, come la creazione di una specifica disciplina per le informazioni genetiche incrementi, paradossalmente, lo stigma associato alle condizioni genetiche³⁹ e il timore di subire discriminazioni, il che potrebbe indurre un maggior numero di persone a non sottoporsi a test genetici, con conseguenti effetti negativi per la loro salute⁴⁰.

Ora, se è vero che i dati genetici condividono talune caratteristiche con altri dati, ed in particolare con quelli inerenti la salute, è certo tuttavia che in nessun altro tipo di dato i cennati caratteri sono presenti tutti insieme⁴¹. Ciò non necessariamente conduce a propendere per forme "eccezionaliste" di tutela; tuttavia, se ne deve tenere conto laddove si voglia valutare l'adeguatezza degli strumenti penalistici di protezione delle informazioni genetiche, a partire da quelli già esistenti nell'ordinamento italiano.

Ad ogni modo, una presa di posizione a favore o contro l'eccezionalismo genetico, e la disamina delle ricadute sul piano della tutela penale, presuppongono una maggior chiarezza sulla questione definitoria, su cosa debba intendersi per "informazione genetica".

2.1 Nozione di informazione genetica.

Al di là della generica affermazione secondo cui il dato genetico è l'informazione sul genotipo degli individui umani, non si rinviene, in dottrina, una più precisa definizione condivisa⁴², a fronte di una pluralità di accezioni emergenti nei diversi contesti scientifici e normativi. Nel pur vivo dibattito intorno alla nozione di informazione genetica (e al connesso regime giuridico di trattamen-

che la prima si acquisisce dalla nascita mentre la seconda è evitabile ponendo in essere una serie di comportamenti di prevenzione, e considerata anche la diversa rilevanza per i soggetti terzi.

³⁸ L.O. GOSTIN, J. G. HODGE, JR., *Genetic privacy and the law*, cit., p. 31 ss.

³⁹ V., ad es., M.A. ROTHSTEIN, *Is GINA Worth the Wait?*, in "Journal of Law, Medicine and Ethics", vol. 36, 2008, p. 178.

⁴⁰ V. ampiamente S.M. SUTER, *The Allure and Peril of Genetics Exceptionalism*, cit., p. 738 ss., la quale afferma che «by responding to the public's fears with special protections for genetic information, genetics legislation may validate and fuel the flames of these fears as well as the underlying perspective that generates those fears. Moreover, it tends to stigmatize genetic information by suggesting that it warrants special protections» (p. 640).

⁴¹ C. BORGONO, *La protezione dei dati genetici nel biodiritto internazionale. Principi biogiuridici fondamentali*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto*, cit., p. 362; J.H. GERARDS, *General issues concerning genetic information*, cit., p. 10.

⁴² Sul dibattito in ordine all'esatto significato da attribuire alla nozione di "dato genetico" cfr. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 2 ss.; J.H. GERARDS, *General issues concerning genetic information*, cit., p. 11 ss.

to dei dati genetici), la posizione della dottrina giuridica italiana⁴³, nonché di quella penalistica, in particolare⁴⁴, è stata per lungo tempo piuttosto defilata⁴⁵. Una maggiore attenzione si registra in tempi più recenti, ma soprattutto con riguardo alle problematiche inerenti l'impiego dei dati genetici in ambito processuale⁴⁶.

Unanimità di vedute non si riscontra anzitutto nella dottrina statunitense che per prima si è dedicata all'argomento. Secondo una prima impostazione, restrittiva, dato genetico sarebbe soltanto quello ricavabile da una specifica fonte, costituita dal test genetico⁴⁷. Altro orientamento ritiene, invece, che il termine "genetico" si riferisca al contenuto e al carattere dell'informazione, e perciò rileva qualsiasi informazione sulle caratteristiche genetiche del soggetto, qualunque ne sia la fonte⁴⁸. Secondo tale accezione rientrerebbero nel novero dei dati genetici anche le informazioni ricavabili dalla storia medica familiare di un soggetto, dall'osservazione del suo comportamento⁴⁹, o, ancora, da altre informazioni relative alla sua salute personale⁵⁰.

Entrambe le definizioni indicate lasciano insoddisfatti, poiché una legge che si applichi solo alla circolazione di informazioni derivanti da test genetico for-

⁴³ Salvo qualche eccezione, come gli studi di S. RODOTÀ, il primo ad occuparsi approfonditamente del tema (*Tecnologie e diritti*, cit., p. 207 ss.).

⁴⁴ A parte gli scritti di carattere generale sul trattamento dei dati personali, si segnalano in particolare L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici*, cit.; nonché, con specifico riguardo all'ambito familiare, R. BORSARI, *Relazioni familiari e privacy. Profili penali*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, cit., p. 1063.

⁴⁵ In generale, sulle ragioni della scarsa attenzione della dottrina italiana per le problematiche inerenti il trattamento dei dati genetici rispetto al ben più vivace dibattito registratosi in altri ordinamenti v. R. LATTANZI, *Il trattamento dei dati genetici*, in C. BRESCIANI (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, Milano, 2000, p. 292 ss.

⁴⁶ V., ad esempio, C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009; L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona. Studio comparato sull'uso (e abuso) delle banche dati del DNA a fini giudiziari*, Padova, 2017.

⁴⁷ In questo senso v., ad es., G.J. ANNAS, L.H. GLANTZ, P.A. ROCHE, *Drafting the Genetic Privacy Act: science, policy, and practical considerations*, in "Journal of Law, Medicine & Ethics", vol. 23, 1995, p. 362, secondo cui «The term private genetic information means any information about an identifiable individual that is derived from the presence, absence, alteration, or mutation of a gene or genes, or the presence or absence of a specific DNA marker or markers, and that has been obtained: (1) from an analysis of the individual's DNA; or (2) from an analysis of the DNA of a person to whom the individual is related».

⁴⁸ A favore di questa impostazione v., tra gli altri, C.S. DIVER, J.M. COHEN, *Genophobia: what is wrong with genetic discrimination?*, in "University of Pennsylvania Law Review", vol. 149, 2001, p. 1451 ss.; H.T. GREELY, *Genotype Discrimination: The Complex Case for Some Legislative Protection*, ivi, p. 1495 ss.; C. ROMANO, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁹ Per esempio, il comportamento di un bambino può rivelare le caratteristiche della sindrome di Down.

⁵⁰ Per esempio, la presenza di valori alti di colesterolo in un paziente giovane può denotare la presenza di una ipercolesterolemia familiare.

nirebbe una protezione debole, data la facilità di aggirare eventuali preclusioni tramite l'indagine, ad esempio, della storia familiare del soggetto da cui si possono comunque trarre informazioni particolarmente significative, mentre una legge che, al contrario, adottasse una definizione più ampia rischierebbe eccessi di protezione, imponendo eccessivi oneri ai titolari del trattamento dei dati⁵¹.

La ricerca di una definizione condivisa di "dato genetico" impone di volgere lo sguardo al plesso giuridico internazionale. Tuttavia, tra i plurimi strumenti che prendono in considerazione le problematiche attinenti alla genetica umana⁵², ben pochi sono quelli che si attardano a chiarire cosa debba intendersi per informazione genetica.

Viene anzitutto in considerazione la raccomandazione R(97)5 adottata dal Consiglio d'Europa il 13 febbraio 1997, relativa alla protezione dei dati sanitari, la quale definisce «*dati genetici ... tutti quei dati, di qualunque tipo, che riguardano i caratteri ereditari di un individuo o che sono in rapporto con quei caratteri e formano il patrimonio di un gruppo di individui legati da vincoli di parentela*» (art. 1 dell'allegato alla raccomandazione)⁵³. Nella raccomandazione si precisa che l'espressione «dati genetici» si riferisce altresì ad ogni dato che riguardi lo scambio di informazioni genetiche relative all'individuo o alla linea genetica, in rapporto con ogni aspetto della salute o della malattia, avente o no carattere identificante; si chiarisce, infine, che la linea genetica è costituita da similitudini genetiche derivanti dalla procreazione e condivise da più individui. La raccomandazione rappresenta uno dei primi strumenti in cui si opera una distinzione tra i dati sanitari⁵⁴ e i dati genetici, dei quali ultimi si fornisce una definizione molto ampia che prescinde dalla fonte da cui essi si ricavano e che attribuisce rilevanza anche ai dati concernenti il "gruppo biologico"⁵⁵.

Una definizione di dato genetico è contenuta altresì nella *Dichiarazione*

⁵¹ E. STEFANINI, *op. ult. cit.*, p. 3.

⁵² Si veda ad esempio la *Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina* del 1997, su cui *amplius infra*, Cap. III, par. 5.1.

⁵³ F. DAGNA BRICARELLI, *I test genetici*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, cit., p. 391.

⁵⁴ Secondo la raccomandazione per dati medici debbono intendersi tutti i dati personali relativi alla salute dell'individuo, inclusi tutti quelli che abbiano un evidente e stretto collegamento con la salute.

⁵⁵ E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 4 s. La raccomandazione detta anche regole *ad hoc* con riguardo alla raccolta e al trattamento dei dati genetici, individuando le finalità per le quali essi sono consentiti (prevenzione, diagnostica o fini terapeutici riferiti all'interessato; scopi di ricerca scientifica; necessità connesse ad un procedimento civile o penale; nonché per fini diversi ma comunque legati a ragioni di salute ed in particolare per evitare ogni serio pregiudizio alla salute della persona interessata o di un terzo): v. M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, cit., p. 391 s.

*internazionale sui dati genetici umani*⁵⁶, approvata dalla Conferenza generale dell'UNESCO nel 2003, la quale stabilisce i principi etici che dovrebbero operare, nel rispetto della dignità dell'essere umano e della protezione dei diritti fondamentali dell'uomo, con riguardo alla raccolta, al trattamento, all'archiviazione e all'utilizzo dei dati genetici umani ricavabili dall'analisi di campioni di tessuti, sangue ed altro materiale biologico⁵⁷. L'art. 2 definisce i dati genetici umani come «*information about heritable characteristics of individuals obtained by analysis of nucleic acids or by other scientific analysis*», facendo così riferimento ai soli dati ricavabili da indagini scientifiche.

La Dichiarazione riconosce inoltre che i dati genetici umani sono dotati di un particolare *status*, non solo per il loro carattere predittivo, ma altresì per l'impatto significativo che possono avere sulla famiglia, inclusa la prole, le generazioni future e, in alcuni casi, sull'intero gruppo sociale cui la persona interessata appartiene, e perché possono contenere informazioni il cui significato non è necessariamente conosciuto al momento della loro raccolta (art. 4)⁵⁸.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il Codice della *privacy* non contiene alcuna specifica definizione di dato genetico. Una espressa definizione di dato genetico è comparsa in Italia per la prima volta nel 2007, con l'emanazione della prima autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici, emanata dal Garante per la protezione dei dati personali (*ex art. 90 Codice della privacy*⁵⁹). La vigente autorizzazione generale n. 8/2016 precisa che per «dato genetico» deve intendersi il «*risultato di test genetici o ogni altra informazione che, indipendentemente dalla tipologia, identifica le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela*». Si tratta di una definizione molto ampia che ricalca quella adottata nella cennata raccomandazione R(97)5, e abbraccia, in sostanza, tutti i tipi di informazione che

⁵⁶ V. pure *infra* cap. III, par. 5.1.

⁵⁷ Cfr., tra gli altri, H.D. ABBING, *International Declaration on Human Genetic Data*, in "European journal of health law", vol. 11, 2004, p. 93 ss.; C. BORGOÑO, *La protezione dei dati genetici nel biodiritto internazionale. Principi biogiuridici fondamentali*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto*, cit., p. 362 ss.; L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Torino, 2012, p. 362 s.

⁵⁸ Articolo 4: «*Specificità: I dati genetici hanno uno status speciale perché: possono indicare predisposizioni genetiche riguardanti gli individui; possono avere un significativo impatto che persiste per generazioni sulla famiglia, inclusa la discendenza, e in alcuni casi sull'intero gruppo cui la persona appartiene; possono contenere informazioni il cui valore non è necessariamente conosciuto al momento della raccolta dei materiali biologici; possono essere importanti dal punto di vista culturale per le persone e per i gruppi. Dovrebbe accordarsi una considerazione particolare alla sensibilità dei dati umani genetici e si dovrebbe garantire un livello adeguato di protezione per questi dati e per i materiali biologici*».

⁵⁹ L'art. 90 d.lgs. n. 196/2003 stabilisce, al co. 1, che «*il trattamento dei dati genetici da chiunque effettuato è consentito nei soli casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata dal Garante sentito il Ministro della salute, che acquisisce, a tal fine, il parere del Consiglio superiore di sanità*». V. *amplius infra* cap. II, par. 3.

abbiano come riferimento, diretto o indiretto, i caratteri ereditari della persona⁶⁰.

Si è peraltro rilevato, in dottrina⁶¹, come una definizione così ampia di dato genetico si ponga in contrasto con la collocazione dell'art. 90 nel contesto del Codice della *privacy*: la disposizione in esame è infatti prevista sotto il titolo V, dedicato al «Trattamento dei dati personali in ambito sanitario» e, pertanto, parrebbe circoscrivere la categoria dei dati genetici alle sole informazioni relative al patrimonio genetico individuale attinente alle condizioni di salute, quale *species* del più ampio *genus* dei dati sanitari, con la conseguenza che resterebbero escluse dall'ambito di applicazione del Codice tutte le informazioni che, pur interessando i rapporti di ereditarietà tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo biologico, non siano qualificabili come dati sanitari.

In tema è peraltro intervenuta di recente la Corte di Cassazione⁶², la quale ha chiarito che l'art. 90, essendo inserito all'interno di uno specifico capo destinato ai dati genetici (ancorché collocato nel titolo V), stabilisce in via generale un regime derogatorio rispetto agli altri dati personali anche di carattere sanitario che siano fondati su indagini genetiche. Al riguardo, la Corte ha precisato che i dati genetici sono distinti dai dati sensibili, questi ultimi definibili quali dati personali idonei a rivelare, tra l'altro, lo stato di salute della persona (art. 4, d.lgs. 196/2003), e che «la sovrapponibilità tra le due categorie di dati è, pertanto, relativa e non integrale in quanto la peculiarità dei dati genetici consiste nella rivelazione di un corredo identificativo unico ed esclusivo di ciascuna persona umana, dall'interrogazione del quale possono essere estrapolate un'ampia varietà d'informazioni non tutte da includersi in quelle di natura sanitaria». Proprio queste potenzialità informative dei dati genetici sono alla base della disciplina specifica del loro trattamento di cui all'art. 90 del Codice, che rimette la determinazione precisa delle condizioni e delle modalità di trattamento alla «apposita» autorizzazione dell'Autorità garante. Si evince, dunque, che a parere della S.C., lo speciale regime di cui all'art. 90 si applica a tutti i dati genetici, siano essi sanitari o no – come nel caso di specie, in cui i dati genetici erano finalizzati soltanto ad individuare la consanguineità tra due soggetti.

Si tratta dell'interpretazione senz'altro preferibile, e del resto in linea anche

⁶⁰E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 61 s.

⁶¹V. D'ANTONIO, *I dati genetici*, in F. CARDARELLI, S. STCA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, p. 337 ss.

⁶²Cass. civ., Sez. I, 13 settembre 2013, n. 21014, in "Foro it.", 2013, 11, I, p. 3174 (con nota di G. CASABURI): nel caso di specie la S.C. ha ritenuto illecito il trattamento di dati genetici, ottenuti mediante prelievo di mozziconi di sigaretta da parte di una agenzia investigativa e sottoposti, senza il consenso dell'interessato, al prelievo di campioni biologici ed accertamento del DNA, i cui risultati erano stati prodotti in un giudizio di disconoscimento della paternità promosso nei confronti dell'interessato medesimo. V. anche *infra*, cap. II, par. 3.2.

con la nozione di dato genetico accolta nel nuovo regolamento 2016/679/UE⁶³ in materia di protezione dei dati personali (regolamento, si rammenta, applicabile in via diretta nei Paesi membri dell'Unione europea a partire dal 25 maggio 2018). L'art. 4 del regolamento europeo definisce i dati genetici come «*dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione*». Il regolamento accoglie una nozione piuttosto ampia di dato genetico, quale informazione «univoca» sul corredo genetico, riferita anche alla «fisiologia» oltre che alla «salute» della persona fisica, e ricavabile «*in particolare*» (quindi non soltanto da) analisi scientifiche⁶⁴. Si tratta, in effetti, di una definizione normativa che non fornisce una descrizione scientifica di dato “genetico”. Estende la nozione a tutti i dati personali «relativi» alle caratteristiche genetiche, genericamente intese. L'utilizzo, inoltre, di una formula alternativa che distingue le caratteristiche genetiche in «ereditarie» o «acquisite», rende la definizione idonea ad includere un ventaglio ampio di dati personali, e in potenziale espansione: informazioni «ereditarie» sono, secondo i più recenti studi, anche quelle relative ai mutamenti epigenetici⁶⁵, mentre il riferimento alle caratteristiche genetiche «acquisite» consente di includere non solo quelle acquisite durante il primo sviluppo prenatale⁶⁶ ma, potenzialmente, anche altre ipotesi di genoma in qualche modo modificato (a seguito di terapia genica, per esempio)⁶⁷ o comunque “manipolato”.

⁶³ Il regolamento nasce dall'esigenza di uniformare la disciplina, estremamente frammentata, relativa alla protezione dei dati personali nell'Unione europea: per un primo commento v. G. FINOCCHIARO (dir. da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, 2016; S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016. Più in generale, sull'evoluzione e sui caratteri del diritto unieuropeo in tema di protezione dei dati v. O. LYSKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, 2015.

⁶⁴ V. pure il considerando n. 34 del regolamento.

⁶⁵ V. *supra* par. 2.

⁶⁶ In questo senso la locuzione utilizzata nel regolamento UE può essere in parte sovrapponibile a quella contenuta nel Protocollo addizionale alla *Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina* del 1997, relativo ai test genetici per fini medici, adottato dal Consiglio d'Europa nel 2008 (non ancora in vigore e non sottoscritto dall'Italia), il quale si applica «*ai test, condotti per ragioni sanitarie, che comportano analisi di campioni biologici di origine umana e finalizzati specificamente ad identificare le caratteristiche genetiche di una persona ereditarie o acquisite durante il primo sviluppo prenatale*» (art. 2). Sul protocollo v. J. BEQIRAJ, *Il Protocollo alla Convenzione di Oviedo sui test genetici per fini medici. Verso il rafforzamento del quadro giuridico internazionale in materia di diritti umani in campo biomedico*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto*, cit., p. 373 ss.

⁶⁷ Sulla terapia genica, ossia sulla modificazione genetica delle cellule della persona al fine di correggere o prevenire una condizione patologica causata dalla presenza di un gene “difettoso”, v., per un primo approccio, S. FERRARI, G. ROMEO, *La terapia genica*, in *Trattato di Biodiritto*,

La flessibilità di una definizione come quella appena esposta ben si attaglia alla complessità del dato scientifico, ossia alle proprietà specifiche dell'oggetto cui il dato genetico si riferisce: le incessanti scoperte scientifiche sulle caratteristiche genetiche umane le rendono infatti un oggetto mutevole e multiforme, per sua natura sfuggente alla "cristallizzazione" in una norma giuridica.

La complessità del quadro definitorio sin qui tratteggiato è ulteriormente arricchita dalle peculiari problematiche che emergono dall'impiego, per svariate finalità, dei test genetici, i quali, come emerge anche dal considerando n. 34 del regolamento europeo sulla *privacy*⁶⁸, costituiscono la fonte privilegiata da cui ricavare i dati genetici.

È allora necessario soffermarsi brevemente sulla nozione di test genetico e sulle varie tipologie di test attualmente disponibili, perché lo scenario che si profila schiude inedite esigenze di regolamentazione e di tutela delle informazioni che da essi si traggono.

2.2. Informazioni e test genetici: dalla medicina predittiva alla "genomica ricreativa".

La cennata mappatura del genoma umano ha condotto ad un massiccio incremento dell'impiego dei test genetici⁶⁹, mediante i quali avviene la lettura del DNA.

In linea generale, può dirsi anzitutto che i test genetici consentono non solo di identificare in modo inequivoco l'identità genetica di un individuo⁷⁰, ma al-

diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, cit., p. 497 ss.; sui profili giuridici v. C. FARALLI, S. ZULLO, *Terapia genica e diritti della persona*, ivi, p. 511 ss.; R. BORSARI, *Profili penali della terapia genica*, ivi, p. 531 ss.

⁶⁸ Benché, come detto nel testo, il regolamento UE non ponga limitazioni in ordine alla fonte da cui trarre le informazioni sulle caratteristiche genetiche, la preferenza per una definizione di dati genetici ancorata alle informazioni ricavabili da analisi scientifiche emerge dal considerando n. 34 del regolamento: «è opportuno che per dati genetici si intendano i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche, ereditarie o acquisite, di una persona fisica, che risultino dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione, in particolare dall'analisi dei cromosomi, dell'acido desossiribonucleico (DNA) o dell'acido ribonucleico (RNA), ovvero dall'analisi di un altro elemento che consenta di ottenere informazioni equivalenti».

⁶⁹ Per un primo approccio alle complesse questioni etico-giuridiche inerenti il *genetic testing* v. A. CONTI, P. DELBON, M. PATERNOSTER, G. RICCI (coord. da A. SIRIGNANO), *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, Milano, 2007; F. DAGNA BRICARELLI, *I test genetici*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, cit., p. 371 ss. V. pure il parere redatto dal Comitato Nazionale per la Bioetica, *Orientamenti bioetici per i test genetici*, 1999 (consultabile sul sito <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/40.pdf>).

⁷⁰ I test genetici vanno distinti dagli *screening* genetici, indagini aventi ad oggetto non un singolo o membri di famiglie, bensì una popolazione intera o una sua parte: v. A. CONTI, P. DELBON, M. PATERNOSTER, G. RICCI (coord. da A. SIRIGNANO), *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, cit., p. 14.

tresi di acquisire un maggiore controllo delle malattie sotto il profilo diagnostico e predittivo, con positive ricadute in termini di “personalizzazione” della medicina⁷¹, ossia di approccio individualizzato al trattamento curativo sulla base del *genetic make-up* del singolo⁷².

La nozione di “test genetico” è tuttavia controversa.

Il termine “test genetico” viene invero spesso impiegato in differenti condizioni e con significati anche molto diversi; si oscilla così tra definizioni estremamente ampie secondo cui per test genetico è da intendersi «ogni test che fornisce un dato genetico»⁷³ a definizioni più restrittive e più specificamente connesse alla diagnostica medica⁷⁴. Vi è comunque un diffuso consenso sulla classificazione dei test genetici basata sulla loro principale finalità⁷⁵. Sotto questo profilo, una macro distinzione di carattere generale è quella tra test *identificativi*, cioè di identificazione personale, come quelli impiegati per l’identificazione degli

⁷¹ V. il documento elaborato nel 2010 dal Comitato Nazionale per la Bioetica e dal Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, “*Test genetici di suscettibilità e medicina personalizzata*” (http://www.governo.it/biotecnologie/documenti/Test_genetici2.pdf), in cui si fa riferimento al progressivo sviluppo di una «strategia di “medicina personalizzata” non solamente basata sulla conoscenza – ormai millenaria – della “variabilità fenotipica” degli indici di salute/malattia ben noti alla medicina clinica, ma sulla praticamente ancora inedita possibilità di apprezzare direttamente la variabilità individuale nel rapporto fra struttura genetica, fattori ambientali, stile di vita, storia biografica dell’individuo. Ciò allo scopo di ottenere dati “alla fonte” (da confrontare con quelli fenotipici), operare per una migliore “prevenzione” nei riguardi dei fattori di rischio per la salute; prevedere la migliore scelta dei farmaci e prevenire rischi (anche gravi e talvolta mortali) di una abnorme suscettibilità ad alcuni di essi».

⁷² M.A. HAMBURG, F.S. COLLINS, *The path to personalized medicine*, in “New England Journal of Medicine”, 2010, vol. 363, p. 301 ss. La disponibilità delle conoscenze risultanti dalla ricerca genetica permette, tra l’altro, lo sviluppo della farmacogenetica, ovvero lo studio degli effetti delle variazioni genetiche nella risposta individuale ai farmaci, con riguardo alla sicurezza, all’efficacia e alle interazioni tra farmaci, nonché della farmacogenomica, ossia l’applicazione delle conoscenze sulla struttura e sulla funzione del genoma alla terapia farmacologica e allo sviluppo di nuovi farmaci: sul tema v. il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dalla farmacogenetica alla farmacogenomica*, 2006, in <http://presidenza.governo.it/bioetica/testi/farmacogenetica%20.pdf>; nonché A.E. BUCHANAN *et al.*, *Pharmacogenetics, ethical issues and political options*, in “Kennedy Institute of Ethics Journal”, vol. 12, 2002, p. 3 ss; W.E. EVANS, M.V. RELING, *Moving towards individualized medicine with pharmacogenomics*, in “Nature”, vol. 429, 2004, p. 464 ss.

⁷³ È questa, ad es., la definizione impiegata nelle *25 Recommendations on the ethical, legal and social implications of genetic testing* predisposte nel 2004 da un *Expert Group* multidisciplinare su invito della Commissione europea: in tale documento si rileva peraltro che «a consensus definition of genetic testing should be developed globally by all respective public and private bodies involved».

⁷⁴ V. a titolo esemplificativo la nozione fornita da P.S. HARPER, *What do we mean by genetic testing?*, in “Journal of Medical Genetics”, 1997, vol. 34, p. 749 ss., secondo cui «genetic testing is the analysis of a specific gene, its product or function, or other DNA and chromosome analysis, to detect or exclude an alteration likely to be associated with a genetic disorder».

⁷⁵ Si suole distinguere pertanto, ad es., tra test diagnostici, test di identificazione di portatori sani, test preclinici o presintomatici, test di suscettibilità, test farmacogenetici, test nutrigenetici, test sul fenotipo: per una panoramica sulle diverse tipologie v. A. CONTI, P. DELBON, M. PATERNOSTER, G. RICCI (coord. da A. SIRIGNANO), *I test genetici*, cit., p. 11 ss.; F. DAGNA BRICARELLI, *I test genetici*, cit., p. 373 ss.

autori di reati analizzando il materiale genetico trovato sulla scena del crimine, e test *predittivi*, utilizzati per stabilire la predisposizione di un soggetto ad una determinata malattia o ad un certo tipo di comportamento⁷⁶.

I test predittivi (o di suscettibilità genetica) vengono a loro volta distinti dai test diagnostici e dai test presintomatici o preclinici, distinzione accolta anche nella menzionata autorizzazione del Garante al trattamento dei dati genetici, n. 8/2016⁷⁷.

I test diagnostici sono finalizzati ad effettuare una diagnosi di una determinata patologia o alla caratterizzazione di un quadro patologico sospettato, ma non definitivamente inquadrato dalla obiettività clinica (si pensi ad esempio alla diagnostica prenatale); i test presintomatici, invece, sono volti ad identificare la presenza di una determinata mutazione genetica che implica la certezza di sviluppare, in un momento successivo della vita, la patologia⁷⁸; i test predittivi, infine, vengono eseguiti su soggetti sani con l'obiettivo di identificare alterazioni del patrimonio ereditario che, in seguito all'esposizione a fattori ambientali, ovvero in seguito ad altri fattori genetici scatenanti, comportano un aumento

⁷⁶Cfr. K. ABRAMS, B. L. GARRETT, *DNA and Distrust*, p. 764 ss.; S. SALARDI, *Test genetici tra determinismo e libertà*, Torino, 2010, p. 79.

⁷⁷V. punto 1) (Definizioni): «c) *test genetico*, l'analisi a scopo clinico di uno specifico gene o del suo prodotto o funzione o di altre parti del Dna o di un cromosoma, volta a effettuare una diagnosi o a confermare un sospetto clinico in un individuo affetto (test diagnostico), oppure a individuare o escludere la presenza di una mutazione associata ad una malattia genetica che possa svilupparsi in un individuo non affetto (test presintomatico) o, ancora, a valutare la maggiore o minore suscettibilità di un individuo a sviluppare malattie multifattoriali (test predittivo o di suscettibilità)». L'autorizzazione peraltro contempla anche altri tipi di test quali il test farmacogenetico (ossia «il test genetico finalizzato all'identificazione di specifiche variazioni nella sequenza del Dna in grado di predire la risposta "individuale" a farmaci in termini di efficacia e di rischio relativo di eventi avversi»); il test farmacogenomico (definito come «il test genetico finalizzato allo studio globale delle variazioni del genoma o dei suoi prodotti correlate alla scoperta di nuovi farmaci e all'ulteriore caratterizzazione dei farmaci autorizzati al commercio»), il test sulla variabilità individuale («test genetici che comprendono: il test di parentela volto alla definizione dei rapporti di parentela; il test ancestrale volto a stabilire i rapporti di una persona nei confronti di un antenato o di una determinata popolazione o quanto del suo genoma sia stato ereditato dagli antenati appartenenti a una particolare area geografica o gruppo etnico; il test di identificazione genetica volto a determinare la probabilità con la quale un campione o una traccia di DNA recuperato da un oggetto o altro materiale appartenga a una determinata persona») e, infine, lo screening genetico (definito come «il test genetico effettuato su popolazioni o su gruppi definiti, comprese le analisi familiari finalizzate a identificare – mediante "screening a cascata" – le persone potenzialmente a rischio di sviluppare la malattia genetica, al fine di delinearne le caratteristiche genetiche comuni o di identificare precocemente soggetti affetti o portatori di patologie genetiche o di altre caratteristiche ereditarie»).

⁷⁸È il caso, ad esempio, dei test relativi alla individuazione del gene responsabile della Corea di Huntington, divenuta la malattia modello per i test presintomatici di malattie neurodegenerative ad insorgenza tardiva: sul punto v. L. LARIZZA, *Quale il valore predittivo delle diagnosi genetiche?*, in C. BRESCIANI (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, cit., p. 13 ss.

del rischio (“suscettibilità”) dell’insorgenza di una determinata malattia⁷⁹.

La raccolta, il trattamento e l’utilizzo delle informazioni genetiche ricavabili da queste differenti tipologie di test pone inedite problematiche.

Anzitutto, poiché la peculiarità fondamentale della medicina predittiva⁸⁰ è quella di poter, appunto, *predire*, attraverso l’esame delle caratteristiche genetiche della persona, l’insorgenza della malattia prima che compaiano i relativi sintomi, ciò ha ripercussioni non soltanto sulla scienza medica, e dunque sul concetto di malattia e sul ruolo del medico, bensì anche sul piano sociale e culturale⁸¹.

Il problema della *gestione* e della *comunicazione* delle informazioni ricavabili dalla lettura del genoma si manifesta prepotentemente, infatti, non solo nell’ambito clinico⁸² ma anche al di fuori di esso. I test genetici ampliano i tradizionali confini del rapporto tra medico e paziente fino ad investire il rapporto, più articolato e di diverso spessore problematico, tra medicina e cittadino: il dirompente impatto della predizione genetica apre invero inediti scenari nel panorama della pubblica sanità, dove si registra la comparsa della categoria dei c.d. “*unpatients*”⁸³, o “malati di rischio”⁸⁴, ossia di soggetti non affetti ma a rischio di malattia, destinati a vivere con ansia l’attesa dell’eventuale svilupparsi dei sintomi clinici e fruitori “sistematici” di test e controlli clinici⁸⁵, con incremento,

⁷⁹ Tra i test predittivi si annoverano, ad esempio, quelli relativi ai geni BRCA1 e BRCA2, associati allo sviluppo di tumori della mammella e dell’ovaio. La differenza tra il test presintomatico e quello predittivo risiede dunque nel grado di probabilità di insorgenza della malattia connessa al tipo di mutazione genetica individuata, che è inevitabile nel primo caso, mentre si traduce in un mero aumento del rischio nel secondo caso: v. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 1 s. Sulla distinzione tra test diagnostici e test predittivi v. pure G. NERI, M. GENUARDI, *Dalla genetica «tradizionale» alla genetica «molecolare»*, in C. BRESCIANI (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, cit., p. 3 ss.

⁸⁰ Per una panoramica sui diversi profili (terapeutici, bioetici e giuridici) della medicina predittiva v. i contributi all’opera collettanea C. BRESCIANI (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, cit.

⁸¹ Sull’evoluzione del rapporto medico-paziente in questo specifico contesto, anche con riguardo alle implicazioni socio-culturali, si rinvia a A.R. JONSEN, S.J. DURFY, W. BURKE, A.G. MOTULSKY, *The advent of the “unpatients”*, in “Nature medicine”, 1996, pp. 622-624.

⁸² Come rileva A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, cit., p. 133, le scoperte sul genoma umano determinano un allontanamento dalle coordinate tradizionali della medicina con riferimento all’oggetto dell’informazione che il sanitario è tenuto a dare al paziente: il medico, infatti, passa dal fornire informazioni «su cose e atti (farmaci e trattamenti) a informazioni su conoscenze attuali proiettate nel futuro (il rischio come *aspettativa statistica* del verificarsi di un evento indesiderato) fino a informazioni su *non-conoscenze attuali*».

⁸³ Come rilevano A.R. JONSEN, S.J. DURFY, W. BURKE, A.G. MOTULSKY., *The advent of the “unpatients”*, cit., p. 623, si tratta di una categoria di soggetti del tutto nuova in ambito medico, costituita da coloro che non sono «neither patients in the usual sense of being under treatment, nor nonpatients, in the sense of being free from a medically relevant condition».

⁸⁴ A. SANTOSUOSSO, M. TAMBURINI, *Malati di rischio. Indicazioni etiche, legali e psico-sociali dei test genetici in oncologia*, Milano, 1999.

⁸⁵ Sul punto v. anche il menzionato documento del Comitato Nazionale per la Bioetica e dal Co-

dunque, della medicalizzazione della vita⁸⁶.

Ciò accade, spesso, anche per mezzo di strumenti e procedure privi di adeguate garanzie di natura sanitaria e di tutela giuridica. È sempre più diffusa, infatti, la commercializzazione, anche *online*, di kit diagnostici, nella quasi totalità dei casi privi di convalida scientifica che ne attesti la validità clinica e spesso eseguiti da strutture non accreditate ed interpretati da soggetti che non sono medici specialisti⁸⁷. Si tratta di un libero mercato senza frontiere, nel quale il test genetico, proposto direttamente al consumatore (“*direct-to-consumer*”)⁸⁸ con aggressive strategie di *marketing*, anche attraverso i *social networks*⁸⁹, non è più necessariamente una prestazione sanitaria correlata ad una specifica condizione clinica accertata dal medico e inserita in un contesto terapeutico da costui supervisionato⁹⁰. Il consumatore può invero acquistare direttamente i test kit *online* senza mai coinvolgere un medico o uno specialista in genetica⁹¹. Emerge così il conflitto tra, da un lato, la messa a disposizione di una sempre più vasta quantità di informazioni derivate dallo sviluppo delle conoscenze sul genoma umano e, dall’altro lato, la carenza di conoscenza delle reali implicazioni che

mitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, “*Test genetici di suscettibilità e medicina personalizzata*”, cit., p. 62, in cui si avverte del pericolo «che l’importanza crescente attribuita alla c.d. ‘medicina predittiva’ possa far perdere di vista la sua finalità, che è quella di migliorare la qualità della vita dei singoli, e si rovesci in un processo di più o meno occulta medicalizzazione dell’intera esistenza, con rischi frammentati per fasce di età e situazioni ‘a rischio’ da affrontare con il ricorso ossessivo ai farmaci, in un costante stato di allarme paralizzante l’esistenza».

⁸⁶ È noto il caso dell’attrice Angelina Jolie la quale, dopo aver scoperto di avere una predisposizione genetica (legata ai geni BRCA1 e 2) a sviluppare il cancro al seno e alle ovaie, ha scelto di sottoporsi ad un intervento di mastectomia preventiva: su questa vicenda e sul suo impatto sul piano scientifico v. D.L.G. BORZEKOWSKI, Y. GUAN, K.C. SMITH, L.H. ERBY, D.L. ROTER, *The Angelina effect: immediate reach, grasp, and impact of going public*, in “*Genetics in Medicine*”, vol. 16, 2014, p. 516.

⁸⁷ Come rileva F. DAGNA BRICARELLI, *I test genetici*, cit., p. 384, i test, in particolare se forniti via internet, non sono quasi mai preceduti da una consulenza che permetta all’acquirente di comprendere adeguatamente il significato dell’esame e dei relativi risultati e che offra tutte le informazioni necessarie affinché l’interessato possa capire cosa acquista e se veramente desidera sottoporsi al test.

⁸⁸ Numerose sono le compagnie che operano nel mercato della cd. genomica di massa, offrendo test genetici direttamente acquistabili dal consumatore: l’azienda leader in Europa è stata l’islandese DeCODEMe, il ramo *direct-to-consumer* di DeCodeGenetics (su cui vedi *infra* nota 379) mentre negli Stati Uniti e a livello mondiale emerge la 23andMe.

⁸⁹ Cfr., S. PISTOI, *Il DNA incontra facebook. Viaggio nel supermarket della genetica*, Padova, 2012.

⁹⁰ Il consumatore ordina il kit per il test direttamente sul sito web della *DTC testing company*, preleva un campione di saliva o un tampone della guancia utilizzando il kit, lo rispedisce all’azienda e riceve i risultati dopo qualche settimana, di regola via internet.

⁹¹ Sulla nascita dei test genetici *direct-to-consumer* e sui relativi vantaggi e svantaggi v. ampiamente S.F. SUNDERMAN, *The Need for Regulation of Direct-to-Consumer Genetic Testing in the United States: Assessing and Applying the German Policy Model*, in “*Washington University Global Studies Law Review*”, vol. 12, 2013, p. 357 ss.

questi dati hanno (avranno) per la salute dell'uomo⁹², tenuto conto che l'impiego dei dati genetici pone tuttora rilevanti quesiti in ordine all'attendibilità dei dati ottenuti e al loro valore diagnostico e predittivo⁹³.

Non solo. Si assiste altresì all'incontrollato proliferare, sempre *online*, di test genetici con le più disparate finalità, diverse da quelle strettamente mediche (accertamenti di paternità, screening neonatale, nutrigenetica, genealogia genetica, *etc.*⁹⁴) e all'affermarsi di una inedita "*recreational genomics*"⁹⁵, da condividere eventualmente anche su *facebook*⁹⁶ o analoghi strumenti.

Pertanto, i test genetici in generale, e la "*do it yourself genetics*"⁹⁷ in particolare, sollevano molteplici questioni etiche e giuridiche, non limitate soltanto al rischio che il soggetto assuma importanti decisioni inerenti la propria salute sulla base di dati non accurati, o comunque senza avere le conoscenze adeguate

⁹² F. DAGNA BRICARELLI, *I test genetici*, cit., p. 385.

⁹³ È evidente che il problema è acuito nel caso della commercializzazione dei test *online*, che lascia ai consumatori e alle logiche del mercato la valutazione di rischi che vanno ben oltre il rapporto produttore-consumatore: sul punto v. E. SPILLER, *Le implicazioni giuridiche della ricerca genetica. Spunti dal Genetic Information Nondiscrimination Act*, cit., p. 305, la quale rileva come una corretta informazione e il confronto con dei professionisti qualificati diventino fondamentali per garantire, quanto più possibile, una scelta libera e consapevole da parte del soggetto interessato.

⁹⁴ Non mancano peraltro le proposte relative all'acquisto sul web di test genetici volti a stabilire il livello di compatibilità genetica tra due persone e della corrispondente probabilità di riuscire ad instaurare una relazione duratura e di successo, o volti ad individuare la presenza del c.d. "warrior gene", ossia il "gene del guerriero" (la variante genetica MAOA-L), responsabile di una maggiore tendenza al rischio e di una migliore capacità di valutare le possibilità di successo in situazioni critiche.

⁹⁵ V. J. KAYE, *The regulation of direct-to-consumer genetic tests*, in "Human Molecular Genetics", 2008, Vol. 17, Review Issue 2, p. 180: «No longer is genetic testing being carried out solely for medical reasons, by specialists in clinical genetics. Testing is now being used to empower consumers and can be used 'to shed new light on your distant ancestors, your close family and most of all, yourself' (23andMe). Such information can be shared with family and friends for 'fun', as part of the new 'recreational genomics'».

⁹⁶ Per una visione d'insieme sul complesso scenario che si delinea a seguito della confluenza tra iniziative di genomica personale, commerciale e non, e *social networks* v. M. TALLACCHINI, *Dalle biobanche ai «Genetic Social Networks». Immaginari giuridici e regolazione di materiali biologici e informazioni*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2013, p. 157 ss. Sugli «effetti devastanti» derivanti da una «banalizzazione» dei test genetici, quando manchino le capacità culturali per comprenderne i risultati, per apprezzarne i margini di errore, per essere consapevoli del contesto in cui devono essere valutati v. S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in "Riv. crit. dir. priv.", 2000, p. 571, p. 588.

⁹⁷ Con particolare riguardo alle implicazioni etico-giuridiche del *direct-to-consumer-genetic testing* v., tra gli altri, M. TOMASI, *Direct to Consumer Genetic Testing: Steps on the Path to Towards a Personalised Healthcare?*, in A. MALERBA, L. MASSOCCHI, A. SANTOSUOSSO (eds.), *2012 Law&Science Young Scholars Informal Symposium*, Pavia, 2013, p. 25 ss.; P.I. D'ANDREA, *Genetic Tests "Direct-to-Consumer": from "Informed Consent" to "Informed Will"*, in C. BOSCARATO, F. CAROLEO, A. SANTOSUOSSO (eds.), *Law & Science Young Scholars Informal Symposium 2011 Round*, Pavia, 2012, p. 55 ss.; S. HOGARTH, G. JAVITT, D. MELZER, *The Current Landscape for Direct-to-Consumer Genetic Testing: Legal, Ethical, and Policy Issues*, in "Annual Review of Genomics and Human Genetics", Vol. 9, 2008, p. 161; S.F. SUNDERMAN, *op. cit.*, p. 367 ss.

per interpretare correttamente i risultati del test. Emerge, soprattutto, per quanto qui interessa, la possibilità di una circolazione e di un utilizzo incontrollati dei dati genetici, agevolati anche dalle moderne tecnologie informatiche e telematiche, con conseguente possibile pregiudizio per la *privacy* genetica e, con essa, per il diritto all'identità personale dell'individuo, e non soltanto dell'individuo da cui proviene il dato, ma anche di tutti coloro cui tale dato appartenga per ereditarietà genetica.

Vi è ancora di più. L'enfatizzazione della predittività delle informazioni genetiche, e la conseguente equiparazione tra probabilità e certezza di sviluppare una certa patologia o un certo comportamento, sovente alimentate da letture in senso deterministico o riduzionistico dell'identità genetica⁹⁸, sono suscettibili di dar vita a pratiche discriminatorie in vari ambiti dell'agire umano.

I due piani, protezione dei dati personali e non discriminazione, sono strettamente intrecciati e su di essi converge un bisogno di tutela di fondamentali valori della persona umana che chiama in causa anche il diritto penale. *Privacy* e dignità umana (quale bene giuridico protetto dalle norme penali antidiscriminatorie) sono già oggetto di tutela penale nell'ordinamento italiano. Tuttavia, ribadiamo, occorre valutare se *anche* il loro declinarsi nella *dimensione genetica* trovi adeguata protezione o se, invece, non sia necessaria l'introduzione di una disciplina *ad hoc* o, comunque, di opportuni "aggiustamenti" della disciplina vigente che tengano conto delle cennate peculiarità delle informazioni genetiche.

⁹⁸ La tendenza è dunque quella di ridurre l'identità umana al solo patrimonio genetico, da cui deriva anche l'assunzione deterministica che molti, se non tutti, gli aspetti del comportamento dell'essere umano siano il prodotto del patrimonio genetico: cfr. C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera dei diritti dell'uomo?*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa. XV Colloquio biennale*, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001, Milano, 2002, p. 641 ss.; D. NELKIN, M.S. LINDEE, *The DNA Mystique. The gene as a cultural icon*, New York, 1995, *passim*, le quali richiamano il concetto di essenzialismo genetico: «the images and narratives of the gene in popular culture reflect and convey a message we will call genetic essentialism. Genetic essentialism reduces the self to a molecular entity, equating human beings, in all their social, historical, and moral complexity, with their genes» (p. 2).

CAPITOLO II

LA TUTELA PENALE DELLE INFORMAZIONI GENETICHE TRA PRIVACY GENETICA E PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ PERSONALE

1. Diritti della persona sulle proprie informazioni e tutela penale della privacy.

La capacità di “leggere” il patrimonio genetico umano e di dare un significato alle informazioni da esso ricavabili⁹⁹ impone di prendere in considerazione la questione della protezione dei dati genetici e, con essi, di interessi attinenti alla sfera fondamentale dell'individuo, *in primis* la *privacy*. Date le sopra esaminate caratteristiche delle informazioni genetiche, la *privacy* assume, in questo contesto, un contenuto del tutto peculiare, strettamente connesso alla tutela dell'*identità genetica* quale aspetto dell'identità personale, una tutela che, come si dirà, è da intendersi in senso diverso rispetto alla protezione contro possibili manipolazioni, alterazioni o ibridazioni del patrimonio genetico¹⁰⁰.

Occorre preliminarmente precisare che attorno al concetto di *privacy* si registra una certa confusione terminologica. L'espressione è importata dal sistema statunitense, dove peraltro è stata impiegata con un significato non sempre ben delimitato¹⁰¹. Risulta difficile da definirsi anche per l'inesistenza di una parola esattamente corrispondente nella lingua italiana¹⁰². Di conseguenza, nel

⁹⁹ Osserva C. CASONATO, *Introduzione*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, cit., p. 2, che «il dato genetico costituisce un “segno”, nel senso semiologico del termine: non a caso, si usa spesso l'espressione “leggere il patrimonio genetico”, sottolineando con ciò la necessità di dare ad esso un “significato” (anche tendenzialmente predittivo) a partire da un “significante” (di tipo biologico)».

¹⁰⁰ Sull'identità genetica come oggetto di tutela penale cfr. R. BORSARI, *Profili penali della terapia genica*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, cit., p. 531 ss.; E. MEZZETTI, *La tutela penale dell'identità genetica*, *ivi*, p. 309 ss.; A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., *passim*.

¹⁰¹ Come rileva D.L. ZIMMERMAN, *False Light Invasion of Privacy: The Light that failed*, in “New York University Law Review”, vol. 64, 1989, p. 364: «The phrase “a right of privacy” as used in law has almost as many meanings as Hydra had heads».

¹⁰² V. G. MARTINOTTI, *La difesa della «privacy»*, in “Politica del diritto”, 1971, p. 751 ss. Per l'opinione secondo cui sarebbe più corretto mantenere inalterato il vocabolo “privacy” senza tentare di tradurlo in italiano, in base alla considerazione che gli equivalenti lemmi italiani non ne descrivono che singoli, circoscritti aspetti, senza tuttavia rendere la complessità delle situazioni di riferimento v. G. ALPA, *Privacy e Statuto dell'informazione*, “Riv. dir. civ.”, 1979, I, p. 71.

contesto giuridico italiano i termini “privacy”, “riservatezza”, “privatezza”, “vita privata”, vengono di frequente impiegati come sinonimi – benché non si tratti di concetti esattamente sovrapponibili – al fine di indicare il complesso di interessi individuali riconducibili al controllo della propria vita privata¹⁰³.

Le difficoltà terminologiche si connettono a quelle relative all’individuazione di una nozione unitaria di *privacy*, della quale manca, tra l’altro, una espressa menzione nella Carta costituzionale italiana. La dottrina anche penalistica peraltro non dubita che si tratti di bene di rilevanza costituzionale, e richiama in proposito le varie norme che, in Costituzione, riconoscono una esplicita tutela ad alcuni diritti e libertà che ne costituiscono espressione o che comunque sono ad esso strettamente connessi (artt. 13, 14, 15, 21, 27 e 29, co. 2, Cost.)¹⁰⁴, oppure l’art. 2 Cost. che «*riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*», letto in uno con l’art. 12 della *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*, che sancisce il diritto a non subire interferenze arbitrarie nella propria vita privata, e con l’art. 8 della *Convenzione europea sui diritti dell’uomo*, che afferma il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare¹⁰⁵.

¹⁰³ Sul tema si vedano, con diverse sfumature, F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 1967, p. 1079 ss.; S. FIORE, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. VII, Roma, 1999; S. FURFARO, *Riservatezza*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., vol. IV, Torino, 2008, p. 1062; M.B. MAGRO, *Internet e privacy. L’utente consumatore e modelli di tutela penale della riservatezza*, in “Indice pen.”, 2005, p. 931 ss.; A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale. Le alternative di tutela*, Padova, 1989, p. 260 ss.; G. MORSILLO, *La tutela penale del diritto alla riservatezza*, Milano, 1966; F. MUCCIARELLI, *Informatica e tutela penale della riservatezza*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di internet*, Padova, 2004, p. 173 ss.; F.C. PALAZZO, *Persona (delitti contro la)* in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 309 ss.; ID., *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 1975, p. 126 ss.; P. PATRONO, *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 557 ss.; S. SEMINARA, *Considerazioni su privacy, anonimato e internet*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, p. 365 ss.; F. SGUBBI, *La tutela della riservatezza: profili penalistici*, in “Riv. trim. dir. proc. civ.”, 1998, p. 753 ss.; V. TORRE, *Modelli di tutela penale della privacy in internet*, in “Dir. pen. proc.”, 2004, p. 233 ss.; P. VENEZIANI, *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di riservatezza informatica e disciplina dei dati personali*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di internet*, cit., p. 183 ss.; ID., *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di disciplina dei dati personali*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale*, cit., p. 369 ss.; ID., *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali: prime osservazioni*, in “Riv. trim. dir. pen. ec.”, 1997, p. 135; T. VITARELLI, *Vita privata nel diritto penale*, in *Dig. disc., pen.*, XV, Torino, 1999, 302 ss.; P. ZAGNONI, *Sulla tutela penale del diritto alla riservatezza*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 1982, p. 977 ss.

¹⁰⁴ V., per una sintesi delle diverse posizioni dottrinali, C. PIERGALLINI, *I delitti contro l’invulnerabilità del domicilio e dei segreti: il problema del bene giuridico tutelato*, in C. PIERGALLINI, F. VIGANÒ, M. VIZZARDI, A. VERRI, *I delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale. Domicilio e segreti*, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Padova, 2015, p. 708 ss.; T. VITARELLI, *Vita privata nel diritto penale*, cit., p. 305 ss.

¹⁰⁵ In questo senso v., tra gli altri, P. PATRONO, *op. cit.*, p. 575 s.; P. VENEZIANI, *I beni giuridici tute-*

Si tratta comunque di un concetto che ha subito nel corso del tempo una notevole evoluzione e che, anzi, va riguardato come una nozione fortemente dinamica¹⁰⁶, mobile e cangiante, che muta in relazione all'evoluzione sociale e tecnologica¹⁰⁷.

Proprio questa dinamicità ha condotto alla progressiva emancipazione del diritto alla *privacy* dalla sua primigenia connotazione di "*privacy-property*"¹⁰⁸.

L'origine della nozione giuridica di *privacy* viene invero comunemente fatta risalire al noto saggio di S. Warren e L. Brandeis¹⁰⁹, nel contesto del quale assume l'accezione, più marcatamente individualistica e strettamente connessa al concetto di proprietà privata, di «*right to be let alone*». Pur in questa ristretta ottica legata alla proprietà e ai mezzi di tutela della stessa¹¹⁰, il «diritto ad essere lasciati soli», esprime comunque un valore della persona, nella sua dimensione individuale e sociale¹¹¹: esso si identifica nella pretesa di riserbo, incentrata sulla volontà del soggetto di estraniarsi, di avere diritto alla propria solitudine, di non subire ingerenze nella propria sfera di intimità¹¹², di essere esclusivo conoscitore delle proprie vicende.

lati dalle norme penali in materia di disciplina dei dati personali, cit., p. 370. Sul riconoscimento del diritto al rispetto della *privacy* nel diritto sovranazionale – che ha tra l'altro trovato riconoscimento come diritto inalienabile anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v. artt. 7 e 8) – v., anche per una panoramica della giurisprudenza, R. BORGOGNO, *Segreto professionale e riservatezza. Profili penali e implicazioni sistematiche*, Roma, 2012, p. 46 ss.

¹⁰⁶ Così S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 101, il quale pone l'attenzione sulla stretta e costante interrelazione tra mutamenti determinati dalle tecnologie (non solo quelle dell'informazione, ma anche quelle connesse alla riproduzione e all'ingegneria genetica) e mutamenti del concetto di *privacy*.

¹⁰⁷ D. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006, p. 1; v. pure C. FANUELE, *op. cit.*, p. 64 s.

¹⁰⁸ M. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003, p. 2; v. anche C. PIERGALLINI, *I delitti contro l'inviolabilità del domicilio e dei segreti*, cit., p. 701.

¹⁰⁹ S. WARREN, L. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in "Harvard Law Review", 1890, p. 193 ss.: il saggio costituiva la risposta ad alcuni pettegolezzi relativi alla vita mondana di Warren pubblicati su un giornale locale. Per un'attenta analisi sulla nascita della nozione giuridica di *privacy*, v. P. PATRONO, *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, cit., p. 557 ss.; per un inquadramento della nascita del *right to privacy* con riferimento al nesso tra progresso tecnologico, istanze sociali e necessaria evoluzione della *common law*, v. U. PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa. Modelli giuridici a confronto*, Milano, 2008, p. 3 ss.

¹¹⁰ Il diritto di escludere gli altri dalla propria vita privata implica l'esercizio dei poteri corrispondenti al diritto di proprietà su una, pur limitata, porzione spaziale in cui si svolge la vita della persona: così R. BORGOGNO, *Segreto professionale e riservatezza*, cit., p. 51. Sul rischio che, in forza di questa concezione "dominicale", la *privacy* di atteggi come diritto tipico della classe borghese v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 21 ss.

¹¹¹ P. PATRONO, *op. cit.*, p. 559, il quale rileva come già questa prima elaborazione concettuale di *privacy* contenga in sé il «germe della consistenza di un vero e proprio diritto della personalità: formula che esprime, o dovrebbe esprimere, il privilegio accordato al momento dell'«essere» rispetto a quello dell'«avere»».

¹¹² In questi termini, C. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 702, il quale precisa che «la *privacy*/riservatezza definisce, perciò, in un contesto volontaristico, la pretesa del soggetto a che aspetti della propria vita privata non vengano comunicati a terzi, comunque siano stati appresi».

L'accentuazione dell'aspetto più propriamente sociale della *privacy*¹¹³, propiziata anche dallo sviluppo tecnologico, e in particolare quello informatico¹¹⁴, che moltiplica le possibilità di aggressione alla riservatezza individuale, ha fatto emergere un ulteriore contenuto del diritto alla *privacy*, che si sostanzia nel diritto al controllo delle proprie informazioni personali¹¹⁵.

In sostanza, dunque, il concetto di *privacy* rivela un duplice, essenziale, contenuto di diritto alla conoscenza esclusiva delle vicende concernenti la propria vita privata e di diritto al controllo dei propri dati personali, il che comporta necessariamente l'emergere di una dimensione pubblicistica del problema della *privacy*, giacché si evidenzia la necessità di un controllo non solo individuale ma anche collettivo sulle informazioni detenute ed utilizzate dal potere¹¹⁶.

Per quanto riguarda nello specifico la nozione *penalistica* di *privacy* (o riservatezza, a seconda della terminologia utilizzata), si è assistito all'emersione in maniera autonoma della stessa nell'ambito dei beni della personalità attraverso un progressivo distacco dal concetto di onore¹¹⁷. Alla *privacy*, nella duplice dimensione contenutistica sopra individuata, vengono ricondotti tutta una serie di interessi facenti capo alla persona che trovano tutela nell'ordinamento penale italiano, quali l'interesse alla riservatezza e al segreto privati, al domicilio, all'onore formale, alla privata tranquillità, alla corretta utilizzazione e raccolta dei dati personali¹¹⁸.

Sotto quest'ultimo profilo, che più interessa in questa sede, vengono in considerazione le norme contenute nel d.lgs. n. 196/2003 (c.d. Codice della *privacy*),

¹¹³ Si parla anche, in proposito, di passaggio della *privacy* «dalla segretezza al controllo», nel senso che essa viene ad identificarsi nella «possibilità di un soggetto di conoscere, controllare, indirizzare, interrompere il flusso delle informazioni che lo riguardano»: S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 101 s.

¹¹⁴ Con particolare riguardo ai problematici rapporti tra riservatezza e internet v., in prospettiva penalistica, S. SEMINARA, *Considerazioni su privacy, anonimato e internet*, cit., p. 357 ss.; M.B. MAGRO, *Internet e privacy*, cit., p. 931 ss.; F. MUCCIARELLI, *Informatica e tutela penale della riservatezza*, cit., p. 173 ss.; L. PICOTTI, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, in ID. (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013, p. 29 ss.

¹¹⁵ Si tratta di un aspetto presto emerso nel contesto statunitense: cfr., ad es., A. MILLER, *The Assault on Privacy*, Ann Arbor, 1971, p. 25, secondo cui la *privacy* va intesa come «the individual's ability to control the circulation of information relating to him – a power that often is essential to maintaining social relationships and personal freedom»; v. pure C. FRIED, *Privacy*, in F.D. SCHOEEMAN (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, New York, 1984, p. 209: «Privacy is not simply an absence of information about us in the minds of others, rather it is the *control* we have over information about ourselves».

¹¹⁶ P. PATRONO, *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, cit., p. 560.

¹¹⁷ Sul processo di autonomizzazione del bene giuridico della riservatezza rispetto all'onore v., ampiamente, A. MANNA, *Beni della personalità*, cit., p. 260 ss.

¹¹⁸ V. P. PATRONO, *op. cit.* p. 561 s., il quale ritiene che il nucleo centrale del concetto di *privacy* possa ritenersi più propriamente espresso mediante l'impiego della locuzione «interesse al rispetto della vita privata», concetto ampio e suscettibile di ricomprendere una pluralità di interessi facenti capo alla persona riconducibili ai due cennati aspetti della *privacy*.

le quali, attenendo all'aspetto più "informativo" della *privacy*, sono dirette ad assicurare la correttezza e la legalità del trattamento dei dati personali, anche se, come meglio si dirà esaminando le fattispecie penali rilevanti con riguardo al trattamento dei dati genetici¹¹⁹, il sistema è orientato più alla tutela delle funzioni di controllo e di intervento attribuite al Garante per la protezione dei dati personali che alla protezione, anche anticipata, della *privacy*.

Ad ogni modo, la disciplina della raccolta e del trattamento dei dati personali non è riducibile alla sola cifra individualistica del concetto di *privacy*¹²⁰. Essa è invero proiettata verso una dimensione compenetrata di elementi privatistici e pubblicistici, posto che l'interesse alla *privacy* va ben oltre la sfera privatistica, poiché attinge gli stessi presupposti di funzionamento del sistema democratico in relazione ad abusi legati al possesso delle informazioni¹²¹. Ciò vale, naturalmente, anche con riferimento al trattamento dei dati genetici, con riguardo ai quali, peraltro, l'esigenza di *controllo* assume contorni del tutto peculiari, e particolarmente stringenti, in considerazione della pluridimensionale "capacità informativa" che li connota¹²².

Pertanto, prima di esaminare più in dettaglio le fattispecie criminose poste a presidio del corretto trattamento delle informazioni genetiche, è opportuno soffermarsi sul peculiare atteggiarsi della *privacy* in ambito genetico.

2. Privacy genetica tra individuo, "gruppo biologico" e "famiglia". Problemi di individuazione del bene giuridico di categoria.

Il rapporto tra genetica e *privacy*¹²³ si esprime in termini altamente problematici, e quindi è problematica l'individuazione di un bene giuridico che chiameremo "*privacy* genetica". Ciò dipende dalle caratteristiche strutturali dei dati genetici, che, come si è detto, si configurano sì come informazioni personalissime legate all'identità e allo stato di salute dell'individuo, ma hanno la peculiarità di cogliere il soggetto nella sua unicità ponendolo al contempo in relazione con altri individui appartenenti alla medesima linea genetica¹²⁴. Soprattutto nella prospettiva di individuare al fine di tutela penale un bene giuridico di categoria sufficientemente afferrabile, assumono importanza essenziale

¹¹⁹ V. *infra* par. 4.

¹²⁰ Così S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 47.

¹²¹ S. SEMINARA, *Considerazioni su privacy, anonimato e internet*, cit., p. 358 s.

¹²² V. *supra* cap. I, par. 2.

¹²³ Sul concetto di *privacy* genetica v. G. LAURIE, *Genetic privacy. A challenge to medico-legal norms*, Cambridge, 2002.

¹²⁴ Come osserva C. M. ROMEO CASABONA, *La tutela del genoma umano*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, cit., p. 249, il genoma è informazione «sobre cada individuo, sobre su familia biológica e sobre la especie a la que pertenece».

le connotazioni plurisoggettive in punto di “titolarità” del bene stesso, che poi dovrebbero coniugarsi nell’opera di tipizzazione delle aggressioni penalmente rilevanti.

Dette caratteristiche strutturali incidono sul concetto stesso di *privacy*, tanto nella sua accezione di diritto di difendere la propria sfera privata contro le invasioni dall’esterno, dal momento che carattere peculiare dei dati genetici è quello di essere “condivisi” con altri soggetti, quanto nella sua accezione di potere di controllare e gestire le informazioni personali, stante la difficoltà di porre divieti assoluti all’accesso alle “proprie” informazioni genetiche in considerazione del fatto che esse non si atteggiano soltanto come “proprie”¹²⁵. L’analisi del patrimonio genetico è in grado di rendere note talune informazioni proprie sia del soggetto la cui conformazione biologica è indagata, sia di coloro che, condividendo con lui la stessa impronta genetica, risultano coinvolti in pratiche di identificazione soggettiva che provocano la perdita dell’esclusivo dominio e controllo sulla circolazione di notizie relative al proprio *status* più intimo¹²⁶.

Emerge, in questo contesto, quale potenziale portatore di autonomi diritti, il «gruppo biologico», distinto non solo dal singolo ma anche dalla nozione tradizionale di «famiglia»¹²⁷, rispetto alla quale – proprio perché il legame è rappresentato dalla condivisione del patrimonio genetico – il gruppo biologico esclude taluni soggetti (quali il coniuge e i figli adottivi) per includerne altri (come il donatore anonimo di gameti)¹²⁸. Il gruppo biologico, così definito, si candida ad essere un nuovo soggetto giuridicamente rilevante¹²⁹, che potremmo chiamare “famiglia genetica”¹³⁰, i cui componenti condividono, strutturalmente,

¹²⁵ Sul punto v. C. ROMANO, *Il trattamento dei dati genetici nel diritto italiano*, in C. CASONATO, C. PICIOCCI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, cit., p. 182. Sulla necessità di integrare la tradizionale tutela della vita privata del nucleo familiare da ingerenze esterne con le esigenze di tutela del singolo componente anche rispetto ad altri familiari, in una prospettiva più marcatamente individualistica e ampia della famiglia, v. R. BORSARI, *Relazioni familiari e privacy. Profili penali*, cit., p. 1042 s., nonché, più ampiamente sulla nozione di famiglia in diritto penale, S. RIONDATO, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in Id. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, vol. IV del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, cit., p. 4 ss. e Id., *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, Padova, 2014.

¹²⁶ P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, in “Rivista AIC”, 2010, p. 2. V. pure S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in “Politica del diritto”, 2006, p. 7: «attraverso i dati genetici di una sola persona, ci si impadronisce dei corpi di un intero gruppo biologico».

¹²⁷ C. ROMANO, *Il trattamento dei dati genetici nel diritto italiano*, cit., p. 182; v. pure C. FARALLI, *Verso una nuova e diversa forma di discriminazione: la discriminazione genetica*, in “Notizie di POLITICA. Rivista di etica e scelte pubbliche”, 2009, p. 100 s. Sui “fattori di instabilità” incidenti sulla nozione di famiglia v. S. RIONDATO, *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, cit., p. 14 ss.

¹²⁸ S. RODOTÀ, *Tra diritto e società*, cit., p. 591.

¹²⁹ In generale sull’emergere di nuove forme di *privacy* condivisa tra più soggetti grazie anche all’impatto delle nuove tecnologie v. L. TAYLOR, L. FLORIDI, B. VAN DER SLOOT (eds.), *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, Springer, 2017.

¹³⁰ Sul concetto di famiglia genetica, in punto di estensibilità della tutela costituzionale della salute

le medesime informazioni genetiche¹³¹.

Su questa candidatura, merita subito osservare che sul piano giuspenalistico non solleva di principio alcun problema, di per sè, la sola circostanza che un bene giuridico assuma connotazioni superindividuali e sia riferibile a una collettività non personificata, come appunto potrebbe darsi in tema di famiglia¹³², oppure incolumità pubblica¹³³. Senonché si tratterebbe di delitti c.d. vaghi: di principio l'offesa non sarebbe individuabile presso un soggetto di diritti all'interno di una entità consistente in una collettività non personificata; il soggetto passivo rimarrebbe indeterminato¹³⁴. Il problema è però principalmente che la c.d. vaghezza non si risolva in indeterminatezza delle fattispecie di reato e che queste peculiarità del bene siano ben fondate in fatto e in diritto. Inoltre, occorre evitare che la superindividualità si risolva in forme di eccessiva anticipazione della tutela penale. Queste sono favorite qualora la considerazione del bene superindividuale comporti dogmaticamente la svalorizzazione del bene individuale. A ben vedere, come si può constatare con riguardo all'ipotesi di un bene giuridico *privacy* genetica, riferito al gruppo biologico, il bene-interesse non è già immediatamente superindividuale, bensì anzitutto individuale poiché si riferisce alla persona umana. La primazia costituzionale della persona umana si oppone a una soluzione che a priori affermi la minusvalenza del bene-interesse individuale. L'interesse superindividuale per sua natura coesiste con l'interesse individuale di cui consiste, e tali interessi stanno in equivalenza quando non sussistano in pratica conflitti che esigano bilanciamenti, che in ogni caso non sono sempre e necessariamente da risolvere a scapito dell'interesse individuale. Pertanto, una corretta costruzione di un siffatto bene giuridico di categoria ne supera la vaghezza valorizzando al contempo ciascuno e tutti gli interessi individuali coinvolti nella dimensione pluralistica¹³⁵.

anche a tutti coloro le cui informazioni non possono essere disgiunte da quelle del soggetto che si sottopone ad una indagine genetica v. E. D'ALOJA, F. CITTADINI, V. L. PASCALI, *Il diritto, attualmente vigente e «condendo» di fronte alle diagnosi genetiche: problemi di diritto del lavoro, delle assicurazioni, della tutela della privacy; giustizia penale e test genetici*, in C. BRESCIANI (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, cit., p. 222.

¹³¹ M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, cit., p. 390.

¹³² Vedi al riguardo i rilievi di S. RIONDATO, *Cornici di famiglia*, cit., p. 25 s.

¹³³ Cfr. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo 1, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, dir. da F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, IX, Milano, 2008, p. 3 ss. e S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, *Lineamenti generali del concetto di incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, Vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, a c. di S. CANESTRARI, Torino, 2010, p. 4 ss.

¹³⁴ A. DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, 1999, p. 139.

¹³⁵ V., per es., con riferimento al bene giuridico concernente i reati contro l'amministrazione della giustizia, S. RIONDATO, *Introduzione breve ai delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in G. FORNASARI, S. RIONDATO, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2017, p. XXVII s.

Ciò premesso, veniamo al contenuto del bene-interesse *privacy* genetica.

Il riferimento immediato è ai consaguinei; tuttavia, anche sulla scorta degli strumenti internazionali che vi fanno richiamo¹³⁶, ci si spinge da più parti ad ipotizzare come appartenenti a questo gruppo di riferimento anche le c.d. generazioni future, categoria che solleva molte perplessità dal punto di vista teorico-giuridico, data la difficoltà di considerare titolari di diritti e interessi quegli esseri che non esistono neppure in potenza e che non si sa neppure se e come esisteranno¹³⁷.

Il riconoscimento dell'esistenza di questo gruppo di riferimento comporta che si debbano tenere in considerazione i diritti che pertengono a ciascuno dei soggetti che ne fanno parte, con riguardo, ad esempio, all'accesso alle informazioni altrui, alla *privacy*, incluso il diritto di non sapere, e al potere di utilizzare i dati condivisi con il gruppo¹³⁸. Si sostiene, in proposito, che la disponibilità di informazioni atte a mettere in luce fattori di rischio per la salute ed elementi identitari comuni a un gruppo di consanguinei deve essere messa in relazione con l'acquisizione del consenso di tutti coloro che ne fanno parte (in quanto co-titolari delle informazioni genetiche), al fine di salvaguardarne il diritto alla identità personale e alla riservatezza, nonché la pretesa di non subire condizionamenti negativi nella propria dimensione di vita privata e sociale¹³⁹. Si propone, di conseguenza, l'adozione di uno statuto giuridico differenziato che superi la dimensione individualistica che connota il sistema di tutela degli altri dati sensibili, dimensione inidonea a apprestare adeguata tutela ai dati genetici¹⁴⁰.

Un primo riconoscimento normativo al "gruppo biologico" si rinviene, a livello sovranazionale, nella definizione di dati genetici contenuta nella menzionata raccomandazione R(97)5 del Consiglio d'Europa¹⁴¹, benché dalla stessa non emerga con chiarezza il tipo di tutela giuridica che andrebbe ad esso accordata¹⁴². Il Consiglio d'Europa ha successivamente ribadito, con la Raccomanda-

¹³⁶ V. *infra*, cap. III, par. 5.1.

¹³⁷ C. FARALLI, *Dati genetici e tutela dei diritti*, cit., p. 249.

¹³⁸ Sul punto v. C. FARALLI, *Verso una nuova e diversa forma di discriminazione: la discriminazione genetica*, cit., p. 100 s.

¹³⁹ In questi termini v. P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione*, cit., p. 2 s.

¹⁴⁰ Cfr., tra gli altri, M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, cit., p. 390; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., p. 267.

¹⁴¹ V. *supra* cap. I, par. 2.1.

¹⁴² Nell'*Explanatory Memorandum* della raccomandazione gli appartenenti alla stessa linea genetica sono collocati in una sorta di "stato intermedio" tra quello di individuo direttamente interessato e quello di "terzo estraneo": v. il punto 58 in cui si precisa che «*queste parti terze possono essere costituite dai membri della linea genetica del soggetto dei dati o da parenti collaterali o da membri della sua famiglia sociale. Gli estensori [della Raccomandazione] convengono di accordare uno stato intermedio ai membri appartenenti alla linea genetica del soggetto dei dati, in modo tale da distinguerli dalle parti terze, nel senso stretto del termine, e di garantire loro una protezione legale ibrida*». Non è precisato, tuttavia, cosa debba intendersi per tutela legale "ibrida".

zione R(2006)4 relativa alla ricerca su materiali biologici umani, la necessità di minimizzare i rischi che il trattamento dei dati può causare direttamente all'interessato, ai suoi familiari e ad altri individui, facenti parte dello stesso gruppo (art. 5).

Anche nel già citato *Documento di lavoro sui dati genetici* (WP 91) del 17 marzo 2004, elaborato dal *Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali*¹⁴³ si fa riferimento al gruppo biologico, definito come «nuovo gruppo sociale, giuridicamente rilevante». Non viene individuata una soluzione che non sia quella di valutare caso per caso, ma si prende atto delle problematiche relative all'accesso a questi dati da parte degli appartenenti ad uno stesso gruppo biologico, nonché relative ai meccanismi di diffusione delle informazioni genetiche all'interno dello stesso¹⁴⁴.

Peraltro, nella maggior parte dei documenti internazionali (quali, ad es., la citata *Convenzione europea sulla biomedicina* o la *Dichiarazione universale sul genoma umano*, approvata dall'UNESCO nel 1997¹⁴⁵) le questioni relative al gruppo biologico sono del tutto pretermesse e l'approccio alla protezione della riservatezza dei dati sembra basarsi su un modello di tipo prevalentemente individualistico¹⁴⁶.

Lo stesso può dirsi con riguardo alla disciplina interna, in cui mancano espresse previsioni normative che considerino il problema della protezione dei dati genetici valorizzando la famiglia/gruppo biologico. Nemmeno il Garante ha accolto una prospettiva interpretativa particolarmente sensibile alla valorizzazione di principio del profilo superindividuale. L'autorizzazione generale del Garante n. 8/2016 in tema di dati genetici, contiene sì già nella definizione del dato genetico un riferimento ad un gruppo – «ogni altra informazione che, indipendentemente dalla tipologia, identifica le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela» –, ma poi prende molto limitatamente in considerazione la dimensione “di gruppo” dell'informazione genetica, cioè anzitutto quando supera, a certe condizioni, il paradigma del consenso dell'interessato. L'autorizzazione, operando un bilanciamento degli interessi in gioco, prevede che in determinati casi il trattamento dei dati genetici possa essere effettuato dal personale medico e sanitario «per finalità di tutela della salute con particolare riferimento alle patologie di natura genetica e tutela dell'identità genetica di un terzo apparte-

¹⁴³ V. *supra* cap. I, par. 2.

¹⁴⁴ Il Gruppo si preoccupa soprattutto di porre in luce la necessità di ragionare sulla possibile configurabilità di un obbligo per la persona interessata di rivelare i propri dati genetici alla sua famiglia, se questi dati sono importanti per la salvaguardia della salute, e, correlativamente, sull'esercizio del diritto di non sapere nell'ambito del gruppo.

¹⁴⁵ Su cui v. ampiamente *infra*, cap. III, par. 5.1.

¹⁴⁶ V. R. LATTANZI, *Test genetici e diritti della persona*, cit., p. 400 s.

nente alla stessa linea genetica» anche in assenza del consenso dell'interessato. Si tratta dei casi in cui il consenso dell'interessato non è prestato o non può essere prestato per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità d'intendere o di volere, nonché per effettiva irreperibilità, qualora sia indispensabile per consentire al terzo di compiere una scelta riproduttiva consapevole o sia giustificato dalla necessità, per il terzo, di interventi di natura preventiva o terapeutica. Lo stesso vale anche per la comunicazione dei risultati dei test e *screening* genetici. L'autorizzazione precisa infatti che «*gli esiti di test e di screening genetici, nonché i risultati delle ricerche, qualora comportino un beneficio concreto e diretto in termini di terapia, prevenzione o di consapevolezza delle scelte riproduttive, anche per gli appartenenti alla stessa linea genetica dell'interessato, possono essere comunicati a questi ultimi, su loro richiesta, qualora l'interessato vi abbia espressamente acconsentito oppure qualora tali risultati siano indispensabili per evitare un pregiudizio per la loro salute, ivi compreso il rischio riproduttivo, e il consenso dell'interessato non sia prestato o non possa essere prestato per effettiva irreperibilità*»¹⁴⁷.

È chiaro però che il problema della portata informativa ultra-soggettiva dei dati genetici non è così risolto in via generale¹⁴⁸. Né alcuna indicazione in merito può trarsi dal nuovo regolamento europeo sulla *privacy* che muove, anch'esso, da una prospettiva di principio eminentemente individualistica¹⁴⁹.

¹⁴⁷ In tema di *screening*, una certa attenzione alla dimensione "familiare" si manifesta anche nelle definizioni con le quali l'Autorizzazione si apre, nell'ambito delle quali si esplicita che fra le ipotesi di *screening* genetico debbano essere ricomprese anche «*le analisi familiari finalizzate a identificare – mediante "screening a cascata" – le persone potenzialmente a rischio di sviluppare la malattia genetica*». Sul punto e, più ampiamente, sul tema della rilevanza giuridica del gruppo biologico nella normativa interna e internazionale con riferimento sia ai soggetti legati da un rapporto di parentela che ai membri di un gruppo o di una popolazione considerata in una biobanca, v. M. TOMASI, *Il modello individualista al banco di prova*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERNESI (a cura di), *La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, p. 175 s.

¹⁴⁸ La tendenza a risolvere la questione caso per caso, con un bilanciamento degli interessi in gioco, è la via per ora praticata nel nostro ordinamento: v. ad esempio il "caso glaucoma" del 1999, in cui il Garante della *privacy* ha autorizzato la comunicazione di dati genetici ad una donna, affetta da glaucoma bilaterale, che chiedeva, al fine di valutare il rischio di trasmissione della malattia in caso di gravidanza, l'accesso alle cartelle cliniche del padre, il quale aveva rifiutato il consenso. Sul punto v. G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., p. 266 ss.

¹⁴⁹ Sulla possibilità di estendere le norme relative alla protezione dei dati genetici contenute nel regolamento UE 2016/679 al gruppo biologico v. D. HALLINAN, P. DE HERT, *Genetic Classes and Genetic Categories: Protecting Genetic Groups through Data Protection Law*, in L. TAYLOR, L. FLORIDI, B. VAN DER SLOOT (eds.), *Group Privacy*, cit., p. 175 ss.: gli autori propendono, comunque, per l'opzione che vede le modalità di tutela stabilite, caso per caso, attraverso le autorizzazioni dell'Autorità di protezione dei dati: «On the basis of guidance from the European level interpretation body, we suggest that the initial focus of protection should be on the *ex ante* checking mechanisms. Processing affecting genetic groups would thus be made transparent. On the basis of the information generated, Data Protection Authorities could then decide on applicable, relevant and proportionate protection for groups on a case by case basis. From here, jurisprudence related

Con riguardo a una possibile regolamentazione, il menzionato documento del Gruppo di lavoro *ex art. 29* prospettava due scenari: considerare anche gli altri familiari come “persone interessate” con tutte le tutele che ne derivano, oppure prevedere che i familiari siano titolari di un diritto ad essere informati di tipo diverso, basato sul fatto che i loro interessi personali possono essere direttamente coinvolti. Ciò, comunque, implicherebbe in ogni caso l’ulteriore complesso problema di definire l’estensione del gruppo biologico, tenendo conto del dato scientifico relativo alla condivisione dei dati genetici e al grado di precisione dell’analisi effettuata progressivamente sulle informazioni genetiche dei familiari dei diversi gradi¹⁵⁰. Occorre chiedersi, in altri termini, fino a quale grado di parentela consanguinea potrebbero essere estese le tutele dei dati genetici.

Comunque, la scelta di riconoscere o no il “gruppo biologico” quale titolare delle informazioni genetiche si riflette sulla liceità della raccolta, utilizzo, circolazione dei dati genetici. Si pensi ad esempio al sanitario che comunichi i dati al consanguineo dell’interessato, in assenza di consenso di quest’ultimo, o al soggetto che comunichi a terzi i dati ricavati da un test genetico effettuato su un familiare.

Tale scelta si riflette anche sui profili penali della disciplina del trattamento di tali dati. Al riguardo ci si può interrogare, già in relazione alle norme penali vigenti, sulla plausibilità di una interpretazione che assegni un ruolo al bene giuridico *privacy* genetica riferito al gruppo biologico.

Orbene, non pare radicalmente precluso che in ambito penale si tenga conto, quando si tratti di dati genetici, dell’interesse legato al gruppo biologico, quantomeno laddove possa trovare applicazione l’art. 167¹⁵¹ del Codice¹⁵². Con riguardo a questa norma penale del Codice della *privacy*, l’obiettivo finale che

to genetic groups may develop from which more general rules may emerge».

¹⁵⁰ Sulla complicatissima questione scientifica della “dissolvenza” della percentuale relativa di informazione genetica condivisa in relazione alla linea parentale di collegamento tra individui (nel senso che più è lontano il grado di parentela minore è l’omogeneità genetica tra soggetti) v., per un primo approccio e per ulteriori riferimenti, B. BOTTALICO, *Familiarità dei caratteri ereditari e diritti individuali: un caso davanti al Tribunale di Milano*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto*, cit., p. 199 ss.

¹⁵¹ Art. 167, Trattamento illecito di dati: «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell’articolo 129, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi. 2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 17, 20, 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni».

¹⁵² Sui rapporti tra art. 170 e art. 167 Cod. *privacy* v. *infra* par. 4.

entra nel fuoco della tutela è segnato soltanto tramite il termine nocumento che sollecita l'interprete ad individuare il bene su cui grava detto nocumento, tenendo conto che il nocumento ben si distingue dal danno: nocumento è concetto più ampio di danno, poiché si riferisce a qualsiasi effetto pregiudizievole, come ben nota la giurisprudenza¹⁵³; è un concetto più ampio che, aggiungiamo, non richiede, come al contrario il "danno" di impronta civilistica, l'individuazione di un titolare personificato. Analoghe considerazioni valgono senz'altro, *mutatis mutandis*, sul versante punitivo amministrativo, con riguardo ai "casi di maggiore gravità" contemplati dall'art. 164 *bis*, comma terzo¹⁵⁴, laddove la maggiore gravità viene fatta dipendere dalla maggiore rilevanza del pregiudizio per uno o più interessati; la maggiore gravità dà luogo a un'ipotesi di illecito amministrativo avente sanzione raddoppiata nei limiti edittali minimo e massimo, rispetto alla figura-base.

Ai fini di un collegamento del bene giuridico "privacy genetica" al gruppo biologico, gli interessi superindividuali di cui il gruppo biologico è portatore, intesi anche nel loro aspetto dinamico-potenziale che coinvolge le predette generazioni future, in linea di principio ben potrebbero ritenersi coinvolti nella tutela penale e punitivo-amministrativa in esame, sotto il profilo del nocumento e pregiudizio riferiti potenzialmente al gruppo stesso. La difficoltà concerne

¹⁵³ Cass. pen., sez. III, sentenza n. 3257/2014 (ud. 18.11.2014 – dep. 12.3.2015), Cantali: «nel reato di illecito trattamento di dati personali di cui all'art. 167 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 il "nocumento" per la persona offesa, che nella fattispecie previgente si configurava come circostanza aggravante, e che oggi costituisce elemento essenziale del reato (cfr. sez. 3, sentenza n. 38406 del 9.7.2008, Fallani) o, secondo altro orientamento, condizione obiettiva di punibilità (Sez. 3, Ordinanza n. 7504 del 16.07.2013 Ud. – dep. 18.02.2014 Rv. 259261; Sez. 3, Sentenza n. 17215 del 17.02.2011 Ud. dep. 04.05.2011 Rv. 249991) rende la figura criminosa inquadrabile nella categoria dei reati di danno e non (più) di mero pericolo. È stato precisato altresì (cfr. Sez. 5, Sentenza n. 44940 del 28.09.2011 Ud. dep. 02.12.2011 Rv. 251449, in motivazione) che il concetto di nocumento è ben più ampio di quello di danno, volendo esso abbracciare qualsiasi effetto pregiudizievole che possa conseguire alla arbitraria condotta invasiva altrui. Nel richiedere appunto il nocumento, la legge vuole escludere dalla sfera del penalmente rilevante quelle condotte, pure intrusive, che tuttavia siano rimaste del tutto irrilevanti nelle loro conseguenze».

¹⁵⁴ Art. 164-*bis*. Casi di minore gravità e ipotesi aggravate: «1. Se taluna delle violazioni di cui agli articoli 161, 162, 162-*ter*, 163 e 164 è di minore gravità, avuto altresì riguardo alla natura anche economica o sociale dell'attività svolta, i limiti minimi e massimi stabiliti dai medesimi articoli sono applicati in misura pari a due quinti. 2. In caso di più violazioni di un'unica o di più disposizioni di cui al presente Capo, a eccezione di quelle previste dagli articoli 162, comma 2, 162-*bis* e 164, commesse anche in tempi diversi in relazione a banche di dati di particolare rilevanza o dimensioni, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da cinquantamila euro a trecentomila euro. Non è ammesso il pagamento in misura ridotta. 3. In altri casi di maggiore gravità e, in particolare, di maggiore rilevanza del pregiudizio per uno o più interessati, ovvero quando la violazione coinvolge numerosi interessati, i limiti minimo e massimo delle sanzioni di cui al presente Capo sono applicati in misura pari al doppio. 4. Le sanzioni di cui al presente Capo possono essere aumentate fino al quadruplo quando possono risultare inefficaci in ragione delle condizioni economiche del contravventore».

semmai la selezione del tipo di fatto sanzionato, che nella disciplina penale in esame, la quale concerne condotte di trattamento dei dati, si specifica in termini di “violazione” di determinate norme del Codice, sicché il fatto va inteso in uno con la sua anti giuridicità. Perciò, in tema di dati genetici, nell’economia complessiva delle plurime figure di reato contemplate dai due commi dell’art. 167, vale, per il primo comma, il richiamo agli articoli 18 (principi applicabili a tutti i trattamenti effettuati da soggetti pubblici) e 23 (norma generale sul consenso), e per il secondo comma il richiamo agli articoli 20 (principi applicabili al trattamento di dati sensibili), 22 commi 8 (divieto di diffusione di dati concernenti la salute) e 11 (trattamenti e diffusione in determinate condizioni, consentiti solo in base ad espressa disposizione di legge), 25 (divieti di comunicazione e diffusione), 26 (garanzie per i dati sensibili) e 45 (trasferimenti vietati). Nulla osterebbe ad orientare queste norme anche nel senso della tutela dell’interesse superindividuale in questione, nonostante l’evidente non considerazione di esso da parte del legislatore storico. Nel complesso, però, il limite essenziale a una siffatta lettura è posto dall’art. 26, secondo cui i dati sensibili, quindi anche i dati genetici, possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell’interessato e previa autorizzazione del Garante, nell’osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal Codice, nonché dalla legge e dai regolamenti. Su questa base, un disvalore collegato al gruppo biologico, che dia contenuto all’anti giuridicità, dipende dalla circostanza che esso sia considerato dal Garante in fase autorizzativa o almeno dall’interessato nella decisione scritta sulla prestazione del consenso. Al contrario, come si è poco sopra indicato, il Garante non ha, allo stato, ispirato l’autorizzazione in tema di dati genetici secondo la prospettiva generale della rilevanza superindividuale del dato genetico. D’altra parte, in ultima analisi, a tutto concedere, qualsiasi componente del gruppo biologico, che sia soggetto di diritto e capace di agire, può disporre del bene/interesse “comune”, pur se nell’ambito di trattamenti autorizzati. L’impronta individualista in queste ipotesi prevale in ambito penalistico, nonostante la disciplina penale si dimostri di per sé suscettibile di recepire istanze di tutela del gruppo biologico. Tali istanze possono tuttavia dispiegarsi pienamente, tra l’altro, quando manchi l’autorizzazione al trattamento oppure il consenso, o in ipotesi di violazione dei rigidi divieti di comunicazione e diffusione.

3. Il trattamento delle informazioni genetiche nell’ordinamento italiano secondo l’eccentrico modello del regime autorizzativo affidato al Garante.

La previgente legge 31 dicembre 1996, n. 675 non prevedeva una specifica disciplina per i dati genetici. Nel silenzio della legge, i dati genetici venivano ricondotti alla categoria dei dati “sensibili” in quanto inerenti alla salute, con conseguente applicazione dell’art. 22 l. 675/1996, il quale prevedeva che

potessero essere oggetto di trattamento solo in presenza del consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante¹⁵⁵, ossia dell'autorità amministrativa indipendente cui è stato affidato il compito di vigilare sul rispetto della disciplina in materia di trattamento dei dati personali¹⁵⁶. Di conseguenza, i dati genetici venivano presi in considerazione nelle autorizzazioni generali dell'Autorità garante in tema di trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale¹⁵⁷.

I dati genetici hanno poi trovato una apposita disciplina nel vigente Codice della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003) che ha sostituito la l. 675/1996 riordinando la materia della protezione dei dati personali, e che delinea per tali dati uno statuto giuridico piuttosto complesso, data la loro idoneità a rientrare in diverse categorie – dati “personali”, dati “sensibili”, dati “inerenti alla salute” e altre categorie considerate dal Codice. Ciò ha implicato non poche difficoltà nel ricostruire la disciplina del loro trattamento¹⁵⁸, attraverso la non agevole ricognizione delle regole che riguardano specificatamente le varie categorie di dati¹⁵⁹, almeno fino all'emanazione, nel 2007, della prima autorizzazione del Garante relativa al trattamento dei dati genetici. Di recente vi sono stati interventi molto incisivi dell'Unione Europea, soprattutto il già menzionato regolamento generale del 2016, di cui si dirà ampiamente dopo aver affrontato la disamina del Codice del 2003.

I dati genetici vanno inclusi, anzitutto, ai sensi dell'art. 4, co. 1, lett. b) e

¹⁵⁵ Il fatto che fossero anche «dati inerenti la salute» implicava, peraltro, regole particolari con riferimento al consenso al trattamento (art. 23 l. 675/1996): v. F. DI CIOMMO, *La privacy sanitaria*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, p. 239 ss.

¹⁵⁶ V. art. 31, l. n. 675/1996 e, ora, art. 154, d.lgs. n. 196/2003. Sul Garante, in generale, v. A. LIROSI, *Il Garante per la protezione dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 385 ss.; A. PUTIGNANI, *Il Garante per la protezione dei dati personali*, in A. CLEMENTE (a cura di), *Privacy*, Padova, 1999, p. 651 ss.; A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla tutela dei dati personali*, Torino, 2013, p. 64 ss.

¹⁵⁷ In tali autorizzazioni si consentiva, in sostanza, il trattamento dei dati genetici esclusivamente in ambito sanitario o con finalità di ricerca scientifica o, ancora, quale mezzo di prova in sede giurisdizionale, restandone precluso l'utilizzo in altri contesti: sul punto v., anche per rilievi critici circa l'equiparazione dei dati genetici ai dati sanitari, R. LATTANZI, *Il trattamento dei dati genetici*, cit., p. 302 ss. Più in generale sull'evoluzione della normativa italiana in tema di trattamento di dati genetici v. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 58 ss.

¹⁵⁸ Ai sensi dell'art. 4, co. 1°, lett. a), d.lgs. 196/2003, per «trattamento» deve intendersi «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati».

¹⁵⁹ V. ampiamente L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, cit., p. 693 ss., il quale rileva come i dati genetici si trovino in una paradossale situazione di «iperegolamentazione incompiuta».

d) del Codice della *privacy*, tra i dati c.d. sensibili, in quanto dati personali¹⁶⁰ idonei a rivelare, in particolare, lo stato di salute dell'interessato. Anzi, in quanto informazioni intimamente connesse con l'identità biologica individuale, ben possono essere definiti dati *ultrasensibili*¹⁶¹ o sensibilissimi, tali da poter essere qualificati come la «parte più dura del “nucleo duro” della *privacy*»¹⁶², poiché per essi è prevista una disciplina differenziata¹⁶³ rispetto a quella dettata per la più generale categoria dei dati sensibili¹⁶⁴.

La disciplina *ad hoc* è contenuta nell'art. 90 del Codice, il quale dispone che il trattamento dei dati genetici¹⁶⁵, da parte di chiunque, è consentito nei soli casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata dal Garante per la protezione dei dati personali sentito il Ministro della salute, che acquisisce, a tal fine, il parere del Consiglio superiore di sanità. Il regime autorizzativo affidato al Garante costituisce anche il nerbo della tutela penale di cui si dirà in seguito, a partire dall'art. 170 che colpisce proprio l'inosservanza dei provvedimenti del Garante relativi alle autorizzazioni al trattamento dei dati genetici.

Ai sensi dell'art. 90, comma 2, del Codice, l'autorizzazione individua anche gli ulteriori elementi da includere nell'informativa dovuta all'interessato (*ex art.* 13), con particolare riguardo alla specificazione delle finalità perseguite e dei risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati e al diritto di opporsi al medesimo trattamento per motivi legittimi.

¹⁶⁰ L'art. 4, co. 1, lett. b) Cod. *privacy* definisce «dato personale» «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale». Vi è dunque una piena coincidenza tra le nozioni di «dato» e di «informazione» – nel senso che «dati personali» sono tutte le informazioni riferibili, ovvero riconducibili, ad un soggetto – evitando in tal modo eventuali dubbi e ambiguità interpretative, fondate sul rapporto tra i due termini: sul punto v., in particolare, A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla tutela dei dati personali*, cit., p. 34. Nel senso che l'informazione non coincide con il dato stesso, giacché l'informazione è elaborazione del dato (inteso come fonte da cui l'informazione si ricava), v. G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012, p. 33.

¹⁶¹ Così, ad esempio, R. BORSARI, *Relazioni familiari e privacy. Profili penali*, cit., p. 1054 ss.

¹⁶² S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata, ipotesi e prospettive*, in “Politica del diritto”, 1991, p. 539.

¹⁶³ Cfr., tra gli altri, G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, cit., p. 68, p. 224 ss.; M. PETRONE, *Trattamento dei dati genetici e tutela della persona*, in “Famiglia e diritto”, 2007, p. 853 ss.; S. RAIMONDI, *Art. 90*, in AA. VV., *Codice della privacy*, Tomo II, Milano, 2004, p. 1277 ss.; C. ROMANO, *Il trattamento dei dati genetici nel diritto italiano*, cit., p. 181 ss.

¹⁶⁴ Per il trattamento dei dati sensibili sono necessari il consenso scritto dell'interessato e la previa autorizzazione del Garante, non dissimilmente da quanto avveniva nella vigenza della l. 675/1996.

¹⁶⁵ La prima autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici è stata emanata dal Garante il 22 febbraio 2007. L'emanazione di tale autorizzazione peraltro era già prevista dall'art. 17, co. 5, del d.lgs. 11.5.1999, n. 135, come modificato dal d.lgs. 30.7.1999, n. 281, recante disposizioni in materia di trattamento dei personali per finalità storiche, statistiche e di ricerca scientifica, prima fonte di rango primario a prendere in considerazione i dati genetici, rimasta tuttavia lettera morta.

Il provvedimento adottato dal Garante ai sensi dell'art. 90 del Codice è dunque un'autorizzazione che consente il trattamento dei dati genetici nei limiti e alle condizioni in essa previsti e può essere sia speciale (rilasciata cioè caso per caso) che generale. Ciò è peraltro coerente all'impostazione di fondo del Codice, che prevede un sistema di tutela integrata, basato su una disciplina di settore il cui organo di controllo è l'Autorità garante, cui competono ampi poteri, esercitabili sia in via autonoma che in forma coordinata con i più tradizionali strumenti di tutela giurisdizionale e amministrativa¹⁶⁶. Il Garante ha dunque (anche) un potere «normativo», di integrazione e completamento di numerosi, e disparati, aspetti della disciplina, che arricchisce (e complica) il quadro delle fonti in materia di protezione dei dati personali: i provvedimenti autorizzativi «generali»¹⁶⁷ sono provvedimenti formalmente amministrativi, ma dotati di una valenza sostanzialmente normativa, data la natura «regolativa» del potere conferito al Garante, cui si accompagna appunto l'efficacia generale dei provvedimenti stessi, rivolti a destinatari potenzialmente indeterminati¹⁶⁸.

La soluzione del legislatore italiano, eccentrica rispetto all'intero panorama internazionale¹⁶⁹, e che come accennato abbraccia anche il profilo giuspenalistico, è stata dunque quella di spogliarsi dei compiti e delle prerogative che gli competono, rimettendo all'autorità di protezione dei dati personali il potere – dovere di regolare la materia¹⁷⁰.

Qualche perplessità può peraltro destare l'amplessima “delega” che il legislatore ha conferito all'Autorità amministrativa indipendente in merito alla delicata materia della protezione dei dati sensibili e, in particolare, dei dati gene-

¹⁶⁶ Così A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali*, in “Diritto dell'informazione e dell'informatica”, 2003, p. 732.

¹⁶⁷ Tali provvedimenti generali autorizzano “automaticamente” il trattamento dei dati, se effettuato nel rispetto delle prescrizioni contenute in essi, cosicché il titolare del trattamento che rientra nell'ambito di applicazione di un'autorizzazione generale non è tenuto a presentare al Garante singole specifiche richieste di autorizzazione, se il trattamento che intende effettuare è conforme alle relative prescrizioni (v. art. 41, comma 1. Cod. *privacy*).

¹⁶⁸ Sul punto ampiamente A. TROJSI, *op. ult. cit.*, p. 71 ss. V. pure, più in generale, R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

¹⁶⁹ Nell'ordinamento tedesco e in quello francese, ad esempio, il trattamento dei dati genetici è disciplinato in una apposita legge (v. *infra*, Cap. III, par. 9 e 10).

¹⁷⁰ R. LATTANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, cit., p. 338, il quale rileva che si tratta comunque di una soluzione «emergenziale», nata sulla spinta dei documenti adottati nella cornice internazionale (puntualmente richiamati nella autorizzazione stessa), in quanto l'autorizzazione non può comunque estendersi alla regolamentazione di profili ulteriori e diversi rispetto alla protezione dei dati personali, e che conferma la difficoltà del legislatore italiano di disciplinare con legge ordinaria la materia del biodiritto.

tici¹⁷¹; tuttavia, demandare il potere di integrazione delle disposizioni legislative ad organi maggiormente qualificati (quale, appunto, il Garante) può rivelarsi opportuno in considerazione della difficoltà di inserire in un testo legislativo norme che richiedono una competenza di carattere altamente specialistico e, che, con riferimento a materie in costante evoluzione, come quella relativa ai dati genetici, richiedono una certa flessibilità. Proprio l'esigenza di un costante adeguamento del trattamento dei dati genetici agli sviluppi della ricerca scientifica e al progresso tecnologico è la ragione per cui l'autorizzazione generale del Garante viene rilasciata a tempo determinato, quindi con necessità di periodico rinnovo.

La più recente autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del Garante è stata emanata il 15 dicembre 2016¹⁷². Essa, come si è detto, fornisce una definizione di dato genetico¹⁷³ e ne limita l'accesso e l'impiego in funzione garantistica.

Più precisamente, l'autorizzazione fornisce indicazioni sui soggetti legittimati a trattare i dati genetici, sulle finalità per cui è autorizzato il trattamento, sulle modalità di trattamento, sui requisiti dell'informativa e del consenso dell'interessato, sulle modalità di conservazione, comunicazione e diffusione dei dati.

L'autorizzazione generale all'accesso alla citata categoria di dati personali è rilasciata (in via generale, appunto), ad una serie di soggetti espressamente indicati (tra cui, ad es., gli esercenti le professioni sanitarie, gli organismi sanitari pubblici e privati, i laboratori di genetica medica, gli enti o agli istituti di ricerca, gli psicologi, i difensori, i consulenti tecnici e investigatori privati autorizzati, gli organismi di mediazione pubblici e privati): per ognuna di queste categorie sono precisate le specifiche finalità limitatamente alle quali è possibile accedere ai dati.

Il trattamento dei dati genetici è ammesso, previo consenso, per finalità di tutela della salute (con particolare riferimento alle patologie di natura genetica e alla tutela dell'identità genetica del soggetto interessato o di un terzo appartenente alla sua stessa linea genetica) e a scopo di ricerca scientifica o statistica finalizzata alla tutela della salute dell'interessato, di terzi o della collettività

¹⁷¹ Sul punto v. U. DE STERVO, *Tutela dei dati personali e riservatezza*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie e trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, p. 304 ss.; P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, cit., p. 27.

¹⁷² Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici n. 8/2016, pubblicata nella G.U. n. 303 del 29 dicembre 2016 e reperibile sul sito www.garanteprivacy.it.

¹⁷³ È dato genetico il «risultato di test genetici o ogni altra informazione che, indipendentemente dalla tipologia, identifica le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela». V. *supra* cap. I, par. 2.1.

in campo medico, biomedico ed epidemiologico, da svolgersi con il consenso dell'interessato.

L'accesso ai dati genetici è altresì ammesso quando il trattamento è indispensabile per lo svolgimento di investigazioni difensive o, comunque, per far valere o difendere un diritto anche da parte di un terzo in sede giudiziaria¹⁷⁴ (anche senza il consenso dell'interessato eccetto il caso in cui il trattamento presupponga lo svolgimento di test genetici), nonché per adempiere o per esigere l'adempimento di specifici obblighi o per eseguire specifici compiti previsti espressamente dalla normativa dell'Unione Europea, da leggi o da regolamenti in materia di previdenza e assistenza o in materia di igiene e sicurezza del lavoro o della popolazione¹⁷⁵.

Infine, il ricorso ai dati genetici è autorizzato per l'accertamento dei vincoli di consanguineità per il ricongiungimento familiare di cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, apolidi e rifugiati (v. d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

Le regole che presidono alla raccolta e all'impiego di dati genetici prescrivono dunque l'acquisizione del consenso informato del soggetto interessato, salvo i casi espressamente indicati. L'autorizzazione disciplina inoltre le modalità di trattamento dei dati, che devono essere tali da prevenire la violazione dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità degli interessati, con riguardo alla raccolta e alla conservazione dei dati, nonché con riferimento alle specificità della ricerca scientifica e statistica, prevedendo altresì l'impiego di apposite misure di sicurezza. Regole specifiche sono stabilite, inoltre, per il consenso, per l'informativa (anche con riguardo alla consulenza genetica), per i trattamenti in settori particolari, per la comunicazione (ammessa entro stretti limiti) e per la diffusione dei dati genetici (non consentita salva la diffusione dei risultati delle ricerche in forma aggregata, ovvero secondo modalità che non rendano identificabili gli interessati).

3.1. Distinzione tra campione biologico e dato genetico.

La citata autorizzazione regola altresì in maniera analoga l'utilizzo dei campioni biologici (che definisce come «ogni campione di materiale biologico da cui

¹⁷⁴ In tali casi il trattamento è ammesso a condizione che il diritto da far valere o difendere sia di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile e i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento. Il trattamento deve essere comunque effettuato nel rispetto delle autorizzazioni generali del Garante al trattamento dei dati sensibili da parte dei liberi professionisti e da parte degli investigatori privati.

¹⁷⁵ In questa ipotesi il trattamento può avvenire anche senza il consenso dell'interessato, nei limiti previsti dall'autorizzazione generale del Garante al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro e ferme restando le disposizioni del codice di deontologia e di buona condotta di cui all'articolo 111 del Codice.

possono essere estratti dati genetici caratteristici di un individuo»¹⁷⁶. È dunque possibile operare una distinzione tra campioni biologici e dato/informazione genetica. I campioni biologici hanno infatti una consistenza materiale e rivestono il ruolo, ancillare, di “contenitore”, “involucro” o “veicolo” delle informazioni genetiche¹⁷⁷, le quali sono invece immateriali¹⁷⁸.

L’assoggettamento dei campioni biologici al medesimo trattamento previsto per i dati genetici si spiega con il fatto che, con riguardo ai campioni biologici, non viene immediatamente in gioco la loro dimensione “materiale” (e, quindi, una possibile utilità che se ne possa trarre in termini di utilizzo o trasformazione, *etc.*), bensì quella “informazionale”¹⁷⁹.

3.2. Distinzione tra dato sanitario e dato genetico, e tra dato genetico sanitario e dato genetico non sanitario.

Il dato genetico ha, come si è illustrato, una sua definizione, per cui esso è suscettibile di assumere le caratteristiche del dato sanitario, ma se ne distingue e comunque presenta peculiarità diverse.

La Corte di cassazione¹⁸⁰ è intervenuta, di recente, in materia, affermando che i dati genetici sono i dati personali dotati del maggior grado di esclusività, che essi non si esauriscono in quelli di natura sanitaria od attinenti alla vita sessuale e che possono essere dati sensibili, secondo la definizione contenuta nell’art. 4 del d.lgs. n. 196 del 2003, ma hanno una potenzialità predittiva che ne determina l’ontologica diversità. Ad avviso della Corte la collocazione dell’art. 90 del Codice nel titolo V dedicato ai dati sanitari e in un capo *ad hoc* dedicato ai dati genetici rappresenta plasticamente tale peculiarità, in quanto stabilisce in via generale un regime derogatorio rispetto agli altri dati personali, anche di carattere sanitario, che siano fondati su indagini genetiche.

La Corte ha altresì chiarito che al trattamento dei dati genetici a carattere

¹⁷⁶ G. NOVELLI, I. PIETRANGELI, *I campioni biologici*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, cit., p. 1027 ss.

¹⁷⁷ R. LATTANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, cit., p. 329.

¹⁷⁸ C. ROMANO, *op. cit.*, p. 185. Sul punto v. anche S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, cit., p. 596, il quale distingue tra “informazione genetica primaria” (il DNA) e “informazione genetica secondaria” (il risultato dell’analisi), e afferma come l’attenzione vada rivolta non al materiale genetico bensì all’informazione che esso produce: il dato genetico è dunque definito dal passaggio dalla materialità alla pura informazione.

¹⁷⁹ R. LATTANZI, *op. ult. cit.*, p. 329 s. In questo senso si è espresso anche il Gruppo di lavoro per la tutela dei dati personali, istituito *ex art.* 29 Direttiva 95/46/CE nel *Documento di lavoro sui dati genetici* del 2004.

¹⁸⁰ Cass. civ., Sez. I, 13 settembre 2013, n. 21014, cit., in tema di illiceità del trattamento di dati genetici, ottenuti mediante prelievo di mozziconi di sigaretta da parte di una agenzia investigativa e sottoposti, senza il consenso dell’interessato, al prelievo di campioni biologici ed accertamento del DNA, i cui esiti erano stati successivamente prodotti in un giudizio di disconoscimento della paternità promosso nei confronti dell’interessato stesso.

non sanitario non si applica l'art. 24, comma 1, lett. f), del Codice, disciplinante le ipotesi in cui i dati personali possono, previa autorizzazione del Garante, essere utilizzati senza consenso, giacché rispetto a tale disciplina generale l'art. 90 si pone come norma derogatoria¹⁸¹.

Emerge, in sostanza, che non vi è piena coincidenza tra dati genetici e dati sanitari, poiché dai dati genetici, la cui peculiarità consiste nel rivelare il corredo identificativo unico ed esclusivo di ciascuna persona umana, può essere estrapolata un'ampia varietà di informazioni, non tutte da includersi in quelle di natura sanitaria.

4. Profili critici dell'innesto del modello autorizzativo sulla fattispecie delittuosa di inosservanza di provvedimenti del Garante (art. 170 Codice della privacy).

A presidio del corretto trattamento dei dati personali il Codice della *privacy* prevede un apparato sanzionatorio complesso¹⁸², che si articola in sanzioni penali ed amministrative.

Il legislatore, come già aveva fatto con la previgente l. n. 675 del 1996, ha invero inteso graduare, anche sotto il profilo qualitativo del tipo di sanzione prevista, la reazione sanzionatoria, in relazione al particolare disvalore del fatto illecito e in ossequio al principio di sussidiarietà del precetto penale e di necessaria lesività della condotta incriminata¹⁸³. Se questo era l'intendimento, tuttavia non può dirsi che l'obiettivo sia stato pienamente realizzato.

Il ricorso alla sanzione amministrativa nel Codice risulta piuttosto limitato,

¹⁸¹ Sempre nella sentenza n. 21014 del 2013, la Corte ha precisato che al trattamento dei dati genetici di carattere sanitario può invece applicarsi l'art. 26, comma 4, lett. c), del Codice relativo al trattamento dei dati sensibili riguardanti la salute e la vita sessuale al fine di far valere in sede giudiziaria un diritto, nei limiti indicati nell'autorizzazione generale del Garante.

¹⁸² V., tra gli altri, A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 727 ss.; ID., *Privacy on line: quali spazi per la tutela penale?*, in "Dir. dell'internet", 2005, p. 257; L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, cit., p. 698 ss.; M.C. BISACCI, *Tutela penale dei dati personali*, in *Dir. disc. pen., Agg.*, vol. III, Torino, 2005, p. 1741 ss.; G. CORASANITI, *La tutela dei dati personali*, in "Dir. pen. e proc.", 1997, p. 143 ss.; A. CONTALDO, L. MAROTTA, *Depenalizzazione e nuove tutele dei dati personali anche alla luce del codice della privacy (d.lg. 30 giugno 2003 n. 196)*, in "Giur. merito", 2004, p. 2640; V. DESTITO, *Dati personali (tutela penale dei)*, in *Dir. disc. pen., I Agg.*, Torino, 2008, p. 232 ss.; V. MORMANDO, *Commento voce "Privacy"*, in F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007; V. PLANTAMURA, *Tutela penale dei dati personali*, in "Dir. inf. e informatica", 2007, p. 653 ss.; V. TORRE, *Modelli di tutela penale della privacy in internet*, cit., p. 233 ss.; P. VENEZIANI, *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di disciplina dei dati personali*, cit., p. 369 ss.; ID., *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di riservatezza informatica e disciplina dei dati personali*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, cit., p. 183 ss.

¹⁸³ Così A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 733.

perché da un lato le violazioni espressive di una maggior offensività sono, appunto, presidiate dalla sanzione penale e, dall'altro, la reazione verso le violazioni ritenute di più lieve disvalore è affidata a misure ripristinatorie che rientrano nei poteri coercitivi propri del Garante¹⁸⁴; tuttavia l'esiguità dell'apparato sanzionatorio amministrativo, a fronte dei numerosi obblighi previsti dal Codice in materia di trattamento dei dati personali, rivela il ruolo del tutto marginale assegnato a questo tipo di tutela nell'economia del Codice. In sintesi si può dire che sono presidiate dalla sanzione amministrativa le condotte che hanno l'effetto di ostacolare l'attività istruttoria del Garante per la *privacy* e quelle che consistono in violazioni di disposizioni procedurali poste a tutela dei diritti degli interessati¹⁸⁵. La misura edittale è elevata, tale da rendere le sanzioni pecuniarie¹⁸⁶ particolarmente afflittive¹⁸⁷.

Le disposizioni penali (artt. 167-171 del Codice) individuano le condotte penalmente sanzionate nel trattamento illecito dei dati personali, nella falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante, nell'omessa adozione di misure di sicurezza, nella inosservanza dei provvedimenti assunti dal Garante e nella violazione del divieto di effettuare indagini sulle opinioni del lavoratore e del divieto di uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Paradossalmente, il fatto che le disposizioni penali siano poco numerose non è indice di un attento uso, da parte del legislatore, dello strumento penale, in ossequio al criterio di *extrema ratio* che dovrebbe guidare le scelte di politica criminale, giacché la costruzione delle fattispecie è, al contrario, espressione di una "panpenalizzazione" acritica di violazioni della disciplina extrapenale.

Emblematico, in tal senso, è l'art. 170, il quale sanziona, tra l'altro, proprio l'inosservanza dei provvedimenti del Garante relativi alle autorizzazioni al

¹⁸⁴ Cfr. A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio*, cit., p. 739 ss.; V. PLANTAMURA, *op. cit.*, p. 653.

¹⁸⁵ Gli illeciti amministrativi riguardano l'omessa o inidonea informativa all'interessato (art. 161); la cessione illecita di dati personali (art. 162); l'inosservanza delle disposizioni in materia di conservazione dei dati di traffico (162 *bis*); l'omessa comunicazione da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico di violazioni di dati personali (162 *ter*); l'omessa o incompleta notificazione al Garante del trattamento dei dati personali (art. 163); l'omessa informazione o esibizione di documenti al Garante (art. 164); infine, l'art. 164 *bis* prevede casi di minore gravità e ipotesi aggravate.

¹⁸⁶ In dottrina si è lamentata, in proposito, la mancata previsione anche di sanzioni accessorie di tipo interdittivo, che avrebbero avuto maggiore efficacia generalpreventiva in relazione ai soggetti che effettuano abitualmente il trattamento dei dati personali: così A. MANNA, *op. ult. cit.*, p. 736 s.

¹⁸⁷ Con riguardo all'entità della sanzione R. BORSARI (*Relazioni familiari e privacy. Profili penali*, cit., p. 1052 s.) rileva come la severità della misura edittale delle sanzioni amministrative sia tale da celare la loro natura penale in senso stretto, concretando una «truffa delle etichette» che consente di sottrarre alle garanzie giuspenalistiche l'applicazione di sanzioni particolarmente afflittive.

trattamento dei dati genetici (di cui al menzionato art. 90)¹⁸⁸ – delitto omissivo proprio, a dolo generico, punito con la reclusione da tre mesi a due anni. La disposizione ricalca integralmente il contenuto della corrispondente fattispecie criminosa di cui all'art. 37 della previgente l. n. 675 del 1996, con l'aggiunta tuttavia proprio dell'ulteriore incriminazione dell'inosservanza dell'autorizzazione adottata dal Garante ai sensi dell'art. 90 del Codice con riferimento al trattamento dei dati genetici. Come si legge nella Relazione al d.lgs. 196/2003 (p. 63), si è ritenuto di prevedere la sanzione penale anche per questa ipotesi in ragione della «particolare delicatezza della materia disciplinata».

La fattispecie in esame pone delicate questioni anzitutto in ordine all'individuazione del fatto concretamente punibile e dei destinatari del precetto penale, giacché a tal fine occorre riferirsi all'atto normativo secondario (il provvedimento del Garante) cui la disposizione rinvia.

Il provvedimento del Garante cui la norma fa ampiamente rinvio per determinare il fatto tipico, è, con particolare riguardo all'autorizzazione generale (ma ciò vale pure per le autorizzazioni rilasciate caso per caso), particolarmente complesso e, come spesso accade per le discipline extrapenalistiche, carente di quella determinatezza che la legalità penale esigerebbe. L'autorizzazione tra l'altro impiega, in più punti, locuzioni molto ampie e generiche, la cui interpretazione può essere dubbia per il titolare del trattamento. Si consideri, ad esempio, la precisazione secondo cui l'utilizzo dei campioni biologici e il trattamento dei dati genetici devono avvenire secondo modalità volte a prevenire la violazione della dignità degli interessati (punto 4 aut. n. 8/2016).

L'autorizzazione, inoltre, contenendo una disciplina molto dettagliata con riguardo al trattamento dei dati genetici, prevede tutta una serie di comportamenti che, una volta "transitati" sul piano penale nella forma della inosservanza o violazione delle prescrizioni poste dal Garante, presentano gradi di disvalore molto differenti: ben diverso quanto a lesività per la *privacy* è, a titolo esemplificativo, violare le prescrizioni inerenti l'informativa all'interessato (ad es. perché l'informativa non evidenzia adeguatamente «*i risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati*», v. punto 5 b) della citata autorizzazione n. 8/2016) piuttosto che violare il rigido divieto pressoché assoluto di diffusione a terzi dei dati genetici (v. punto 9 aut. n. 8/2016). Pare, allora, irragionevole sanzionare entrambe le ipotesi con la pena detentiva, benché graduata entro la cornice edittale.

Se, dunque, da un lato, la costruzione della fattispecie mediante il rinvio al

¹⁸⁸ Art. 170: «*Chiunque, essendovi tenuto, non osserva il provvedimento adottato dal Garante ai sensi degli articoli 26, comma 2, 90, 150, commi 1 e 2, e 143, comma 1, lettera c), è punito con la reclusione da tre mesi a due anni*». La norma in esame incrimina dunque la mera inosservanza dei provvedimenti del Garante, relativi alle autorizzazioni al trattamento di dati sensibili, o genetici, e di quelli provvisori assunti a seguito di reclamo o ricorso dell'interessato.

provvedimento del Garante consente il costante aggiornamento del contenuto normativo del precetto, adeguandolo alle variabili e progressive evoluzioni del complesso settore della genetica (non va dimenticato sul punto che l'auto-rizzazione al trattamento dei dati genetici viene aggiornata periodicamente), dall'altro la tecnica impiegata rende la fattispecie carente sotto il profilo della determinatezza¹⁸⁹ e poco rispettosa del principio di offensività.

Ciò può dirsi, più in generale, per tutte le disposizioni penali contenute nel Codice della *privacy*, le quali hanno, come la dottrina ha messo più volte in luce, una struttura meramente sanzionatoria delle violazioni di alcuni dei precetti posti dalla disciplina extrapenale contenuta nel Codice stesso, nel senso che le fattispecie incriminatrici risultano dalla combinazione delle norme propriamente penali con quelle da esse richiamate¹⁹⁰. La formulazione delle fattispecie criminose mediante la tecnica del rinvio ad altre disposizioni del Codice, le quali fanno a loro volta rinvio ai provvedimenti dell'Autorità garante (spesso descritte mediante elementi normativi che rinviano ad altri elementi normativi¹⁹¹, giacché spesso le stesse norme dettate dal Garante necessitano di una ulteriore operazione di eterointegrazione normativa¹⁹²), considerata anche la complessità e l'elevato tasso di tecnicismo della materia, va a detrimento della piena intelligibilità del precetto penale, postulata dai principi costituzionali di tassatività e determinatezza in materia penale¹⁹³.

Si profila, inoltre, un contrasto delle disposizioni in questione con il prin-

¹⁸⁹ Osserva criticamente A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 767, che la formulazione della norma appare chiaramente modellata sul paradigma di cui all'art. 650 c.p., con conseguenti dubbi di illegittimità costituzionale in considerazione del *vulnus* al principio di determinatezza in materia penale. Nel senso che non si tratti di norma penale in bianco v. V. DESTITO, *op. cit.*, p. 236, in base alla considerazione che, nel caso dell'art. 170, l'integrazione con la fonte subordinata non è riferibile ad una disposizione generale ed astratta (cioè riferibile ad un numero indeterminato di casi e alla generalità dei consociati), giacché il provvedimento del Garante non può che avere un contenuto specifico e determinato, rivolgendosi al contempo ad uno specifico destinatario: si tratta, pertanto, di norma sanzionatoria dell'inottemperanza di un provvedimento amministrativo in senso stretto (che provvede alla cura di interessi specifici, senza dettare regole di condotta generali).

¹⁹⁰ V., tra gli altri, L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, cit., p. 698; F. SGUBBI, *Profili penalistici (della l. 675/1996)*, cit., p. 754 ss.; P. VENEZIANI, *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di disciplina dei dati personali*, cit., p. 376.

¹⁹¹ Sugli elementi normativi della fattispecie in rapporto al principio di determinatezza v., tra gli altri, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004; S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016.

¹⁹² F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 755. Di "vertigine combinatoria" parla G. CORRIAS LUCIENTE, *Commento all'art. 34*, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, Padova, 1999, p. 484. Sui profili problematici dei "rinvii multipli" con riferimento alle norme a struttura sanzionatoria v. S. BONINI, *op. cit.*, p. 328 ss.

¹⁹³ Sul punto v. R. BORSARI, *Relazioni familiari e privacy. Profili penali*, cit., p. 1052.

cipio di offensività¹⁹⁴. Invero, se con l'art. 170 il legislatore ha inteso rafforzare, con evidenti finalità general-preventive, il valore delle decisioni del Garante, si può constatare che l'intero sistema di tutela penale approntato dal Codice della *privacy* si caratterizza per una analoga tendenza a presidiare con la sanzione penale la corretta funzionalità dell'Autorità garante – e, dunque, le funzioni di controllo e di intervento che ad essa sono assegnate dal Codice – anziché beni giuridici ben più pregnanti facenti capo all'individuo – quale, appunto, la *privacy*¹⁹⁵ –, e ciò nonostante il Codice si apra con l'affermazione del fondamentale diritto di chiunque alla protezione dei propri dati personali (art. 1) e con un espresso richiamo alla necessità di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali (v. art. 2).

In sostanza, la pena è chiamata a tutelare, in questi casi, il potere d'azione dell'organo piuttosto che i beni giuridici in gioco, i quali rimangono sullo sfondo (scopi ultimi di tutela), avverandosi così il connubio tra tecniche di anticipazione della tutela penale e amministrativizzazione del diritto penale¹⁹⁶. Il nucleo della tutela diviene non più la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico,

¹⁹⁴ Sul principio di offensività cfr., tra i tanti, D. PULITANÒ, *Offensività (principio di)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, 2015; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 4/2013, p. 4 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in "Criminalia", 2011, p. 33 ss.; V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 1/2012, p. 99 ss.; ID., *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; S. RIONDATO, *Un diritto penale detto «ragionevole» Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005, p. 117 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 89 ss.; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004; G. ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 791 ss.; ID., *Sul preteso principio di offensività*, in AA.VV., *Scritti in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, 1984, p. 1689 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1998, p. 350 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in "Indice pen.", 1994, p. 278 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, p. 615 ss.

¹⁹⁵ A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 767. In argomento v. pure, con riferimento alle fattispecie di cui alla previgente l. 675/1996, P. VENEZIANI, *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di riservatezza informatica e disciplina dei dati personali*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, cit., p. 183 ss., il quale rileva come il quadro della tutela penale sia solo in parte riconducibile alla protezione, anche anticipata, della *privacy* ed appaia ampiamente sbilanciato nel senso della salvaguardia delle mere funzioni che competono all'Autorità Garante.

¹⁹⁶ S. RIONDATO, *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative (par. I)*, in P. CAVALERI, G. DALLE VEDOVE, P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, 2003, p. 129 ss.

bensì la condotta di trasgressione della regola amministrativa¹⁹⁷.

Il discusso tema di fondo è dunque quello della legittimità in via di principio di modelli di disciplina penale, molto frequenti nella legislazione penale accessoria¹⁹⁸ (quali i settori dell'economia¹⁹⁹ o dell'ambiente²⁰⁰), posti a presidio di mere funzioni amministrative di gestione e controllo di determinate attività²⁰¹, rispetto alle quali il diritto penale assume, appunto, una funzione meramente sanzionatoria²⁰². Larga parte della dottrina non ha mancato di stigmatizzare l'impiego della sanzione penale posta a presidio di mere funzioni o discipline amministrative (o di beni c.d. funzionali²⁰³ o strumentali²⁰⁴), giacché essa com-

¹⁹⁷ F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 758 s.

¹⁹⁸ Rileva C. LONGOBARDO, *Sistematica e politica criminale: un ritorno, poco auspicabile, all'irriducibilità del binomio?*, in "Critica del diritto", 2002, p. 390, che la nota caratteristica delle norme incriminatrici contenute nelle leggi speciali è quasi sempre quella di essere prive di una fattispecie costruita secondo i canoni penalistici di sussidiarietà, determinatezza ed offensività e di essere, dunque, «mal redatte, mal coordinate, meramente sanzionatorie».

¹⁹⁹ V., tra i molti, G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994, p. 131 ss.; R. RAMPIONI, *Diritto penale dell'economia e principi informatori del sistema penale*, in Id. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2017, p. 1 ss.

²⁰⁰ V., nella vasta letteratura, M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, 1996; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1997, p. 1097 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente. Parte generale: principi, beni e tecniche di tutela*, Torino, 2016, p. 3 ss.

²⁰¹ Sul tema v., anche per una sintesi del dibattito dottrinale, G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 167 ss.

²⁰² V. T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, p. 31 ss. Il ricorso alla tecnica meramente sanzionatoria rispetto alla disciplina amministrativa si manifesta, sotto il profilo strutturale della fattispecie, attraverso precetti penali "aperti", sia per il concorso di elementi normativi con fonte amministrativa, sia per l'inserzione di momenti autorizzativi nella norma comando, nonché nella separazione della pena dal relativo precetto o nella scomposizione della fattispecie tipica, i cui elementi anche descrittivi vengono distribuiti in fonti di cognizione diverse; la tecnica sanzionatoria impiegata si concreta spesso, in questi casi, nella pratica del c.d. rinvio e, in particolare, del c.d. rinvio a catena, con conseguente difficoltà di ricostruzione del precetto complessivo: v. C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iperprotra del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 99 ss.

²⁰³ Nel senso della legittimità della tutela penale dei beni c.d. istituzionali o funzionali, ferma restando la necessità di un uso corretto della tecnica di incriminazione, v. G. COCCO, *op. cit.*, p. 187 ss.

²⁰⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, vol. 1, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità - Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, p. 541 ss., che annoverano tra i beni strumentali, quali autentici beni giuridici, anche le funzioni di vigilanza di pubbliche istituzioni caratteristiche delle economie avanzate, aventi lo scopo di sovrintendere ad un numero crescente di attività imprenditoriali. Sul concetto di bene strumentale v. FIORELLA A., *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 791. Per una distinzione tra tutela delle c.d. funzioni e tutela dei c.d. interessi strumentali v. F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 115 ss.

porta una “volatilizzazione” o “dematerializzazione” del bene giuridico²⁰⁵, con conseguente perdita della funzione critico-selettiva e interpretativa che ad esso è tradizionalmente riconosciuta²⁰⁶.

Si tratta di critiche in principio condivisibili; tuttavia, con riguardo al trattamento dei dati genetici, il discorso presenta suoi peculiari elementi di complessità.

La tutela penale della *privacy* genetica risponde ad una esigenza personalistica – il bene *privacy* essendo anzitutto un bene individuale. Tuttavia, la disciplina della raccolta e del trattamento dei dati genetici ha una portata ultraindividuale, e ciò sia perché strutturalmente le informazioni genetiche sono condivise tra più soggetti appartenenti al medesimo gruppo biologico²⁰⁷, sia perché, più in generale, vi è un interesse pubblico (finale) consistente nella sicurezza e nella correttezza dei sistemi di trattamento dei dati personali in generale – e di quelli ultrasensibili ad alta capacità informativa come quelli genetici, in particolare – contro il pericolo di abusi o degenerazioni del potere che deriva al detentore dei dati stessi, anche in relazione alla portata dirompente delle tecnologie informatiche e telematiche²⁰⁸. Definire le condizioni complessive di gestione dei dati personali onde evitare i suddetti abusi è compito del Garante e la protezione della correttezza dei sistemi di raccolta, uso e circolazione delle informazioni avviene dunque attraverso la tutela dell’attività del Garante.

Non solo. Vi è in questo ambito l’esigenza di individuare il punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco (si pensi, ad esempio, al necessario contemperamento tra diritto, di rilevanza costituzionale²⁰⁹, del singolo alla *privacy*, e diritto alla libertà della ricerca scientifica, anch’esso avente rilevanza costi-

²⁰⁵ G. FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in AA.Vv., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 8 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in “Riv. it. dir. e proc. pen.”, 1995, p. 343 ss.

²⁰⁶ Da tempo si evidenzia, nella dottrina penalistica, la crisi che investe il bene giuridico: il tema è complesso, e si palesa in una fenomenologia che non riguarda solo la problematica della tutela di funzioni. Cfr., per un primo approccio e con diversità di posizioni, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 140 ss.; F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA.Vv., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, cit., p. 97 ss.; C.E. PALIERO, *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in “Criminalia”, 2012, p. 95 ss. Per una ricognizione delle questioni implicate e per i necessari ulteriori riferimenti bibliografici, v. R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell’esperienza giudiziale*, Padova, 2013, p. 68 ss.

²⁰⁷ V. *supra* par. 2.

²⁰⁸ In questo senso, con riguardo ai dati personali in generale e con specifico riferimento al pericolo connesso al sistema di potere informatico, cfr. F.C. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., p. 407 s.; S. SEMINARA, *Appunti in tema di sanzioni penali nella legge sulla privacy*, in “Resp. civ. e previdenza”, 1998, p. 911 ss.

²⁰⁹ V. *supra* par. 1.

tuzionale²¹⁰): in questi casi, data l'elevata complessità del settore coinvolto (la genetica), può essere arduo per il legislatore individuare una linea rigida entro cui attestare definitivamente la tutela, cristallizzandola una volta per tutte nella fattispecie penale, e quindi può essere più razionale l'opzione di demandare ad un sistema "funzionale" di organi e poteri amministrativi indipendenti il compito di individuare il punto di equilibrio tra i diversi interessi confliggenti²¹¹.

Insomma, una "pubblicizzazione" della tutela del bene, realizzata attribuendo al Garante il potere di vigilanza sul flusso dei dati genetici e intervenendo prodromicamente, con lo strumento penale, sull'inosservanza delle regole formali relative al trattamento stabilite dall'Autorità stessa²¹², può essere la forma più efficace di tutela di dati ultrasensibili come quelli genetici.

Il che, peraltro, non significa che si possano ignorare le criticità più sopra esposte. È necessario allora dare maggiore concretezza all'offesa e diversificare la risposta sanzionatoria in relazione al grado di lesione del bene, e vi è l'esigenza di una riformulazione della fattispecie di cui all'art. 170, che le conferisca un minimo di determinatezza tale da renderla maggiormente rispettosa del principio di legalità. Lo "scollamento" della fattispecie da un interesse materiale concretamente offendibile richiede invero una più attenta enunciazione degli elementi costitutivi della fattispecie e uno sforzo di selezione delle inosservanze meritevoli di sanzione penale²¹³.

Occorre notare, in proposito, che una migliore formulazione della fattispecie consentirebbe non solo di garantirle una maggiore applicazione pratica (allo stato pressoché inesistente), superando così il dubbio che si tratti di norma meramente simbolica, priva di effettività²¹⁴, ma permetterebbe altresì una più chiara delimitazione del relativo ambito di applicazione rispetto ad altre fattispecie criminose. Infatti, un profilo particolarmente problematico riguarda i rapporti con il reato di illecito trattamento dei dati personali *ex art. 167 Codice della privacy*,

²¹⁰ Cfr. art. 9 e 33 Cost. In argomento v. R. BIN, *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA.VV., *Alle frontiere del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 227 ss.

²¹¹ F.C. PALAZZO, *Tendenze e prospettive*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., p. 406.

²¹² V., ancora, sempre con riferimento ai dati personali in generale, F.C. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 408. Più in generale, nel senso della legittimità della tecnica di formulazione della fattispecie consistente nell'incriminazione dell'inosservanza di uno specifico provvedimento dell'autorità v. ID., *I confini della tutela penale*, cit., p. 120.

²¹³ V. S. SEMINARA, *Appunti in tema di sanzioni penali nella legge sulla privacy*, cit., p. 912 ss.

²¹⁴ Che si trattasse di norme meramente simboliche era l'auspicio di F. SGUBBI, *Profili penalistici (della l. 675/1996)*, cit., p. 763, con riguardo alla previgente disciplina in tema di tutela dei dati personali: «Se le norme penali della legge avranno un'operatività effettiva, allora ci troviamo di fronte ad una situazione penale drammatica: groviglio di fonti, impossibilità di comprendere il precetto e di distinguere il confine fra lecito ed illecito, espansione a tutto campo della penalizzazione».

con riferimento alle condotte che in astratto integrino contemporaneamente la violazione di disposizioni contenute nell'autorizzazione del Garante e la violazione di disposizioni di carattere generale in materia di tutela dei dati personali. Si è precisato in proposito che le violazioni delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione del Garante che integrino, altresì, violazioni delle specifiche previsioni di legge cui fanno rinvio le norme penali (ad esempio: relativamente alla necessità di consenso dell'interessato), semplicemente riprodotte anche nei provvedimenti autorizzatori, realizzino un'ipotesi di trattamento illecito di dati sensibili, ex art. 167, comma 2²¹⁵. Qualora si tratti di violazioni concernenti prescrizioni specifiche stabilite dal Garante si realizza invece la fattispecie di inosservanza dei provvedimenti del Garante di cui all'art. 170²¹⁶. Questa soluzione si impone, peraltro, laddove si voglia attrarre nella sfera di applicazione della più grave fattispecie di illecito trattamento dei dati condotte che altrimenti ricadrebbero nell'art. 170, in modo da evitare che condotte di identico disvalore vengano punite diversamente²¹⁷.

A tutto ciò si aggiunge l'esigenza di modifica del sistema sanzionatorio scaturente dal regolamento europeo, di cui si dirà appresso.

5. Disciplina speciale per i dati genetici nel regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (2016/679/UE): il modello semi-autorizzatorio con autovalutazione del rischio e sua incidenza sull'ordinamento italiano.

Il già menzionato regolamento 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio (27 aprile 2016) contiene una molto innovativa, anche ambiziosa disciplina sistematica, in materia di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Vi sono compresi come si dirà illeciti e correlate sanzioni punitivo-amministrativi,

²¹⁵ Art. 167, co. 2: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 17, 20, 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni». V., oltre alla dottrina citata nelle precedenti note in tema di illeciti penali previsti dal d.lgs. 196/2003, E. ANTONINI, *Il trattamento illecito di dati personali nel codice della privacy: i nuovi confini della tutela penale*, in "Dir. pen. e proc.", 2005, p. 338 ss.; R. LOTIERZO, *Del nocumento nell'illecito trattamento dei dati personali ovvero dell'esigenza di ascendere alle origini di una incriminazione*, in "Cass. pen.", 2013, p. 1589 ss.

²¹⁶ L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, cit., p. 700 s.

²¹⁷ E quindi, ad esempio, la violazione dell'art. 26 del Codice, in tema di consenso al trattamento dei dati, richiamato espressamente nell'autorizzazione del Garante sarebbe punibile, qualora si trattasse di dati genetici, con la reclusione da tre mesi a due anni ex art. 170, mentre qualora si trattasse di altri dati sensibili, con la reclusione da uno a tre anni, ex art. 167, co. 2: v. R. BORSARI, *Relazioni familiari e privacy. Profili penali*, cit., p. 1066.

sanzioni assai rigorose e di sostanza tendenzialmente penalistica, contro non solo imprese, persone fisiche o giuridiche che siano, ma anche persone fisiche o giuridiche che non siano imprese (art. 83), incluse autorità pubbliche e organismi pubblici (cfr. art. 83, par. 7). Non risulta però preclusa la possibilità per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali, e tra queste anche la “sottrazione dei profitti”, in caso di violazioni del regolamento e di violazioni di norme nazionali adottate in virtù ed entro i limiti del regolamento stesso, ma sempre nel rispetto del principio *ne bis in idem* quale interpretato dalla Corte di Giustizia (considerando n. 149; art. 84)²¹⁸.

Questa recente disciplina europea, applicabile dal 25 maggio 2018 (art. 99 par. 2), concerne tra l'altro i dati genetici (nonché i dati personali relativi alla salute). Individua, nell'ambito del *genus* «dati personali», la categoria dei dati genetici, dei quali fornisce una apposita definizione (art. 4 n. 13). Per dati genetici, come si è già criticamente illustrato²¹⁹, si intendono i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica, che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione. Si è già notato criticamente che il nuovo regolamento europeo sulla *privacy* muove da una prospettiva eminentemente individualistica, scarsamente valorizzando la dimensione plurisoggettiva che connota gli interessi confluenti sul dato genetico²²⁰. Nella nozione di trattamento dei dati è compresa anche la «profilazione» (art. 4 n. 4) che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali, che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare e prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.

Il regolamento non attinge il trattamento dei dati personali relativi a persone giuridiche, e contiene numerose altre limitazioni del campo applicativo, tra le quali spiccano, per quanto qui principalmente interessa, quella concernente le persone decedute (considerando 27, 158, 160) – si lascia agli Stati di eventualmente provvedere –, e quella relativa al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e prevenzione contro minacce alla sicurezza pubblica, e la libera circolazione di tali dati, tutti ambiti riservati alla direttiva UE 2016/680 del Parlamento europeo

²¹⁸ V. *infra*, par. 6.

²¹⁹ V. *supra*, cap. I, par. 2.1

²²⁰ V. *supra*, par. 2.

e del Consiglio (considerando n. 19 reg. cit.), di cui si dirà più avanti²²¹.

Il regolamento abroga l'ormai inadeguata direttiva 95/46/CE (v. nono considerando reg. 2016/679), che armonizzava la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche rispetto alle attività di trattamento dei dati, e tendeva ad assicurare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri. Può essere utile richiamare brevemente i principi ispiratori del regolamento, il quale si riferisce direttamente al diritto fondamentale alla protezione della persona con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale, diritto sancito dall'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 16, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Quest'ultimo articolo conferisce al Parlamento europeo e al Consiglio il potere di stabilire le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale e le norme relative alla libera circolazione di tali dati.

Su queste principali basi, come emerge dai primi tre considerando, e nei limiti indicati, la nuova regolamentazione è intesa a contribuire alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e di un'unione economica, al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie nel mercato interno e al benessere delle persone fisiche. L'Unione europea affronta dichiaratamente le nuove sfide per la protezione dei dati personali recate dalla rapidità dell'evoluzione tecnologica e dalla globalizzazione (sesto considerando): la portata della condivisione e della raccolta di dati personali, aumentata in modo significativo; la tecnologia che consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività; la circostanza che sempre più spesso le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che le riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali, e nell'intenzione dell'Unione europea dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, ma garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali. L'Unione vorrebbe creare anche un "clima di fiducia" che consenta lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno, e ritiene opportuno che le persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che le riguardano e che la certezza giuridica e operativa sia rafforzata tanto per le persone fisiche quanto per gli operatori economici e le autorità pubbliche (settimo considerando). L'ispirazione di fondo è coerentemente riassunta nel principio secondo cui il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo (quarto considerando), cui fa seguito il riconoscimento che il diritto alla protezione dei dati di

²²¹ Par. 7.

carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali nei limiti scanditi dal principio di proporzionalità, che pretende il rispetto di tutti i diritti fondamentali e le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta e sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica.

Una delle maggiori novità del regolamento UE è il passaggio ad un sistema di trattamento dei dati personali basato sulla valutazione d'impatto preventiva e la stima del rischio da parte del titolare del trattamento. Più precisamente, quando un trattamento può comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone interessate, il regolamento 2016/679/UE obbliga i titolari a svolgere una valutazione di impatto prima di darvi inizio, e a consultare l'autorità di controllo in caso le misure tecniche e organizzative da loro stessi individuate per mitigare l'impatto del trattamento non siano ritenute sufficienti, ossia quando il rischio residuale per i diritti e le libertà degli interessati resti elevato. Di conseguenza, l'intervento della autorità di controllo sarà principalmente non di tipo autorizzativo, bensì avverrà *ex post*, cioè si collocherà successivamente alle determinazioni assunte autonomamente dal titolare²²².

Su questa base si innesta la disciplina speciale per i dati genetici. L'art. 9, par. 1, contiene un generale divieto di trattamento per «*categorie particolari di dati personali*» tra cui rientrano i dati genetici²²³. Prevede poi, al par. 2, certe deroghe a tale indisponibilità di principio, costituite da una serie di «*condizioni di liceità*» del trattamento²²⁴. Tali condizioni di liceità consistono nel consenso esplicito dell'interessato (salvo contraria previsione del legislatore europeo o nazionale) e in tutta una serie di altre ipotesi nelle quali il trattamento è necessario in relazione a specifiche finalità, ad esempio per l'assolvimento di obblighi o per l'esercizio di diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale; per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria; per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica.

²²² A. MANTELERO, *Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati. Valutazione d'impatto e consultazione preventiva* (Artt. 32-39), in G. FINOCCHIARO (dir. da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 287 ss.

²²³ Art. 9: «È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

²²⁴ Sulle condizioni di liceità del trattamento v. F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO (dir. da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 127 ss.; M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in "Nuove leggi civ. comm.", 2017, 1, p. 165 ss.

Il par. 4 dell'art. 9 fa comunque espressamente salva la possibilità per gli Stati membri di mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute. Ciò in considerazione anche della maggiore pericolosità del trattamento di tali dati.

Di conseguenza, in Italia si potrà decidere di mantenere, per quanto riguarda specificamente i dati genetici, il regime obbligatorio della preventiva autorizzazione del Garante. E in effetti ci si è già avvalsi della possibilità di prevedere condizioni più restrittive con riguardo a tali dati, con la recentissima introduzione del nuovo art. 110 *bis* nel Codice in materia di protezione dei dati personali²²⁵, il quale, in conformità ai principi stabiliti dal regolamento 2016/679/UE (artt. 5, 9 e 89), e anticipando la riforma generale, disciplina il riutilizzo dei dati per finalità di ricerca scientifica o per scopi statistici, stabilendo che «*nell'ambito delle finalità di ricerca scientifica ovvero per scopi statistici può essere autorizzato dal Garante il riutilizzo dei dati, anche sensibili, ad esclusione di quelli genetici, a condizione che siano adottate forme preventive di minimizzazione e di anonimizzazione dei dati ritenute idonee a tutela degli interessati*».

L'art. 110 *bis* attribuisce dunque in generale al Garante per la protezione dei dati personali il potere di autorizzare, a determinate condizioni, nell'ambito delle finalità di ricerca scientifica ovvero per scopi statistici, il riutilizzo, *senza il previo consenso degli interessati*, dei dati, anche sensibili, già acquisiti e trattati in maniera legittima per altre finalità²²⁶. La norma potrebbe suscitare preoccupazioni, poiché evoca una sorta di “sdoganamento selvaggio” del riutilizzo di dati per fini di ricerca scientifica, anche in ambito sanitario e da parte di imprese multinazionali, senza il consenso degli interessati. Per contro la stessa norma potrebbe risultare eccessivamente limitativa in quanto restringe il *secondary use* dei dati per scopi di ricerca scientifica o statistici, in senso non coincidente con quanto stabilito dal regolamento 2016/679 (v. considerando n. 33, 50, 159; art. 89), che non richiede autorizzazioni *ad hoc* per trattare dati personali a fini secondari compatibili, come appunto la ricerca scientifica, fatto salvo il caso delle sperimentazioni cliniche, per le quali è richiesto un secondo consenso al riutilizzo dei dati trattati in studi clinici per altre finalità di ricerca scientifica (v. considerando n. 161).

²²⁵ Il nuovo articolo del Codice è stato introdotto dall'art. 28, comma 1, lett. b) della Legge europea 2017 (legge 167/2017, recante «*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017*»).

²²⁶ Precondizione per il riutilizzo dei dati è l'adozione previa di forme di minimizzazione e di anonimizzazione dei dati, idonee alla tutela degli interessati. La valutazione dell'idoneità alla tutela degli interessati è demandata al Garante, il quale rilascia l'autorizzazione (con un meccanismo di silenzio rifiuto, decorsi 45 giorni dalla richiesta), eventualmente anche ponendo specifiche condizioni o misure in ordine al riutilizzo dei dati.

Ad ogni modo, per quanto riguarda i dati genetici, a prescindere dalla fonte di provenienza (clinica o meno), prudenzialmente l'art. 110 *bis* esclude il loro riutilizzo senza il consenso esplicito degli interessati, a nulla rilevando un'eventuale autorizzazione del Garante.

6. Criticità delle novità punitivo-amministrative nel regolamento europeo 2016/679 sulla privacy, in prospettiva di riforma della disciplina penale e punitivo-amministrativa italiana.

Il regolamento 2016/679, come cennato, comprende illeciti e correlate sanzioni punitivo-amministrativi (art. 83 e 84)²²⁷. Può dirsi che le sopra illustrate intenzioni in tema di principio di proporzionalità, rispetto dei diritti fondamentali, clima di fiducia, certezza giuridica e operativa, non trovano adeguato riscontro nell'apparato punitivo-amministrativo.

Merita notare anzitutto e preliminarmente che l'autorità competente dispone di sanzioni amministrative pecuniarie che, pur se orientate verso la prevenzione generale, hanno un inedito scopo *correttivo*, di natura preventivo-speciale, dato che lo stesso potere punitivo-amministrativo è dichiaratamente concepito in funzione correttiva, ed essendo tali sanzioni di principio annoverate tra i poteri correttivi dell'autorità di controllo, indicati dall'articolo 58, par. 2 (vedi lett. i)²²⁸. Le sanzioni in ogni singolo caso devono risultare, sul piano correzio-

²²⁷ Per una prima panoramica v. M. RATTI, *Il regime sanzionatorio previsto dal regolamento per l'illecito trattamento dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO (dir. da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 590 ss.

²²⁸ Art. 58 par. 2: «Ogni autorità di controllo ha tutti i poteri correttivi seguenti: a) rivolgere avvertimenti al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento sul fatto che i trattamenti previsti possono verosimilmente violare le disposizioni del presente regolamento; b) rivolgere ammonimenti al titolare e del trattamento o al responsabile del trattamento ove i trattamenti abbiano violato le disposizioni del presente regolamento; c) ingiungere al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di soddisfare le richieste dell'interessato di esercitare i diritti loro derivanti dal presente regolamento; d) ingiungere al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di conformare i trattamenti alle disposizioni del presente regolamento, se del caso, in una determinata maniera ed entro un determinato termine; e) ingiungere al titolare del trattamento di comunicare all'interessato una violazione dei dati personali; f) imporre una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento; g) ordinare la rettifica, la cancellazione di dati personali o la limitazione del trattamento a norma degli articoli 16, 17 e 18 e la notificazione di tali misure ai destinatari cui sono stati comunicati i dati personali ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 2, e dell'articolo 19; h) revocare la certificazione o ingiungere all'organismo di certificazione di ritirare la certificazione rilasciata a norma degli articoli 42 e 43, oppure ingiungere all'organismo di certificazione di non rilasciare la certificazione se i requisiti per la certificazione non sono o non sono più soddisfatti; i) infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 83, in aggiunta alle misure di cui al presente paragrafo, o in luogo di tali misure, in funzione delle circostanze di ogni singolo caso; j) ordinare la sospensione dei flussi di dati verso un destinatario in un paese terzo o un'organizzazione internazionale».

nale, effettive e proporzionate, come esige l'art. 83, par. 1, laddove si aggiunge la dissuasività che peraltro appartiene alla stessa effettività correttoriale.

Orbene, proporzione e ragionevolezza, nonché legalità sostanziale del giure punitivo – tutti principi conclamati dalla Carta prima ancora che dal regolamento in esame – rimangono estranee alla fissazione dei limiti edittali, sulla quale lo scopo correzionale risulta dispiegare una pernicioso forza espansiva. Vi è infatti grave indeterminatezza della misura edittale delle sanzioni rispettivamente previste per due corposi raggruppamenti di illeciti, sanzioni elevatissime nel massimo e prive di minimo edittale: sanzioni amministrative pecuniarie fino a dieci milioni di euro o, per le imprese, fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se tale fatturato supera i detti dieci milioni (art. 83, par. 4); sanzioni amministrative pecuniarie fino a venti milioni di euro o, per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se tale fatturato supera i detti venti milioni di euro (art. 83, par. 5).

La natura di queste sanzioni, data la loro enorme entità e l'assenza, come appresso meglio si dirà, di taluni specifici criteri commisurativi idonei ad un adeguato temperamento in concreto, è squisitamente penale, se si applicano i criteri eurounitari fondati dalla Corte di Giustizia sull'art. 50 della Carta²²⁹, ma risalenti ai famosi criteri *Engel*, elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi degli artt. 6 CEDU nel suo versante penale, 7 CEDU e 2 e 4 prot. 7 CEDU²³⁰.

²²⁹ La Corte di Giustizia è intervenuta più volte in merito alla interpretazione e alla portata dell'art. 50 della Carta: v., di recente, Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, nelle decisioni delle cause C-524/15, C-537/16, C-596/16 riunita a C-597/16, in tema di doppi binari sanzionatori in materia di violazioni tributarie e di abusi di mercato, con nota di A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.3.2018; Corte di Giustizia UE, IV sezione, sentenza 5 aprile 2017, Orsi (C-217/15) e Baldetti (C-350/15), sul doppio binario punitivo in materia tributaria, con nota di M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in "Dir. pen. contemporaneo", fasc. n. 4/2017, p. 333 ss.; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10, con nota di D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 3/2013, p. 294 ss. In argomento v. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 3-4/2014, p. 219 ss.; Id., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 1/2016, p. 186 ss.

²³⁰ Cfr. Corte EDU, sent. Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, in *Raccolta*, serie A, n. 22. A seguire, l'evoluzione giurisprudenziale europea e nazionale, e dottrinale, è molto ampia, complessa, incessante e non univoca: si v., in particolare, Corte EDU, Seconda Sezione, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010 (per un commento cfr., tra gli altri, F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in "Dir. pen. e proc.", 2014, p. 614; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in "Dir. pen.

I pur ampi e anche dettagliati criteri di commisurazione discrezionale in concreto della sanzione in funzione delle circostanze di ogni singolo caso, previsti nei primi tre paragrafi dell'articolo 83, non sono in grado di supplire, senza dar spazio a largo arbitrio "correttivo", alla mancanza di una puntuale dosimetria astratta in relazione ai singoli fatti illeciti, anche perché non contemplano specifici riferimenti alla capienza patrimoniale attuale e potenziale dell'interessato, la quale è, a fatica e comunque senza parametri di riferimento, considerabile tra gli eventuali altri, generici fattori aggravanti o attenuanti previsti con clausola aperta dall'art. 83 par. 2, lett. k. Per giunta, tutti tali criteri, non foss'altro che in ragione della loro ampiezza, non sono adeguati a temperare l'arbitrio del potere conferito dal regolamento all'autorità di controllo, di infliggere dette sanzioni o in aggiunta o in luogo delle altre misure correlate ai "poteri correttivi", misure indicate dall'articolo 58, paragrafo 2, lettere da a) a h) e j), poco sopra riportate in nota.

D'altro canto, difetta spesso inoltre un'adeguata tipizzazione dell'illecito da parte della fonte legislativa europea, ciò che incrementa l'indeterminatezza in progressione geometrica. Due soli esempi: l'art. 83, par. 5 lett. a), che colpisce la violazione dei "principi di base del trattamento" da individuarsi a norma degli articoli 5, 6, 7 e 9, comprende, tramite il riferimento all'articolo 5, che appunto contiene "principi applicabili al trattamento di dati personali", il genericissimo precetto secondo cui i dati personali sono trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato; mentre, a mente della successiva lettera d) del paragrafo 5 citato, la sanzione riguarda genericamente la violazione di "qualsiasi obbligo ai sensi delle legislazioni degli Stati membri adottate a norma del capo IX".

Non meraviglia che allo stesso e pure illegittimo modo, oltretutto con la più grave delle sanzioni sopra indicate, sia altresì prevenuta la mera inosservanza di un ordine impartito dall'autorità di controllo (art. 83, par. 6). *Crimen lesae majestatis*.

contemporaneo Riv. trim.", n. 3-4/2014, p. 201 ss.; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 219 ss.); Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11 (su cui v., tra gli altri, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.11.2016). Per un primo orientamento in materia v. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in "Dir. pen. contemporaneo", fasc. 5/2017, p. 330 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2013, p. 1899 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2017, p. 988 e ss.; ID., Art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 259 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 273 ss. Per un raffronto tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e quella della Corte EDU in materia di *ne bis in idem*, v. G. DE AMICIS, P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in "Cass. pen.", 2017, p. 476 ss.

Certo è comunque che, come già è stato stabilito dalla legge di delegazione europea 2016-2017²³¹, il legislatore italiano dovrà procedere ad una complessiva rivalutazione integrativa della conformità delle sanzioni nazionali rispetto al contenuto del nuovo regolamento europeo sulla *privacy*, anche in relazione ad eventuali sovrapposizioni tra violazioni che il nuovo regolamento sottopone a sanzione pecuniaria amministrativa e violazioni che nel Codice della *privacy* costituiscono illecito penale²³². Al riguardo, l'art. 13 della legge di delegazione, lettera e), genericamente delega il Governo ad adeguare il sistema sanzionatorio penale e amministrativo vigente alle disposizioni del regolamento 2016/679 UE, con previsione di sanzioni penali e amministrative efficaci, dissuasive e proporzionate alla gravità della violazione delle disposizioni stesse. Si tratta del precipitato di una tecnica di delega della potestà punitiva, che è sostanzialmente lesiva delle esigenze di stretta legalità penale, in ragione delle quali il Parlamento dovrebbe almeno fissare principi, criteri direttivi, e oggetti definiti (art. 76 Cost.), senza sottrarsi, a tutto concedere, alla fissazione di puntuali criteri di selezione dei fatti rilevanti. Infatti, non esaustive sono le ulteriori limitazioni, concernenti generiche graduazioni secondo il livello di offensività, che si traggono dal contemplato rinvio all'art 32, co. 1, lett. d), della legge 24 dicembre 2012, n. 234 (*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione*

²³¹ V. art. 13 della legge di delegazione europea 2016-2017, l. 25 ottobre 2017, n. 163 («*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea*»): «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le procedure di cui all'articolo 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, acquisiti i pareri delle competenti Commissioni parlamentari e del Garante per la protezione dei dati personali, uno o più decreti legislativi al fine di adeguare il quadro normativo nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. [...] 3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1 il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, anche i seguenti principi e criteri direttivi specifici: a) abrogare espressamente le disposizioni del codice in materia di trattamento dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, incompatibili con le disposizioni contenute nel regolamento (UE) 2016/679; b) modificare il codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, limitatamente a quanto necessario per dare attuazione alle disposizioni non direttamente applicabili contenute nel regolamento (UE) 2016/679; c) coordinare le disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati personali con le disposizioni recate dal regolamento (UE) 2016/679; d) prevedere, ove opportuno, il ricorso a specifici provvedimenti attuativi e integrativi adottati dal Garante per la protezione dei dati personali nell'ambito e per le finalità previsti dal regolamento (UE) 2016/679; e) adeguare, nell'ambito delle modifiche al codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, il sistema sanzionatorio penale e amministrativo vigente alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 con previsione di sanzioni penali e amministrative efficaci, dissuasive e proporzionate alla gravità della violazione delle disposizioni stesse». La successiva legge n. 167/2017 (in vigore dal 12 dicembre 2017) contiene tra l'altro un aggiornamento dell'art. 29 del Codice della *privacy* con riguardo alla nomina del responsabile del trattamento dei dati personali.

²³² Sulle possibili sovrapposizioni tra illeciti amministrativi previsti dal regolamento UE e illeciti penali previsti dal Codice della *privacy* v. M. RATTI, *op. cit.*, p. 609 ss.

e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea)²³³, norma generale di delegazione in materia sanzionatoria concernente la formazione e l'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea – e norma a sua volta esposta alle predette censure di legalità, peraltro ormai denunciate pressoché unanimemente in ambito dottrinale²³⁴.

Comunque, sono prevedibili notevoli discrasie sanzionatorie nel complessivo sistema. Ciò già emerge immediatamente sul piano dell'entità pecuniaria della punizione amministrativa di fonte nazionale, dato che la delega generale prevede per gli illeciti amministrativi, riservati alla lesione di interessi diversi da interessi costituzionalmente protetti, la sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro, e dato che il sistema integrativo nazionale dovrebbe rimanere ancorato a proporzionalità in ragione dei gradi di offesa. Il Governo italiano si trova però a confrontarsi, nell'opera di dosimetria astratta, con le enormi sanzioni pecuniarie che il regolamento europeo adotta anche con riferimento a violazioni di natura procedurale.

Più in generale, sarebbe stato più opportuno nonché conforme al regola-

²³³ Il testo è il seguente: «*d) al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o esponano a pericolo interessi costituzionalmente protetti. In tali casi sono previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che esponano a pericolo o danneggino l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che rechino un danno di particolare gravità. Nelle predette ipotesi, in luogo dell'arresto e dell'ammenda, possono essere previste anche le sanzioni alternative di cui agli articoli 53 e seguenti del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, e la relativa competenza del giudice di pace. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro è prevista per le infrazioni che ledono o esponano a pericolo interessi diversi da quelli indicati dalla presente lettera. Nell'ambito dei limiti minimi e massimi previsti, le sanzioni indicate dalla presente lettera sono determinate nella loro entità, tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce. Ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste inoltre le sanzioni amministrative accessorie della sospensione fino a sei mesi e, nei casi più gravi, della privazione definitiva di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione, nonché sanzioni penali accessorie nei limiti stabiliti dal codice penale. Al medesimo fine è prevista la confisca obbligatoria delle cose che servirono o furono destinate a commettere l'illecito amministrativo o il reato previsti dai medesimi decreti legislativi, nel rispetto dei limiti stabiliti dall'articolo 240, terzo e quarto comma, del codice penale e dall'articolo 20 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni. Entro i limiti di pena indicati nella presente lettera sono previste sanzioni anche accessorie identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per violazioni omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi. Nelle materie di cui all'articolo 117, quarto comma, della Costituzione, le sanzioni amministrative sono determinate dalle regioni».*

²³⁴ V. per tutti, e con ult. rif., C. CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in "Dir. pen. e proc.", 2013, 4, p. 405.

mento che le integrazioni nazionali fossero inserite armonicamente nel quadro dei menzionati poteri correttivi dell'autorità competente (art. 58 reg. 679/2016 cit.). In questo quadro, come si dispiegano (le misure e) le sanzioni europee, così dovrebbero dispiegarsi le sanzioni nazionali integrative. In tal senso sarebbe interpretabile la delega specifica ad adeguare il sistema sanzionatorio amministrativo vigente alle disposizioni del regolamento 2016/679 UE; senonché, i limiti edittali posti dalla delega generale non sono congruenti con le scelte sanzionatorie europee, scelte che dovrebbero tra l'altro quanto meno costituire il parametro per le prescritte valutazioni di proporzionalità, dissuasività, effettività. D'altro canto, l'eventuale adozione del sistema correttivo europeo anche per gli illeciti amministrativi di creazione nazionale esporrebbe alle stesse critiche sopra formulate nei confronti dell'apparato sanzionatorio regolamentare europeo.

Nel frattempo, il regolamento, col suo apparato sanzionatorio, prevale sulla legge nazionale in virtù del primato del diritto eurounitario, con conseguente disapplicazione della norma nazionale incompatibile²³⁵. Ma, considerate le sopra illustrate peculiarità della disciplina punitiva eurounitaria, potrebbero prospettarsi sia questioni pregiudiziali in punto di rispetto dei diritti fondamentali e di principi punitivi eurounitari, sia questioni di costituzionalità (della legge nazionale di esecuzione del Trattato) in riferimento ai principi e diritti fondamentali che costituiscono principi supremi nazionali.

In occasione della riforma italiana, parrebbe non agevole una generale riscrittura interna del sistema sanzionatorio europeo, con correzione dei profili di criticità, operazione che peraltro sarebbe legittima anche sul piano europeo quanto meno in ragione del rispetto dovuto da parte europea a tali principi nazionali. Con riguardo alla disciplina dei dati genetici, il cennato par. 4 dell'art. 9 reg. 679/2016 legittima un'ampia discrezionalità nell'intervento statale: gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, il che può dispiegarsi sia in ambito punitivo-amministrativo che nell'ambito penale in senso stretto, quest'ultimo già riguardato dalla menzionata possibilità per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali, in caso di violazioni del regolamento e di violazioni di norme nazionali adottate in virtù ed entro i limiti del regolamento stesso (considerando n. 149; art. 84). A ciò si aggiunge che il considerando n. 8 del regolamento stabilisce che ove il regolamento stesso preveda specificazioni o limitazioni delle sue norme ad opera del diritto degli Stati membri, gli Stati membri possono, nella misura necessaria per la coerenza e per rendere le disposizioni nazionali comprensibili alle persone cui si applicano, integrare elementi del regolamento nel proprio diritto nazionale.

Sulle stesse basi, peraltro, almeno in linea di principio non è precluso che

²³⁵ Secondo M. RATTI, *op. cit.*, p. 611, dovrà ritenersi applicabile direttamente il limite massimo previsto dal regolamento, data la diretta applicabilità di quest'ultimo negli Stati membri dal 25 maggio 2018.

in Italia, riguardo ai dati genetici, si confermi il modello del sistema autorizzatorio innestato sul cardine della fattispecie delittuosa di inosservanza prevista dall'art. 170 del Codice della *privacy*. Tuttavia, è auspicabile, invece, un serio ripensamento di tale innesto, che tenesse conto anche del già sopra rilevato, diverso disvalore che connota le violazioni del provvedimento autorizzativo del Garante, attraverso una opportuna riformulazione che selezioni le condotte penalmente rilevanti senza operare un rinvio *tout court* all'autorizzazione, e ne calibri il rispettivo trattamento punitivo.

Inoltre, talune inosservanze del provvedimento, quali ad esempio le violazioni del diritto dell'interessato a ricevere le dovute informazioni al momento della raccolta dei dati genetici, ben potrebbero, in ossequio ai principi penali di frammentarietà e di sussidiarietà, transitare nell'alveo della tutela amministrativa, come già accade per la violazione dell'informativa di cui all'art. 13 del Codice (v. art. 161 Cod. *privacy*). Riguardo a questa violazione, si potrebbe comunque tenere conto che l'informativa si riferisce alla raccolta di dati "ultrasensibili" quali sono quelli genetici, e quindi elevare opportunamente l'entità della sanzione, tramite una norma quale quella ora contenuta nell'art. 164 *bis*, comma 3, secondo cui per i casi di maggiore gravità o di maggiore rilevanza del pregiudizio per l'interessato la sanzione amministrativa è applicata in misura pari al doppio²³⁶.

Un'ulteriore notazione riguarda la responsabilità amministrativa da reato degli enti, con riferimento alla quale gli illeciti penali in materia di protezione dei dati personali non compaiono tra i reati presupposto.

Il d.l. 14 agosto 2013, n. 93 disponeva, all'art. 9, una integrazione dell'art. 24 *bis* d.lgs. 231/2001 con il richiamo, oltre che dell'art. 640 *ter* (frode informatica) e dell'art. 55, co. 9, del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (utilizzo indebito e falsificazione di carte di credito), anche dei delitti previsti dagli artt. 167, 168 e 170 del Codice della *privacy*. La configurazione della responsabilità da reato degli enti per i delitti contro la *privacy* sarebbe stata di notevole impatto, trattandosi di violazioni potenzialmente in grado di interessare l'intera platea delle società commerciali e delle associazioni private soggette alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001²³⁷. Tuttavia, in sede di conversione del d.l., avvenuta con l. 15 ottobre 2013, n. 119, il riferimento ai delitti in materia di *privacy* è stato espunto.

Si noti che le sanzioni amministrative previste dal nuovo regolamento 2016/679/UE sono direttamente applicabili come si è illustrato anche nei con-

²³⁶ Art. 164 *bis*, co. 3: « In altri casi di maggiore gravità e, in particolare, di maggiore rilevanza del pregiudizio per uno o più interessati, ovvero quando la violazione coinvolge numerosi interessati, i limiti minimo e massimo delle sanzioni di cui al presente Capo sono applicati in misura pari al doppio».

²³⁷ L. PISTORELLI, *Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province)*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.8.2013, p. 7 s.

fronti delle persone giuridiche, per gli illeciti ivi contemplati. Sotto molti profili questa disciplina può considerarsi adeguata e sufficiente, a parte i rilievi critici sopra esposti. In definitiva, gli enti sono assoggettati *direttamente* a sanzioni eurounitarie di natura sostanzialmente *penale*. Nondimeno, per la più ampia effettività della tutela, sul piano nazionale rimane opportuno che si proceda ad introdurre nel catalogo dei reati presupposto di cui al d.lgs. 231/2001 anche i delitti in materia di *privacy*, e auspicabilmente almeno i sopra proposti delitti in tema di dati genetici.

7. Le progettate innovazioni della disciplina punitiva in attuazione della direttiva UE 2016/680 sulla protezione dei dati nei settori della prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali: legge delega e schema di decreto legislativo.

L'Italia dovrà provvedere anche all'attuazione della cennata direttiva UE 2016/680 del Parlamento e del Consiglio, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, compresi i dati genetici, da parte delle autorità competenti, a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati (il termine per il recepimento negli ordinamenti nazionali è fissato al 6 maggio 2018). Come si è detto, questi settori sono stati esclusi dalla disciplina regolamentare europea. Tale direttiva è stata adottata sulle stesse basi giuridiche sopra indicate per il regolamento UE sulla *privacy*, ma tenendo conto che nella dichiarazione n. 21, relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona, la conferenza riconosce che potrebbero rivelarsi necessarie, in considerazione delle particolarità dei settori in questione, norme specifiche sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di dati personali, in base all'articolo 16 TFUE.

Il sistema adottato, che muove dalla liceità del trattamento per i fini indicati, si incardina sul modello della valutazione preventiva d'impatto e stima del rischio da parte del titolare del trattamento, in modo analogo a quello adottato nel regolamento n. 679/2016, poco sopra indicato. Il trattamento è lecito se è necessario per l'esecuzione a detti fini di un compito dell'autorità competente, e sempre che sia legittimo in quanto si basa sul diritto dell'Unione europea e o su disposizioni di legge o di regolamento che individuano i dati personali e le finalità stesse del trattamento (art. 5).

Identica, tra l'altro, a quella del regolamento è la nozione di dato genetico, per dati genetici intendendosi i dati personali relativi alle caratteristiche gene-

tiche, ereditarie o acquisite, di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute della persona fisica considerata, ottenuti dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione, in particolare dall'analisi dei cromosomi, dell'acido desossiribonucleico (DNA) o dell'acido ribonucleico (RNA), ovvero dall'analisi di un altro elemento che consenta di ottenere informazioni equivalenti.

In tema di sanzioni, la novella (art. 57) si limita a fissare l'ormai molto ricorrente, generico obbligo per gli Stati membri di stabilire le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali create a norma della direttiva stessa, e di adottare tutti i provvedimenti necessari per assicurarne l'applicazione, con l'altrettanto consolidata ulteriore precisazione che tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

In proposito, l'art. 11 della citata legge n. 163/2017, Legge di delegazione europea 2016-2017, ha disposto che in sede di attuazione della direttiva UE 2016/680 da parte del Governo, tramite decreto legislativo, sia stabilita «*per le violazioni delle disposizioni adottate a norma della citata direttiva, l'applicazione della pena detentiva non inferiore nel minimo a sei mesi e non superiore nel massimo a cinque anni, ferma restando la disciplina vigente per le fattispecie penali già oggetto di previsione*». Si tratta, come già si è detto con riferimento alla delega per il coordinamento interno del regolamento europeo sulla *privacy*, di una tecnica usuale di delega della potestà punitiva, ma lesiva della stretta legalità penale. Valgono al riguardo rilievi analoghi a quelli già esposti con riferimento al coordinamento nazionale necessario per effetto del regolamento europeo. Vale, quindi, tra l'altro, la notazione che non sono esaustive le limitazioni, concernenti graduazioni secondo il livello di lesività, traibili dall'art. 32, co. 1, lett. d), della legge 24 dicembre 2012, n. 234 (*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*), norma generale di delegazione in materia sanzionatoria concernente la formazione e l'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione.

L'attuazione della direttiva finora si è risolta solo nella (recentissima) presentazione di uno schema governativo di decreto legislativo²³⁸, che all'art. 43, primo comma, introduce, tra le altre, una specifica fattispecie delittuosa di trattamento illecito di dati personali, con dolo specifico, in parte analoga a quella dell'attuale art. 167 del Codice *privacy*. Sono puniti i trattamenti realizzati in violazione di talune specifiche disposizioni ritenute dal Governo maggiormente rilevanti. Merita al riguardo soprattutto notare la rilevanza penale attribuita dal Governo al divieto, di cui all'art. 8 comma 4, di profilazione finalizzata alla discriminazione di persone fisiche sulla base delle categorie particolari di dati

²³⁸ Camera dei deputati, XVII Legislatura, Atto del Governo, n. 517, trasmesso alla Presidenza il 21 febbraio 2018 (<http://www.camera.it/leg17/682?atto=517&tipoAtto=Atto&leg=17&tab=2#inizio>).

personali indicate dall'art. 9 del regolamento UE n. 679/2016, che comprende i dati genetici. Così per la prima volta la discriminazione genetica entrerebbe chiaramente nel novero della tutela penale. Di questa importante (potenziale) novità si dirà anche più avanti, affrontando particolarmente il tema della discriminazione genetica.

Qui intanto già si può notare anzitutto che la norma penale si attesta su gradi di intensa offensività e alta gravità soggettiva, poiché prevede il nocumento e il dolo specifico di danno o di profitto (come già rilevato, nocumento è concetto più ampio di danno, riferendosi a qualsiasi effetto pregiudizievole²³⁹). A livelli più bassi di offensività e gravità soggettiva, opera la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 50.000 euro a 150.000 euro, prevista dall'art. 42 dello schema di decreto in relazione a tutte le violazioni del citato art. 8 dello stesso decreto, compresa quindi la profilazione genetica discriminante²⁴⁰. Le sanzioni amministrative sono state impiegate dal Governo sulla base dei limiti indicati nella già menzionata delega generale del 2012. In tal modo si realizza, ancora una volta, una discrasia rispetto sia alla notevole entità delle sanzioni previste dal regolamento europeo, sia, e più in generale, rispetto all'intero sistema regolativo-correctivo tramite misure e sanzioni, che tale regolamento appronta, dal quale oltretutto lo schema in esame mutua i criteri di commisurazione della sanzione, richiamando l'art. 83, par. 2. In ultima analisi, nei settori speciali considerati dalla direttiva e dal correlato schema di decreto attuativo si dispiegano zone di ingiustificato *favor* sanzionatorio, rispetto al rigore che il regolamento adotta in generale, e al di là delle ragionevoli esigenze per cui sia la direttiva che lo schema affievoliscono i poteri dell'autorità competente (Garante). La tutela punitiva dovrebbe coerentemente risultare, semmai, rinforzata, piuttosto che attenuata²⁴¹.

Si realizza, *mutatis mutandis*, lo stesso fenomeno favorevole anche con riguardo alle altre due figure delittuose che lo schema contempla: la falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al garante (art. 44, con clausola di sussidiarietà), punita con la reclusione da sei mesi a tre anni, e l'inosservanza dei provvedimenti del garante (art. 45), punita con la reclusione da tre mesi a due anni²⁴², e limitata all'inosservanza del provvedimento che dispone il blocco o vieta, in tutto o in parte, il trattamento che risulta illecito o non corretto anche per effetto della mancata adozione delle misure necessarie prescritte, oppure quando, in consi-

²³⁹ Cass. pen., sez. III, sentenza n. 3257/2014 (ud. 18.11.2014 – dep. 12 marzo 2015), in relazione all'art. 167 Codice della *privacy*. V. *supra* par. 2.

²⁴⁰ Il Garante, nel parere n. 99 del 22 febbraio 2018, propone di attrarre tutte le violazioni dell'art. 8 anche nell'orbita del delitto di trattamento illecito nocivo di dati previsto dall'art. 43.

²⁴¹ In tal senso si è espresso anche il Garante, nel citato parere n. 99 del 22 febbraio 2018, p. 7.

²⁴² L'art. 45 implica altresì la già sopra criticamente menzionata ipotesi della sopravvivenza del sistema autorizzativo all'esito della ridetta integrazione nazionale della normativa introdotta dal regolamento europeo sulla *privacy*.

derazione della natura dei dati o, comunque, delle modalità del trattamento o degli effetti che esso può determinare, vi è il concreto rischio del verificarsi di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati.

Parimenti dicasi con riguardo al secondo comma dell'art. 43 dello schema di decreto, che punisce l'illecito trattamento di categorie particolari di dati, compresi i dati genetici: "*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dall'art. 7, è punito, se dal fatto deriva nocimento, con la reclusione da uno a tre anni*". Va ricordato che l'art. 7 stabilisce testualmente che il trattamento dei dati di cui all'art. 9 del regolamento, tra i quali militano i dati genetici, è autorizzato solo se assistito da garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato e specificamente previsto dal diritto dell'Unione Europea o da legge o regolamento, ovvero, ferme le garanzie dei diritti e delle libertà, se necessario per salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica o se ha ad oggetto dati resi manifestamente pubblici dall'interessato. Ciò posto, emerge che quest'ultima ipotesi delittuosa consiste di un'infelicissima tipizzazione tramite rinvio normativo, suscettibile di innescare anche aberranti letture. Il richiamo dell'art. 7 dovrebbe allora significare soltanto che il trattamento manca di autorizzazione o comunque ne viola i limiti.

Tornando ora ai profili critici della tutela punitiva amministrativa, si consideri che l'art. 42 dello schema di decreto colpisce con la sanzione amministrativa pecuniaria da 50.000 euro a 150.000 euro la violazione delle disposizioni di cui all'art. 7 appena riportato (con clausola di sussidiarietà rispetto al reato). Le sopra rilevate, enormi incongruenze sono ben apprezzabili se si considera, per esempio, che il regolamento europeo (art. 83, par. 5, lett. a) colpisce la violazione delle condizioni relative al consenso in tema di dati genetici con la più grave delle sanzioni punitive (fino a 20.000.000 di euro, o per le imprese fino al 4 % del fatturato se questo supera i venti milioni di euro).

8. Dati genetici e biobanche.

I campioni biologici umani²⁴³ sono oggetto di sempre più ampie applicazioni nell'ambito della ricerca, della diagnostica e delle terapie mediche: lo sviluppo delle tecniche di conservazione e i progressi della bioinformatica (ossia la disci-

²⁴³ Ai fini di questo studio, occorre ricordare che l'autorizzazione generale del Garante al trattamento dei dati genetici n. 8/2016 definisce i campioni biologici «ogni campione di materiale biologico da cui possono essere estratti dati genetici caratteristici di un individuo»: v. *supra* par. 3.1. Più in generale, con il termine "campioni biologici" si indicano la maggior parte dei materiali biologici umani raccolti principalmente, anche se non esclusivamente, per eseguire procedure di carattere diagnostico o terapeutiche: v., anche per una ricognizione della normativa interna ed internazionale in materia, G. NOVELLI, I. PIETRANGELI, *I campioni biologici*, cit., p. 1027 ss.

plina scientifica che applica l'informatica all'analisi dei dati biomedici) hanno condotto all'istituzione di numerosi centri di raccolta di materiali biologici, le c.d. biobanche²⁴⁴.

Pur mancando, sia a livello interno che internazionale, una definizione giuridica univoca di "biobanca", può comunque dirsi che con tale terminologia si indicano, in generale, le istituzioni o unità operative preposte, all'interno di centri di ricerca o di ospedali, a raccogliere, conservare, classificare, gestire e distribuire materiali biologici umani, campioni biologici o parti del corpo umano (cellule, tessuti, DNA), donati da individui o gruppi di individui per finalità biomediche²⁴⁵.

Il termine "biobanca" viene peraltro utilizzato anche per indicare l'attività di stoccaggio, a qualsiasi fine, di materiale biologico, svolta da enti pubblici o privati, il che dimostra come il termine non sia riconducibile ad un concetto unitario ma faccia piuttosto riferimento ad un fenomeno variegato e complesso²⁴⁶. Un elemento che comunque qualifica tutte le biobanche è dato dalla raccolta delle informazioni (dati anagrafici, genealogici, clinici, relativi allo stile di vita, *etc.*) relative al soggetto a cui il campione biologico si riferisce, e dall'immagazzinamento dei dati attraverso tecnologie informatiche al fine di renderne possibile la rapida reperibilità, l'aggiornamento, la correlazione e la comparazione²⁴⁷.

La raccolta, lo stoccaggio e la sistematizzazione di materiali biologici umani e delle informazioni genetiche da essi ricavabili si vanno sempre più diffondendo e diverse sono le tipologie di biobanche esistenti, tali da rendere utopistica una loro catalogazione²⁴⁸: ad es., in relazione al materiale contenuto, si individuano banche genomiche o del DNA (destinate a raccogliere principalmente dati genetici) e banche di tessuti e cellule, mentre, in base alla finalità perseguita, si distinguono biobanche impiegate a fini di ricerca o in ambito sanitario; biobanche a scopo diagnostico o terapeutico; biobanche impiegate con scopi di sicurezza per la prevenzione e repressione di reati; biobanche finalizzate al

²⁴⁴ Sul tema cfr., tra gli altri, L. CAENAZZO (a cura di), *Biobanche. Importanza, implicazioni e opportunità per la società. Risvolti scientifici, etico-giuridici e sociologici*, Padova, 2012; C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, cit.; L. EUSEBI (a cura di), *Biobanche. Aspetti scientifici ed etico-giuridici*, Milano, 2014; C. FARALLI, M. GALLETTI (a cura di), *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, Roma, 2011; M. MACIOTTI, *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, cit., p. 1195 ss.; G. PASCUZZI, U. IZZO, M. MACIOTTI (a cura di), *Comparative Issues in the Governance of Research Biobanks. Property, Privacy, Intellectual Property and the Role of Technology*, Berlin – Heidelberg, 2013; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, cit., p. 147 ss.

²⁴⁵ Per questa definizione v. L. PALAZZANI, *Biobanche: problemi bioetici e biogiuridici*, in L. EUSEBI (a cura di), *Biobanche. Aspetti scientifici ed etico-giuridici*, cit., p. 11.

²⁴⁶ M. MACIOTTI, *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, cit., p. 1196.

²⁴⁷ L. PALAZZANI, *op. loc. cit.*

²⁴⁸ V. A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *Diritto e genetica delle popolazioni*, cit., 356 ss.

trapianto di organi; biobanche contenenti i prodotti degli *screening* neonatali o cellule staminali, embrioni, ovuli e spermatozoi per la procreazione assistita; biobanche di popolazioni; biobanche ad uso militare.

Tutti questi tipi di biobanche sollevano una serie di problemi giuridici – taluni di carattere generale, altri legati alle specifiche finalità perseguite –, quali le questioni relative al consenso dei partecipanti, al loro diritto di autodeterminazione e all'adeguata informazione sulla finalità della banca nonché, parallelamente, alla tutela della *privacy* e del diritto a non sapere; alle ricadute sui membri della stessa famiglia; ai rischi di discriminazione e stigmatizzazione dei gruppi partecipanti; al *data sharing* nella comunità scientifica; alla *governance* e al controllo sulla biobanca, ai possibili impieghi dei dati a scopo forense, alla brevettabilità dei risultati raggiunti, e così via. Emerge la necessità di operare un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, ad es. tra il diritto alla ricerca scientifica e i diritti dei singoli (*in primis* la riservatezza), o tra il diritto alla *privacy* e quello alla sicurezza della collettività (con riferimento all'utilizzo dei *database* genetici a livello giudiziario)²⁴⁹.

I materiali biologici e le informazioni ricavabili dal loro studio sono estremamente delicati, sia perché, in linea teorica, essi potrebbero essere utilizzati per scopi del tutto diversi da quelli per i quali sono stati raccolti (con riferimento ai dati genetici, si pensi, ad es., alla clonazione o all'uso discriminatorio in ambito lavoristico o assicurativo), sia perché tali materiali e dati sono in grado di fornire conoscenze al massimo grado sensibili relative al donatore (e ai suoi consanguinei), conoscenze che sono, peraltro, strettamente connesse alla identità personale dei soggetti coinvolti²⁵⁰. Gli elementi biologici umani mantengono, infatti, anche se separati dall'individuo, una relazione stretta (genetica) con il corpo originario e con la sua identità, trattandosi di materia biologica che veicola l'identità della persona almeno sul piano informativo²⁵¹.

Del rapporto tra dati genetici e identità della persona, nella complessità dell'essere umano, si dirà più ampiamente nel prosieguo del lavoro²⁵². In questa sede preme osservare come, con riferimento alla disciplina delle biobanche, si intersechino una pluralità di istanze che necessitano di bilanciamento: accanto all'esigenza di sensibilizzare i soggetti a donare, in un'ottica solidaristica, i propri campioni biologici a fini di ricerca, vi è l'esigenza che tali materiali biologici siano trattati in modo trasparente e scientificamente qualificato, a tutela del donatore e dei suoi consanguinei, come pure l'esigenza di mantenere un dialogo costante, nello specifico ambito in cui opera una banca biologica, tra il contesto

²⁴⁹ Sul punto A. SANTOSUOSSO, I.A. COLUSSI, *Diritto e genetica delle popolazioni*, cit., p. 367.

²⁵⁰ V. L. EUSEBI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Biobanche*, cit., p. 7 ss.

²⁵¹ L. PALAZZANI, *op. ult. cit.*, p. 17.

²⁵² V. *infra* par. 9.

dei donatori e delle loro famiglie, la comunità dei ricercatori e tutti i potenziali beneficiari dei dati raccolti²⁵³.

Ciò richiede l'individuazione di regole etiche condivise e di norme giuridiche chiare. Tuttavia, il quadro di disciplina delle biobanche, affidato a fonti internazionali, europee e nazionali, è complesso e poco organico, spesso intersecato con la disciplina dei test genetici²⁵⁴, oltre che, con precipuo riferimento all'ordinamento italiano, estremamente lacunoso²⁵⁵. Occorre, in sostanza, stante l'assenza di una regolamentazione generale relativa al funzionamento delle biobanche in quanto tali, fare riferimento di volta in volta ai principi e alle disposizioni che regolano le singole attività in esse svolte.

Con specifico riferimento alle biobanche genetiche alcuni principi fondamentali possono ricavarsi dai documenti che, a livello internazionale ed europeo, prendono in considerazione la ricerca genetica.

Si ricorda anzitutto la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo* dell'UNESCO del 1997, che impone, nello svolgimento della ricerca genetica, il rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e della dignità umana degli individui (art. 10) e afferma che «*la libertà della ricerca, necessaria al progresso della conoscenza deriva dalla libertà di pensiero*» e che «*le applicazioni della ricerca soprattutto quelle in biologia, genetica e medicina, concernenti il genoma umano, devono tendere ad alleviare la sofferenza ed a migliorare la salute dell'individuo e di tutta l'umanità*» (art. 12). La già citata *Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani* dell'UNESCO del 2003, per parte sua, afferma, tra l'altro, la necessità del consenso libero ed informato dei donatori, maturato senza la prospettiva di guadagni economici o personali, e riconosce agli ordinamenti interni la possibilità di fissare limiti a tale principio solo per ragioni eccezionali, secondo quando previsto dalle norme internazionali sui diritti dell'uomo (art. 8).

A livello europeo, la *Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina* del 1997 (Convenzione di Oviedo) al di là delle numerose enunciazioni di principio, sancisce, in particolare, la necessità del previo consenso libero ed informato della persona e detta precise regole in tema di informativa (che deve riguardare scopo, natura e conseguenze dell'intervento,

²⁵³ L. EUSEBI, *op. ult. cit.*, p. 8.

²⁵⁴ V. *supra* cap. I, par. 2.2.

²⁵⁵ Per una panoramica degli strumenti normativi in materia, v. M. TOMASI, *Il modello italiano di regolamentazione giuridica delle biobanche: alla ricerca di una sintesi per una materia poliedrica*, in L. CAENAZZO (a cura di), *Biobanche. Importanza, implicazioni e opportunità per la società. Risvolti scientifici, etico-giuridici e sociologici*, cit., p. 21 ss.; C. PICIOCCHI, R. DUCATO, L. MARTINELLI, S. PERRA, M. TOMASI, C. ZUDDAS, D. MASCALZONI, *Legal issues in governing genetic biobanks: the Italian framework as a case study for the implications for citizen's health through public-private initiatives*, in "Journal of Community Genetics", 18.9.2017; A. SANTOSUOSSO, I.A. COLUSSI, *op. cit.*, p. 359 ss.

eventuali rischi, facoltà di ritirare liberamente il consenso in ogni momento: v. art. 5).

Rilevante è altresì la raccomandazione R (2006)4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che disciplina la ricerca condotta sui materiali biologici di origine umana, la quale prevede la necessità di ottenere il consenso del donatore per poter utilizzare i tessuti biologici a scopo di ricerca, stabilendo regole diverse a seconda che si tratti di tessuti che consentano o no l'identificazione della persona coinvolta, direttamente o mediante l'utilizzo di un codice (art. 3). Successivamente il Comitato dei Ministri ha adottato la raccomandazione CM/Rec(2016)6, che detta una serie di regole relative al prelievo di materiali biologici, alla loro conservazione e al loro utilizzo per scopi di ricerca, in considerazione delle criticità emerse dagli sviluppi più recenti della ricerca biomedica e, in particolare, di quella genetica²⁵⁶.

Si segnalano, infine, le direttive 2004/23/CE²⁵⁷ e 2006/17/CE²⁵⁸, che impongono, tra l'altro, la tracciabilità dei tessuti e delle cellule donate anche assegnando uno specifico codice alla donazione e ai prodotti ad essa associati.

Il legislatore italiano si è dimostrato perlopiù inerte in materia di regolamentazione specifica delle biobanche; importanti indicazioni per chi opera nel settore si rinvencono comunque in taluni atti privi di efficacia vincolante (quali ad es. le Linee guida del 2008 emanate dal Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze della vita e relative all'accreditamento di biobanche e centri per le risorse biologiche di campioni umani, istituiti a fini di ricerca)²⁵⁹.

Con riguardo alle biobanche con finalità medica o di ricerca medica può peraltro farsi riferimento alla già citata autorizzazione del Garante della *privacy* in tema di trattamento dei dati genetici, che, come si è detto, permette, a determinate condizioni, l'impiego dei materiali biologici e delle informazioni genetiche a fini di ricerca e statistica a tutela della salute²⁶⁰. Nei casi in cui vi sia una inosservanza delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione sarà, pertanto, configurabile la responsabilità penale *ex art. 170 Codice privacy*.

Infine, occorre precisare che il citato regolamento 2016/679/UE non si occu-

²⁵⁶ V.C. PICIOCCHI, R. DUCATO, L. MARTINELLI, S. PERRA, M. TOMASI, C. ZUDDAS, D. MASCALZONI, *Legal issues in governing genetic biobanks*, cit.

²⁵⁷ Direttiva 2004/23/CE del 31 marzo 2004 «sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani», attuata dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191.

²⁵⁸ La direttiva 2006/17/CE dell'8 febbraio 2006 è attuativa della precedente direttiva 2004/23/CE con riferimento a determinate prescrizioni tecniche in tema di donazione, approvvigionamento e controllo di tessuti e cellule umani.

²⁵⁹ Il documento è reperibile sul sito www.governo.it/biotecnologie/documenti.html.

²⁶⁰ V., diffusamente, R. LATTANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, cit., p. 338 ss.

pa specificamente della regolamentazione delle biobanche²⁶¹.

8.1. La banca dati nazionale del DNA.

L'unico intervento diretto del legislatore italiano in materia di biobanche riguarda l'ambito forense ed è costituito dalla l. n. 85 del 30 giugno 2009²⁶², con cui l'Italia ha aderito al Trattato di Prüm (firmato da sette Stati membri dell'Unione europea nel 2005), con il quale si è aperta la strada ad un sistema comunitario di raccolta, accesso e scambio di dati (quali la parte non codificante del DNA e le impronte digitali), allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale.

L'utilizzo dei *database* genetici a livello giudiziario costituisce valido ausilio ai fini dell'identificazione degli autori di reati, con notevoli vantaggi in termini di maggior efficienza e rapidità delle indagini e di tempestività nell'azione repressiva; il loro impiego apre tuttavia, al contempo, seri interrogativi in ordine al bilanciamento tra interesse collettivo alla sicurezza e diritti individuali, tra cui *in primis* il diritto alla *privacy*²⁶³, nonché, come si dirà nel prossimo capitolo, in

²⁶¹ V. sul punto ampiamente C. PICIOCCHI, R. DUCATO, L. MARTINELLI, S. PERRA, M. TOMASI, C. ZUDDAS, D. MASCALZONI, *Legal issues in governing genetic biobanks*, cit., i quali rilevano come in diversi articoli del regolamento emerga comunque una certa attenzione verso la ricerca scientifica e l'attività delle biobanche (si veda, ad es. l'introduzione del concetto di «pseudonimizzazione», che, ai sensi dell'art. 4., par. 5, viene definito come «il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile»).

²⁶² Cfr., tra gli altri, V. MARCHESE, L. CAENAZZO, D. RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, n. 85*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2013, p. 1863 ss.; E. GALLI, *L'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. La delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria (l. 30 giugno 2009, n. 85)*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Nuove strategie di polizia per una "società aperta"*, Padova, 2011, p. 51 ss.; G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in "Resp. civ. e prev.", 2009, p. 2630 ss.; G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, in "Riv. it. med. leg.", 2011, p. 931 ss.; L. MARAFIOTI, L. LUPARIA, *Banca dati del DNA e accertamento penale: commento alla legge di ratifica del Trattato di Prüm, istitutiva del database genetico nazionale e recante modifiche al codice di procedura penale (l. 30 giugno 2009, n. 85)*, Milano, 2010; A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale (legge 30 giugno 2009, n. 85)*, Padova, 2009; P. TONINI, P. FELICIONI, A. SCARCELLA, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, in "Dir. pen. proc.", suppl., 2009. V. inoltre, anche in prospettiva comparatistica, C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit.; L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit.

²⁶³ Cfr. A.M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, in "Archivio penale", 2013, p. 4 ss.; L. SCAFFARDI, *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona alla ricerca di una legislazione europea armonizzata*, in "Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña", vol. 12, 2008, p. 845 ss.; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 161 ss.

ordine ai possibili rischi di discriminazione connessi all'inclusione di un soggetto in un *DNA database*.

L'aspetto più innovativo della legge n. 85 del 2009 è senz'altro costituito dall'istituzione della banca dati nazionale del DNA, finalizzata alla identificazione degli autori dei delitti (art. 5, co. 1). La banca dati è anzitutto deputata alla raccolta dei profili del DNA dei soggetti sottoposti a prelievo di campione biologico indicati nell'art. 9 della legge: si tratta, in concreto, di persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale a seguito di condanna definitiva o ad un provvedimento cautelare per reati di una certa gravità²⁶⁴. La banca dati provvede inoltre alla raccolta dei profili del DNA²⁶⁵ relativi a reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali, alla raccolta dei profili del DNA di persone scomparse o loro consanguinei, di cadaveri e resti cadaverici non identificati, nonché al raffronto dei profili del DNA a fini di identificazione (art. 7). Emerge dunque come la banca dati non manipoli materiale biologico, non svolga analisi, né acceda all'intero patrimonio genetico dei soggetti candidati all'inserimento²⁶⁶.

La l. n. 85/2009 ha istituito altresì il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, che provvede alla «tipizzazione del profilo del DNA dei soggetti di cui all'articolo 9, commi 1 e 2» e alla «conservazione dei campioni biologici dai quali sono tipizzati i profili del DNA» (art. 8)²⁶⁷.

La banca dati del DNA è sottoposta al controllo del Garante per la protezione dei dati personali, mentre il Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze della vita è tenuto a garantire l'osservanza dei criteri e delle norme tecniche per il funzionamento del laboratorio centrale (art. 15).

Per quanto qui soprattutto interessa, è opportuno notare che a tutela della *privacy* si pone il principio secondo cui l'impiego del dato genetico è consentito unicamente per il perseguimento della finalità di identificazione degli autori

²⁶⁴ Più precisamente, l'art. 9, prevede, al comma 1, che «ai fini dell'inserimento del profilo del DNA nella banca dati nazionale del DNA, sono sottoposti a prelievo di campioni biologici: a) i soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari; b) i soggetti arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto; c) i soggetti detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo; d) i soggetti nei confronti dei quali sia applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo; e) i soggetti ai quali sia applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva». Il comma 2 dell'art. 9 stabilisce che «il prelievo di cui al comma 1 può essere effettuato esclusivamente se si procede nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 per delitti, non colposi, per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza», ed elenca altresì una serie di reati per i quali il prelievo non può essere effettuato.

²⁶⁵ Ai sensi dell'art. 6 per «profilo del DNA» si intende la «sequenza alfa numerica ricavata dal DNA e caratterizzante ogni singolo individuo».

²⁶⁶ V. G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., p. 2631.

²⁶⁷ Per «tipizzazione» si intende, ex art. 6, il «complesso delle operazioni tecniche di laboratorio che conducono alla produzione del profilo del DNA».

dei reati: emerge dunque un implicito divieto di utilizzare il dato genetico a fini diversi, ad esempio per compiere accertamenti in ordine alla personalità del soggetto, alla sua predisposizione genetica ad un comportamento antisociale o per svolgere ricerche sulle relazioni familiari²⁶⁸. In linea con questo principio, l'ultimo comma dell'art. 11 prevede che «*i sistemi di analisi sono applicati esclusivamente alle sequenze del DNA che non consentono la identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato*»²⁶⁹. Alle medesime esigenze di tutela del diritto alla riservatezza risponde la garanzia di anonimato posta dall'art. 12, co. 1, della l. n. 85/2009, secondo cui «*i profili del DNA e i relativi campioni non contengono le informazioni che consentono l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti*».

L'esigenza di tutelare la *privacy* dei soggetti il cui profilo genetico è inserito nella banca dati ha indotto il legislatore a sanzionare penalmente la comunicazione e l'uso indebiti dei dati da parte di coloro che vi hanno accesso, attraverso una fattispecie criminosa che, come subito si dirà, presenta il medesimo *deficit* di determinatezza/tassatività delle ipotesi delittuose previste dal Codice della *privacy*.

8.1.1. Accesso ai dati, obblighi di segretezza e tutela penale delle informazioni genetiche nella l. n. 85 del 2009.

Nella legge in esame sono individuati i soggetti che possono accedere alle informazioni genetiche contenute nella banca dati nazionale del DNA (art. 12).

Per quanto riguarda la banca dati, l'accesso è consentito alla polizia giudiziaria e all'autorità giudiziaria esclusivamente per fini di identificazione personale, nonché per le finalità di collaborazione internazionale di polizia; l'accesso ai dati contenuti nel laboratorio centrale è consentito ai medesimi soggetti e per le medesime finalità, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

Sui soggetti indicati incombe un obbligo di segretezza, presidiato da sanzione penale.

L'art. 14 della l. n. 85/2009 punisce, infatti, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni il pubblico ufficiale che comunica o fa uso di dati ed informazioni in violazione delle disposizioni della legge stessa, o al di fuori dei fini da essa previsti. L'art. 14, 2 co., prevede la corrispondente ipotesi colposa, punita con la reclusione fino a sei mesi.

La fattispecie è posta a protezione del corretto utilizzo della banca dati e di

²⁶⁸ A.M. CAPITTA, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 3; v. pure C. FANUELE, *op. cit.*, p. 317 ss.

²⁶⁹ V. MARCHESE, L. CAENAZZO, D. RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, n. 85*, cit., p. 1882: «l'analisi può riguardare solo i segmenti non codificanti del genoma umano, dai quali, cioè, non sarebbero desumibili informazioni generali sul soggetto, come quelle su etnia, malattia o sesso».

tutte le informazioni assunte nell'attività di raccolta e di tipizzazione dei profili genetici individuali²⁷⁰: emerge una dimensione pubblicistica del bene tutelato, consistente nell'interesse al segreto e al corretto funzionamento del sistema di raccolta ed impiego delle informazioni genetiche nelle indagini penali, cui si accompagna la tutela, sia pur mediata, della *privacy* genetica del soggetto cui i dati e le informazioni si riferiscono²⁷¹. La tutela prevalentemente apprestata all'interesse pubblicistico rende irrilevante il consenso all'uso e alla diffusione delle informazioni genetiche eventualmente prestato dal soggetto cui esse si riferiscono²⁷².

Si tratta di un reato proprio, giacché può essere commesso esclusivamente dai pubblici ufficiali (autorità giudiziaria e polizia giudiziaria) che possono avere accesso alla banca dati, ma non anche dal personale addetto alla banca dati e al laboratorio centrale. L'esclusione di tale personale dalla sfera soggettiva dell'illecito penale pare peraltro irragionevole, trattandosi di soggetti che possono avere facile accesso ai dati e sui quali comunque grava un obbligo di segretezza *ex art. 12, co. 5*²⁷³.

Non si comprende inoltre l'esclusione dei campioni genetici dalla tutela penale. Oggetto materiale del reato sono infatti i dati genetici contenuti nella banca dati e nel laboratorio centrale, nonché tutte le informazioni che, ad esempio, attraverso incroci e raffronti possono consentire l'identificazione del soggetto a cui i dati si riferiscono, inclusa l'informazione sulla presenza o meno del profilo genetico di un determinato soggetto nella banca dati²⁷⁴. Nulla dice invece la disposizione con riguardo ai campioni o reperti biologici²⁷⁵, benché non vi sia

²⁷⁰ M. SCOLETTA, *La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche*, in L. MARAFIOTI, L. LUPARIA, *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 129.

²⁷¹ Secondo M. SCOLETTA, *La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche*, cit., p. 130 s., la *privacy* rimane nella sfera delle *rationes* dell'opzione punitiva, ma non assurge, se non indirettamente, al rango di interesse tutelato. V. pure A. SCARCELLA, *Le sanzioni penali*, in Id. (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 150 ss., il quale ritiene si tratti di reato plurioffensivo e ravvisa il bene giuridico tutelato nel buon andamento della Pubblica Amministrazione, in riferimento al pregiudizio che essa può subire nell'esercizio dell'attività, soprattutto giudiziaria, dalla comunicazione od utilizzo dei dati ed informazioni riservate contenute nella banca dati nazionale del DNA e nel laboratorio centrale e nella riservatezza della persona a cui i dati si riferiscono.

²⁷² A. SCARCELLA, *op. cit.*, p. 162 s.; M. SCOLETTA, *op. cit.*, p. 141.

²⁷³ Rileva M. SCOLETTA, *op. cit.*, p. 132, che le condotte indebita comunicazione dei dati e delle informazioni genetiche potranno, sussistendone i presupposti, essere inquadrate nelle tradizionali fattispecie codicistiche poste a tutela dei segreti (artt. 326 e 622 c.p.).

²⁷⁴ Così M. SCOLETTA, *op. cit.*, p. 133 s.

²⁷⁵ *Ex art. 6 l. n. 85/2009*, per «campione biologico» deve intendersi la «quantità di sostanza biologica prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA», mentre per «reperto biologico» deve intendersi il «materiale biologico acquisito sulla scena di un delitto o comunque su cose pertinenti al reato».

dubbio che anch'essi abbiano valore informativo²⁷⁶.

Con riguardo alla condotta tipica l'art. 14 sanziona qualsiasi indebita comunicazione o utilizzo abusivo di dati e informazioni avvenuti in violazione delle disposizioni di cui al capo II della legge, o al di fuori dei fini istituzionali per i quali è lecita l'acquisizione dei dati e delle informazioni, previsti dallo stesso capo II. Saranno pertanto penalmente illeciti la comunicazione o l'utilizzo dei dati per finalità diverse da quelle di identificazione personale e di collaborazione internazionale di polizia, inclusa dunque la comunicazione ai difensori degli imputati.

La fattispecie in esame ripropone le medesime problematiche in ordine alla carenza di determinatezza che già si sono evidenziate con riguardo agli illeciti penali previsti dal Codice della *privacy*²⁷⁷. Si tratta infatti di fattispecie a struttura meramente sanzionatoria che rinvia, quanto alla determinazione delle condotte punibili, alla disciplina extrapenale, ossia alle disposizioni di cui agli artt. 5-19 della legge²⁷⁸.

8.1.2. Conservazione dei dati genetici e tutela della *privacy*: una relazione problematica.

Un nodo problematico in termini di tutela dei dati genetici riguarda le modalità e i tempi di conservazione dei profili di DNA e dei campioni biologici nella banca dati nazionale, nonché le ipotesi e le modalità di cancellazione dei profili e di distruzione dei campioni biologici.

La possibilità di conservare, per tempi anche molti lunghi, i profili genetici nella banca dati nazionale del DNA è suscettibile invero di tradursi in una lesione della *privacy* genetica dei soggetti a cui i profili si riferiscono.

Da un lato, infatti, la conservazione delle informazioni genetiche, con correlato possibile uso delle stesse (ad esempio attraverso l'interconnessione con altri archivi)²⁷⁹, può pregiudicare il diritto al controllo delle proprie informazioni personali che è, come si è visto, componente ineliminabile del moderno concetto di *privacy*. Anche a fronte del rischio di una "categorizzazione delle identità"

²⁷⁶ Non a caso, infatti, i campioni biologici vengono sottoposti, come si è visto (*supra* 3.1), al medesimo regime giuridico dei dati genetici nell'autorizzazione del Garante al trattamento dei dati genetici, e, conseguentemente, beneficiano della tutela penale *ex art.* 170 Cod. *privacy*.

²⁷⁷ V. *supra* par. 4.

²⁷⁸ Sulle condotte di comunicazione e di utilizzo abusivi v. ampiamente A. SCARCELLA, *Le sanzioni penali*, cit., p. 155 s.; M. SCOLETTA, *La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche*, cit., p. 134 ss.

²⁷⁹ Poiché infatti, insieme al profilo genetico (che in sé non permette di risalire ad altre informazioni personali) vengono conservati anche i campioni biologici, nulla esclude che possano esserne ricavate cognizioni suscettibili di impiego per finalità diverse da quelle proprie del procedimento penale: v. C. FANUELE, *Conservazione dei dati genetici e *privacy*: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in "Dir. pen. e proc.", 2011, p. 117 ss.

è allora essenziale che l'interessato sia messo nella condizione di controllare, passaggio dopo passaggio, "che fine fanno" le proprie informazioni genetiche, cioè di conoscere il tipo di informazioni di cui lo Stato dispone e il modo in cui queste possono essere utilizzate²⁸⁰.

Per altro verso, occorre ricordare che la *privacy* comprende anche il c.d. «diritto all'oblio», inteso quale diritto a non essere schedati o classificati e ad ottenere la rimozione di dati e campioni laddove vengano meno le finalità per le quali gli stessi erano stati raccolti²⁸¹.

Che la necessità del rispetto del canone della proporzionalità nella determinazione dei tempi di conservazione dei profili del DNA sia funzionale alla tutela della *privacy* è stato affermato del resto anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel noto caso *Marper & S. v. United Kingdom*²⁸². La Corte ha infatti ritenuto incompatibile con l'art. 8 della Convenzione (che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare) la legislazione inglese²⁸³ che ammetteva la conservazione illimitata nel *National DNA Database* del Regno Unito anche di dati di cittadini innocenti, affermando che la detenzione dei campioni biologici e dei profili del DNA costituisce forma di ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata, ingerenza ammissibile solo entro i limiti stabiliti dallo stesso art. 8²⁸⁴.

²⁸⁰ Così C. FANUELE, *op. ult. cit.*, p. 119 s.

²⁸¹ V. MARCHESE, L. CAENAZZO, D. RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, n. 85*, cit., p. 1890 s. Rileva C. FANUELE, *op. loc. cit.*, che andrebbe riconosciuto il diritto all'oblio prevedendo la possibilità che la cancellazione dalla banca dati avvenga non soltanto d'ufficio ma altresì su istanza di parte. Sul diritto all'oblio come aspetto del diritto alla riservatezza e orientato a tutelare il diritto alla propria identità personale v. C. PIERGALLINI, *I delitti contro l'inviolabilità del domicilio e dei segreti*, cit., p. 704 s.

²⁸² Corte EDU, 4 dicembre 2008, n. 880, *Marper & S. v. United Kingdom*, reperibile sul sito www.coe.int.

²⁸³ Section 64 del *Police and Criminal Evidence Act*, così come modificato dal *Criminal Justice and Police Act* del 2001.

²⁸⁴ In particolare, è stata ritenuta sproporzionata, non necessaria in una società democratica e tale da violare l'art. 8 Cedu, la soluzione, atta a tradursi in una sorta di "schedatura di massa", per effetto della quale venivano mantenuti nel database del DNA (stante l'assenza di un obbligo di distruzione) anche i profili genetici di soggetti sottoposti ad indagini preliminari non sfociate in un processo, per l'insufficienza degli elementi probatori raccolti o perché le persone offese avevano ritirato le denunce, o di individui assolti all'esito del procedimento: secondo la Corte «the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard. Accordingly, the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants' right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society». In commento a questa sentenza v., tra gli altri, L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica*, cit., p. 89 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Genetic privacy and non-discrimination*, in "Revista de derecho y genoma humano", 2011, p. 146 ss.

L'art. 13 della legge n. 85/2008 dispone che la cancellazione dei dati e la distruzione dei campioni avvenga soltanto «a seguito di assoluzione con sentenza definitiva 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»²⁸⁵. Al contrario, in presenza di un provvedimento di archiviazione, ovvero di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, i profili genetici e i campioni biologici vengono conservati, rispettivamente, per un termine massimo di quaranta anni e di venti anni, decorrente dall'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento o il prelievo.

Difetta, dunque, la previsione di un trattamento differenziato, quanto alla conservazione di dati e campioni, per le persone condannate e per i soggetti non condannati in via non definitiva, ovvero in via definitiva ma al di fuori delle formule assolutorie indicate nel 1° co. dell'art. 13; nei confronti dei soggetti non condannati, la conservazione dei dati per tempi così lunghi assume una valenza preventiva e repressiva, che si fonda, in definitiva, su un giudizio probabilistico di pericolosità²⁸⁶. Ciò pone un problema di compatibilità della disciplina, oltre che con il diritto alla *privacy*, anche con il principio della presunzione di innocenza – il quale ben si può riferire ai soggetti non condannati (prosciolti o archiviati) nei cui confronti si sia concluso l'accertamento penale -, e, come meglio si dirà²⁸⁷, con il principio di non discriminazione²⁸⁸.

Il d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87, che, con sette anni di ritardo, ha dato finalmente attuazione alla banca dati nazionale del DNA, adottando il *Regolamento di istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA*²⁸⁹, ha, in parte, posto rimedio, prevedendo un periodo temporale di conservazione dei campioni biologici e dei profili del DNA inferiore rispetto al limite massimo stabilito dalla l. n. 85/2009. L'art. 24 del regolamento, con riguardo ai campioni biologici, stabilisce che il DNA estratto da essi debba essere distrutto dopo la sua completa tipizzazione e che invece la parte del campione biologico non utilizzata ed il secondo campione di riserva siano

²⁸⁵ La cancellazione è disposta altresì a seguito di identificazione di cadavere o di resti cadaverici, nonché del ritrovamento di persona scomparsa (art. 13, 2° co.).

²⁸⁶ A.M. CAPITTA, *op. cit.*, p. 28, nota 107.

²⁸⁷ V. *infra* cap. III, par. 2.1.

²⁸⁸ Sul punto v. ancora A.M. CAPITTA, *op. cit.*, 27 ss.

²⁸⁹ Il regolamento attuativo disciplina le modalità di funzionamento e di organizzazione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA in adempimento alla previsione contenuta nell'art. 16 della l. n. 85 del 2009, attraverso disposizioni a tutela della riservatezza dei soggetti cui si riferiscono i profili genetici e dell'attendibilità del risultato analitico e probatorio dell'accertamento genetico. Per un commento al regolamento attuativo v. P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in "Dir. pen. e proc.", 2016, p. 724 ss.; U. RICCI, *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, *ivi*, p. 743 ss.; P. RIVELLO, *Alcune osservazioni in ordine alla banca dati nazionale del DNA*, in "Dir. pen. e proc.", 2016, p. 1521 ss.

conservati per un periodo di otto anni. Relativamente ai profili del DNA, l'art. 25 prevede che essi vengano conservati per trenta anni dalla data dell'ultima registrazione; detto periodo di conservazione tuttavia è esteso fino a quaranta anni in casi, tassativamente previsti, riferibili alla gravità del reato e alla ritenuta maggiore pericolosità, in astratto, del condannato²⁹⁰.

Un ulteriore problema è legato al proliferare di banche dati forensi non ufficiali. Ai sensi dell'art. 17 della l. n. 85 del 2009 i profili del DNA ricavati da reperti acquisiti nel corso di procedimenti penali anteriormente alla data di entrata in vigore della legge, avrebbero dovuto essere trasferiti dalle Forze di polizia alla banca dati nazionale del DNA entro un anno dalla data della sua entrata in funzione; pertanto, nell'attesa dei regolamenti di attuazione, ha continuato a permanere il rischio di una creazione spontanea ed incontrollata di banche dati genetiche ad uso forense, operanti anche al di fuori di qualsivoglia garanzia e controllo²⁹¹. In realtà, la situazione non è cambiata neppure con il d.P.R. n. 87/2016 il quale si è limitato ad introdurre un canale provvisorio di approvvigionamento della banca dati e a stabilire che, fino all'avvenuto espletamento della attività di trasferimento, i profili conservati dalle Forze di polizia o dalle istituzioni di elevata specializzazione presso i rispettivi laboratori «*possono essere utilizzati ai fini investigativi in ambito nazionale, previo nulla osta dell'autorità giudiziaria*»²⁹²; nulla si dice, dunque, sulla sorte degli archivi genetici diversi dalla banca dati nazionale, né si prevede che tali archivi adottino almeno le misure di sicurezza minime previste dal Codice della *privacy*²⁹³.

Infine, un'ultima notazione riguarda la questione dei limiti di analisi del campione biologico finalizzata alla estrazione del profilo identificativo.

In proposito la legge n. 85 del 2009 prevede, come si è visto, che i sistemi di analisi possano essere applicati esclusivamente alle sequenze del DNA che non consentono la identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato (art. 11). Tuttavia, come osservato dal Garante Europeo della Protezione

²⁹⁰ Si tratta dei casi in cui il profilo del DNA si riferisce a persone condannate con sentenza irrevocabile per uno o più reati per i quali la legge prevede l'arresto obbligatorio in flagranza, o per taluno dei gravi reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., ovvero nel caso in cui sia stata ritenuta la recidiva in sede di emissione della sentenza di condanna: sul punto v. P. FELICIONI, *op. cit.*, p. 740.

²⁹¹ Il caso più noto è forse quello della banca dati istituita presso il RIS di Parma, sulla quale si è pronunciata anche l'Autorità Garante con il provvedimento adottato il 19 luglio 2007. Si trattava di una banca dati informatizzata, in cui i profili e campioni genetici venivano raccolti indiscriminatamente e senza il rispetto delle misure minime di sicurezza previste dal Codice della *privacy*: sulla vicenda v. G. GENNARI, *Genetica forense e Codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in "Resp. civ. e prev.", 2011, p. 1184 ss.

²⁹² L'art. 1, co. 1122, lett. f) della l. 205/2017 (legge di bilancio 2018) ha prorogato al 31.12.2018 il termine per il trasferimento da parte delle Forze di polizia alla banca dati nazionale del DNA dei profili del DNA acquisiti nel corso di procedimenti penali prima del 14 luglio 2009.

²⁹³ P. FELICIONI, *op. cit.*, p. 743; P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 1530 s.

dei Dati nel parere n. 2006/C 116/2004 del 17 maggio 2006, ciò non esclude, anche in considerazione della costante evoluzione delle scienze biomediche, che quel che in un dato momento è considerato un profilo di DNA innocuo possa successivamente rivelare molte più informazioni riguardanti le caratteristiche genetiche della persona di quanto non sia prevedibile, stante la natura dinamica delle informazioni genetiche²⁹⁴.

Oppure si pensi all'impiego del c.d. *familial searching*, tecnica di analisi su parte del DNA che permette di identificare persone contenute nel database che presentino una "corrispondenza parziale" con un profilo repertato²⁹⁵. In sostanza, questa tecnica di analisi rende virtualmente presenti, all'interno della banca dati, soggetti che non sono in essa legittimamente inclusi (c.d. «sospetti virtuali») e che non possono esercitare nessuna delle garanzie e procedure di tutela che sono riservate soltanto a coloro che sono ufficialmente inseriti nel database genetico, con gravi ricadute anche sulla *privacy* dell'intero gruppo familiare²⁹⁶.

Insomma, è indubbio il *vulnus* alla *privacy* dei soggetti inclusi nel database e dei loro consanguinei. Esso dipende, da un lato, da una precisa scelta legislativa che ha ritenuto prevalente, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la tutela della sicurezza collettiva rispetto alla riservatezza del singolo; e, dall'altro lato, dalla capacità informativa dei dati genetici e dalle potenzialità, in continua evoluzione, dei moderni metodi di analisi scientifiche.

9. Rapporti tra *privacy* genetica e protezione dell'identità personale: nuove esigenze di tutela?

La tutela della *privacy* genetica, come è emerso delineandone i caratteri essenziali, è strettamente connessa alla tutela dell'*identità genetica*, posto che l'informazione genetica è strumento essenziale per l'identificazione personale e per l'individuazione dei fattori di rischio che riguardano la persona, la cui conoscenza può incidere in maniera determinante sulle scelte del singolo (*in primis* quelle procreative e quelle relative alla propria salute) e, conseguentemente, sul libero sviluppo della sua personalità²⁹⁷.

Le caratteristiche genetiche sono uno dei molteplici elementi che vanno a comporre l'identità della persona. Il diritto all'identità personale può – con una

²⁹⁴ V. G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., p. 2638.

²⁹⁵ Più precisamente, il *familial searching* è una tecnica di analisi del DNA volta a rinvenire corrispondenze parziali, anziché un *full match*, mediante l'individuazione di un possibile vincolo parentale tra l'indagato e soggetti il cui profilo è presente in banca dati o che hanno offerto un campione biologico in occasione di uno *screening* di massa: v. V. MARCHESE, L. CAENAZZO, D. RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, n. 85*, cit., p. 1868 s.

²⁹⁶ G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., p. 2639 s.

²⁹⁷ V. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 209 ss.

certa semplificazione e nella consapevolezza che nel linguaggio giuridico il termine “identità personale” è suscettibile di assumere diversi significati²⁹⁸ – essere definito come il diritto ad essere se stessi, sia con riferimento al rispetto delle scelte inerenti il proprio progetto di vita, sia con riguardo all’esigenza che vi sia una corretta rappresentazione esteriore della propria personalità²⁹⁹, senza alterazioni o travisamenti da parte di altri³⁰⁰.

L’informazione genetica, per la sua natura e per le caratteristiche che le sono proprie, offre un aspetto dell’identità personale (il profilo genetico, appunto) che non solo è contrassegno della identificabilità dell’individuo, ma riguarda altresì, in una dimensione più sostanziale, il modo in cui egli concepisce se stesso e costruisce la propria personalità³⁰¹, nell’ambito della realtà sociale, generale e particolare, in cui tale personalità è venuta svolgendosi, estrinsecandosi e solidificandosi³⁰².

E tuttavia, proprio perché l’identità personale trascende l’identità genetica, non esaurendosi in essa³⁰³, emerge la necessità che la rappresentazione esteriore di “ciò che si è” avvenga attraverso il *complesso* delle informazioni che riguardano la persona e non sia viceversa limitata alla sola valorizzazione dei

²⁹⁸ Per un primissimo approccio al complesso tema del diritto all’identità personale, di creazione essenzialmente dottrinale e giurisprudenziale, v. G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI (a cura di), *Il diritto all’identità personale*, Padova, 1981; G. PINO, *L’identità personale*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, cit., p. 297 ss.; ID., *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, *passim*; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in “Il diritto dell’informazione e dell’informatica”, 2007, p. 511 ss.; P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell’identità nel diritto privato attuale*, in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”, 2007, II, p. 2 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. IX, Torino, 1993, p. 294 ss. In prospettiva penalistica v. A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale. Le alternative di tutela*, cit., p. 233 ss.

²⁹⁹ Per questa definizione v. G. PINO, *L’identità personale*, cit., p. 316.

³⁰⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, Vol. I: Delitti contro la persona*, Padova, 2016, p. 210 ss.: «bene giuridico di “nuovo conio”, il c.d. diritto all’identità personale può essere definito come il diritto alla rappresentazione veritiera della propria personalità agli altri, senza alterazioni e travisamenti. Ad essere, cioè, il soggetto rappresentato eguale a se stesso nelle rappresentazioni che della persona fanno altri».

³⁰¹ In merito all’incidenza dell’informazione genetica sull’identità della persona v. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Madrid, 2007, p. 63 ss.

³⁰² E.C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all’identità personale*, in “Forum di Quaderni Costituzionali”, 2010, p. 8, reperibile in www.forumcostituzionale.it.

³⁰³ V. in proposito A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in “Leg. pen.”, 2005, p. 352, il quale, nell’affermare l’impossibilità di equiparare in maniera assoluta la violazione dell’unicità del patrimonio genetico dell’embrione alla lesione dell’identità personale del soggetto, rileva che «la natura intrinsecamente relazionale dello statuto dignitario della *persona* implica invero che il patrimonio genetico rappresenti soltanto uno (tra molti altri) degli elementi costitutivi dell’identità personale dell’uomo (come dimostra il fenomeno, esso sì naturale, dei gemelli monozigoti, che benché dotati del medesimo patrimonio genetico, sviluppano personalità distinte, e sovente persino antitetiche)».

dati genetici³⁰⁴. Il diritto all'identità presuppone, dunque, una rappresentazione integrale della persona³⁰⁵, il che implica il diritto del singolo a che la propria identità personale non venga ridotta al solo profilo genetico.

Emerge allora, correlativamente, l'importanza del controllo sulla definizione della propria identità, rispetto al quale la «*informational privacy*»³⁰⁶ è strumentale, in quanto preconditione per il libero sviluppo dell'autonomia individuale, al riparo da possibili stigmatizzazioni e indebiti condizionamenti³⁰⁷. In tal senso si colloca la normativa in materia di protezione dei dati personali, la quale assicura, come si è visto, una peculiare tutela ai dati genetici. Non è un caso, allora, che tale normativa contenga un espresso richiamo alla necessaria protezione dell'identità personale³⁰⁸ (art. 2³⁰⁹), che riconduce nell'alveo dei diritti fondamentali³¹⁰.

Riservatezza e protezione dei dati personali sono, in definitiva, funzionali alla capacità del soggetto di definire il proprio «compasso individuale»³¹¹, nella misura in cui gli consentono, da un lato, di scegliere se mantenere private determinate caratteristiche della propria identità e, dall'altro, di controllare le informazioni personali inerenti la propria identità di cui gli altri possono disporre. La disciplina della (*genetic*) *privacy* non va dunque considerata nella prospettiva limitativa del controllo sulle informazioni in uscita, bensì nella prospettiva più ampia di supervisione sulle modalità di definizione della propria identità³¹².

Se, dunque, non v'è dubbio che l'identità genetica, quale aspetto dell'identità personale nel senso ora esposto, riceva tutela penale *indiretta* attraverso la

³⁰⁴ V. L. PALAZZANI, *Biobanche*, cit., p. 17 s.: «Va richiamata la complessità dell'essere umano, la cui fenomenologia genetica è articolata su una pluralità di fattori; ogni soggetto è determinato da una molteplicità di elementi che interagendo tra di loro danno luogo a caratteristiche complessive non riducibili alla somma delle parti o elementi, o alle stesse regole poste alla base delle loro interazioni».

³⁰⁵ G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 522 ss.

³⁰⁶ V. G. LAURIE, *Genetic Privacy*, cit., p. 6, che accomuna il concetto di «*informational privacy*» («state in which personal information about an individual is in a state of non-access from others») e quello di «*spatial privacy*» («state of non-access to the individual's physical or psychological self») nella più ampia nozione di *privacy* come «state of separateness from others».

³⁰⁷ Sul rapporto tra identità personale e *privacy* in senso stretto (intesa, cioè, come riservatezza, come diritto a che certe informazioni non circolino indebitamente) v. G. PINO, *L'identità personale*, cit., p. 316 ss.

³⁰⁸ V. S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1997, p. 583 ss.

³⁰⁹ Art. 2 d.lgs. n. 196/2003: «1. Il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali».

³¹⁰ Sul punto v. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 521 ss.

³¹¹ L'efficace espressione, che descrive «l'idea che la linea che comprende l'individualità è tracciata dall'individuo stesso che ne ha la comprensione e l'autorità», è di A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, p. 68, nota 2.

³¹² Così G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 525.

protezione della *privacy*, viene da domandarsi se, a fronte di nuove e vieppiù insidiose forme di aggressione, tale tutela sia sufficiente.

Emerge prepotentemente, infatti, in questo contesto, il problema, attuale ed urgente, connesso al moderno atteggiarsi del legame tra corpo e informazioni che da esso possono essere ricavate.

Il corpo umano ha subito (e continua a subire) profonde trasformazioni, ha perso la propria unità frammentandosi nelle parti o nei prodotti che lo compongono (siano esse organi, sangue, tessuti, cellule, gameti, DNA), suscettibili di circolare ed essere impiegati autonomamente per le finalità più disparate; esso è stato oggetto, in ultimo, di un processo di dematerializzazione che ha condotto alla contrapposizione tra «corpo elettronico» e «corpo fisico»³¹³. Questo complesso quadro deve confrontarsi, inoltre, con il massiccio impiego di sempre più moderne tecnologie (*in primis* quelle informatiche), volte ad implementare le tecniche di raccolta delle informazioni e di elaborazione di profili individuali³¹⁴, le quali comportano il rischio di una «frammentazione dell'io» in una pluralità di banche dati, che restituiscono una visione solo parziale e de-contestualizzata, e perciò potenzialmente pregiudizievole, dell'individuo e della sua identità³¹⁵.

Di tale frammentazione il singolo può peraltro persino essere del tutto ignaro e ciò attrae l'attenzione su un tema di estrema rilevanza del tutto pretermesso dal dibattito penalistico: quello della accresciuta vulnerabilità dell'individuo a fronte di possibili «furti» di identità genetica che, in considerazione delle peculiarità dei dati riprodotti o falsificati, assumono caratteri di particolare gravità e definitività. La gravità è accentuata dal fatto che il materiale genetico fornisce un complesso di informazioni che vanno ben al di là della mera identificazione della persona e che coinvolgono il gruppo biologico cui appartiene il soggetto³¹⁶.

³¹³ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, cit., p. 3 ss. Sul complesso tema del rapporto tra corpo e persona, in relazione ai concetti di identità e appartenenza, v. P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, cit., p. 99 ss. Sull'atteggiarsi della identità personale in internet, anche in rapporto alla riservatezza v. D. FALCINELLI, *Tempi moderni e cultura digitale: il valore patrimoniale dell'identità umana "on line"*, in "Indice pen.", 2015, p. 297 ss.

³¹⁴ Rileva F. MUCCIARELLI, *Informatica e tutela penale della riservatezza*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, cit., p. 179, che in assenza della capacità di elaborazione dei dati informativi la maggior parte delle informazioni raccolte sarebbe «un dato vuoto, muto, privo di una reale idoneità lesiva del bene protetto: sono il computer e i suoi programmi a trasformare i sassolini bianchi disseminati ad ogni passo in un sentiero ininterrotto, in una traccia sicura e spesso indelebile, che guida l'osservatore fin dentro il recinto della sfera privata di ciascuno di noi, disegnandone i tratti in maniera allarmantemente precisa».

³¹⁵ Cfr. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., p. 522; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, 2004, p. 148.

³¹⁶ Si tratta di preoccupazioni espresse anche dal Gruppo di lavoro *ex art. 29* Direttiva 95/46/CE nel menzionato documento di lavoro sui dati genetici del 2004: «*data la facilità con cui il materiale genetico può essere ottenuto all'insaputa della persona interessata e con cui informazioni importanti possono esserne successivamente estratte, sono necessarie norme rigorose per prevenire i pericoli legati a nuove forme di "furti d'identità", che sarebbero particolarmente pericolosi in questo settore*

Suggestivamente viene notato che, se è possibile sostituire la carta di credito o la *password* che siano state rubate, così non è per il materiale genetico, data l'impossibilità di recidere il legame tra l'individuo e l'informazione genetica³¹⁷(ma lo stesso può dirsi anche per i diversi tipi di dati biometrici, quali le impronte digitali, l'analisi dell'immagine delle dita, il riconoscimento dell'iride, la scansione retinica, la geometria della mano, il riconoscimento della forma dell'orecchio, il riconoscimento vocale, e così via)³¹⁸. Ciò fa risaltare la diversità del bene giuridico identità personale.

Non può dirsi che si tratti di uno scenario soltanto futuribile, come dimostra la recente vicenda processuale che ha preso le mosse dal furto delle provette contenenti il DNA degli abitanti dell'Ogliastra dal Parco Genos di Perdasdefogu, in Sardegna, nell'agosto del 2016³¹⁹.

Alla difficoltà di preservare il pieno controllo su questo nuovo corpo genetico, creato al di fuori della sua unità fisica, e scomponibile, disseminabile, manipolabile, falsificabile³²⁰, non corrispondono adeguatamente i tradizionali strumenti penalistici posti a tutela della intimità dell'esistenza. Occorre intro-

e potrebbero influire sulle relazioni di paternità e di maternità o persino rendere possibile l'utilizzo del materiale a scopi di clonazione. Per questo motivo, le norme relative ai dati genetici dovrebbero tener conto anche dello status giuridico dei campioni di DNA utilizzati per ottenere le informazioni in questione. Fra le questioni da considerare, va data particolare importanza all'applicazione dei numerosi diritti della persona interessata alla gestione di questi campioni, nonché alla distruzione e/o all'anonimizzazione dei campioni dopo l'ottenimento delle informazioni richieste» (p. 13).

³¹⁷ Sulla opportunità di introdurre una *criminal offence* di *DNA theft* nell'ordinamento statunitense v. E.E. JOH, *DNA Theft: recognizing the crime of nonconsensual genetic collection and testing*, in "Boston University Law Review", Vol. 91, 2011, p. 665 ss.

³¹⁸ Per un'introduzione al tema v. L. CUOMO, *Profili giuridici del trattamento biometrico dei dati*, in "Riv. it. med. leg.", 2014, p. 43 ss.; S. GIOTTO, *Il trattamento dei dati biometrici*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, cit., p. 1237 ss.; nonché, anche per uno sguardo al panorama internazionale, L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., p. 366 ss. In argomento v. pure S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, cit., p. 15 ss., il quale osserva che, nel caso di furto di dati biometrici (tra cui l'A. include anche il DNA), si è di fronte ad una «falsificazione totale dell'identità», sicché l'unico modo per evitare gli usi illegittimi da parte di altri è non ricorrere più allo strumento identificativo, con conseguente esclusione totale da tutti i sistemi che su di esso si basano.

³¹⁹ Sull'intricata vicenda, relativamente alla quale è in corso un'indagine penale per i reati di furto aggravato, peculato, abuso d'ufficio, falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici, violazione degli artt. 167, 169 co.1 e 170 Cod. *privacy*, e che ha visto anche la bancarotta della società Shardna – società che gestiva il progetto di ricerca volto a identificare i geni degli abitanti dell'Ogliastra, zona abitata da popolazioni che sono state isolate per secoli e che costituiscono un modello ideale in termini genetici, demografici ed ambientali per l'identificazione delle cause genetiche delle malattie multifattoriali e dei fattori di rischio ad esse associati (quali ipertensione, calcolosi urinaria, emicrania, obesità, malattie degli occhi e calvizie) -, nonché l'intervento del Garante della *privacy* che ha bloccato il trattamento dei dati, v. C. PRCIOCCI, R. DUCATO, L. MARTINELLI, S. PERRA, M. TOMASI, C. ZUDDAS, D. MASCALZONI, *Legal issues in governing genetic biobanks*, cit.

³²⁰ S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 22.

durre nuove e più incisive garanzie in materia di raccolta, uso, cessione, messa in circolazione di *campioni* genetici, prevedendo una apposita aggravante per i reati di illecito trattamento qualora il possesso dei dati derivi da raccolta non consensuale e non autorizzata di materiale genetico, nonché prevedere tutele penali mirate contro “furti” dell’identità genetica che assumano la forma di *cybercrimes*, come ben può accadere, per esempio, con riferimento ad esiti abusivi dell’incontrollato proliferare di test genetici *online*³²¹.

10. Conclusioni riassuntive.

Trattamento dei dati genetici e discriminazione su base genetica sono gli oggetti che hanno ispirato le due linee di ricerca proposte, entrambe accomunate all’inizio dal problema di definire il dato genetico e la correlata informazione. Sulla base definitoria è emerso che, al di là dell’accettabilità o no di un approccio genetico-centrico ispirato all’eccezionalismo genetico, le informazioni genetiche, per le loro peculiarità (attinenza alla salute, carattere predittivo, strutturale condivisione con altri soggetti, stabilità nel tempo) e per le loro potenzialità di impiego, anche discriminatorio, pongono problemi nuovi o quantomeno amplificano quelli che di regola si connettono all’impiego e alla circolazione della generalità dei dati sensibili, inclusi quelli sulla salute.

I dati genetici definiscono allo stesso tempo la specificità della persona e la sua appartenenza ad un gruppo, fornendo così una sua classificazione insieme individuale e sociale. Le informazioni genetiche costituiscono sì il nucleo più profondo dell’identità di un soggetto, lo rendono unico e lo distinguono da chiunque altro, ma le caratteristiche strutturali dei dati genetici inducono a prospettare uno scostamento del concetto di *privacy genetica* rispetto alla nozione generale di *privacy* o, comunque, una rimodulazione dello stesso: la forza del diritto all’autodeterminazione informativa sulla propria persona – diritto inclusivo tanto della corporeità (campione biologico) quanto delle informazioni da essa ricavabili – è temperata dalla dimensione plurisoggettiva del dato genetico. Questo costituisce un “ponte” tra le diverse generazioni umane, sicché i dati riferibili ad un singolo individuo “raccontano” indirettamente la storia biologica di tutti gli appartenenti alla medesima famiglia genetica/gruppo biologico. Questa condivisione dei dati genetici nell’ambito di un gruppo “aperto”, costituito da tutti coloro che condividono la medesima linea ereditaria, e peraltro proiettato verso le generazioni future, si riflette sulla titolarità del bene giuridico *privacy*, che assume anche una connotazione plurisoggettiva e superindividuale.

³²¹ V. *supra* cap. I, par. 2.2.

In tema di trattamento di tali dati, tuttavia, l'approccio alla protezione della riservatezza, quale emerge dall'autorizzazione generale del Garante n. 8/2016 e dal nuovo regolamento 679/2016 UE, si basa su un modello di tipo prevalentemente individualistico. Sebbene sia possibile, in linea di principio, ritenere l'interesse del gruppo biologico coinvolto nella tutela penale e punitivo-amministrativa predisposta dal Codice della *privacy* nelle figure (art. 167 e art. 164bis, co. 3) che considerano il pregiudizio e il nocimento, segnando i termini dell'offesa derivante dal trattamento in violazione di determinate disposizioni del Codice, un notevole limite alle istanze di tutela della "famiglia genetica" si costituisce per tali figure essenzialmente sulla base appunto della violazione dell'art. 26, secondo cui i dati sensibili, quali i dati genetici, possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante. La tutela dipende dalla circostanza che la prospettiva superindividuale sia presa in considerazione nell'autorizzazione del Garante – il che non è, allo stato, se non in misura estremamente limitata –, o dall'interessato nella decisione scritta sulla prestazione del consenso – il che devalorizza il bene superindividuale riducendolo nella disponibilità da parte del singolo.

Sul fronte dell'anticipazione della tutela penale, l'attuale disciplina posta a tutela dei dati genetici tramite l'art. 170 del Codice della *privacy* si rivela carente sotto il profilo del rispetto dei principi di legalità (*sub specie* tassatività/determinatezza) e di offensività. La struttura meramente sanzionatoria della fattispecie, costruita mediante il rinvio al provvedimento autorizzativo del Garante, se consente, da un lato, il costante aggiornamento del contenuto normativo del precetto, adeguandolo alle evoluzioni del complesso settore della genetica, comporta, dall'altro, ricadute negative in termini di intelligibilità del precetto stesso. L'intero sistema di tutela penale approntato dal Codice della *privacy* si caratterizza per la tendenza a presidiare con la sanzione penale la corretta funzionalità dell'Autorità garante, anziché beni giuridici ben più pregnanti – quale, appunto, la *privacy* e la *privacy* genetica in particolare –, realizzando così l'infelice connubio tra tecniche di anticipazione della tutela penale e amministrativizzazione del diritto penale.

Le critiche mosse da larga parte della dottrina penalistica all'impiego della sanzione penale quale presidio di mere funzioni o discipline amministrative, con conseguente "volatilizzazione" o "dematerializzazione" del bene giuridico, sono senz'altro condivisibili. Peraltro, con specifico riferimento al trattamento dei dati genetici, la "pubblicizzazione" della tutela del bene si deve alla natura ultraindividuale e ultrasensibile dei dati in questione, il cui trattamento richiede, tra l'altro, delicati bilanciamenti tra i diversi interessi in gioco, difficilmente "cristallizzabili" una volta per tutte nella fattispecie penale. È imprescindibile attribuire al Garante poteri normativi incisivi. Ed è imprescindibile che lo

strumento penale abbracci l'inosservanza delle regole relative al trattamento, stabilite dall'Autorità stessa, a condizione però che si intervenga, *de iure condendo*, temperando la fattispecie di inosservanza (art. 170) nel verso della determinatezza. Occorre al contempo selezionare, tra le varie inosservanze del provvedimento del Garante, quelle meritevoli di tutela penale, e diversificare la risposta sanzionatoria in relazione al grado di lesione del bene. Il che implica, tra l'altro, che talune inosservanze del provvedimento, quali ad esempio certe violazioni del diritto dell'interessato a ricevere le dovute informazioni al momento della raccolta dei dati genetici, ben potrebbero, in ossequio ai principi penalistici di frammentarietà e di sussidiarietà, transitare nell'alveo della tutela amministrativa.

D'altra parte, l'esigenza di complessiva riforma del sistema sanzionatorio approntato dal Codice della *privacy* si impone anche in considerazione del regolamento 679/2016 UE in materia di protezione dei dati personali, destinato a trovare diretta applicazione anche nell'ordinamento italiano dal 25 maggio 2018, che prevede sanzioni punitivo-amministrative assai rigorose e sostanzialmente penali, contro imprese, persone fisiche e persone giuridiche che non siano imprese (art. 83), incluse autorità pubbliche e organismi pubblici. Il legislatore italiano dovrà procedere ad una complessiva rivalutazione della conformità delle sanzioni nazionali rispetto al contenuto del nuovo regolamento europeo sulla *privacy*. Si prospetta, peraltro, un'operazione tutt'altro che agevole, stanti le notevoli discrasie sanzionatorie che connotano il complessivo sistema, soprattutto in ragione degli eccessi punitivi in cui cade il regolamento europeo, e della poca accuratezza che caratterizza in punto di sanzioni punitive le leggi-delega per l'attuazione del regolamento.

Quanto alla discriminazione genetica, si affronterà ora il tema. Emergerà tra l'altro il quesito se, posta la necessità di ripensare, in generale, le disposizioni penali rivolte alla protezione del corretto trattamento dei dati genetici, la tutela penale e punitivo-amministrativa in materia di *privacy* genetica, finora qui considerata, sia anche lo strumento di intervento più idoneo per tutelare il singolo contro discriminazioni fondate sulle sue caratteristiche genetiche, magari mediante opportuni aggiustamenti in tale direzione, o se, invece, occorranza più dedicati interventi come la predisposizione di una specifica disciplina penale *ad hoc* che reprima condotte di discriminazione genetica.

CAPITOLO III

LA DISCRIMINAZIONE GENETICA

1. Vulnerabilità genetica: il progresso biotecnologico e le nuove forme di discriminazione.

Il tema della “vulnerabilità genetica” – riferita al genoma stesso dell’individuo quale soggetto che non potrebbe essere “giudicato”, nei molteplici aspetti del proprio vivere sociale, a prescindere dai caratteri del suo corredo genetico³²² –, non è certo estraneo alla cultura giuridica italiana, specialmente in ambito costituzionalistico³²³ e lavoristico³²⁴. Tuttavia, la tutela della persona contro l’uso discriminatorio dei dati genetici e delle informazioni da essi ricavabili è un ambito pressoché inesplorato sotto il profilo penalistico.

La sensibilità per il contrasto delle discriminazioni su base genetica si è manifestata precocemente, come si dirà, nel contesto sociale e giuridico statunitense, non solo perché lì ha preso vita il progetto di mappatura del genoma umano³²⁵, ma anche per i peculiari caratteri del sistema socio-sanitario statunitense, fortemente sbilanciato verso logiche di profitto e “di mercato”. Queste logiche hanno sollecitato, prima che in altri ordinamenti, l’adozione di una specifica *genetic legislation* in materia di discriminazione³²⁶.

Attorno al problema della discriminazione genetica si registra ora una sempre maggiore attenzione anche al di fuori dell’ambito statunitense, sulla scorta di istanze nate anzitutto nel contesto sociale, in cui si avverte sempre più la necessità di una tutela contro i risvolti discriminatori di un uso illecito o scorretto delle informazioni genetiche. Tali “abusi” delle informazioni genetiche – spesso sostenuti da una lettura ideologicamente connotata dei dati ricavabili dai test

³²² P. SOMMAGGIO, *Tecnoentusiasti e tecnofobici: l’umano in transizione*, in C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Trento, 2014, p. 255.

³²³ Cfr. C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera dei diritti dell’uomo?*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa. XV Colloquio biennale*, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001, cit., p. 641 ss.; P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione*, cit., p. 1 ss.

³²⁴ A. TROJSI, «Biodiritto del lavoro» e tutela antidiscriminatoria: i dati genetici del lavoratore, in C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, cit., p. 497 ss.

³²⁵ V. *supra* cap. I.

³²⁶ Sul punto v. *infra* par. 8.

genetici, fondata su una concezione “fatalistica” della vita umana -, hanno rappresentato il momento promotore di richieste di una tutela “forte” contro nuove forme di aggressione alla persona umana e ai suoi diritti fondamentali, facendo così da propulsore degli interventi giuridici in materia.

Una forte sollecitazione in tal senso è giunta del resto anche dal contesto internazionale ed europeo, con l’adozione di numerosi strumenti normativi che, pur con diverso grado di vincolatività, sanciscono il divieto di discriminazione fondata sulle caratteristiche genetiche della persona³²⁷.

Si è così assistito, in altri ordinamenti giuridici, quali quello tedesco e francese, di cui si riferirà in questo capitolo, all’introduzione di forme di tutela anche penale contro questo tipo di discriminazione.

Il quadro così sinteticamente descritto, unitamente alle considerazioni svolte, nel capitolo precedente, con riguardo alle peculiarità che connotano le informazioni genetiche, suggeriscono, anche con riferimento all’ordinamento italiano, la necessità di una attenta riflessione sulla possibilità e sui limiti dell’impiego dello strumento penale per contrastare l’uso discriminatorio delle informazioni genetiche. Riflessione che non può che muovere dall’atteggiarsi del principio di uguaglianza/non discriminazione nell’ordinamento italiano, *in primis* a livello costituzionale.

2. Dignità umana, “*pari dignità sociale*”, vis espansiva del principio di eguaglianza.

Il principio di non discriminazione³²⁸ è ampiamente riconosciuto come espressione del più generale principio di eguaglianza³²⁹, del quale costituisce

³²⁷ V. *infra* par. 5 e s.

³²⁸ Sull’accezione prevalentemente negativa attribuita al termine “discriminazione”, rispetto al termine “distinzione”, nel linguaggio comune così come in quello giuridico v. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un’indagine comparata per un modello “europeo” dell’antidiscriminazione*, Padova, 2008, p. 39 s.; v. pure S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici*, Torino, 2015, p. 4 ss., la quale rileva come si registrino comunque ambivalenze semantiche nell’utilizzo del termine in ambito giuridico, come nel caso della connotazione talora positiva e talaltra negativa attribuita alla locuzione «discriminazione alla rovescia».

³²⁹ Sul principio di eguaglianza – «*principio generale che condiziona tutto l’ordinamento nella sua obiettiva struttura*» (cfr. Corte cost., 23 marzo 1966, n. 25, in “Giur. cost.”, 1966, p. 241), che influenza e orienta l’interpretazione delle altre disposizioni costituzionali (e non soltanto di quelle attributive di diritti e libertà) e che è anche vincolo comune a tutte le leggi ordinarie, quali ne siano i contenuti e i destinatari (così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 573 ss.) – la letteratura è vastissima: v., senza pretesa di completezza, N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995; M. CARTABIA, *Riflessi in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in A.A.V.v., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 415 ss.; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994; C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana*

il nucleo essenziale, e si identifica nel divieto di introdurre distinzioni fondate su criteri meramente soggettivi³³⁰. Esso, in sostanza, riflette l'idea che nessuno debba essere sottoposto ad un trattamento più sfavorevole o ingiusto a causa delle proprie caratteristiche personali che siano, nel contesto considerato, irrilevanti³³¹.

Si tratta di un principio fondamentale e distintivo degli ordinamenti democratici, che, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, trova riconoscimento a livello costituzionale nell'art. 3 Cost., il quale, da un lato, al comma 1, afferma l'eguaglianza formale di tutti i cittadini davanti alla legge e individua una serie di specifici divieti di discriminazione³³², e, dall'altro, al comma 2, introduce il principio di eguaglianza in senso sostanziale³³³. I divieti di discriminazione ivi elencati non vanno intesi in senso rigido e assoluto, giacché le distinzioni basate su tali fattori sono possibili, ed anzi necessarie, purché non siano arbitrarie³³⁴.

La pari dignità sociale, anch'essa enunciata nell'art. 3, 1° comma, è precondizione del principio di uguaglianza e, al contempo, ne qualifica il contenuto³³⁵.

– Saggi, Padova, 1954, p. 25 ss.; A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, p. 159 ss.; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965; A. PIN (a cura di), *Il diritto ed il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, 2015; F. RESCIGNO (a cura di), *Percorsi di uguaglianza*, Torino, 2016; F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in "Costituzionalismo.it", n. 3/2017; in prospettiva penalistica v. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

³³⁰ A. CERRI, *Uguaglianza*, cit., p. 3 ss.

³³¹ Sul punto v., anche con riguardo al rapporto tra tutela dell'identità personale e lotta alla discriminazione, B. PASTORE, *Dignità umana e discriminazioni*, in "Notizie di POLITEIA. Rivista di etica e scelte pubbliche", 2009, p. 80 ss. Con specifico riguardo alla discriminazione genetica v., per tutti, A. HENDRIKS, *Genetics, data protection and non-discrimination: some reflections from an international human rights law perspective*, in "Medicine and Law", vol. 20, 2001, p. 37.

³³² L'insieme dei divieti di discriminazione («senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali») sancito dal comma 1 dell'art. 3 Cost. è stato definito dalla dottrina come il "nucleo forte" del principio di uguaglianza: sul punto v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2017, p. 519 ss.

³³³ Come è noto il principio di uguaglianza si declina come norma richiedente, accanto al trattamento uguale di situazioni uguali, il trattamento ragionevolmente differenziato di situazioni oggettivamente diverse. Il principio di eguaglianza "formale" – enunciato cioè come formula astratta – si rivolge essenzialmente al legislatore, vincolandolo al rispetto del principio di ragionevolezza; il principio di uguaglianza "sostanziale" – espresso attraverso il precetto della rimozione degli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini – è norma programmatica che attribuisce all'ordinamento il compito di garantire a coloro che di fatto risultano diversi dagli altri, di godere degli stessi diritti e di esercitare le stesse libertà, in funzione correttiva o compensativa della disuguaglianza. Sulla genesi e sulla portata dell'art. 3 v., oltre alla dottrina citata *supra* nota 329, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, A. CELOTTO, *Commento all'art. 3, primo comma*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 65 ss.; A. GIORGIS, *Commento all'art. 3, secondo comma*, *ivi*, p. 88 ss.

³³⁴ V. L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in AA.Vv., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 659.

³³⁵ La Costituzione italiana non dedica alla dignità umana una disposizione di carattere generale, paragonabile all'art. 1 della *Grundgesetz* tedesca, che sancisce l'intangibilità della *Menschenwürde*

Il principio “personalistico”, che ispira la Costituzione repubblicana, si innesta nell’idea che ogni cittadino è ugualmente meritevole di considerazione da parte della società: la pari dignità sociale funge allora da limite assoluto alle qualificazioni e distinzioni poste dal legislatore³³⁶ ma è, altresì, regola immediata di disciplina nei rapporti tra le persone, valevole nei confronti di tutti, indipendentemente da una attuazione legislativa³³⁷. La Costituzione riconosce, in via astratta e generale, l’intangibilità dell’eguale possibilità di sviluppo della personalità del singolo, esprimendo al contempo il rifiuto a che l’essenza degli individui come esseri relazionali possa essere menomata o limitata dalle loro condizioni sociali³³⁸. La formula costituzionale della “pari dignità sociale” pare dunque orientata a preservare il nucleo intangibile di dignità presente in ciascun individuo nello svolgimento della propria personalità nella sfera sociale³³⁹. Si può dunque affermare che il nucleo primigenio, costante ed imprescindibile, del fenomeno discriminatorio è costituito proprio dalla lesione del fondamentale principio costituzionale che disegna la società come comunità di uomini ordinata secondo la parità sociale³⁴⁰. In questo senso può ben dirsi che la pari dignità sociale assume

e impegna tutti i poteri dello Stato a garantirne il rispetto e la tutela (per un commento e ulteriori riferimenti bibliografici v. W. HÖFLING, *Art. 1*, in M. SACHS (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Aufl., beck-online 2018); tuttavia di essa si fa esplicito riferimento, oltre che nell’art. 3, anche in altri articoli della Costituzione (artt. 36, 41 Cost.) ed è inoltre concetto implicitamente richiamato in numerose altre norme costituzionali, tra cui *in primis* l’art. 2, laddove la dignità umana è da intendersi collegata al principio personalista che permea la Costituzione e alla garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo. Sul complesso tema del significato e del ruolo da attribuire al valore “dignità-umana” nel sistema giuridico-costituzionale cfr., per un primo approccio e con diversità di accenti, G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in “Rivista AIC”, n. 4/2014, p. 1 ss.; P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de’ Santi*, II, Milano, 2007, p. 1357 ss.; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in “Rivista AIC”, n. 1/2011, p. 1 ss.; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell’interpretazione e topica costituzionale*, in “Quaderni costituzionali”, n. 2, 2014, p. 315 ss.

³³⁶ In questi termini F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, cit., p. 16 ss.

³³⁷ A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, p. 33 s.; sul dibattuto tema dell’applicabilità del principio di uguaglianza anche all’autonomia privata (nel senso cioè della sussistenza di un vincolo generale a non operare distinzioni arbitrarie o arbitrarie assimilazioni valevole per la massa indifferenziata delle manifestazioni di autonomia privata), strettamente connesso a quello relativo alla configurabilità di un diritto costituzionale all’uguaglianza (su cui v. *infra*, nel testo) v. pure, in diversa prospettiva, L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, cit., p. 240 ss.; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, cit., p. 4; nonché, ampiamente, D. STRAZZARI, *op. cit.*, p. 51 ss.

³³⁸ Sul punto v. C. ROSSANO, *L’eguaglianza giuridica nell’ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, p. 376.

³³⁹ In questo senso v. P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche*, cit., p. 6.

³⁴⁰ V. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011, al quale si rinvia anche per una disamina delle dinamiche di formazione del pregiudizio sociale che conduce alla discriminazione quale negazione della pari dignità del “diverso”.

nell'art. 3 Cost. un ruolo di apertura verso il legame essenziale fra solidarietà e dignità, verso il superamento della contraddizione tra eguaglianza e diversità intesa come premessa di discriminazione³⁴¹.

Si dibatte, in seno alla dottrina costituzionalista³⁴², circa la sussistenza di un diritto costituzionale all'eguaglianza o alla non discriminazione, inviolabile e valevole *erga omnes*. Il tema, tra l'altro, come si dirà, trae sempre nuova linfa dalle sollecitazioni in tal senso provenienti dal diritto internazionale ed europeo³⁴³. Peraltro, come si vedrà³⁴⁴, nella prospettiva penalistica che anima questa indagine, non è tanto la lesione del diritto fondamentale a non essere discriminati, quanto piuttosto il *vulnus* recato alla pari dignità che si pone a fondamento dell'intervento penalistico di repressione del fenomeno discriminatorio.

Intanto occorre, prodromicamente, focalizzare l'attenzione sui fattori di discriminazione. Si è, invero, assistito, in tempi recenti, ad un processo di progressivo ampliamento delle cause di discriminazione, le quali rappresentano una sorta di catalogo aperto in costante evoluzione, variabile a seconda dei contesti socio-culturali³⁴⁵. Si tratta di una tendenza che caratterizza, *in primis*, il contesto europeo, come emerge evidente dalle direttive europee sulla non discriminazione³⁴⁶, caratterizzate da una molteplicità di regole, differenziate da caso a caso, corredate di nuovi strumenti antidiscriminatori, di nuove tipologie di divieti di discriminazione e di una lunga lista di eccezioni alle regole prestabilite³⁴⁷.

È, del resto, il concetto stesso di "discriminazione" che, a fronte dell'accresciuta sensibilità sul tema, tende a declinarsi in (potenzialmente) infinite specificazioni, tant'è che si parla, sovente con una certa vaghezza, di discriminazione "educativa", "economica", "procreativa", "civile" e così via³⁴⁸.

Accanto alle discriminazioni "classiche" (quale ad esempio quella fondata

³⁴¹ G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, cit., p. 15.

³⁴² Sul punto v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, A. AMBROSI, *op. ult. cit.*, p. 31 ss.; A. GUZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, cit., p. 196 ss.

³⁴³ V. *amplius infra* par. 5 s.

³⁴⁴ V. *infra* par. 6.

³⁴⁵ Sul punto C. FARALLI, *Verso una nuova e diversa forma di discriminazione: la discriminazione genetica*, cit., p. 97.

³⁴⁶ Per una panoramica sulla normativa europea, cfr. il *Manuale europeo della non discriminazione*, 2011, realizzato dall'Agencia dell'Unione Europea dei Diritti Fondamentali (FRA); E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2012; D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (eds), *Non discrimination law*, Oxford, 2007; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Bologna, 2009.

³⁴⁷ M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 416.

³⁴⁸ V., per un primo approccio sulle più recenti configurazioni delle pratiche discriminatorie, gli scritti raccolti sotto il titolo *Le nuove frontiere della discriminazione*, in "Notizie di POLITTEIA. Rivista di etica e scelte pubbliche", 2009, p. 77 ss.; T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni: società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, 2008.

sulla razza) si assiste dunque all'affermarsi di altre, inedite, forme di discriminazione – quale, appunto, quella fondata sulle caratteristiche genetiche della persona – che sono il portato degli incessanti sviluppi delle biotecnologie. Proprio gli avanzamenti scientifici e tecnologici hanno invero segnato un nuovo (l'eterno?) “ritorno” della discriminazione su base biologica, affacciata più volte nella storia umana e mai, per vero, definitivamente contrastata: basti pensare alla discriminazione fondata sulla razza o sul genere³⁴⁹. Si tratta di forme di discriminazione che individuano una differenza “naturale”, ossia una caratteristica biologica, da assumere quale aspetto rilevante su cui fondare il diverso trattamento tra individui: l'elemento “naturale” selezionato, descrittivo di uno stato di cose non aventi di per sé un valore o un disvalore, viene letto alla luce di criteri variabili e ideologicamente connotati, di regola giustificati con il richiamo ad un dato certo o presunto tale, quale quello scientifico³⁵⁰ o pseudo-scientifico. Sul piano delle dinamiche sociali ciò si riflette nell'associare indebitamente una qualità ipotetica negativa alle caratteristiche biologiche effettivamente esistenti, dando vita così al pregiudizio³⁵¹, sulla base del quale viene emesso un giudizio di valore da cui si ricava l'indegnità (o la minore dignità) del “diverso” e la conseguente sottoposizione ad un trattamento deteriore³⁵². Si tratta peraltro di forme di discriminazione particolarmente odiose, stante l'assenza di relazione con qualsivoglia possibilità di scelta individuale circa il fattore discriminante, il quale consiste in caratteristiche biologiche come tali non imputabili al soggetto e del tutto indipendenti dalla sua volontà o dal suo comportamento.

Nel contesto della lotta alle discriminazioni biologiche si inseriscono appunto quelle istanze sociali che premono, a livello internazionale, europeo e nazionale, per una tutela anche giuridica contro forme di classificazione sociale connesse alle caratteristiche genetiche: si tratta di istanze nate sotto il peso

³⁴⁹ S. SALARDI, *Il ritorno della disegualianza biologica*, in “Federalismi.it”, n. 21/2017, p. 1 ss., reperibile sul sito internet <http://www.federalismi.it>. L'A. rileva come vi siano tre principali tipologie di discriminazioni: quelle che fanno leva sull'elemento biologico (inclusive delle discriminazioni sulla base del patrimonio genetico), quelle fondate su differenze di *status* (cittadino-straniero/apolide) e, infine, quelle che si basano su differenze socio-culturali (opinioni politiche, religiose, morali, culturali, ecc.).

³⁵⁰ Sul punto ampiamente S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto*, cit., p. 7 ss., la quale richiama a titolo di esempio i diversi, benché mai risolutivi, tentativi, rinvenibili nella storia della medicina, di spiegare le caratteristiche delle diverse etnie umane in termini di differenze in un dato elemento biologico o genetico, in quanto considerato immutabile e, pertanto, intersoggettivamente verificabile. Sulla strumentalizzazione della scienza al fine di suffragare forme di discriminazione v., con specifico riguardo alla discriminazione di genere, S. TUGNOLI PÀTTARO, *Discriminazione tra genere e scienza*, in “Notizie di POLITEIA, Rivista di etica e scelte pubbliche”, 2009, p. 86 ss.

³⁵¹ Sul pregiudizio come fenomeno sociale N. BOBBIO, *La natura del pregiudizio*, in ID., *Elogio alla mitezza ed altri scritti morali*, Milano, 1998, p. 107.

³⁵² V. L. SITZIA, *op. cit.*, p. 15 ss.

storico delle passate politiche eugenetiche³⁵³, ma che hanno ricevuto una spinta decisiva con la comparsa di quella specifica categoria di soggetti, inesistente fino alla metà del secolo scorso, definiti con il termine di «*unpatients*» o «malati di rischio», di cui già si è detto³⁵⁴, i quali hanno la caratteristica di non essere né malati, né sani, ma di avere una predisposizione o suscettibilità allo sviluppo futuro di una patologia genetica. La nascita di questa nuova categoria sociale è il portato dello sviluppo della ricerca biomedica in tema di analisi genetiche e del contestuale ricorso ad esse da parte di un numero sempre maggiore di individui. Se il principale obiettivo della conoscenza dei dati genetici è quello offrire la possibilità di attuare efficaci misure di prevenzione rispetto allo sviluppo di future patologie, tuttavia l'accresciuta disponibilità delle informazioni genetiche comporta il rischio dell'instaurarsi di prassi discriminatorie e dell'applicazione, da parte di poteri economici forti, di politiche di esclusione sulla base della valutazione di un elemento genetico, destinato a valere quale determinante assoluto e incontrovertibile delle storie dei singoli³⁵⁵.

La lesione della pari dignità sociale che ne consegue chiama in causa ancora una volta il canone dell'uguaglianza e la sua "innata" vis espansiva, capace di plasmare la clausola costituzionale (art. 3) di un costante rinnovamento di contenuti e, con essi, delle fattispecie ricomprese nel suo ambito di operatività³⁵⁶. Ecco allora che anche l'identità genetica, che rappresenta la diversità biologica più "intima" tra gli esseri umani, si candida ad assurgere ad elemento idoneo a rivendicare il diritto ad un trattamento non irragionevolmente discriminante, in ossequio alla cennata più moderna accezione di eguaglianza, la quale, accogliendo la natura relazionale dell'individuo, si pone a garanzia dello sviluppo e della promozione della sua personalità nella dimensione sociale. Si tratta, in sostanza, di garantire, nell'ottica personalistica della Costituzione, l'eguale dignità degli individui nella pluralità delle differenze (anche genetiche).

Proprio il divieto costituzionale di produrre discriminazioni arbitrarie nel tessuto sociale apre l'ulteriore prospettiva di riflessione relativa al rapporto intercorrente tra eguaglianza/non discriminazione e tutela della *privacy*, nello specifico aspetto del diritto alla protezione dei dati personali³⁵⁷. Il diritto di con-

³⁵³ Basti pensare ai programmi eugenetici nazisti: sul punto e, più ampiamente, sulla possibilità e sui limiti di una repressione, mediante il diritto penale internazionale, di fatti gravi che attengono alla sfera biogiuridica v. R. BORSARI, *Diritto penale internazionale e biodiritto*, cit., p. 707 ss.

³⁵⁴ V. *supra* cap. I, par. 2.2.

³⁵⁵ S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto*, cit., p. 10 s.

³⁵⁶ P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche*, cit., p. 1 s., la quale rileva come anche un principio "classico" come quello dell'eguaglianza non cessi di assumere sfumature e dimensioni applicative inedite, nel suo continuo relazionarsi con altri valori costituzionali e con le esigenze che trovano radicamento e sviluppo nel contesto evolutivo della società.

³⁵⁷ V. *supra* cap. II.

trollare i dati e le informazioni relative alla propria persona rileva invero con riguardo alla relazione della persona con il mondo esterno, e, dunque, nella dimensione sociale³⁵⁸. In tal senso la *privacy* opera anche come strumento per prevenire un uso discriminatorio dei dati personali³⁵⁹, particolarmente con riguardo al potere di controllo (individuale e sociale) che può derivare dalla disponibilità di informazioni concernenti gli ambiti più sensibili della dimensione soggettiva (la salute, l'origine etnica e le caratteristiche biologiche)³⁶⁰. La *privacy* diventa così condizione per il rispetto dello stesso principio di eguaglianza³⁶¹. La *privacy* genetica e l'istanza di non discriminazione ad essa correlata si pongono dunque come valori immanenti alla natura umana, e quindi come beni costituzionalmente fondati, la cui tutela deve impegnare l'ordinamento³⁶².

Se spetta dunque all'ordinamento assicurare l'uguaglianza anche in ragione della diversità genetica, occorre allora interrogarsi su quale ruolo possa in tal senso essere svolto dallo strumento penale ed eventualmente su quale piano, cioè se su quello della repressione della discriminazione in quanto tale, ovvero su quello del potenziamento della tutela penale della *privacy*. La valutazione dell'adeguatezza dello strumento da impiegare richiede, in ogni caso, e preliminarmente, una migliore comprensione del fenomeno della discriminazione genetica e dei suoi multiformi aspetti.

2.1. Informazioni genetiche e rischio di discriminazione o stigmatizzazione.

La capacità delle informazioni relative al patrimonio genetico di disvelare non solo la condizione di salute attuale dell'individuo, ma altresì la sua predisposizione verso talune malattie, comporta, come si è detto³⁶³, evidenti vantaggi,

³⁵⁸ G. TIBERI, *Riservatezza e protezione dei dati personali*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 352.

³⁵⁹ Sul tema v., ampiamente, J. L. ROBERTS, *Protecting Privacy to Prevent Discrimination*, in "William & Mary Law Review", vol. 56, 2015, p. 2097 ss.

³⁶⁰ P. TORRETTA, *op. ult. cit.*, p. 5.

³⁶¹ In tal senso v. S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, cit., p. 18. V. pure P. TORRETTA, *op. loc. cit.*, la quale osserva, in proposito, che «sembra, in sostanza, che l'aspetto di socialità che integra la tutela contro trattamenti discriminatori possa essere il collante capace di saldare i valori/diritti della/alla *privacy* e della/alla eguaglianza, in un connubio che impegna l'ordinamento ad adoperarsi affinché l'individuo non sia esposto a conseguenze sfavorevoli nell'ambito dei rapporti con i suoi simili e con i poteri pubblici, in ragione delle sue più profonde (in quanto biologiche) radici».

³⁶² V. ancora P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche*, cit., p. 8 s.: «La carica evolutiva dei diritti all'eguaglianza mostra come anche la tutela della *privacy* genetica, e il conseguente divieto di discriminazione in ragione del profilo biologico personale, possano trovare ancoraggio in una solida cornice costituzionale di riferimento, a partire dall'affermazione del principio personalista, articolato nei corollari delle garanzie di libertà e dignità umana, del diritto all'autodeterminazione, alla sfera privata e ad uguali opportunità di sviluppo (artt. 2, 3, 13, 14, 41, Cost.)».

³⁶³ V. *supra* cap. I, par. 2.2.

per esempio a livello di medicina predittiva e individualizzata, giacché il soggetto interessato potrà decidere di sottoporsi a determinate cure o di modificare il proprio stile di vita, adottando comportamenti volti ad evitare o limitare il rischio di insorgenza di una malattia per la quale risulta essere predisposto.

Al contempo, tuttavia, per una sorta di infelice paradosso³⁶⁴, la circolazione e l'utilizzazione impropria di questi dati sono suscettibili di porre il singolo in una condizione di "fragilità", che può riverberarsi negativamente sui suoi rapporti pubblici e privati ed ostacolarne le relazioni sociali, e possono dare vita a nuove forme di discriminazione, fondate appunto su base genetica³⁶⁵. Ciò può accadere, ad es., in ambito lavorativo, assicurativo o bancario, laddove i datori di lavoro, le compagnie assicurative o le banche (ad es. nella concessione di mutui) potrebbero discriminare lavoratori e clienti sulla base di dati genetici ritenuti "anomali"³⁶⁶, o, più in generale, nel tessuto sociale in cui il soggetto è inserito, ove sia reso noto alla comunità che tale soggetto risulta avere una predisposizione genetica verso una certa malattia o un determinato tipo di comportamento³⁶⁷, oppure che risulta essere schedato in una biobanca a fini forensi.

Da più parti si è richiamata l'attenzione sul rischio che possa affermarsi

³⁶⁴ Al c.d. "paradosso genetico" fa riferimento M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, cit., p. 406: ai potenziali effetti benefici derivanti per il soggetto dalla conoscenza di predisposizioni verso determinate malattie si accompagna il rischio, per il medesimo soggetto, di strumentalizzazioni o illecite utilizzazioni di tali informazioni genetiche, in particolare per i pericoli connessi alla lesione della dignità e di altri diritti fondamentali, *in primis* il diritto alla *privacy*, con conseguenze discriminatorie per la vita di relazione.

³⁶⁵ Sul tema v. intanto, anche in prospettiva comparatistica, C.M. ROMEO CASABONA, *Genetic Privacy and non-discrimination*, cit., p. 141 ss.; P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche*, cit., p. 1 ss.; J.H. GERARDS, A.W. HERINGA, H.L. JANSSEN, *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, cit., *passim*; G. QUINN, A. DE PAOR, P. BLANCK (eds.), *Genetic Discrimination*, cit., *passim*.

³⁶⁶ Le informazioni genetiche potrebbero essere utilizzate in danno del soggetto interessato, il quale potrebbe, ad es., non essere assunto o essere pagato meno di un altro in quanto ritenuto "soggetto a rischio", o potrebbe vedersi rifiutata la polizza assicurativa o, ancora, potrebbe essere in qualche misura penalizzato per aver adottato, nella consapevolezza della propria suscettibilità a sviluppare una certa malattia, uno stile di vita che ne ha favorito l'insorgenza. Sull'impiego delle informazioni genetiche in ambito lavorativo ed assicurativo e sui connessi rischi discriminatori si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, cit., p. 389 ss.; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 29 ss.; A. TROJSI, *Genetic Data and Labour Law*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, cit., p. 71 ss.

³⁶⁷ Ulteriore conseguenza, anch'essa paradossale, risiede nel fatto che proprio coloro che potrebbero maggiormente beneficiare degli studi e delle ricerche sulla valenza predittiva delle informazioni genetiche, sulle correlazioni tra determinate anomalie genetiche e l'insorgere di talune patologie, o sull'incidenza dei fattori ambientali e personali sulle mutazioni del genoma, spesso vi si sottraggono per timore di subire un possibile pregiudizio, così impedendo o comunque rallentando il progresso delle conoscenze necessarie a una migliore comprensione del fenomeno: v. E. SPILLER, *Le implicazioni giuridiche della ricerca genetica. Spunti dal Genetic Information Nondiscrimination Act*, cit., p. 315.

la pericolosa tendenza a ridurre i molteplici profili dell'identità dell'individuo prevalentemente (se non esclusivamente) al suo corredo genetico, considerando come condizioni effettive quelle che sono invece soltanto condizioni ipotetiche³⁶⁸: in altri termini, può esservi il pericolo che si verifichi la tendenza a trattare il soggetto cui è stata diagnosticata una predisposizione verso un certo tipo di comportamento o ad una certa malattia come se il comportamento o la malattia fossero già in atto, e ciò anche se in molti casi il comportamento o la malattia potrebbero non manifestarsi mai, posto che la relazione tra il genotipo e il fenotipo – cioè tra la maturazione genetica e la effettiva manifestazione nel comportamento del soggetto o nella malattia – è condizionale, incerta e comunque ancora scarsamente compresa³⁶⁹. Del resto, il rischio che le condizioni genetiche possano essere fonte di pratiche discriminatorie è stato avvertito già subito dopo il completamento della mappatura del genoma umano³⁷⁰, come emerge anche dal menzionato parere del 1994 del Comitato Nazionale di Bioetica in tema di *Progetto Genoma Umano*, in cui si rileva come le ampliate conoscenze sul genoma umano abbiano portato con sé il rischio di pericolose aperture a «visioni esclusivamente biologiche della persona e a discriminazioni ed ineguaglianze giustificate sul piano delle discriminazioni genetiche»³⁷¹. Ciò riflette la natura anfibia della genetica, la quale oscilla sempre tra due prospettive: quella ad indirizzo medico-predittivo riguardante il singolo, e quella socio-politica riguardante i gruppi umani o l'intera umanità, ossia tra una prospettiva di conoscenza-terapia ed una prospettiva ideologica³⁷².

Il pericolo è dunque quello del verificarsi di quella che è stata definita come «una nuova forma, più sofisticata e tecnologica, di “predeterminazione lombrosiana”, secondo cui a determinate caratteristiche genetiche non possono che corrispondere determinati aspetti della vita, del comportamento e del destino dell'uomo»³⁷³. Questo “fatalismo genetico”, tendente a trarre dalla (sola) lettu-

³⁶⁸ C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera dei diritti dell'uomo?*, cit., p. 643 s.

³⁶⁹ V. D. NELKIN, *Bioetica e diritto*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., p. 154. Sull'attitudine dei dati genetici ad acquisire plurimi significati a causa del loro «carattere criptico», proiettato nel tempo e oltre la persona, v. pure A. SANTOSUOSSO, *Genetica, diritto e giustizia: un futuro già in atto*, in A. SANTOSUOSSO, C. A. REDI, S. GARAGNA, M. ZUCCOTTI (a cura di), *I giudici davanti alla genetica*, Pavia-Como, 2002, p. 26.

³⁷⁰ Gli stessi promotori del *Progetto Genoma Umano* costituirono uno speciale *working group*, l'*Ethical, Legal, and Social Implications (ELSI) Program*, con l'obiettivo di individuare le potenziali problematiche di tipo etico, legale e sociale emergenti dal sequenziamento del genoma umano e di sviluppare le adeguate *policy options* per affrontare tali questioni.

³⁷¹ Comitato Nazionale di Bioetica, *Progetto Genoma Umano*, cit., p. 7.

³⁷² Così P. SOMMAGGIO, *Umano post umano. I rischi di un uso ideologico della genetica*, in “Diritto e questioni pubbliche”, 2008, p. 217.

³⁷³ In questi termini C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera dei diritti dell'uomo?*, cit., p. 644.

ra del DNA dell'individuo incontrovertibili rivelazioni su un futuro ineluttabilmente predeterminato, senza che vi sia spazio alcuno per l'interazione di altri fattori e per la volontà del singolo³⁷⁴, non solo ha conseguenze pregiudizievoli "all'esterno", nei rapporti sociali, ma si risolve altresì in un forte condizionamento della libertà esistenziale della persona³⁷⁵.

Peraltro, oltre agli specifici rischi discriminatori che possono determinarsi in taluni settori dell'agire umano, quale quello assicurativo o lavoristico, il pericolo connesso a quella che è stata efficacemente definita come la «mistica del DNA»³⁷⁶, o «geneticizzazione della società»³⁷⁷, è, più in generale, quello di dare vita ad un'organizzazione sociale fortemente connotata da criteri genetici di

³⁷⁴ C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in "Humanitas", n. 4, 2004, p. 841 ss. Sul tema del "fatalismo genetico" e nel senso della necessità di un radicale a-genetismo, v. pure B. DUDEN, *Die Gene im Kopf-der Fötus im Bauch. Historisches zum Frauenkörper*, Hannover, 2002, ed. it. *Il gene in testa e il feto nel grembo*, Torino, 2006, p. 236 ss., secondo cui l'"asservimento al gene", sorta di profezia che si avvera nell'io, conduce all'oscuramento dell'io stesso, sostituendo la personalità, la morale, l'unicità dell'essere e del comportamento con una interpretazione biologica della condotta di vita.

³⁷⁵ Sul punto v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 218, che pone il problema anche in relazione al "diritto di sapere" del singolo, nel senso che laddove non vi sia una assoluta e rigida predisposizione genetica con la quale misurarsi, una integrale conoscenza delle proprie informazioni genetiche può distorcere le modalità di interazione con l'ambiente e, dunque, il libero sviluppo della personalità. Sul tema del diritto all'autodeterminazione informativa in relazione ai dati genetici v. L. CHIEFFI, *Analisi genetica e tutela del diritto alla riservatezza. Il bilanciamento tra il diritto di conoscere e quello di ignorare le proprie informazioni biologiche*, in *Studi in onore di V. Atripaldi*, Napoli, 2010, p. 853 ss.

³⁷⁶ D. NELKIN, M.S. LINDEE, *The DNA Mystique. The gene as a cultural icon*, cit.: rilevano le autrici come il gene sia divenuto «a cultural icon, a symbol, almost a magical force. The biological gene – a nuclear structure shaped like a twisted ladder – has a cultural meaning independent of its precise biological properties» (p. 2). Il gene e la genetica vengono dunque chiamati in causa sia nei comportamenti dei singoli, sia nell'organizzazione sociale, divengono essenza dell'identità e fonte della differenza sociale, e sinanco equivalente dell'anima: «In a diverse array of popular and institutional settings, the gene has become a supergene, an almost supernatural and deterministic entity that has the power to define identity, determine human affairs, dictate human relationships, and explain social problems. In this construct, human beings in all their complexity are seen as products of a molecular text. And this text appears in popular culture as the equivalent of a soul, the immortal site of the true self and the determinant of fate» (p. 199).

³⁷⁷ Cfr. A. LIPPMAN, *Prenatal Testing and Screening: Constructing Needs and Reinforcing Equalities*, in "American Journal of Law and Medicine", vol. 17, 1991, p. 15 ss.: «Geneticization refers to an ongoing process by which differences between individuals are reduced to their DNA codes, with most disorders, behaviors and physiological variations defined, at least in part, as genetic in origin. It refers as well to the process by which interventions employing genetic technologies are adopted to manage problems of health. Through this process, human biology is incorrectly equated with human genetics, implying that the latter acts alone to make us each the organism she or he is». V. pure, nel senso di un ridimensionamento, rispetto a quanto teorizzato da Lippman, dell'effettivo impatto della genetica sulla trasformazione della società e dell'approccio alla gestione della salute, K. WEINER, P. MARTIN, M. RICHARDS, R. TUTTON, *Have we seen the geneticisation of society? Expectations and evidence*, in "Sociology of Health & Illness", vol. 39, p. 987 ss.

classificazione e controllo³⁷⁸. Di ciò pare potersi trarre testimonianza dal continuo incremento delle banche dati genetiche³⁷⁹ e dalla diffusa politica di *screening* genetici, attuata in numerosi Paesi, volta alla realizzazione di schedature genetiche non giustificate da necessità terapeutiche³⁸⁰, bensì strumentali a forme di controllo sociale e a politiche di esclusione.

Non solo. Vi è l'ulteriore rischio rappresentato dall'estensione del modello della c.d. "sorte costitutiva genetica" (nel senso che è la lotteria naturale, cioè il caso, ad assegnare uno specifico profilo genetico, con riguardo al quale si è esentati dall'attribuzione di qualsivoglia responsabilità morale, verso sé o gli altri) anche al di là della sfera del binomio salute/malattia³⁸¹, fino ad investire anche i comportamenti antisociali e delittuosi.

Un esempio in tal senso sono gli studi criminologici e i correlati interventi di prevenzione della criminalità attuati, sulla base delle informazioni genetiche, negli Stati Uniti d'America: si pensi all'ideazione, avvenuta nel corso dell'amministrazione Bush Senior, del programma *Violence Prevention Initiative*, che prevedeva l'attuazione di una procedura di *screening* su circa centomila bambini provenienti da zone ad alto tasso di delinquenza, al fine di identificare «criminali potenziali» da sottoporre a programmi di modificazione riabilitativa del comportamento³⁸².

Più in generale, nell'ottica del diritto penale ciò evoca lo spettro dell'affermarsi di nuove forme di "determinismo" o "riduzionismo" biologico³⁸³, legate al

³⁷⁸ M. CROCE, *Genetica umana e diritto: problemi e prospettive*, in U. BRECCIA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, p. 89.

³⁷⁹ Uno dei primi (e più noti) grandi archivi di dati genetici realizzati su base nazionale è stato quello creato in Islanda nel 1998, con la controversa istituzione dell'*Health Sector Database*, banca dati destinata alla raccolta non solo di informazioni genetiche ma anche sanitarie e genealogiche dell'intera popolazione islandese, la cui realizzazione è stata affidata ad una società biofarmaceutica privata (la *deCODE Genetics*), peraltro successivamente fallita. Sulla biobanca islandese e, più in generale, sui problemi giuridici connessi alla creazione e alla gestione delle biobanche v. A. SANTOSUOSSO, I. A. COLUSSI, *Diritto e genetica delle popolazioni*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, cit., p. 351 ss. V. anche *supra* cap. II, par. 8.

³⁸⁰ M. CROCE, *Genetica umana e diritto: problemi e prospettive*, cit., p. 89.

³⁸¹ Cfr. M. GALLETTI, *Oltre il "riduzionismo genetico". I test genetici tra destino, rischio e responsabilità*, in C. FARALLI, M. GALLETTI (a cura di), *Biobanche e informazioni genetiche*, cit., p. 159 ss., anche con riferimento al passaggio dalla concezione della "sorte genetica" alla responsabilità dell'individuo, anche nei confronti degli altri, per la gestione del proprio rischio genetico.

³⁸² Sul punto v. D. NELKIN, M.S. LINDEE, *The DNA Mystique*, cit., p. 159 ss., le quali, con riferimento alla *Violence Prevention Initiative*, precisano come «those who appeared likely to cause problems would then be sent to special day camps where they would participate in remedial, behavioral modification programs to help them avoid their fate».

³⁸³ Sul tema v. F. ZANUSO, *Alla ricerca di Mister Hyde. Alcune considerazioni sulla genetica forense e sul razionalismo penale*, p. 325 ss.: «Oggi, l'eterna tentazione di "confinare" il male, definendolo con una accurata e verificabile descrizione, è più viva che mai e si ammanta ancora una volta delle vesti della scientificità; ricorre, per l'esattezza, alle vesti più à la page, ossia a quelle offerte dalle

dirompente impatto della genetica (così come delle neuroscienze) sugli istituti penalistici, in particolare imputabilità e colpevolezza³⁸⁴, e sul processo penale³⁸⁵. Le più recenti acquisizioni della genetica comportamentale, e segnatamente, quelle relative all'incidenza di un certo profilo genetico sul comportamento umano e sulla personalità dell'individuo, (ri)aprono invero la *vexata quaestio* circa il rapporto tra predisposizione a delinquere e libero arbitrio, con evidenti ricadute sull'implicato concetto di responsabilità personale. Il complesso tema fuoriesce dal campo di indagine di questo lavoro; ciò che interessa, invece, in questa sede, è rilevare i possibili risvolti discriminatori connessi all'idea del *natural born killer* – ossia alla concezione secondo cui il comportamento criminoso è causalmente predeterminato esclusivamente dalle caratteristiche inerenti al patrimonio genetico della persona -, e ciò anche in considerazione della connessa diffusa “spettacolarizzazione” del c.d. “gene del male” attraverso i *mass media*³⁸⁶.

L'eccessiva enfattizzazione delle caratteristiche genetiche, rispetto ad altri fattori, quali quelli di tipo ambientale, personale o familiare, che possono pari-

neuroscienze e dalla genetica molecolare. Confida nella possibilità di entrare, in modo indolore nelle pieghe del cervello e lì, nella loro regolarità e nella loro connessione, poter rintracciare l'origine della volontà o, meglio, del deficit del sorgere del divieto che impedisce alla volontà di manifestarsi nella sua troppo frequente anti-socialità. Ne deriva la tentazione di spiegare, grazie all'indagine sui neuroni cerebrali e alla schedatura genetica, l'inclinazione al delitto o, almeno, l'incapacità di conformarsi alla regolarità sociale» (p. 332).

³⁸⁴ Cfr., oltre agli autori citati *supra*, cap. I, nota 4, i contributi sul tema nella colletanea D. PROVOLO, S. RIONDATO, F. YENISEY (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit., e in particolare quelli di R. BORSARI, *Neuroscienze, genetica e diritto penale. Considerazioni rapsodiche*, p. 359 ss.; F. ZANUSO, *Alla ricerca di Mister Hyde. Alcune considerazioni sulla genetica forense e sul razionalismo penale*, p. 325 ss., e, per uno sguardo ad altri ordinamenti, D.W. DENNO, *Genetics: overview of United States criminal law*, p. 369 ss.; Ó. MORALES GARCÍA, *Genetics. Applications within the Spanish law and criminal proceedings*, p. 411 ss. In una più ampia prospettiva giusfilosofica v. inoltre S. FUSELLI, *Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerario*, Milano, 2014.

³⁸⁵ In argomento v., per un primo inquadramento, F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in “Dir. pen. proc.”, 2012, p. 110 ss.; R.E. KOSTORIS, *Genetica, neuroscienze e processo penale: brevi considerazioni sparse*, in D. PROVOLO, S. RIONDATO, F. YENISEY (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit., p. 343 ss.; F. MACIOCE, *Le neuroscienze e il processo penale. Una relazione difficile*, in L. PALAZZANI, R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, cit., p. 79 ss.; G. MESSINA, *Le neuroscienze nel processo: profili problematici e orizzonti prospettici di un nuovo confronto fra scienza e diritto*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2010, p. 347 ss.

³⁸⁶ Come rileva F. ZANUSO, *op. cit.*, p. 331, «l'opinione pubblica è stata costantemente affascinata da ogni tentativo di spiegare, ricorrendo ad un criterio presunto oggettivo, la personalità del deviante, la genesi del delitto nella sua origine e nella sua probabile evoluzione. [...] si è manifestata la ricorrente illusione razionalistica di poter definire e, quindi, confinare il male in una ben individuabile categoria di soggetti, i c.d. anormali; questa illusione si accompagna all'ingenua pretesa di distinguere nettamente questi ultimi dalla comunità dei c.d. innocenti, di coloro che paiono atti a ben integrarsi nel tessuto sociale».

menti aver contribuito al comportamento deviante dell'individuo³⁸⁷, può invero aprire la strada non solo a problematiche rimeditazioni della pena secondo una logica maggiormente orientata alla terapia, al controllo e alla difesa sociale³⁸⁸ – anche nella forma di applicazione di misure di prevenzione negative volte a ridurre o elidere il pericolo di devianza di soggetti ritenuti geneticamente predestinati alla commissione di reati³⁸⁹ –, ma, ancor più, ad insidiose pratiche selettive e di stigmatizzazione sociale fondate (non più sulla razza o su caratteristiche morfologiche di lombrosiana memoria, bensì) sul possesso di determinati caratteri genetici³⁹⁰.

Con riguardo alle banche dati forensi³⁹¹, merita inoltre notare come l'inserimento nella banca dati del DNA può di per sé avere effetti pregiudizievole, stigmatizzanti, giacché può contribuire a diffondere nella collettività un'immagine negativa della persona, in grado di determinare discredito e potenziale falsa rappresentazione (ove la ragione dell'inserimento non sia fondata o si riveli successivamente erronea)³⁹². Il rischio discriminatorio è particolarmente elevato anche nei confronti di soggetti non condannati ma con formula diversa da quelle ampiamente assolutorie indicate nel 1° co. dell'art. 13 della l. 85/2009³⁹³: la conservazione nella banca dati del profilo di DNA per tempi molto lunghi assu-

³⁸⁷ Non si può sul punto che richiamare la critica che la più attenta dottrina criminologica ha mosso alle c.d. teorie eziologiche unicausalì, che pretendono di ricondurre, benché non necessariamente in senso deterministico, ad un unico o comunque principale fattore la causa della condotta criminosa: v. G. PONTI, I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, p. 17 ss.: «Nessun fattore da solo può mai completamente spiegare un fenomeno e, reciprocamente, lo stesso comportamento può essere inquadrato e spiegato secondo varie teorie causali, senza che in ciò si debba ravvedere una contraddizione: questa è semplicemente la conseguenza del fatto che i vari ricercatori rivolgono il loro interesse maggiormente sull'uno piuttosto che sull'altro degli *innumerabili fattori che concorrono nel comportamento dell'uomo*», e quindi anche in quello criminoso.

³⁸⁸ Sulle tendenze dottrinali che propongono, sulla base delle acquisizioni scientifiche, una radicale rifondazione del diritto penale su nuove basi deterministiche v., criticamente, con riguardo alle neuroscienze, F. BASILE, G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in "Dir. pen. contemporaneo. – Riv. trim.", n. 4/2017, p. 269 ss.; C. GRANDI, *op. cit.*, p. 64 ss.

³⁸⁹ Sul rischio di una deriva prevenzionistica v. pure F. ZANUSO, *op. cit.*, p. 333 s. Più in generale, sulle problematiche connesse all'impiego della genetica nella prevenzione del crimine v. il contributo di L. PASCULLI, *Genetics, robotics and crime prevention*, in D. PROVOLO, S. RIONDATO, F. YENISEY (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit., p. 187 ss.

³⁹⁰ V. ampiamente L. CHIEFFI, *Le informazioni sul patrimonio genetico tra diritti del singolo e interessi pubblici*, in "Rivista AIC", 2011, p. 5 ss.

³⁹¹ V. *supra* cap. II, par. 8.1.

³⁹² G. GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, cit., p. 2634.

³⁹³ La cancellazione d'ufficio consegue invero solo alle ipotesi in cui il procedimento penale si sia concluso con sentenza definitiva di assoluzione con formula ampiamente liberatoria (perché il fatto non sussiste, o l'imputato non lo ha commesso, o il fatto non costituisce reato o il fatto non è previsto dalla legge come reato); detto procedimento di cancellazione non può invece essere disposto in caso di semplice pronuncia di archiviazione o qualora sia stata emessa una sentenza di non luogo a procedere, nel qual caso i profili del DNA vengono conservati per trenta anni dalla data dell'ultima registrazione.

me invero una valenza preventiva e repressiva, che si fonda, in definitiva, su un giudizio probabilistico di pericolosità e che può avere serie ricadute stigmatizzanti. Inoltre, l'impiego di determinati *markers* del DNA o di talune tecniche di analisi può amplificare i rischi di discriminazione. A titolo esemplificativo, l'analisi mirata di determinati marcatori consente di identificare, pur con variabile margine di attendibilità, l'origine etnica del soggetto al quale appartiene il campione biologico, con il conseguente pericolo di incrementare i pregiudizi razziali sugli autori di reati, mentre il c.d. *sex test* può condurre all'identificazione casuale di anomalie cromosomiche, la cui conoscenza può poi essere utilizzata a fini discriminatori. Lo stesso può dirsi con riguardo all'utilizzo di tecniche di analisi quali il *familial searching*³⁹⁴ o le *ethnic inferences*, suscettibili di condurre ad una vera e propria categorizzazione di gruppi di persone o di interi segmenti della popolazione³⁹⁵.

Tutte le cennate forme di discriminazione si caratterizzano anche per la possibile estensione degli effetti negativi ad altri soggetti vulnerabili e per la frequente interazione con altri tipi di discriminazione. Sotto il primo profilo, occorre notare che le peculiari caratteristiche dei dati genetici comportano il rischio che la discriminazione assuma carattere intergenerazionale, con l'automatica estensione "a catena" degli effetti pregiudizievoli realizzatisi nei confronti del singolo individuo anche agli altri componenti della sua discendenza³⁹⁶.

Quanto al secondo aspetto, non di rado si manifestano fenomeni di "multi-discriminazione" o "discriminazione multipla"³⁹⁷. Si consideri, ad esempio, che talune ricerche mediche recenti hanno individuato, all'interno di gruppi razziali o etnici, una più elevata probabilità di predisposizione genetica verso certe malattie: gli africani e gli afro-americani mostrano una predisposizione ad un particolare tipo di anemia, mentre si è rilevato che mutazioni dei geni BRCA1 e BRCA2 associate al cancro al seno risultano essere più comuni presso le donne appartenenti al gruppo degli ebrei ashkenaziti³⁹⁸. Emerge quindi la possibilità che i membri di tali comunità – talora già svantaggiati e oggetto di discriminazione – vengano indistintamente discriminati³⁹⁹, configurandosi così una nuova

³⁹⁴ V. *supra* cap. II, par. 8.1.2; v. L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica*, cit., p. 13 ss., p. 250 ss.

³⁹⁵ Le *ethnic inferences* consistono in tecniche di ricerca basate sulle caratteristiche genetiche razziali in relazione ai casi criminali presenti nei *database* delle Forze di polizia: sul punto v. L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica*, cit., p. 14.

³⁹⁶ Rileva C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica*, cit., p. 843 ss., che, in termini macro, potrebbe esservi il rischio di addivenire ad una società basata una sorta di «disgenetica virtuale», i cui componenti verrebbero pre-selezionati sulla base di un loro supposto *pedigree* genetico.

³⁹⁷ S. SALARDI, *Il ritorno della disuguaglianza biologica*, cit., p. 8.

³⁹⁸ In tema v. K.L. BURGE, *Personalized Medicine, Genetic Exceptionalism, and the Rule of Law: An Analysis of the Prevailing Justification for Invalidating BRCA 1/2 Patents in Association of Molecular Pathology v. USPTO*, in "Washington Journal of Law, Technology and Arts", vol. 8, 2013, p. 503 ss.

³⁹⁹ D. HELLMAN, *What Makes Genetic Discrimination Exceptional?*, in "American Journal of Law &

forma di discriminazione etnico-genetica⁴⁰⁰. Ad analogo risultato potrebbe addivenirsi laddove si conducessero ricerche di genetica comportamentale riferite a comportamenti devianti e ristrette a gruppi di persone appartenenti a minoranze etnico-geografiche o razziali. Per riprendere allora un'efficace immagine contenuta in uno scritto statunitense sul tema, come la «lettera scarlatta» del romanzo di Hawthorne, il DNA associato con il comportamento antisociale o criminale può divenire un «gene scarlatta» che marchia l'individuo, la sua famiglia ed anche la comunità razziale o etnica cui egli appartiene⁴⁰¹.

Non solo. Da più parti si avverte il rischio che un uso distorto della genetica conduca ad una vera e propria intolleranza alla diversità genetica, la quale assumerebbe così il carattere di un errore da eliminare o correggere⁴⁰². Si profilerebbe, insomma, uno scenario come quello del futuro distopico tecnogeneticizzato immaginato in “Gattaca”⁴⁰³, in cui la dignità sociale della persona dipende dal profilo genetico posseduto⁴⁰⁴ e la discriminazione genetica, benché vietata dalla legge, è di fatto “elevata a sistema” e può riguardare chiunque, solo per il fatto che non ha (o si presume che non abbia) i caratteri che la società arbitrariamente richiede come requisiti di accettazione⁴⁰⁵. Il discorso sui profili penali del *genetic enhancement* esula da questa ricerca, tuttavia non è difficile immaginare l'affermarsi di nuove forme di discriminazione genetica, fondata su gerarchie e disuguaglianze tra geneticamente “perfetti” e “imperfetti”, ma anche tra chi, tra i

Medicine”, vol. 29, 2003, p. 88 s.; J.L. DOLGIN, *Personhood, Discrimination and the New Genetics*, in “Brooklyn Law Review”, vol. 66, 2001, p. 755.

⁴⁰⁰ C. CASONATO, *La discriminazione genetica*, cit., p. 647.

⁴⁰¹ K. ROTHENBERG, A. WANG, *The Scarlet Gene: Behavioral Genetics, Criminal Law, and Racial and Ethnic Stigma*, in “Law and Contemporary Problems”, Vol. 69, 2006, p. 344.

⁴⁰² P. SOMMAGGIO, *Tecnoentusiasti e tecnofobici*, cit., p. 267.

⁴⁰³ Nel film *Gattaca* del 1997, del regista Andrew Niccol, è rappresentata una società futura regolata dall'eugenetica, in cui i figli sono concepiti attraverso la manipolazione genetica affinché possiedano soltanto i migliori tratti ereditari dei loro genitori. La società risulta così suddivisa in due categorie: i “*valids*”, cioè esseri dal corredo genetico perfetto, che vengono scelti per ricoprire i ruoli più prestigiosi della comunità, e gli “*in-valids*”, ovvero le persone concepite in modo naturale, destinati allo svolgimento dei lavori più umili, relegati ai margini della vita sociale e, dunque, geneticamente discriminati. Il protagonista, Vincent Freeman, è stato concepito al di fuori del programma eugenetico e non accetta la propria subordinazione genetica e sociale; egli anzi lotta per realizzare il proprio sogno di entrare a Gattaca (l'ente spaziale preposto alle missioni interplanetarie) e viaggiare nello spazio, attività riservata ai soli “validi”. Per una disamina delle problematiche bioetiche che emergono dal film, cfr. L. PALAZZANI, *Gattaca*, in P. DELLA TORRE (a cura di), *Cinema contemporaneo e questioni bioetiche*, Roma, 2010, p. 29 ss.; P. CATTORINI, *Gattaca. La porta dell'universo*, in ID., *Bioetica e cinema: racconti di malattia e dilemmi morali*, Milano, 2006, p. 138 ss.; D.A. KIRBY, *Extrapolating Race in GATTACA: Genetic Passing, Identity, and the Science of Race*, in “Literature and Medicine”, vol. 23, 2004, p. 184 ss.

⁴⁰⁴ Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, p. 23, secondo cui «essere giudicato degno di vita e di sviluppo in base all'esito di un test genetico» è contrario alla dignità umana.

⁴⁰⁵ L. PALAZZANI, *Gattaca*, cit., p. 36 s.

“perfetti”, diventa, per effetto del potenziamento⁴⁰⁶, “ancora più perfetto”⁴⁰⁷.

3. Gli incerti contorni della “discriminazione genetica”.

La discriminazione genetica è ormai entrata a far parte del catalogo aperto delle discriminazioni, ma rimane l'esigenza di individuarne una definizione in grado di esprimere un significato preciso e sufficientemente condiviso nei diversi contesti giuridici. Si tratta invero di una locuzione che anche la dottrina angloamericana, la prima ad occuparsi del tema⁴⁰⁸ – peraltro con riferimento pressoché esclusivo all'ambito lavoristico e assicurativo –, interpreta con una varietà di accenti, che pare opportuno sinteticamente riportare.

Il termine “discriminazione genetica” è stato impiegato per la prima volta in alcuni studi medici nei primi anni '90, con riferimento all'ingiustificato trattamento differenziato nei confronti di soggetti aventi un (presunto) maggior rischio di essere affetti da una patologia genetica. Più precisamente, essa è stata definita come forma di discriminazione perpetrata contro un individuo o contro i membri della sua famiglia esclusivamente in base a differenze reali o percepite nella costituzione genetica dell'individuo rispetto al c.d. “genoma normale”, distinguendola così dalla discriminazione fondata su disabilità causate da geni alterati⁴⁰⁹. Secondo questa impostazione, dunque, il criterio per distinguere la

⁴⁰⁶ Sul potenziamento umano cfr. L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, 2015; L. GONZÁLEZ MORÁN, *Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general*, in C.M. ROMEO CASABONA (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Comares, 2012, p. 6; nonché, in prospettiva penalistica, S. CANESTRARI, *Il potenziamento cognitivo farmacologico: quale ruolo del giurista penalista nella discussione pubblica?*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, cit., p. 131; M.B. MAGRO, *Enhancement cognitivo, biases ed euristiche: politiche di regolazione pubblica e principio di precauzione*, ivi, p. 139; O. ERONIA, *Potenziamento umano e diritto penale*, Milano, 2013; S.W. BRENNER, *Humans and Humans+: Technological Enhancement and Criminal Responsibility*, in “Boston University Journal of Science and Technology Law”, vol. 19, 2013, p. 215 ss.

⁴⁰⁷ In argomento v. M.J. SANDEL, *The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering*, Cambridge, 2007; per la contraria opinione secondo cui l'enhancement non necessariamente avrebbe quale conseguenza la discriminazione genetica ma anzi sarebbe in grado di riequilibrare le diseguaglianze biologiche v. J. SAVULESCU, *Genetic Interventions and The Ethics of Enhancement of Human Beings*, in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, 2009: «Allowing choice to change our biology will, if anything, be more egalitarian – allowing the ungifted to approach the gifted. There is nothing fair about the natural lottery – allowing enhancement may be more fair».

⁴⁰⁸ Per una panoramica sulle problematiche generali inerenti la discriminazione genetica v., con particolare riguardo al sistema statunitense, L.J. ALBERTSON (ed.), *Genetic Discrimination*, New York, 2008.

⁴⁰⁹ Questa definizione compare nel primo studio empirico in materia, realizzato da un gruppo di medici statunitensi nel 1992: «Genetic discrimination is discrimination against an individual or against members of that individual's family solely because of real or perceived differences from the “normal” genome of that individual. Genetic discrimination is distinguished from discrimina-

discriminazione genetica dalla discriminazione fondata su ragioni di salute pur connesse al corredo genetico risiede nel fatto che, nel primo caso, la malattia non si è ancora manifestata⁴¹⁰.

Si tratta di una definizione altamente problematica. Invero, l'utilizzo del parametro di riferimento individuato nel c.d. "genoma normale" (o genoma *standard* o "ideale"⁴¹¹) è di per sé impreciso ed equivoco, giacché, nella stessa scienza medica, è impossibile darne una esatta definizione: invero, benché molte mutazioni genetiche deleterie possano essere classificabili come "geni anormali", in tutti gli individui sono presenti mutazioni non così dannose o invalidanti,

tion based on disabilities caused by altered genes by excluding, from the former category, those instances of discrimination against an individual who at the time of the discriminatory act was affected by the genetic disease» (P.R. BILLINGS, M.A. KOHN, M. DE CUEVAS, J. BECKWITH, J.S. ALPER, M.R. NATOWICZ, *Discrimination as a Consequence of Genetic Testing*, in "American Journal of Human Genetics", vol. 50, 1992, p. 477). Nella dottrina italiana accoglie questa definizione S. SALARDI, *Il ritorno della diseguaglianza biologica*, cit., p. 8.

⁴¹⁰ Cfr. I.V. MOTOC, *The International Law of Genetic Discrimination: the Power of 'Never Again'*, in T. MURPHY (ed.), *New Technologies and Human Rights*, Oxford, 2009, p. 229: «If the disease did not yet occurred, the discrimination is termed 'genetic'; but if the disease is expressed, it becomes another type of discrimination, most likely discrimination based on someone's health conditions». In questo senso v. pure H.T. GREELY, *Genotype Discrimination: The Complex Case for Some Legislative Protection*, in "University of Pennsylvania Law Review", vol. 149, 2001, p. 1500 ss., il quale ritiene che debba essere vietata solo la discriminazione che si basi su informazioni relative ai tratti genetici inespressi, indipendentemente da quale sia la fonte da cui si ricava tale informazione («genetic information should thus be defined very broadly to encompass any other information that provides probabilistic information about a person's genotype. This information can come from genetic tests, other medical tests, family history, diagnoses of traits or conditions, or the taking of ... a genetic test», p. 1502). M.R. NATOWICZ, J.K. ALPER, J.S. ALPER, *Genetic Discrimination and the Law*, in "American Journal of Human Genetics", vol. 50, 1992, p. 466, stilano un dettagliato elenco di soggetti a rischio di discriminazione genetica: «(1) those individuals who are asymptomatic but carry a gene(s) that increases the probability that they will develop some disease, (2) individuals who are heterozygotes (carriers) for some recessive or X-linked genetic condition but who are and will remain asymptomatic, (3) individuals who have one or more genetic polymorphisms that are not known to cause any medical condition, and (4) immediate relatives of individuals with known or presumed genetic conditions». Gli autori precisano altresì che nella prima categoria rientrano i seguenti soggetti: «(a) individuals with conditions that can be treated before symptoms become manifest or whose symptoms can be effectively controlled so that the disease is not disabling (e.g., phenylketonuria and hemochromatosis), (b) individuals who in the future will be affected by untreatable and fatal conditions (e.g., Huntington disease), (c) individuals whose conditions, when they appear, vary in their degree of severity or in the effectiveness of treatment (e.g., neurofibromatosis type 1 and Charcot-Marie-Tooth disease), (d) individuals whose genes do not ineluctably lead to disease but do increase the probability of becoming affected by the disease (e.g., putative genes for diabetes, various forms of cancer and heart disease), and (e) individuals whose genotypes make them susceptible to adverse effects from exposure to various environmental agents that would have minimal or no effect on persons with a normal genotype (e.g., malignant hyperthermia and pseudocholinesterase deficiency)».

⁴¹¹ Così, ad esempio, si esprimono WONG J.G., LIEH-MAK F., *Genetic discrimination and mental illness: a case report*, in "Journal of medical ethics", vol. 27, 2001, p. 393.

nonché un elevato numero di polimorfismi benigni o innocui⁴¹². Insomma, il fatto che ogni individuo possa presentare, come in effetti frequentemente può accadere, sequenze genetiche “imperfette” finisce per porre ciascuno nella condizione di diventare una potenziale vittima di un trattamento discriminatorio in ragione del proprio patrimonio biologico-genetico⁴¹³.

Alcuni autori riferiscono l’aggettivo “genetic” allo *status* genetico latamente inteso, nel senso che sarebbe discriminazione genetica anche quella fondata su motivi quali il sesso, la razza o su talune forme di disabilità; altri, invece, in un’ottica maggiormente restrittiva, ritengono che si debba aver riguardo esclusivamente al trattamento discriminatorio connesso all’informazione ottenuta dai test genetici diagnostici e predittivi⁴¹⁴.

Secondo un diverso orientamento⁴¹⁵ dovrebbe essere adottata, ai fini di una regolamentazione giuridica del fenomeno, una definizione che abbracci le tre distinte forme in cui la discriminazione genetica può manifestarsi: la discriminazione basata sull’informazione genetica intesa in senso stretto, ossia quella ricavabile dai test genetici; la discriminazione fondata su dati non ricavati da test genetici, ma che, a determinate condizioni, possono essere interpretati come corrispondenti ad un particolare *genetic make-up* (si pensi, ad es., al daltonismo, che può avere origine genetica, oppure al livello di accumulo del ferro nel sangue che può indicare che il soggetto soffre della patologia genetica denominata emocromatosi); e, infine, la discriminazione in ragione della presenza o dell’assenza di particolari caratteristiche percepibili che vengono associate in misura sproporzionata ad una particolare variante genetica (ad esempio diverse varianti genetiche possono essere più o meno strettamente associate ad una caratteristica fisica del soggetto quale la forza o il peso)⁴¹⁶.

Le definizioni del secondo e del terzo tipo di discriminazione risultano trop-

⁴¹² NATOWICZ M.R., ALPER J.K., ALPER J.S., *Genetic Discrimination and the Law*, cit., p. 466.

⁴¹³ C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera dei diritti dell’uomo?*, cit., p. 641 ss.

⁴¹⁴ Per una panoramica sulle diverse posizioni assunte dalla dottrina angloamericana v. A. HENDRIKS, *Protection against genetic discrimination and the Biomedicine Convention*, in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS, J.H. HUBBEN (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, 2005, p. 213 ss.; D. HELLMAN, *What Makes Genetic Discrimination Exceptional?*, cit., p. 80 ss.

⁴¹⁵ Cfr. M.J. TAYLOR, *Problems of practice and principle if centring law reform on the concept of genetic discrimination*, in “European Journal of Health Law”, vol. 11, 2004, p. 365 ss.

⁴¹⁶ M. TAYLOR, *Problems of practice and principle if centring law reform on the concept of genetic discrimination*, cit., p. 377 s. definisce questa forma di discriminazione come “*tertiary discrimination*”: «The nature of the relationship between the property selected for and any genetic variation may be statistically weak, but, discrimination practiced on the basis of this property may nevertheless have a disproportionate impact upon groups possessing particular genetic variations. Discriminating on the grounds of ‘strength’ might provide one example of tertiary genetic discrimination. Various genetic profiles may be more or less closely associated with physical strength and disproportionately affected by selection for (or against) it».

po ampie e vaghe, giacché la “condizione genetica” (*genetic condition*) finisce per essere determinata dalla percezione che colui che tiene il comportamento discriminatorio ha della sua riconducibilità al patrimonio genetico: in altri termini, tutte le informazioni sulla salute della persona o sul suo benessere fisico possono essere qualificate come “informazione genetica” se così vengono percepite da chi discrimina⁴¹⁷. L’incertezza si ripercuoterebbe peraltro anche sull’accertamento dell’intento discriminatorio, giacché, data la volatilità del rapporto tra il tratto distintivo della persona considerato e il corredo genetico della stessa, sarebbe difficile determinare se il soggetto avesse o meno consapevolezza delle implicazioni genetiche del fattore discriminante scelto.

La panoramica ora esposta dimostra come, data la complessità del fenomeno, non vi sia unanime consenso su cosa debba intendersi per “discriminazione genetica”⁴¹⁸. Nella dottrina italiana – ma anche, come si dirà⁴¹⁹, nella normativa internazionale e sovranazionale che espressamente vieta tale forma di discriminazione –, manca una precisa definizione ed essa viene di regola genericamente intesa come discriminazione connessa alle caratteristiche genetiche dell’individuo.

In uno dei rari scritti italiani dedicati in modo approfondito all’argomento⁴²⁰, relativo all’ambito lavoristico, si pone in evidenza la diversità, in essenza, della discriminazione su base genetica rispetto ad altri tipi di discriminazione considerati dall’ordinamento, diversità che induce ad interrogarsi sulla necessità di una disciplina autonoma, in ossequio al c.d. eccezionalismo genetico, di cui si è detto⁴²¹.

È indubbio invero che la discriminazione su base genetica presenti caratteri peculiari che non sono rinvenibili nelle altre e più note forme di discriminazione, neppure quelle che si fondano sullo stato di salute (si pensi ad esempio alla disabilità, alla sieropositività ecc.), tanto da poter affermare che con i dati genetici cambia la morfologia della discriminazione⁴²². Ciò dipende anzitutto dalle particolari caratteristiche delle informazioni genetiche, le quali, come si

⁴¹⁷ Come rileva lo stesso M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*, Cambridge, 2012, p. 189; l’A. conclude nel senso della scarsa effettività di qualsivoglia tentativo di una tutela legislativa specificamente ed esclusivamente centrata sulla nozione di discriminazione genetica.

⁴¹⁸ In senso critico circa la possibilità di definire cosa debba intendersi per “genetic discrimination”, e, conseguentemente, sulla possibilità di distinguerla dalla discriminazione fondata sullo stato di salute v. M.A. ROTHSTEIN, M.R. ANDERLIK, *What is genetic discrimination, and when and how can it be prevented?*, in “Genetics in Medicine”, vol. 3, 2001, p. 357.

⁴¹⁹ V. *infra* par. 5.1.

⁴²⁰ A. TROJSI, «Biodiritto del lavoro» e tutela antidiscriminatoria: i dati genetici del lavoratore, cit., p. 497 ss.

⁴²¹ V. *supra* cap. I, par. 2.

⁴²² In questi termini A. TROJSI, «Biodiritto del lavoro» e tutela antidiscriminatoria, cit., p. 498.

è detto⁴²³, sono strutturalmente condivise, permanenti e trasmissibili, ed hanno attitudine predittiva.

La discriminazione genetica, diversamente dalle altre forme di discriminazione, non si incentra su una condizione “attuale” del soggetto, già realizzatasi nel momento in cui viene posta in essere la condotta discriminatoria, bensì su una condizione meramente “potenziale”, il cui avveramento permane spesso incerto⁴²⁴, ossia su un rischio presunto non ancora verificatosi e che potrebbe anche non verificarsi mai⁴²⁵.

La predizione circa il verificarsi della patologia genetica può essere fatta con un elevato grado di certezza solo per alcune di esse, particolarmente rare: si tratta delle c.d. malattie monogenetiche o mendeliane, quali ad esempio la talassemia, la fibrosi cistica o la corea di Huntington. La maggior parte delle patologie connesse al patrimonio genetico mostrano, invece, diversi livelli di gravità e divergono circa il momento del loro manifestarsi: esse sono dette multifattoriali in quanto si tratta di disordini che risultano dall’interazione con fattori ambientali multipli di più geni (c.d. *gene-environment interplay*). L’estrema varietà di tali malattie comporta pertanto variazioni nella capacità predittiva dei test impiegati per identificarle, i quali, al più, possono fornire informazioni sul rischio relativo⁴²⁶, sulla “propensione” allo sviluppo di una certa malattia.

L’impiego, a fini classificatori, di concetti come “predizione”, “predisposizione”, “persona a rischio” *etc.*, categorie interpretative che già dovrebbero essere sottoposte ad un uso prudente nell’ambito della medicina predittiva, generano pericolosi equivoci se esportate dalla genetica classica alle relazioni sociali, stante il rischio che vengano intese come una sorta di immodificabile predestinazione⁴²⁷, con l’esito di negare pari opportunità e pari trattamento a individui

⁴²³ V. *supra* cap. I, par. 2.

⁴²⁴ Rileva ancora A. TROJSI, «Biodiritto del lavoro» e tutela antidiscriminatoria: i dati genetici del lavoratore, cit., p. 500, che «questo comporta, tra l’altro, anche il cambiamento – nel senso della estensione – della nozione di «stato di salute» del lavoratore, nonché di quella di «idoneità psico-fisica» al lavoro: che non possono più considerarsi legate esclusivamente ad un fattore contingente, cioè alle condizioni attuali del soggetto, ma anche a quelle future, verificate in prospettiva; ed inoltre, devono basarsi sulla valutazione dell’incidenza, oltre che di patologie già sviluppate, pure di malattie che solo con una certa probabilità (e, in casi rari, con sicurezza) potrebbero presentarsi in seguito».

⁴²⁵ Si è detto (v. *supra* 2.1) come l’utilizzo delle informazioni genetiche in ambito medico ponga ancora importanti questioni circa l’attendibilità dei dati ottenuti e il loro valore diagnostico, nonché circa l’individuazione in modo univoco delle *best practices* da seguire laddove si riscontri la presenza di un’anomalia di tipo genetico da cui possono derivare determinate patologie: sul punto v., di recente, E. SPILLER, *Le implicazioni giuridiche della ricerca genetica. Spunti dal Genetic Information Nondiscrimination Act*, cit., p. 305.

⁴²⁶ Sulle malattie monogenetiche e su quelle multifattoriali v., per un primo approccio, L. LARIZZA, *Quale il valore predittivo delle diagnosi genetiche?*, cit., p. 28 ss.

⁴²⁷ C. FARALLI, *Verso una nuova e diversa forma di discriminazione: la discriminazione genetica*, cit., p. 101.

che, al presente, non sono sostanzialmente diversi da altri soggetti cui sono comparati.

Non solo. Di regola le forme di tutela contro le discriminazioni nascono, nell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa, con riguardo ad una condizione soggettiva che il singolo condivide con una determinata "categoria" di persone (ad esempio: donne, extracomunitari, omosessuali, disabili, ecc.), le quali proprio in ragione di tale appartenenza subiscono un trattamento sfavorevole rispetto ad altri soggetti⁴²⁸. Nelle forme di discriminazione più "tradizionali" è dunque l'appartenenza ad una determinata categoria che determina il rischio di subire discriminazioni, il che rende più agevole l'individuazione dei soggetti potenzialmente esposti, giacché tale pericolo è determinato appunto dall'inquadramento in uno dei gruppi "a rischio"⁴²⁹.

Con riguardo alla discriminazione su base genetica, invece, è difficile (se non impossibile) individuare vere e proprie "categorie" di soggetti, o comunque gruppi ben delimitati di persone che sono sicuramente esposti al rischio di discriminazione: si potrebbe dire, dunque, che essa si fonda su una specificazione anziché su una generalizzazione, giacché avviene in ragione di condizioni personali individuali, variabili da persona a persona e da caso a caso, e per di più risultato di combinazioni infinite, legate all'estrema complessità del patrimonio genetico umano.

Ciò, inevitabilmente, non può che riflettersi negativamente sulla possibilità di riconoscere, in concreto, le ipotesi di discriminazione, attuale o potenziale⁴³⁰, stante anche il fatto che l'elemento fondante l'eventuale trattamento deteriore non è di per sé evidente come possono esserlo l'origine etnica o il genere. La riconducibilità ad una struttura "categoriale" e ad una dimensione collettiva può, al più, aversi nei casi di discriminazione multifattoriale, laddove la discriminazione genetica si combini con altri fattori di discriminazione, come in particolare quelli relativi all'origine etnica degli individui, e nei limiti in cui sia possibile ricondurre un certo tipo di connotati genetici ad una pluralità di soggetti caratterizzata da omogeneità ed estensione, per l'appartenenza ad uno stesso territorio o ad una medesima razza⁴³¹.

⁴²⁸ Sul punto v., con specifico riguardo all'evoluzione della legislazione antidiscriminatoria negli Stati Uniti d'America, E. SPILLER, *Le implicazioni giuridiche della ricerca genetica. Spunti dal Genetic Information Nondiscrimination Act*, cit., p. 314.

⁴²⁹ A. TROJSI, «Biodiritto del lavoro» e tutela antidiscriminatoria: i dati genetici del lavoratore, cit., p. 498.

⁴³⁰ Come rileva A. TROJSI, *op. ult. cit.*, p. 499, è anche persino possibile che, a causa del possesso di una medesima caratteristica genetica, un soggetto possa essere addirittura preferito in determinate situazioni o contesti, o per lo svolgimento di talune attività, e discriminato in altre.

⁴³¹ A. TROJSI, *op. loc. cit.*, riporta, quale esempio di combinazione tra discriminazione genetica e discriminazione di genere, il caso dell'aborto selettivo di massa basato sul sesso del nascituro, anche in stadi avanzati della gravidanza, praticato in alcuni Paesi, come India e Cina, che sacrificano i

Un ulteriore fattore da tenere in considerazione con riguardo alla discriminazione genetica risiede nella sua tendenziale settorialità. Il fatto che i soggetti potenzialmente vittime di questa forma di discriminazione siano asintomatici o presintomatici e, pertanto non immediatamente individuabili, comporta la conseguenza che la discriminazione genetica si manifesti in particolare in due aree dell'agire umano: quella lavorativa e quella assicurativa, posto che compagnie assicuratrici e datori di lavoro possono avere accesso ai documenti sanitari dei loro dipendenti o dei clienti⁴³². Le compagnie assicurative, che offrono piani di copertura calcolando il premio in funzione del rischio individuale, hanno interesse a ricostruire nel modo più preciso possibile lo stato di salute dei soggetti assicurati: le informazioni genetiche, dato il loro valore diagnostico-predittivo, si rivelano particolarmente preziose in un simile contesto. Del pari, il datore di lavoro ha un interesse, *in primis* economico, ad assumere soggetti sani che garantiscano una elevata produttività; inoltre, quando la produzione richiede lo svolgimento di attività che possono rivelarsi rischiose per la salute umana, emerge un ulteriore interesse a sapere se taluni lavoratori, a causa del loro corredo genetico, siano maggiormente predisposti a sviluppare una certa patologia correlata a quel processo produttivo, anche al fine di valutare al meglio la loro idoneità allo svolgimento di una certa mansione⁴³³. Ora, è vero che trattando dei rischi discriminatori connessi alle informazioni genetiche si è tratteggiato un panorama ben più complesso, che va al di là dello stretto ambito lavorativo o assicurativo. Tuttavia, i caratteri propri della discriminazione genetica inducono a riflettere sull'opportunità di disciplinare il fenomeno con riferimento alla specificità dei differenti ambiti in cui esso può manifestarsi, anziché su un piano più generale di tutela contro le discriminazioni quale che sia il contesto in cui sono poste in essere.

Del resto, proprio il suo essere concetto dai contorni particolarmente sfumati e di difficile individuazione può suscitare seri dubbi circa la possibilità di includere il motivo "genetico", *de iure condendo*, tra i motivi discriminatori presi in considerazione dalla normativa penalistica in materia, che subito si andrà ad esaminare.

Ma, più a monte, le considerazioni ora svolte circa la complessità del fenomeno potrebbero indurre ad una certa cautela nel cristallizzare, in forza di un preteso "eccezionalismo" delle tutele, in una qualsivoglia disposizione normativa (a maggior ragione se penale) un divieto di discriminazione fondato sulle condizioni genetiche.

feti di sesso femminile in quanto le donne sono considerate meno produttive dei maschi dal punto di vista della futura vita lavorativa.

⁴³² NATOWICZ M.R., ALPER J.K., ALPER J.S., *Genetic Discrimination and the Law*, cit., p. 466 s.

⁴³³ V. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 72 ss.

4. La tutela penale della persona contro le discriminazioni nell'ordinamento italiano: quale spazio per la discriminazione genetica?

Nell'ordinamento italiano manca una disciplina penale specifica in materia di protezione del singolo contro la discriminazione genetica, giacché le disposizioni penali in materia di repressione di condotte discriminatorie di cui alla l. n. 654/1975 – che trovano il loro referente costituzionale nell'art. 3 Cost., nel senso più sopra precisato – riguardano esclusivamente la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Né è dato rinvenire altre norme giuridiche, relative a specifici settori, che contengano un espresso divieto di discriminazione genetica penalmente sanzionato.

4.1. Impossibilità di ricondurre la discriminazione genetica alle norme incriminatrici in materia di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3 l. 654/1975).

Fattispecie di reato in tema di discriminazione sono previste dall'art. 3 della l. n. 654/1975 ("legge Reale", di ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale)⁴³⁴, che, nel testo risultante a seguito delle riforme del 1993, del 2006 e del 2016, punisce, tra l'altro, chi propaga idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nonché chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi⁴³⁵.

⁴³⁴ L'art. 3 della L. 13/10/1975, n. 654, così recita: «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione, è punito: a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaga idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; 2. [...] 3. È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni; 3-bis. Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

⁴³⁵ Sulle norme penali antidiscriminatorie cfr. E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura della fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in S. RIONDATO (a cura di), *Atti del Seminario di studio "Discriminazione razziale, xenofobia, odio*

La legge n. 654/1975 è il primo intervento del legislatore italiano diretto espressamente a sanzionare penalmente gli atti di razzismo⁴³⁶. La legge ha subito una serie di rilevanti interventi di modifica, il più significativo dei quali ad opera della l. 25 giugno 1993, n. 205 (“legge Mancino”), avente lo scopo di ampliare e rendere maggiormente organico l’intervento repressivo in tema di antidiscriminazione⁴³⁷, anche a fronte dell’incremento delle tensioni sociali derivanti dal fenomeno migratorio e dei conseguenti episodi di intolleranza e razzismo. Con la novella del 1993 è avvenuta la trasposizione sul piano dei «motivi» dei parametri – «nazionale, etnico o razziale» – che nella precedente formulazione qualificavano il gruppo di appartenenza delle vittime, con ulteriore estensione dell’ambito di tutela anche ai casi di discriminazione commessa per motivi «religiosi»; è stato inoltre sottoposto a sanzione penale anche l’effettivo compimento di singoli «atti» di discriminazione⁴³⁸. Una ulteriore modifica dell’art. 3

religioso. Diritti fondamentali e tutela penale” (Università degli Studi di Padova, 24 marzo 2006), Padova, 2006, p. 93 ss.; A. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in “Questione Giustizia”, 1997, p. 476 ss.; G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, in “Leg. pen.”, 1994, p. 173 ss.; L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, in F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1034 ss.; M. LA ROSA, *Tutela della pari dignità: norme antidiscriminazione*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I. *Tutela penale della persona*, Torino, 2011, p. 347 ss.; C.D. LEOTTA, *Razzismo (dir. pen.)*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, vol. IV, Torino, 2008, p. 859 ss.; G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull’evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.10.2014; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Atti del Seminario di studio “Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale”*, cit., p. 117 ss.; S. RIONDATO, *Diritto penale e reato culturale, tra globalizzazione e multiculturalismo. Recenti novità legislative in tema di opinione, religione, discriminazione razziale, mutilazione genitale femminile, personalità dello Stato*, ivi, p. 81 ss.; L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?*, in “Critica del diritto”, 1994, p. 14 ss.; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013.

⁴³⁶ Il disvalore penale del fenomeno razzista è riconosciuto, sia pure indirettamente, già dalla l. 20.6.1952, n. 645 (c.d. legge Scelba), legge di attuazione del 1° comma della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione che vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista: l’art. 3 della legge punisce infatti anche la propaganda razzista quale modalità di perseguimento di finalità antidemocratiche proprie del partito fascista. Inoltre, con la l. 9.10.1967, n. 967, esecutiva del Convenzione ONU contro il genocidio del 1948, la propaganda razzista viene incriminata attraverso la previsione della fattispecie dell’apologia di genocidio (art. 8, 2° co.).

⁴³⁷ V., per tutti, G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, cit., p. 174 s.

⁴³⁸ La legge n. 205 del 1993 ha inoltre introdotto la circostanza aggravante dell’aver commesso un fatto di reato (purché punibile con pena diversa da quella dell’ergastolo) «per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero per agevolare l’attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità»; ha previsto particolari misure di prevenzione e introdotto pene accessorie (tra cui «l’obbligo di prestare un’attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità»), nonché norme processuali *ad hoc* in materia di perquisizione, sequestro e confisca, di procedibili-

è avvenuta con la l. n. 85 del 24.2.2006, in materia di reati di opinione⁴³⁹, la quale ha sostituito, nella formulazione delle lett. a) e b) dell'art. 3, i verbi "diffondere" con "propagandare" e "incitare" con "istigare". Infine, con la l. n. 115 del 2016 è stata introdotta la tanto dibattuta aggravante del "negazionismo"⁴⁴⁰. I vari interventi legislativi che si sono succeduti hanno peraltro condotto ad una sensibile riduzione del carico sanzionatorio, e ciò soprattutto nell'ottica di ridimensionare l'impatto del reato sul fondamentale diritto di libera manifestazione del pensiero⁴⁴¹, con il quale la normativa in esame ha da sempre un rapporto molto tormentato.

Ai fini della presente ricerca, occorre anzitutto precisare che la discriminazione su base genetica è concetto diverso da quello di discriminazione razziale o etnica⁴⁴². Seppur è emersa, come si è visto, la possibilità di individuare interazioni tra fattori genetici e appartenenza a certi gruppi razziali o etnici, si nega generalmente, nella letteratura scientifica, che razza ed etnia possano ritenersi categorie geneticamente determinate⁴⁴³.

tà, competenza, arresto facoltativo ed obbligatorio e giudizio direttissimo.

⁴³⁹ Sulla riforma dei reati di opinione cfr. T. PADOVANI, *Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in "Guida dir.", 2006, 14, p. 23 ss.; D. PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in "Corr. Giur." 2006, p. 745 ss.; A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 135 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (I - II)*, in "Dir. pen. e proc." 2006, p. 960 ss., p. 1198 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in "Foro it.", 2006, parte V, p. 217 ss.

⁴⁴⁰ La legge 16 giugno 2016, n. 115 ha introdotto il co. 3 l. n. 654 del 1975, successivamente modificato con l. 20 novembre 2017, n. 167, che prevede un aggravamento di pena laddove la propaganda, l'istigazione e l'incitamento, si fondino in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale. Sulla controversa questione della criminalizzazione del negazionismo cfr. D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso di odio*, in "Dir. pen. contemporaneo - Riv. trim.", n. 4/2015, p. 325; D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2016, p. 978 ss.; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, ivi, p. 999 ss.; E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, ivi, p. 1016 ss.; ID., *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo. Commento a l. 16 giugno 2016, n. 115*, in "Dir. pen. e proc.", 2017, p. 155 ss.; E. VENAFFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in www.lalegislazionepenale.eu, 8.2.2018.

⁴⁴¹ V., per tutti, C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in "IUS17@unibo.it", n. 1, 2009, p. 192.

⁴⁴² Sulla nozione di "razzismo" e sul fondamento delle varie teorie razziste v. G. BIANCO, *Razzismo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 477 ss.; nonché con specifico riferimento alla nozione penalisticamente rilevante, C.D. LEOTTA, *Razzismo (dir. pen.)*, cit., p. 850 ss.

⁴⁴³ Cfr. V. COLONNA, G. BARBUJANI, *Quattro domande a cui la genetica può cercare di rispondere*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto*, cit., p. 13 ss.; K. ROTHENBERG, A. WANG, *The Scarlet Gene*, cit., p. 347 ss., anche per gli opportuni riferimenti

Questa precisazione è molto importante perchè il “falso mito” che radica le differenze «razziali» nel «genotipo»⁴⁴⁴ si è andato affermando a partire dalle prime scoperte in campo genetico alla fine degli anni '50 del secolo scorso e, benché scientificamente smentito⁴⁴⁵, ha poi trovato nuova linfa con l'avvio del Progetto Genoma Umano e con la connessa diffusione su larga scala delle analisi genetiche⁴⁴⁶. Forme “evolute” di letture “essenzialistiche” e deterministiche dei risultati dei test genetici riemergono anche nell'era postgenomica, come dimostrano recenti studi scientifici nell'ambito della genetica molecolare, che suggeriscono, indirettamente, l'esistenza di referenti biologici del concetto di razza⁴⁴⁷, e ciò nonostante i numerosi appelli di genetisti e sociologi per un abbandono della razza come variabile nella ricerca genetica⁴⁴⁸. L'uso della razza come categoria biologica fa dunque la sua (ri)comparsa negli studi medici e clinici – quali ad esempio quelli che valutano la risposta a determinate terapie e farmaci in correlazione al fattore genetico – i quali, seppur lontani dal dibattito ideologico novecentesco sul rapporto tra geni e razza, sono comunque suscettibili di avere ricadute occulte in settori della vita sociale diversi da quello in cui sono stati elaborati e di veicolare pericolose classificazioni con implicazioni di superiorità o comunque diversità di una razza rispetto ad un'altra⁴⁴⁹.

Come si dirà⁴⁵⁰, le fattispecie criminose di cui all'art. 3 l. 654/1975 sono fortemente incentrate sul “motivo” discriminatorio, e dunque su un parametro meramente soggettivo. Può pertanto certamente esservi, nella percezione del soggetto agente, una sovrapposizione tra motivo “genetico” e motivo razziale o etnico, con conseguente rilevanza penale di condotte riconducibili a una forma

bibliografici.

⁴⁴⁴ Sul tema v. G. BARBUJANI, *L'invenzione delle razze. Capire la biodiversità*, Milano, 2006; S. SALARDI, «Razza»: falsi miti e danni reali di un concetto. Abolirlo serve alla causa anti-discriminatoria?, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2016, p. 465 ss.; A. PIAZZA, *Come definire il razzismo?*, in “Cass. pen.”, 1995, p. 686 ss.

⁴⁴⁵ V., ad esempio, R. LEWONTIN, *Human Diversity*, 1982, trad. it. L. MALDACEA, *La diversità umana*, Bologna, 1987; L. CAVALLI-SFORZA, P. MENOZZI, A. PIAZZA, *The History and Geography of Human Genes*, 1994; trad. it. G. MATULLO, N. CAPPELLO, S. RENDINE, R.M. GRIFFO, *Storia e geografia dei geni umani*, Milano, 1997.

⁴⁴⁶ Sull'uso dei risultati della mappatura del genoma umano a fini razziali, v., criticamente, R.M. BREWER, *Thinking Critically about Race and Genetics*, in “Journal of Law, Medicine & Ethics”, 2006, p. 513 ss.

⁴⁴⁷ Sul punto v. ampiamente S. SALARDI, «Razza»: falsi miti e danni reali di un concetto, cit., p. 467 ss., la quale riporta le critiche formulate nel saggio di T. DUSTER, *A post-genomic surprise. The molecular reinscription of race in science, law and medicine*, in “British Journal of Sociology”, vol. 66, 2015, p. 1 ss., nei confronti della c.d. re-iscrizione della razza nella biologia nell'ambito degli studi clinici.

⁴⁴⁸ V., ad es., il recente articolo di M. YUDELL, D. ROBERTS, R. DESALLE, S. TISHKOFF, *Taking race out of human genetics. Engaging a century-long debate about the role of race in science*, in “Science”, 5.2.2016, vol. 351, p. 564 s.

⁴⁴⁹ V. ancora S. SALARDI, *op. ult. cit.*, p. 469 ss.

⁴⁵⁰ V. *infra* par. 6.1.

obliqua di discriminazione genetica.

Ciò però non esaurisce affatto il motivo “genetico” che ben può ancorarsi a caratteristiche diverse da quelle razziali o etniche. Si pensi, per esempio, alla discriminazione fondata sulla predisposizione genetica della vittima verso una determinata malattia o verso un determinato comportamento antisociale⁴⁵¹. In questi casi le disposizioni della legge “Reale – Mancino” non potrebbero trovare applicazione, a ciò ostando il principio di legalità *ex art. 25, co. 2 Cost.*, trattandosi di analogia *in malam partem*⁴⁵².

4.2. Inesistenza di altre disposizioni penali volte a tutelare in via diretta la persona contro condotte di discriminazione su base genetica. La tutela “mediata” nella disciplina penale in materia di protezione dei dati personali.

La lacuna ora evidenziata non può neppure dirsi colmata da altre disposizioni dell’ordinamento. Non vi sono invero norme penali antidiscriminatorie riferite a specifici settori che contemplino direttamente questa particolare forma di discriminazione, neppure in ambito lavorativo, dove pure si riscontrano forme di tutela penale indiretta come quella prevista in tema di discriminazione di genere⁴⁵³.

Una forma di tutela indiretta può comunque trarsi dalla cennata autorizzazione generale al trattamento dei dati personali n. 8/2016, rilasciata dal Garante, la quale stabilisce che i trattamenti di dati genetici al di fuori dei casi previsti dall’autorizzazione stessa sono da considerarsi illeciti «*anche in riferimento all’attività dei datori di lavoro volta a determinare l’attitudine professionale di lavoratori o di candidati all’instaurazione di un rapporto di lavoro, anche se basata sul consenso dell’interessato, nonché all’attività delle imprese di assicurazione*».

⁴⁵¹ V. *amplius supra* par. 2.1. e par. 3.

⁴⁵² È il caso di ricordare, in senso contrario, l’interpretazione estensiva dell’aggravante della finalità di discriminazione prevista dall’art. 3 della l. 122/1993, resa in una sia pur isolata pronuncia di merito: il Tribunale di Trieste, con ord. 2.12.2011 (reperibile sul sito www.retelenford.it), facendo perno sull’avversativa adoperata dalla disposizione («finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso»), ha ritenuto che alla finalità di discriminazione non fossero riferibili, linguisticamente, i “moventi” etnico, nazionale, razziale e religioso e ha pertanto attribuito alla finalità di discriminazione un ambito di operatività più ampio della finalità di odio, e tale da ricomprendervi anche la finalità di discriminazione omofobica. Si tratta peraltro di una interpretazione in contrasto tanto con la *littera legis* che con la collocazione sistematica della norma in una legge espressamente intitolata “Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica o religiosa”. Per una critica a tale pronuncia v. E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2014, p. 14 s.; G. RICCARDI, *Omofobia e diritto penale. Possibilità e limiti dell’intervento penale*, in “Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.”, n. 3/2013, p. 117.

⁴⁵³ Il “Codice delle pari opportunità” (d.lgs. 11.4.2006, n. 198) prevede, all’art. 38, co. 4, che l’inottemperanza ai provvedimenti del giudice atti a far cessare il comportamento discriminatorio sia punita con l’ammenda fino a 50.000 euro o l’arresto fino a sei mesi.

Rimane dunque esclusa la possibilità che il datore di lavoro utilizzi i dati genetici per determinare l'attitudine professionale dei lavoratori, nonché l'utilizzo dei dati genetici per finalità attinenti all'attività delle compagnie assicurative⁴⁵⁴. L'intento è evidentemente quello di evitare l'impiego a fini discriminatori dei dati genetici in due settori in cui tale rischio è piuttosto elevato, come si evince anche dal fatto che l'autorizzazione richiama, nel preambolo, l'art. 11 della Convenzione di Oviedo, l'art. 6 della *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani* dell'UNESCO e l'art. 21 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che vietano la discriminazione fondata sulle caratteristiche genetiche⁴⁵⁵. La tutela contro la discriminazione genetica è, dunque, soltanto "mediata", qualora operi attraverso la rilevanza penale della condotta di trattamento non autorizzato dei dati genetici. Si aggiunge sussidiariamente il profilo penalistico contravvenzionale, peraltro blando, dello Statuto dei lavoratori (art. 38), per la violazione dell'art. 5 (accertamenti sanitari) secondo cui sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente⁴⁵⁶, fermo restando che l'idoneità o la salute non può essere ritenuta compromessa da un accertamento su base genetica di una inidoneità o malattia non attuale ma futura, tanto più qualora si tratti di valutazioni soltanto probabilistiche.

Si può dunque affermare che un espresso divieto di discriminazione genetica non compare in alcuna norma giuridica dell'ordinamento italiano, sia essa penale o extrapenale.

Merita tuttavia di essere segnalato il recentissimo schema governativo di decreto legislativo elaborato in attuazione della cennata direttiva UE 2016/680 sulla protezione dei dati nei settori della prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali⁴⁵⁷, il cui art. 8, comma 4, vieta espressamente la profilazione finalizzata alla discriminazione di persone fisiche sulla base delle categorie particolari di dati personali indicate dall'art. 9 del regolamento 679/2016 UE, che comprende i dati genetici. Il trattamento dei dati in violazione del divieto di discriminazione è sanzionato penalmente ai sensi dell'art. 43 dello schema di decreto legislativo. Si tratta di una (potenziale) novità molto rilevante, poiché per la prima volta la discriminazione genetica entrerebbe chiaramente nel novero della tutela penale, benché con riferimento al limitato ambito del trattamento dei dati nei settori della prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali.

Ad ogni modo, la sempre maggiore percezione sociale dei rischi discrimi-

⁴⁵⁴ Sul punto v. C. ROMANO, *op. cit.*, p. 186 s.

⁴⁵⁵ V. ampiamente *infra* par. 5.1.

⁴⁵⁶ Su tale divieto v. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 84 ss.

⁴⁵⁷ V. *supra* cap. II, par. 7.

natori connessi al trattamento dei dati genetici sollecita una presa di posizione del legislatore, la cui latitanza non pare più sostenibile a fronte della sussistenza di «condizioni di “paradiso genetico” fortemente deficitarie in termini di tenuta dei diritti fondamentali»⁴⁵⁸.

La necessità di una riflessione circa la legittimità/opportunità di un intervento legislativo nel senso della repressione tramite lo strumento penale di possibili discriminazioni su base genetica si giustifica pure alla luce delle sollecitazioni che provengono dal quadro normativo internazionale ed europeo e che si muovono nella direzione di un deciso contrasto alle varie forme di discriminazione⁴⁵⁹. In tale contesto si assiste invero ad una forte espansione dei diritti umani, non a caso definiti “insaziabili”⁴⁶⁰, strettamente connessa allo sviluppo delle biotecnologie e della biomedicina. I diritti fondamentali dell’uomo rappresentano del resto, nel diritto interno quanto in quello sovranazionale, la chiave di volta della “giuridicizzazione” delle problematiche bioetiche⁴⁶¹ e, in quanto *fondamentali*, pretendono una riflessione sull’opportunità di una tutela anche penale da parte dell’ordinamento. Non è allora fuori luogo interrogarsi sulla sussistenza di obblighi sovranazionali di penalizzazione in tema di antidiscriminazione genetica.

5. Dignità umana e divieto di discriminazione genetica nel biodiritto europeo e internazionale.

I diritti umani sono, per loro natura, connotati da un carattere dinamico ed espansivo, in relazione al tempo e al contesto, con costante tendenza alla moltiplicazione⁴⁶². Non sorprende dunque che, nell’arco dell’ultimo ventennio,

⁴⁵⁸ Così C. CASONATO, *La discriminazione genetica*, cit., p. 658.

⁴⁵⁹ V. C. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, in “Diritti umani e diritto internazionale”, 2008, p. 513 s.

⁴⁶⁰ La nota espressione è di A.J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, in “Southern California Law Review”, 1997, p. 417 ss.; in argomento v. A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in Id., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, 2010, p. 83 ss.

⁴⁶¹ In questi termini L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., p. 8.

⁴⁶² Per una chiara ricostruzione della nozione giuridica di diritti umani e del processo relativo alla loro affermazione ed evoluzione si rinvia a E. PARIOTTI, *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Padova, 2013: come rileva l’A. (p. IX) la nozione di diritti umani è complessa, in quanto nozione poliedrica composta da più dimensioni (etica, sociale, politica, giuridica) tra loro interconnesse ma poggianti su logiche e strumenti diversi, e problematica, posto che molte sono le questioni tuttora aperte (quali la definizione dei diritti umani, l’individuazione della loro base normativa, la loro giustificazione ecc.). La letteratura sul tema dei diritti umani è molto vasta: v., senza pretesa di completezza, N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1992; T. CASADEI (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino, 2012; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, 2009; M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, Madrid, 2014; C.

si sia assistito all'affermarsi, nel panorama europeo ed internazionale, di una «nuova generazione» di diritti umani: si tratta della sempre più vasta categoria, dai confini non facilmente tracciabili, dei diritti umani che emergono dai nuovi scenari aperti dall'inarrestabile sviluppo delle tecnoscienze, talora qualificati come diritti di «quarta generazione»⁴⁶³, e nel cui alveo rientrano anche i c.d. *bio-rights*, ossia i diritti umani connessi alle biotecnologie, in particolare alla genetica umana. Il già complesso discorso sulla traduzione in termini giuridici dei valori che pertengono alla persona umana in quanto tale⁴⁶⁴ deve ora confrontarsi non solo con diritti del tutto inediti – quali il diritto all'identità genetica, il diritto all'unicità, il diritto ad un patrimonio genetico non modificato o, ancora, il diritto di beneficiare del progresso scientifico e tecnologico –, ma anche con nuove “forme” o “specificazioni” di diritti tradizionali, quali il diritto alla salute, il diritto alla *privacy*, il diritto alla non discriminazione⁴⁶⁵. Insomma, le biotecnologie «sfidano i vecchi diritti e ne esigono impetuosamente di nuovi»⁴⁶⁶.

La problematicità di tali nuovi diritti è dovuta al fatto che essi si trovano ad uno stadio iniziale di positivizzazione, o perché difetta una convergenza sul loro contenuto all'interno della società civile e della comunità giuridica o per il carattere innovativo della struttura della titolarità⁴⁶⁷, come nel caso del diritto

TOMUSCHAT, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford, 2008; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006.

⁴⁶³ Cfr. S. M. HELMONS, *La quatrième génération des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles, 2000, p. 549 ss. Secondo una classificazione diffusamente accolta, che fa riferimento ai principali processi di genesi dei diritti umani, la prima generazione di diritti è quella dei diritti civili e politici, affermatasi negli Stati liberali con le rivoluzioni nazionali e borghesi del XIX secolo, la seconda corrisponde allo sviluppo, nel XX secolo, dello stato sociale e delle democrazie popolari, con la relativa affermazione dei diritti economici, sociali e culturali, mentre la terza generazione ingloba i diritti all'ambiente, allo sviluppo e alla pace: sul punto v. DE STEFANI, *Diritti umani di terza generazione*, 2009, p. 12 s., reperibile sul sito <http://www.aggiornamentisociali.it>. Non tutta la dottrina è concorde sull'individuazione di una quarta generazione di diritti ed anzi si registrano, pur con varietà di accenti, voci in contrasto con la stessa idea di una proliferazione, per accumulo, dei diritti umani: sul punto v., per una sintesi in chiave critica delle diverse posizioni, G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, in “Etica & Politica”, XV, 2013, 1, p. 87 ss.

⁴⁶⁴ Sul processo di trasformazione dei diritti umani da ideale morale a situazione soggettiva dotata di copertura normativa nell'ambito dell'ordinamento giuridico v. E. PARIOTTI, *op. ult. cit.*, 31 ss. Per una sintesi delle diverse impostazioni teoriche sulla giustificazione/fondamento dei diritti fondamentali v. O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in M. MCCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, cit., p. 277 ss.

⁴⁶⁵ Per un quadro delle fonti del biodiritto internazionale (non solo con riferimento alla genetica) si rinvia a C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, cit., p. 609 ss. Sul tema v. pure T. MURPHY (ed.), *New Technologies and Human Rights*, Oxford, 2009; F. FRANCONI (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford, 2007.

⁴⁶⁶ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 15.

⁴⁶⁷ E. PARIOTTI, *I diritti umani*, cit., p. 8.

all'integrità del patrimonio genetico, la cui titolarità spetta (anche) ad un nuovo soggetto, ossia l'individuo non nato, o, addirittura, è riferita a gruppi di soggetti sempre più vasti, quali le «generazioni future»⁴⁶⁸.

Gli strumenti sovranazionali che prendono in considerazione i *bio-rights* si richiamano sistematicamente alla nozione di «*human dignity*»⁴⁶⁹, e proprio su di essa ha trovato fondamento una interpretazione evolutiva del diritto a non essere discriminati che ha portato ad includere tra i motivi discriminatori anche il patrimonio genetico della persona.

La dignità umana, pur non trovando, proprio in considerazione della sua lunga storia e del suo variegato impiego, una chiara definizione, è considerata il valore *intrinseco* dell'essere umano, che si pone alla base del possesso dei diritti umani e che opera con una duplice funzione: da un lato fornisce la giustificazione etico-giuridica per lo sviluppo e l'applicazione delle nuove biotecnologie, e, dall'altro, funge da principio guida nello stabilire i limiti di ammissibilità della sempre più ampia varietà di possibilità dalle stesse offerte⁴⁷⁰.

Più precisamente, nei dibattiti concernenti l'etica e la regolamentazione delle biotecnologie a livello sovranazionale la dignità umana opera sia come «*empowerment*», a rafforzamento della autonomia individuale e del diritto di autodeterminazione della persona contro ogni etero-determinazione e misconoscimento del proprio valore, che come «*constraint*», ovvero come limite alla stessa autonomia individuale, secondo una concezione meta-soggettiva che trascende il singolo per abbracciare l'intera comunità degli appartenenti alla specie umana⁴⁷¹. Sebbene si tratti di due concezioni non tra loro strutturalmente

⁴⁶⁸ Sul processo di ampliamento della soggettività dei diritti umani al di fuori del tradizionale riferimento antropocentrico, v. A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012.

⁴⁶⁹ Che la dignità umana goda di ampia tradizione nell'ambito del diritto dei diritti umani emerge già dalla *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, la quale sancisce, nel Preambolo, che il riconoscimento della dignità umana «*is the foundation of freedom, justice and peace in the world*» e, nell'art. 1, che «*all human beings are born free and equal in dignity and rights*». Anche i successivi documenti internazionali sui diritti umani fanno sistematicamente riferimento alla dignità umana come fondamento e origine di specifici diritti umani: ad esempio, in Europa, il valore della dignità umana costituisce la pietra angolare della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* del 2000 (v. art. 1: «*La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*»). Per un *excur-sus* sull'evoluzione del concetto di dignità umana in rapporto ai diritti umani v. pure, di recente, A. DEARING, *Justice for victims of crime. Human dignity as the foundation of criminal justice in Europe*, Cham, 2017, p. 139 ss.

⁴⁷⁰ Sul punto v. F. FRANCONI, *Genetic Resources, Biotechnology and Human Rights: The international legal framework*, in ID. (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights*, cit., p. 18 ss.

⁴⁷¹ Secondo i teorizzatori di questa duplice accezione del concetto di dignità umana, D. BEYLEVELD e R. BROWNSWORD (*Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001), la finalità di «*empowerment*», attribuita alla dignità umana in una prima fase, quella delle Dichiarazioni internazionali dei diritti e del costituzionalismo postbellico, è sostituita dalla funzione di «*constraint*» nella fase della «*New Bioethics*», con conseguente passaggio da una concezione di dignità come fonte di di-

divergenti e incompatibili, che si trovano a coesistere, essendo il precipitato storico della diversa tipologia di problemi con cui l'ordinamento giuridico ha dovuto progressivamente confrontarsi⁴⁷², non può per converso negarsi che, nell'applicazione pratica, esse mostrino non di rado di essere in tensione l'una con l'altra⁴⁷³. Ed invero, quando dalla riflessione su un piano generale si passa alla concretezza di quello particolare, e, dunque, alla specifica questione bio-giuridica, l'idea di dignità si scompone in una serie di elementi o componenti che, in dipendenza del contesto culturale e giuridico in cui operano, assumono significati diversi se non addirittura opposti⁴⁷⁴. E ciò anche in considerazione del fatto che gli strumenti internazionalistici nulla dicono quanto allo specifico contenuto della dignità umana, ma semmai ne delineano i contorni in negativo, enunciando *cosa non è* rispettoso della dignità umana (la clonazione, le pratiche eugenetiche, la brevettabilità e la commercializzazione del corpo umano o delle sue parti, la discriminazione, *etc.*).

L'elevato grado di problematicità che indubbiamente connota, anche sul piano del diritto sovranazionale, il precetto della dignità umana nelle sue specifiche applicazioni operative si riflette nella constatazione che il suo impiego nei testi di diritto positivo si riduce spesso al richiamo ad un principio generale (e generico) sul quale esiste un accordo di fondo⁴⁷⁵, a una «*constructive ambigui-*

ritti ad una di dignità come fonte di obblighi, gravanti sullo stesso soggetto titolare della garanzia e consistenti nel dovere di non ledere con il proprio agire la dignità di tutti gli appartenenti alla specie umana. Sull'inidoneità di questa concezione a fornire valido ausilio interpretativo dell'attuale contenuto della dignità umana v. G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., p. 8 ss.

⁴⁷² Sul punto v., ancora, G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 11 ss., il quale rileva come, da un lato, il riconoscimento dei diritti fondamentali mediante il ricorso al paradigma della dignità umana non è mai andato disgiunto dalla fissazione di limiti incisivi alla libertà di autodeterminazione del soggetto, mentre, dall'altro, sarebbe riduttivo identificare la concezione sottesa ai più recenti strumenti internazionali con quella di «dignity as constraint», laddove si consideri, ad esempio, che una delle applicazioni più rilevanti del concetto contemporaneo di dignità consiste nel rafforzamento del principio del consenso informato quale cardine di governo del corpo e, dunque, come fondamentale presidio di autonomia della persona. Nel senso della complementarità dei due aspetti della dignità umana v. pure R. ANDORNO, *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics*, in "Journal of Medicine and Philosophy", vol. 34, 2009, p. 232.

⁴⁷³ Sul punto, diffusamente, R. BROWNSWORD, *Human Dignity, Ethical Pluralism, and the Regulation of Modern Biotechnologies*, in T. MURPHY (ed.), *New Technologies and Human Rights*, cit., p. 26 ss. L'A. rileva come, ad esempio, «if it is proposed to extend reproductive choice by appealing to human dignity as empowerment, it is human dignity as constraint that responds in defence of embryos which are subjected to screening procedure (for positive or negative selection)».

⁴⁷⁴ Come nel caso del richiamo alla dignità umana da parte di chi si oppone all'eutanasia attiva e, all'opposto, nelle sentenze e nei testi legislativi che proprio su di essa fondano la non punibilità, a certe condizioni, di condotte di eutanasia attiva: v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 51 ss.

⁴⁷⁵ Rileva C. CASONATO, *op. ult. cit.*, p. 47, come la dignità umana rappresenti il caso esemplare in cui, grazie all'ambiguità e vaghezza della formula, posizioni anche ideologicamente molto distanti tra loro si possono "accordare", con il risultato però che nessun accordo è in realtà raggiunto visto che l'oggetto dell'intesa non è il medesimo. Sull'inesistenza di un concetto universalmente condi-

ty»⁴⁷⁶ che consente di evitare la formulazione di regole di dettaglio sulle quali permangono inconciliabili divergenze.

Se è vero dunque che la dignità umana, quale attributo universale dell'uomo, al di là dei suoi contenuti sostanziali, esprime il primato dell'essere umano, ovvero il principio secondo cui l'interesse e il benessere dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza⁴⁷⁷, è altrettanto evidente che, se non si vuole ridurre il concetto ad un vuoto *slogan* retorico⁴⁷⁸, occorre chiarire come e perché essa sia implicata nella questione biogiuridica di cui si va discutendo. In relazione a ciò non si può prescindere dal chiarire, oltre al contenuto specifico, anche la titolarità della pretesa al rispetto della dignità umana, se cioè essa appartenga a qualunque entità biologica riconducibile alla categoria dell'*essere umano* (forme di soggettività prenatale; generazioni future) o se, al contrario, siano possibili restrizioni. Il che, peraltro, rimanda, in ultimo, alla più generale questione della *natura* della dignità umana nel biodiritto⁴⁷⁹, ossia se essa debba intendersi quale principio meta-positivo sottratto al bilanciamento con altri interessi confliggenti – e, dunque, valore fondante e intangibile –, ovvero se, al contrario, debba essere ricavata dalle regole e principi di diritto positivo e determinata di volta in volta attraverso una ponderazione degli interessi in gioco⁴⁸⁰.

Il richiamo alla dignità umana è costante con riguardo al divieto di discriminazione, sancito in plurimi strumenti internazionali. L'idea della dignità umana presuppone, come si è detto, che ogni individuo possieda un valore intrinseco, che gli deriva dalla propria condizione umana, indipendentemente dall'età, sesso, origine etnica, appartenenza religiosa, ecc. Ne consegue che, essendo il valore il medesimo per tutti gli esseri umani, eguali debbono essere i diritti che da esso derivano: pertanto le pratiche discriminatorie costituiscono una violazione

viso di dignità umana v. pure F. FRANCONI, *op. ult. cit.*, p. 20, il quale rileva comunque come non si tratti di un concetto inutile potendo costituire uno strumento di dialogo tra ambiti etici diversi se non radicalmente opposti.

⁴⁷⁶ T. CAULFIELD, R. BROWNSWORD, *Human dignity: a guide to policy making in the biotechnology era?*, cit., p. 75.

⁴⁷⁷ Cfr. art. 2 della Convenzione di Oviedo, su cui v. *infra* nel testo; sul punto P. DE STEFANI, *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Aspetti penali*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, cit., p. 659.

⁴⁷⁸ T. CAULFIELD, R. BROWNSWORD, *op. ult. cit.*, p. 76.

⁴⁷⁹ Sull'imprescindibilità della tutela della dignità umana in vista della costruzione di un sistema dei diritti umani, in quanto base irrinunciabile per un dialogo interculturale tra le civiltà e condizione di coesistenza del pluralismo v. R. BORSARI, *Diritto penale internazionale e biodiritto*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, cit., p. 708.

⁴⁸⁰ Sul punto, diffusamente, G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., p. 23 s.

diretta del principio di dignità⁴⁸¹.

Con specifico riguardo al tema che ci occupa, si è assistito all'emergere di istanze di garanzia della pari dignità tra gli individui volte al riconoscimento delle diversità anche genetiche, nel senso di una richiesta di equiparazione sostanziale degli individui e dei gruppi tramite una politica di riconoscimento delle differenze, che tenga conto della sensibilità dell'opinione pubblica contraria a nuove forme di discriminazione, tra cui, in particolare, le possibili discriminazioni derivanti dalla manipolazione del genoma e dall'utilizzo delle informazioni genetiche⁴⁸². Di conseguenza, anche nel contesto europeo e internazionale, così come è accaduto nel diritto interno⁴⁸³, si è assistito ad un progressivo processo di estensione del principio di non discriminazione⁴⁸⁴, fino ad abbracciare anche la discriminazione fondata sulle caratteristiche genetiche dell'individuo⁴⁸⁵.

È opportuna peraltro una precisazione terminologica, poiché spesso, negli atti internazionali, si impiega tanto il concetto di «discriminazione» quanto quello di «stigmatizzazione». Non si tratta però di concetti esattamente coincidenti. La stigmatizzazione, invero, si differenzia dalla discriminazione giacché non necessariamente incide sull'esercizio di un diritto individuale, sostanziandosi più che altro in un atteggiamento psicologico di ostilità o disagio nei confronti di chi viene percepito come “diverso”, e concretizzandosi di regola in parole o comportamenti volti ad “etichettare” taluno in base alle caratteristiche possedute, reali o presunte che siano⁴⁸⁶, senza che tuttavia vi sia un impedimento all'esercizio di diritti. Si tratta dunque di un atteggiamento che, pur potendo essere spesso prodromico alla discriminazione in senso tecnico-giuridico (e dunque al trattamento diseguale in senso sfavorevole privo di giustificazione), va contra-

⁴⁸¹ In tema v. R. ANDORNO, *El respeto de la dignidad humana en el ámbito biomédico según la Declaración de la UNESCO*, in C.M. ROMEO CASABONA (COORD.), *Hacia una Bioética Universal*, Bilbao, 2006, p. 17 ss.

⁴⁸² L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., p. 19.

⁴⁸³ V. *supra* par. 2.

⁴⁸⁴ Rileva C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 16 s., con riguardo alle diverse fasi di evoluzione del concetto di diritti umani, che «Nell'epoca moderna, infine, si assiste alla rivoluzione caratterizzata dalla internazionalizzazione dei diritti dell'uomo e dalla rilevanza che assumono due diritti spesso ignorati in passato: l'uguaglianza e il divieto di ogni discriminazione. Le motivazioni di tale rivoluzione sono evidenti: gli eventi oscuri della seconda guerra mondiale hanno dimostrato che le affermazioni delle leggi fondamentali non sono sufficienti. Finché il fenomeno rimane circoscritto nell'ambito dello Stato, il potere che diviene assoluto, la democrazia che si trasforma in dittatura, può travalicare ogni limite e compiere le massicce violazioni, ben note nella seconda guerra mondiale, che hanno sollevato la coscienza “internazionale” degli individui».

⁴⁸⁵ Per una panoramica sugli strumenti internazionali in tema discriminazione genetica si rinvia a I.V. MOTOC, *The International Law of Genetic Discrimination: the Power of 'Never Again'*, in T. MURPHY (ed.), *New Technologies and Human Rights*, cit., p. 222 ss. V. anche *infra*, par. 5.1.

⁴⁸⁶ V. C. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, cit., p. 529.

stato soltanto a livello sociale e culturale, benché, come è evidente, non sempre sia facile stabilire quando la stigmatizzazione diviene discriminazione.

5.1. I principali strumenti di contrasto alla discriminazione genetica; inesistenza di obblighi sovranazionali di penalizzazione.

Tra gli interventi principali in tema di antidiscriminazione genetica va annoverata la *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina* (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, c.d. Convenzione di Oviedo) del Consiglio d'Europa, firmata il 4 aprile 1997 ed entrata in vigore il 1 dicembre 1999⁴⁸⁷, avente il fine di uniformare le legislazioni dei Paesi membri del Consiglio d'Europa nel campo della bioetica⁴⁸⁸. Il titolo stesso della Convenzione rende evidente che la nozione di dignità umana è il fondamento dei principi in essa affermati, tra cui quello di non discriminazione⁴⁸⁹. La Convenzione sancisce espressamente il divieto di ogni forma di discriminazione nei confronti di una persona sulla base del patrimonio genetico della stessa (art. 11)⁴⁹⁰. A questa disposizione è strettamente collegata quella che stabilisce il divieto di condurre analisi predittive di patologie genetiche, o analisi che permettano di identificare un soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia o di rilevare una predisposizione o una suscettibilità genetica ad una malattia, se non per fini medici o di

⁴⁸⁷ R. ANDORNO, *The Oviedo Convention: a European legal framework at the intersection of human rights and health law*, in "Journal of International Biotechnology Law", 2005, p. 133 ss.; E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009; L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., p. 26 ss.; S. MILLNS, *Consolidating Bio-rights in Europe*, in F. FRANCONI (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights*, cit., p. 71 ss.; I. R. PAVONE, *Convenzione sulla bioetica, Oviedo 1997*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, dir. da E. SGRECCIA, A. TARANTINO, vol. III, 2010, p. 512 ss.

⁴⁸⁸ La Convenzione di Oviedo è il primo trattato multilaterale riferito all'intero ambito dei diritti umani nella biomedicina. Si tratta di una convenzione quadro, in cui si affermano regole generali e norme di principio destinate ad essere poi sviluppate negli anni attraverso protocolli addizionali dedicati a specifici argomenti. In proposito si è da più parti criticata la vaghezza o la valenza meramente retorica di molti dei principi affermati, trattandosi di scelte di compromesso, dovute alla difficoltà di trovare una soluzione condivisa su temi particolarmente sensibili sotto il profilo etico e religioso: in argomento v., tra gli altri, C. PICCOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", 2001, p. 1301 ss.

⁴⁸⁹ Ciò emerge già dal tenore dell'art. 1 della Convenzione: «*Purpose and object. – Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine*».

⁴⁹⁰ Come si chiarisce anche nell'*Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine*, par. 77, la norma vieta la «unfair discrimination» e pertanto non può proibire l'adozione di misure positive al fine di ristabilire un certo equilibrio in favore di coloro che sono svantaggiati a causa del loro patrimonio genetico.

ricerca medica e purché vi sia una appropriata consulenza genetica⁴⁹¹.

Il diritto a non subire discriminazioni su base genetica è assoluto, a differenza del diritto alla riservatezza nella gestione dei propri dati personali, sancito nell'art. 10, co. 1 della Convenzione, che può subire limitazioni per la prevenzione di reati o per la protezione di diritti altrui⁴⁹². Si è tuttavia osservato che la Convenzione di Oviedo, al di là della generica affermazione di principio contenuta nell'art. 11, limitandosi a scarse indicazioni sulle questioni connesse alla *privacy* (cfr. artt. 10, 12 e 22), non offre adeguata tutela contro l'uso discriminatorio delle informazioni genetiche in ambito lavorativo e assicurativo, sia con riguardo alle informazioni fornite direttamente dagli interessati, sia a quelle derivanti dal c.d. «*left over human material*», ossia dai campioni biologici residui⁴⁹³.

La Convenzione di Oviedo non è comunque ancora stata ratificata dall'Italia, giacché pur avendo il Parlamento emanato la legge di autorizzazione nel 2001 (l. 28 marzo 2001, n. 145), non si è ancora proceduto a depositare lo strumento di ratifica presso il Consiglio d'Europa; ne consegue che essa non può considerarsi attualmente in vigore nell'ordinamento italiano e quindi neppure in grado di produrre effetti giuridici vincolanti⁴⁹⁴, benché possa esercitare una indubbia valenza orientativa per il legislatore italiano. Nel 2008 il *corpus* normativo della Convenzione di Oviedo si è arricchito con l'adozione del Protocollo relativo ai test genetici a fini sanitari, non ancora entrato in vigore, che vieta qualsiasi discriminazione o stigmatizzazione per motivi genetici nei confronti di un individuo o di un gruppo (art. 4)⁴⁹⁵.

Nel 1997 l'UNESCO ha adottato la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo*⁴⁹⁶, la quale pur riconoscendo l'utilità dei progressi

⁴⁹¹ Art. 12: «*tests which are predictive of genetic diseases or which serve either to identify the subject as a carrier of a gene responsible for a disease or to detect a genetic predisposition or susceptibility to a disease may be performed only for health purposes or for scientific research linked to health purposes, and subject to appropriate genetic counselling*».

⁴⁹² V. C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, cit., p. 619; cfr. pure R. ANDORNO, *The Oviedo Convention*, cit., p. 136.

⁴⁹³ Sul punto v. H. D. C. ROSCAM ABBING, *The Convention on Human Rights and Biomedicine – An Appraisal of the Council of Europe Convention*, in "European Journal of Health Law", vol. 5, 1998, p. 382 s., che richiama in proposito le difficoltà, emerse nei lavori preparatori della Convenzione, di trovare un consenso unanime sulla possibile formulazione, confacente con le legislazioni interne degli Stati, di una disposizione concernente nello specifico l'utilizzo a fini discriminatori dei dati genetici da parte di compagnie assicurative e datori di lavoro.

⁴⁹⁴ Così, tra gli altri, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 148, il quale evidenzia comunque la rilevante funzione della Convenzione quale ausilio interpretativo delle norme interne; sul punto v. S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in www.forumcostituzionale.it, 2007.

⁴⁹⁵ Sul punto v. C. CAMPIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 622; D. MARRANI, *Genetica, tutela della salute e diritti umani: il Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo relativo ai test genetici a fini medici*, in "La Comunità internazionale", n. 2, 2012, p. 303 ss.

⁴⁹⁶ V., tra gli altri, C. BORGÑO, *La protezione dei dati genetici nel biodiritto internazionale*, cit., p.

nell'ambito della ricerca sul genoma umano a fini di tutela della salute del singolo e dell'intera umanità, afferma al contempo l'esigenza di conciliare l'interesse collettivo al progresso della ricerca biomedica con la necessità del rispetto della dignità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali dell'essere umano (art. 10)⁴⁹⁷, e in particolare di prevenire e reprimere forme di discriminazione che si fondino sui caratteri genetici⁴⁹⁸.

Sul presupposto che la diversità genetica dell'umanità sia un valore da tutelare, la Dichiarazione riconosce nel genoma umano il fattore che traccia la fondamentale unità tra gli esseri umani, definendolo, «*in a symbolic sense ... the heritage of humanity*» (art. 1). La qualificazione del genoma umano come patrimonio dell'umanità, ossia l'elemento che accomuna tutti gli esseri umani, sancita, in senso simbolico⁴⁹⁹, dall'UNESCO, apre ad aspettative di solidarietà e di salvaguardia, giacché ogni individuo ne è responsabile di fronte agli altri e anche nei confronti delle generazioni future⁵⁰⁰: si tratta, insomma, del dovere etico che grava non solo sul singolo ma anche sull'umanità nella sua interezza, di preservare e tutelare la continuità della specie umana dai rischi potenziali dell'ingegneria genetica, essendo in gioco la dignità stessa del genere umano.

La Dichiarazione sancisce inoltre il diritto di ciascuno al rispetto della propria dignità e dei propri diritti a prescindere dalle caratteristiche genetiche e precisa, con una evidente impostazione antideterministica, che la dignità impone di non ridurre l'individuo ai suoi dati genetici e di rispettarne l'unicità e la diversità (art. 2); inoltre stabilisce espressamente che «*no one shall be subjected to discrimination based on genetic characteristics that is intended to infringe or has the effect of infringing human rights, fundamental freedoms and human dignity*» (art. 6).

La Conferenza generale dell'UNESCO ha successivamente approvato anche

355 ss.; J.M. SIQUEIROS, G. SARUWATARI, P.F. OLIVA-SÁNCHEZ, *Individualidad genética y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", 2012, p. 123 ss.

⁴⁹⁷ Art. 10: «*No research or research applications concerning the human genome, in particular in the fields of biology, genetics and medicine, should prevail over respect for the human rights, fundamental freedoms and human dignity of individuals or, where applicable, of groups of people*».

⁴⁹⁸ C. CAMPIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 612.

⁴⁹⁹ Si è in proposito affermato che l'uso dell'espressione «*in a symbolic sense*» non va interpretata nel senso di indebolire la forza della disposizione, bensì deve essere intesa nel senso che il genoma umano non può essere soggetto a forme di appropriazione individuale o collettiva, da cui trarre benefici di tipo patrimoniale, poiché il suo valore per l'umanità risiede nella sua capacità di imporsi come imperativo etico di assicurare la tutela della specie umana: v. F. FRANCONI, *Genetic Resources, Biotechnology and Human Rights: The international legal framework*, cit., p. 11. Sulla percezione come "debole" del principio in esame da parte degli Stati v. invece C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, cit., p. 634.

⁵⁰⁰ Sul punto, C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, cit., p. 612 s.; L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., p. 9; S. HARMON, *The Significance of UNESCO's Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, in SCRIPTed, vol. 2, n. 1, 2005, p. 18 ss.

la *Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani* (2003)⁵⁰¹, in cui, ancora una volta con l'obiettivo ultimo di garantire il rispetto della dignità dell'uomo e la protezione dei diritti umani, si mira a tutelare la riservatezza di dati dotati di un particolare *status*, e, dunque, particolarmente "sensibili"⁵⁰² soprattutto in vista di possibili discriminazioni o stigmatizzazioni, non solo con riguardo al singolo, ma anche rispetto alla famiglia, al gruppo o alla comunità di appartenenza, anche laddove ciò possa essere conseguenza di studi sulla genetica di popolazioni o sulla genetica comportamentale⁵⁰³. La Dichiarazione rende chiaro lo stretto legame sussistente tra *privacy* genetica e divieto di discriminazione, laddove impone agli Stati di impegnarsi, in conformità alla legislazione interna rispettosa del diritto internazionale dei diritti umani, a tutelare la *privacy* degli individui e la riservatezza dei dati genetici collegati ad una persona, famiglia o gruppo identificabile⁵⁰⁴. Il divieto di discriminazione e stigmatizzazione è infine ribadito anche nella *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani* adottata dall'UNESCO nel 2005 (art. 11)⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ V. *supra*, cap. I, par. 2.1. La Dichiarazione, con l'obiettivo di garantire il rispetto della dignità umana, stabilisce i principi etici che debbono presiedere la raccolta, il trattamento, l'uso e la conservazione dei dati genetici umani e dei campioni biologici da cui essi si ricavano.

⁵⁰² La Dichiarazione riconosce invero che i dati genetici umani sono dotati di un particolare *status*, non solo per il loro carattere predittivo, ma altresì per l'impatto significativo che possono avere sulla famiglia, inclusa la prole, le generazioni future e, in alcuni casi, sull'intero gruppo sociale cui la persona interessata appartiene e perché possono contenere informazioni il cui significato non è necessariamente conosciuto al momento della loro raccolta (art. 4).

⁵⁰³ Art. 7: «*Non-discrimination and non-stigmatization: (a) Every effort should be made to ensure that human genetic data and human proteomic data are not used for purposes that discriminate in a way that is intended to infringe, or has the effect of infringing human rights, fundamental freedoms or human dignity of an individual or for purposes that lead to the stigmatization of an individual, a family, a group or communities. (b) In this regard, appropriate attention should be paid to the findings of population-based genetic studies and behavioural genetic studies and their interpretations.*».

⁵⁰⁴ L'Art. 14 (b) precisa che «*Human genetic data, human proteomic data and biological samples linked to an identifiable person should not be disclosed or made accessible to third parties, in particular, employers, insurance companies, educational institutions and the family, except for an important public interest reason in cases restrictively provided for by domestic law consistent with the international law of human rights or where the prior, free, informed and express consent of the person concerned has been obtained provided that such consent is in accordance with domestic law and the international law of human rights. The privacy of an individual participating in a study using human genetic data, human proteomic data or biological samples should be protected and the data should be treated as confidential.*».

⁵⁰⁵ L'art. 11 è rubricato «*Non-discrimination and non-stigmatization*»: il secondo termine allude, come detto più sopra nel testo, al rigetto o alla marginalizzazione sociale di un individuo o di un gruppo in considerazione delle condizioni personali, culturali, sociali, che tuttavia non preclude o ostacola l'esercizio di diritti e dunque non integra discriminazione in senso tecnico-giuridico. Si tratta peraltro di una distinzione non sempre facile da tracciare in concreto: sul punto v. Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Los principios de igualdad, no discriminación y no estigmatización en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos*, in C.M. ROMEO CASABONA (coord.), *Hacia una Bioética Universal*, cit., p. 26 s. V. pure C. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, cit., p. 526 ss.

Le cennate Dichiarazioni, in quanto tali, non hanno valore vincolante, benché possano esercitare una certa influenza sugli Stati nel modo di disciplinare, a livello interno, le questioni bioetiche di cui si tratta, anche se in molti casi si manifesta un evidente scollamento tra le scelte normative degli Stati e le solenni affermazioni di principio delle organizzazioni internazionali⁵⁰⁶. Certo è che la maggior parte delle “bio-regole” di cui la Comunità internazionale si è dotata, tanto a livello universale quanto regionale, sono regole di *soft law*⁵⁰⁷, dal contenuto flessibile e spesso vago, frutto di un compromesso sul piano bioetico, deontologico e giuridico, il che si spiega con la difficoltà di addivenire ad un contenuto condiviso di questi diritti, trattandosi di questioni complesse e dibattute già sul piano statale, prima ancora che su quello internazionale⁵⁰⁸.

Il principio di non discriminazione, come manifestazione del più generale principio di eguaglianza, è riconosciuto anche dalla *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo* (CEDU)⁵⁰⁹, il cui art. 14 precisa che il godimento delle libertà e dei diritti riconosciuti dalla Convenzione stessa deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, elencando altresì una serie di ragioni su cui tale discriminazione può fondarsi⁵¹⁰. Tra esse non è ricompresa espressamente quella fondata sulle caratteristiche genetiche, che tuttavia ben può rientrare nella locuzione «ogni altra condizione», considerato anche che la lista di ragioni per cui può verificarsi una violazione del principio di non discriminazione non viene interpretata come esaustiva dalla Corte di Strasburgo⁵¹¹. Peraltro è necessario

⁵⁰⁶ V. C. CAMPIGLIO, *L’internazionalizzazione delle fonti*, cit., p. 634, la quale rileva come spesso la presa in considerazione da parte degli Stati dei principi elaborati a livello universale sia meramente opportunistica, dovuta a ragioni politiche, mentre in realtà non è raro che, in nome della salvaguardia del pluralismo culturale, religioso ed etico, tali principi vengano poi del tutto stravolti, tant’è che in taluni casi si assiste alla creazione di “paradisi bioetici” che attraggono quanti siano alla ricerca di realizzare qualcosa che l’ordinamento di appartenenza vieta.

⁵⁰⁷ In generale, sulle forme di interrelazione tra le regole di *soft law*, non solo di derivazione sovranazionale, e le norme penali v. A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2011, p. 536 ss.

⁵⁰⁸ V. ancora C. CAMPIGLIO, *L’internazionalizzazione delle fonti*, cit., p. 610 ss.

⁵⁰⁹ Rileva L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., p. 26, come la CEDU, pur lasciando trasparire la volontà di promuovere la protezione globale della dignità dell’essere umano, trova applicazione solo parziale ed indiretta nel campo della biomedicina e delle biotecnologie.

⁵¹⁰ L’art. 14 così recita: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». Sull’art. 14 v. R. BIN, *Art. 14, Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 410; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: a Commentary*, Oxford, 2015.

⁵¹¹ V., ad es., Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, in Serie A, n. 22, cit., par. 72. Sull’utilizzo dell’art. 14 (in relazione ad altri articoli CEDU) da parte della

notare che la formulazione dell'articolo 14 ne limita la portata, giacché lega il principio di non discriminazione al godimento degli altri diritti sanciti nella stessa Convenzione e nei Protocolli addizionali: la trasversalità del divieto rispetto al godimento di altri diritti "sostanziali" conduce a ritenere che l'art. 14 non garantisca un diritto autonomo ed indipendente⁵¹². Si dubita, comunque, in dottrina⁵¹³, della possibilità di invocare la norma in esame quale garanzia contro la discriminazione su base genetica, poiché quest'ultima è di fatto praticata in relazione al godimento di diritti economici e sociali (lavoro e assicurazioni) dei quali la CEDU non si occupa e in relazione ai quali pertanto l'art. 14 non opera. Si rileva altresì in proposito che neppure il divieto generale (ossia svincolato dai diritti protetti dalla CEDU) di discriminazione previsto dall'art. 1 del Protocollo n. 12⁵¹⁴ potrebbe intervenire, giacché esso si riferisce alle relazioni verticali Stato/individuo, laddove la discriminazione genetica riguarda di regola le relazioni orizzontali individuo/individuo, con riferimento alle quali non paiono configurabili obblighi in capo agli Stati di adottare misure di diritto interno di qualsiasi tipo⁵¹⁵.

Corte per condannare violazioni del principio di non discriminazione anche sulla base di motivi non affermati esplicitamente, v. C. DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in www.forumcostituzionale.it, 2013. Sul punto v. pure E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 96, che attribuisce al menzionato art. 11 della Convenzione di Oviedo un ruolo di completamento delle tutele già apprestate dalla CEDU «estendendo il campo di applicazione dell'art. 14 anche a forme di discriminazione su base genetica». La discriminazione genetica non è stata inserita neppure nel Protocollo n. 12 addizionale alla CEDU, adottato nel 2000 dallo stesso Consiglio d'Europa: anche in detto Protocollo quella genetica va dunque fatta rientrare tra le discriminazioni sulla base di «*other status*», categoria residuale di discriminazione suscettibile di interpretazione evolutiva; sul punto v. C. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica*, cit., p. 522, nota 22.

⁵¹² V., tra gli altri, M.L. PICCHIO FORLATI, *La lotta contro la discriminazione alla luce del diritto internazionale ed europeo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Atti del Seminario di studio "Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale"*, cit., p. 6 s., la quale nota come spesso vi sia, nell'argomentare della Corte di Strasburgo, un assorbimento della dimensione discriminatoria nell'accertamento della violazione del diritto "sostanziale" in gioco. V. tuttavia la sentenza del 26 febbraio 2004, *Nachova e al. v. Bulgaria*, in cui la Corte, con riguardo all'uccisione di due giovani rom da parte della polizia militare, ha ritenuto le autorità bulgare responsabili di aver violato il diritto alla vita in combinato disposto con il divieto di trattamenti discriminatori: la violazione diretta dell'art. 14 è stata ritenuta sussistente poiché le autorità bulgare avevano omesso di investigare, in particolare, il probabile movente razzista degli agenti coinvolti. Sulla prassi della Corte in tema divieto di discriminazione v. anche A. SACCUCCI, *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in "Diritti dell'uomo, cronache e battaglie", 2005, n. 3, p. 11 ss.

⁵¹³ C. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, cit., p. 531.

⁵¹⁴ Si ritiene, in dottrina, che, a seguito dell'adozione del Protocollo, sia mutato il significato del divieto di non discriminazione ai sensi della CEDU, che avrebbe acquisito lo status di un diritto indipendente: in questo senso v., ad esempio, A. HENDRIKS, *Protection against genetic discrimination and the Biomedicine Convention*, cit., p. 211.

⁵¹⁵ In questo senso v., ad es., I. R. PAVONE, *op. cit.*, p. 4; C. CAMPIGLIO, *op. loc. cit.*, i quali richiama-

La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, oltre a confermare il diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali (artt. 7 e 8), vieta «qualsiasi discriminazione fondata, in particolare, ... sulle caratteristiche genetiche» (art. 21)⁵¹⁶. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵¹⁷ la Carta di Nizza ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati, entrando così nel quadro delle fonti primarie del diritto dell'Unione Europea. La Carta si pone come un moderno catalogo di diritti di varia generazione e direzione comprensivo anche di quelli di più recente emersione legati alle biotecnologie e alla genetica umana⁵¹⁸. L'art. 21 codifica il principio generale di non discriminazione già affermato da una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵¹⁹: la Carta conferisce così espressamente a tale principio e al principio di uguaglianza, del quale il primo è una componente, una base giuridica primaria e qualifica i divieti di discriminazione come diritti fondamentali⁵²⁰. L'art. 51 della Carta chiarisce peraltro che le disposizioni in essa contenute si rivolgono alle istituzioni e agli organi dell'Unione nell'esercizio delle loro funzioni nel rispetto del principio di sussidiarietà e agli Stati membri laddove essi diano attuazione al diritto dell'Unione, e precisa altresì che essa non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze della stessa, né introduce competenze nuove o compiti nuovi, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati⁵²¹. Ciò comunque non esclude che vi sia una capacità naturale di espansione onnipervasiva dei diritti fondamentali (in particolare con riguardo a quelli avente carattere più strettamente penalistico) anche al di là dell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione⁵²².

La positivizzazione di una cornice condivisa di diritti fondamentali, con par-

no in proposito anche l'*Explanatory Report* del Protocollo, laddove si precisa che l'art. 1 «is not intended to impose a general positive obligation on the Parties to take measures to prevent or remedy all instances of discrimination in relations between private persons» (v. § 25).

⁵¹⁶ Per un commento all'art. 21, v., di recente, C. FAVILLI, *Art. 21. I. Quadro generale*, in R. MASTROIANI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 412 ss. L'articolo in esame si ricollega idealmente all'art. 13 del Trattato CE, ora sostituito dall'art. 19 TFUE, e all'art. 14 CEDU.

⁵¹⁷ V. con riguardo all'Italia la l. n. 130 del 2008.

⁵¹⁸ V. MILITELLO, *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in "Ragion pratica", 2004, p. 156. Come rileva F.C. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", 2008, p. 10 s., la principale differenza tra la Carta e la CEDU si riassume nel maggiore accento posto nella prima sulla modernità e sulla solidarietà.

⁵¹⁹ V. ad es. Corte giustizia, 19 aprile 2016, *Dansk Industri*, C-441/14.

⁵²⁰ C. FAVILLI, *Art. 21*, cit., p. 415.

⁵²¹ Sull'efficacia diretta del principio di non discriminazione con riguardo a tutti i soggetti dell'ordinamento, inclusi i privati cfr. C. FAVILLI, *Art. 21*, cit., p. 419; N. LAZZERINI, (*Some of*) *the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS*, in "Common Market Law Review", vol. 51, 2014, p. 928; *contra* C. CAMPIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 531.

⁵²² Ampiamente F.C. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 9 ss.

ticolare riguardo alla CEDU e alla *Carta europea dei diritti fondamentali*, incide in vario modo sull'ordinamento penale interno⁵²³. Tuttavia, interessa in questa sede interrogarsi circa la possibilità che da tali strumenti discenda un vero e proprio dovere di punire per il legislatore nazionale con riguardo alla discriminazione su base genetica.

A monte risiede il dibattito circa l'idoneità dei diritti umani non solo ad assumere la funzione critico-selettiva delle scelte legislative⁵²⁴ attribuita al bene giuridico, ma anche a porsi come fonte di un vero e proprio obbligo di penalizzazione per il legislatore interno. I diritti umani rivelano tradizionalmente una spiccata attitudine a porsi quali *Abwehrrechte*⁵²⁵, ossia come diritti di difesa dal (e dunque come limite all') intervento punitivo, in grado di limitarli o sopprimerli⁵²⁶. Tuttavia, soprattutto grazie al ruolo assunto dalla CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i diritti umani – che, in quanto diritti *fondamentali* vantano una pretesa di tutela più forte (e *effettiva*) rispetto ad altri diritti – si sono affermati progressivamente anche quali diritti meritevoli di tutela mediante lo strumento penale⁵²⁷, dando nuova linfa anche al dibattito sul

⁵²³ La letteratura in tema è oramai amplissima: v. intanto M. DELMAS –MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992; S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in "Dir. pen. contemporaneo- Riv. trim.", n. 3/2013, p. 242 ss.; V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento e (per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 2 ss.; S. RIONDATO, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in "Riv. it. dir. e proc. pen.", 2011, p. 1541 ss.; F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in "Dir. pen. e proc.", 2011, p. 4 ss.; E. ANDOLINA, *Nuovi scenari nella tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, in "Dir. pen. e proc.", 2012, p. 764 ss.

⁵²⁴ Cfr. S. MANACORDA, *Principio comunitario di non discriminazione e diritto penale: primi appunti sulla efficacia neutralizzante*, in "Politica del diritto", 2007, p. 51: «il principio di non discriminazione è idoneo a fungere da criterio di indirizzo politico-criminale di un processo di progressivo allargamento della legislazione penale, preordinato a garantire il medesimo trattamento a soggetti che si trovino in posizione di tendenziale uguaglianza (pari dignità delle razze, pari trattamento dei sessi), mediante la predisposizione di fattispecie variamente articolate, atte a sanzionare comportamenti lesivi rispetto a tale indifferenza soggettiva».

⁵²⁵ D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, cit., p. 90.

⁵²⁶ V. per tutti F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 243 ss.

⁵²⁷ Sulla doppia funzione di fondamento e di limite svolta dai diritti umani rispetto alle fattispecie incriminatrici v., *ex multis*, V. MILITELLO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 139 ss.; F. C. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, cit., p. 1 ss.; O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, cit., p. 263 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in A.A. V.v., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2645 ss. Taluni autori avvertono la natura ambivalente se non proprio paradossale di tale duplice ruolo dei diritti umani: v., ad es., M. DELMAS-MARTY, *Postface: d'un paradoxe à l'autre*, in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, 2007, p. 613 ss. Trattasi peraltro di distinzione ardua posto che i due aspetti sono tra loro complementari e inscindibili: v. sul punto S.

bene giuridico⁵²⁸.

La costruzione di obblighi di criminalizzazione fa dunque leva sulla natura fondamentale dei diritti umani che induce le Corti sovranazionali (*in primis*, la Corte EDU) ad affermare che un determinato comportamento debba essere sottoposto a sanzione penale nonostante l'inerzia o la contraria opzione esercitata dal legislatore nazionale⁵²⁹. Il tema è complesso⁵³⁰, ancor più che con riguardo alla configurabilità di obblighi costituzionali di penalizzazione⁵³¹, perché i diritti umani hanno, come si è detto, una forte tendenza all'espansione e un contenuto aperto ed elastico e gli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali – in particolare con riguardo alla CEDU – vengono ricavati dalle Corti in via meramente interpretativa da un testo che nulla dice quanto al necessario impiego di misure penali⁵³².

MANACORDA, "Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani*, cit., p. 337 s., il quale rileva come sia immanente ai diritti dell'uomo di delimitare l'esercizio delle prerogative sovrane, nel senso della penalizzazione come pure della depenalizzazione *lato sensu intesa*.

⁵²⁸ Sul passaggio dal paradigma della tutela del bene giuridico a quello della tutela dei diritti v. criticamente G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., p. 101 ss.

⁵²⁹ La dottrina sul punto non è univoca. Nel senso della sussistenza di vincoli di penalizzazione di fonte sovranazionale, dedotti anche in via interpretativa dalla Corte EDU, e tali da imporsi al legislatore nazionale limitandone la discrezionalità v., ad es., F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 247 ss., p. 293 ss. Sulla valenza solo potenzialmente orientativa dei valori e diritti espressi nella Carta di Nizza rispetto alle scelte di penalizzazione v., ad es., G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 120, il quale denuncia altresì l'incapacità dei diritti umani di delineare un catalogo esauriente ed autosufficiente di oggetti di tutela; nel senso dell'impossibilità di ancorare alla *Carta europea dei diritti fondamentali* un obbligo generalizzato di penalizzazione da parte degli Stati membri v. V. MILITELLO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 154 s., il quale ritiene ipotizzabile, in sede di costruzione di un diritto penale europeo, il ricorso allo strumento penale solo per quei diritti fondamentali che superino il vaglio della "doppia sussidiarietà" (interna ed europea), ossia quelli la cui offesa chiama in gioco una «contestuale messa in discussione della dignità umana».

⁵³⁰ E involge naturalmente il rapporto tra fonti diverse, tra potestà di chi pone l'obbligo e potestà del legislatore nazionale che tale obbligo è chiamato ad adempiere: sul punto v. D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., p. 97 s. Quello della configurabilità di vincoli di tutela penale è peraltro un tema già da tempo frequentato dalla dottrina penalistica con riguardo al complesso sistema dell'Unione Europea: v., ad es., nel senso della configurabilità di obblighi di penalizzazione, S. RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 289 ss.

⁵³¹ In argomento cfr. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1983, p. 484 ss., nonché, più di recente, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009. La dottrina oggi dominante esclude che dalla Costituzione siano ricavabili obblighi rigidi di tutela penale (salvo quelli espressamente indicati nella Costituzione stessa), giacché l'espressa menzione di un diritto nella Carta costituzionale – e la sua qualificazione come "fondamentale" – non implica necessariamente un dovere per il legislatore di apprestare una tutela mediante lo strumento penale, la quale è comunque rimessa ad una scelta discrezionale del legislatore stesso che non può che ispirarsi, tra l'altro, al principio di *extrema ratio*: v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 496 ss.; *contra* S. RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea*, cit., p. 286.

⁵³² Sul punto F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 247 ss., p. 293 ss. Sulla ten-

Ciò comporta inevitabilmente il rischio di un *deficit* di certezza – e di scarsa effettività dovuta, appunto, al proliferare dei diritti in competizione⁵³³-, oltre che una evidente frizione della sovranità statale nelle scelte di penalizzazione⁵³⁴.

Sarebbe fuori luogo approfondire in questa sede un tema di così elevata problematicità, che porta con sé anche la delicata questione di come tali obblighi di criminalizzazione siano effettivamente sanzionati⁵³⁵. In sintesi conclusiva, paiono condivisibili i timori di coloro che avvertono i rischi della suggestiva “retorica dei diritti umani”⁵³⁶, suscettibile di condurre quanto meno ad un *so-stanziale* obbligo di penalizzazione⁵³⁷: la proliferazione dei diritti fondamentali e la loro tendenza a porsi come valori a protezione assoluta genera invero un incremento delle aspettative sociali di tutela attraverso lo strumento penale. Il rischio ultimo è senz’altro quello della iper-dilatazione dell’area del penalmente rilevante, in nome di una visione simbolica-espressiva del ricorso allo strumento penale connessa alla forte carica emotiva che spesso connota il discorso sui diritti umani. Se è vero peraltro che con riguardo a gravi violazioni di taluni diritti umani (paradigmatico in questo senso il diritto alla vita) la configurabilità di obblighi di penalizzazione non crea particolari problemi⁵³⁸, anche perché su di essi converge un vasto consenso⁵³⁹, desta comunque forti perplessità l’idea

denza della Corte EDU a ricavare obblighi positivi per gli Stati invocando anche espressamente la risposta penale v. S. MANACORDA, “*Dovere di punire*”?, cit., p. 313 ss. Con riguardo alla deduzione in via interpretativa di obblighi di tutela penale ad opera della *Corte Interamericana dei Diritti Umani* v. G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell’America Latina*, Trento, 2011.

⁵³³ Sulla elevata problematicità della creazione dei diritti umani per via giurisprudenziale v. O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, cit., p. 298 ss.

⁵³⁴ Rileva F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 295 come non sussista un problema di compatibilità dell’enucleazione di obblighi di tutela penale di diritti fondamentali da parte della Corte EDU con il principio della riserva di legge in materia penale, sancito in molte Carte costituzionali come strumento di concreta attuazione del principio di legalità penale, in quanto tale principio sarebbe comunque rispettato laddove la responsabilità penale dipenda pur sempre da una previa legge incriminatrice nazionale. In senso critico v. S. MANACORDA, “*Dovere di punire*”?, cit., p. 345, il quale rileva comunque la possibilità di una tensione con il principio di legalità con riferimento ai casi di *judge made law* ad opera del giudice interno «allorquando questi adatti – attraverso l’interpretazione adeguatrice – il quadro giuridico penale ritenuto insufficiente rispetto agli imperativi di fonte internazionale, con la conseguenza che l’obbligo di incriminazione è suscettibile di imporsi direttamente agli individui (persone fisiche ma oramai anche giuridiche), senza intermediazione da parte del legislatore».

⁵³⁵ V. F.C. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 18 ss.

⁵³⁶ Sul punto v., ancora, S. MANACORDA, *op. ult. cit.*, p. 340.

⁵³⁷ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 103 s.

⁵³⁸ Nel senso che gli obblighi di tutela sono configurati dalla Corte di Strasburgo con riferimento al nucleo essenziale dei diritti dell’uomo ed essenzialmente in relazione a violazioni gravi perpetrate dalle autorità statuali v. S. MANACORDA, “*Dovere di punire*”?, cit., p. 327 ss.

⁵³⁹ Sul tema del rapporto tra consenso sociale e diritto penale v. C.E. PALIERO, *Diritto penale e consenso sociale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, cit., p. 167 ss.; E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, ivi, p. 151 ss.; M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso*

di imperativi assoluti o categorici di criminalizzazione per i quali il legislatore possa prescindere da qualsiasi valutazione in ordine al bilanciamento tra gli interessi in gioco, oltre che dalla valutazione della *necessità* dell'intervento penale⁵⁴⁰, in conformità al principio dell'*extrema ratio*.

L'assenza di obblighi di penalizzazione peraltro nulla toglie al ruolo di orientamento che gli strumenti sovranazionali svolgono con riguardo alle scelte di politica criminale del legislatore interno, il quale è senz'altro legittimato ad introdurre un divieto di discriminazione genetica penalmente sanzionato.

6. De iure poenali condendo: *estensione delle norme penali antidiscriminazione (legge Reale-Mancino) alla discriminazione genetica. L'individuazione del bene giuridico da tutelare: precisazioni sul concetto penalistico di "dignità umana"*.

La scelta di tutelare penalmente la persona contro atti di discriminazione fondati sulle caratteristiche genetiche postula la precisa individuazione di un bene giuridico meritevole e bisognoso di protezione⁵⁴¹. Una volta ammessa la tutela penale contro la discriminazione, come accade nell'ordinamento italiano, nulla osta, in linea di principio, ad includere tra i "motivi" di discriminazione enunciati dall'art. 3 della l. n. 654/1975 anche le caratteristiche genetiche, sul presupposto che vi sia coincidenza relativamente al bene giuridico tutelato. Si tratterebbe, insomma, di un oggetto giuridico di tutela non nuovo, ma per il quale si profila una inedita forma di aggressione.

Occorre allora anzitutto interrogarsi su quale sia il bene giuridico tutelato dalla normativa penale antidiscriminazione. Prima della riforma Mancino, si riteneva che il menzionato art. 3 fosse posto a tutela dell'ordine pubblico⁵⁴², inteso come sicurezza collettiva e pacifica convivenza tra gruppi⁵⁴³, giacché la repres-

sociale, in "Jus", 1985, p. 413 ss.

⁵⁴⁰ In questo senso v. S. MANACORDA, *op. ult. cit.*, p. 347.

⁵⁴¹ Sulle problematiche relative all'individuazione del bene giuridico meritevole di tutela con riguardo alla molteplicità di diritti riconducibili alla nozione di «persona umana» v. G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, cit., p. 3 ss.

⁵⁴² Sul punto v. G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., p.12 s. In giurisprudenza v., nel senso della tutela dell'ordine pubblico, la nota sentenza Trib. Verona, 24.2.2005, n.2203, in "Giur. merito", 2006, p. 1956 (con nota di L. PICOTTI, *Diffusione di idee «razziste» ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, p. 1960 ss.), relativa alla condanna di alcuni esponenti veronesi della Lega Nord per aver diffuso «idee fondate sulla superiorità o l'odio razziale» e incitato a «commettere atti di discriminazione razziale» (la condotta consisteva nell'aver raccolto firme in vista di una petizione popolare e diffuso manifesti con i quali si sollecitava l'amministrazione cittadina ad espellere i rom e a smantellare i loro insediamenti irregolari), in cui i giudici hanno indicato quale «primo» bene giuridico protetto, l'«ordine pubblico in senso stretto [...] inteso quale buon assetto e regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza».

⁵⁴³ Con riferimento alle difficoltà di individuare nell'ordine pubblico un bene giuridico sufficien-

sione penale delle condotte discriminatorie mirava a prevenire il diffondersi di manifestazioni di violenza⁵⁴⁴. È opinione largamente condivisa in dottrina che la riforma del 1993 abbia rimodellato in senso più marcatamente *personalistico* il bene giuridico, ora individuato nella dignità umana⁵⁴⁵, relegando così in secondo piano – pur non escludendolo del tutto – l'ordine pubblico⁵⁴⁶.

Questo significativo mutamento di prospettiva emerge anzitutto dall'estensione della tutela penale anche contro singoli «atti di discriminazione», estensione che rende evidente come l'intento del legislatore sia non soltanto di evitare, in un'ottica preventiva, la diffusione di condotte discriminatorie nel tessuto sociale punendo le attività di incitamento e gli atti di violenza, bensì anche di reprimere isolati o episodici comportamenti discriminatori, pure se diretti nei

temente afferrabile con riguardo alle fattispecie in tema di discriminazione v. M. PELISSERO, *Omofovia e plausibilità dell'intervento penale*, in "GenUS", n. 1, 2015, p. 22; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in "Riv. int. dir. uomo", n. 2, 1998, p. 67 s. Più in generale, sulla controversa nozione di ordine pubblico cfr., tra gli altri, G. DE VERO, *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 72; G. FORNASARI, *Introduzione*, in G. FORNASARI, S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, p. XV ss.; G. INSOLERA, *Delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2016, p. 293 ss.; S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1990, p. 1 ss.

⁵⁴⁴ Come rileva M. PELISSERO, *Omofovia e plausibilità dell'intervento penale*, cit., p. 22, «la discriminazione prepara il terreno culturale che favorisce lo sviluppo di forme di violenza a sfondo discriminatorio o sviluppa reazioni violente da parte delle vittime degli atti discriminatori». Nella sua formulazione originaria, l'art. 3, comma 1, della legge puniva con la reclusione da uno a quattro anni (lett. a) «chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale», ovvero (lett. b) «chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale».

⁵⁴⁵ Cfr. G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, cit., p. 178 s.; M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 22; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit., p. 67 ss. Qualche autore ravvisa nelle condotte discriminatorie un'offesa ad un vero e proprio "diritto inviolabile" a non essere discriminati, coincidente, comunque, con la lesione della dignità dell'essere umano: cfr. in tal senso E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura della fattispecie*, cit., p. 97, secondo cui il bene giuridico tutelato si identifica con «il diritto inviolabile di ogni uomo ad essere considerato eguale agli altri indipendentemente dal sesso, dalla razza, dalla lingua e da qualsivoglia altra condizione personale e sociale»; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 130. In giurisprudenza v., nel senso che norme antidiscriminazione siano poste a presidio della dignità, Cass. pen., sez. III, 13.12.2007, in "Indice pen.", 2009, p. 207 (con nota di C. SILVA, *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della Corte di cassazione*): «L'oggetto specifico della tutela penale [...] non era e non è costituito dall'ordine pubblico, il quale ha rilevanza indiretta, ma dalla tutela della dignità umana come risulta dalla nozione di discriminazione recepita dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 215 del 2003 nel quale si fa esplicito riferimento alla dignità della persona»; v. pure Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2001, n. 341, in "Foro it.", 2001, II, p. 457.

⁵⁴⁶ Sul punto cfr. C.D. LEOTTA, *op. cit.*, p. 850 ss.

confronti di un singolo individuo⁵⁴⁷, e anche se non violenti⁵⁴⁸. In questa nuova prospettiva, il bene tutelato tende a perdere portata “collettiva” e a connotarsi in senso strettamente individuale e “personalistico”, fuori della dimensione di protezione di determinati gruppi sociali contro altri gruppi rivolti a praticare nei confronti dei primi un “trattamento” globalmente discriminatorio⁵⁴⁹.

La discriminazione, dunque, in qualsiasi forma essa avvenga (propaganda, istigazione, atto violento o no) offende sempre, e direttamente, la dignità della persona.

Peraltro, il concetto di «dignità umana», se assunto ad oggetto di tutela penale, presenta profili altamente problematici. Anzi, più in generale, può senz'altro dirsi che la dignità umana sia uno dei valori maggiormente evocati e al contempo maggiormente criticati in svariati ambiti del discorso giuridico: lo si è visto, ad esempio, trattando del valore fondativo che la dignità umana ha assunto con riguardo alla progressiva affermazione ed espansione dei “biodiritti” umani (incluso quello alla non discriminazione genetica) nel contesto sovranazionale⁵⁵⁰.

Il ricorso all'argomento «dignità umana» a giustificazione dell'intervento penale suscita comprensibilmente una certa diffidenza nel giurista penalista, data l'attitudine del concetto in esame a porsi come «bene *omnibus* in grado di fornire copertura assiologica e legittimazione costituzionale a pressoché tutte le fattispecie penali in cui si suppongono intuitivamente implicate questioni attinenti allo *status* morale-costituzionale della persona umana»⁵⁵¹. Se ne evidenziano, non a torto, l'ambiguità semantica e l'elevato grado di genericità⁵⁵²;

⁵⁴⁷ Prima della riforma si dubitava della possibilità di fare rientrare nel fuoco dell'incriminazione anche le singole condotte discriminatorie, proprio in base alla considerazione che la *ratio* della norma fosse da rinvenirsi non tanto nella tutela della dignità del singolo, bensì nell'esigenza di evitare che una eventuale adesione in forma diffusa ai contenuti del messaggio istigatorio potesse derivare un concreto turbamento per la coesistenza pacifica tra gruppi etnici o nazionali antagonisti, e, quindi, un turbamento dell'ordine pubblico: in questo senso R. PASELLA, *La répression des discriminations en droit pénal italien*, in “Rev. int. dr. pén.”, 1986, p. 55.

⁵⁴⁸ Anche la sostituzione della formula «*perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale*» con l'espressione «*per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*» risponde all'ottica di tutelare anzitutto il singolo, indipendentemente dalla protezione che si voglia garantire a determinati gruppi sociali oggetto di discriminazione da parte di altri gruppi: sul punto v. M. LA ROSA, *op. cit.*, p. 350.

⁵⁴⁹ G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, cit., p. 181.

⁵⁵⁰ V. *supra* par. 5. In argomento v., di recente, A. APARISI MIRALLES, *El principio della dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*, in “Cuadernos de bioética”, XXIV, 2013, p. 201 ss.

⁵⁵¹ A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, cit., p. 1.

⁵⁵² Rileva C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista*, cit., p. 195, come il concetto di dignità umana riveli «l'incapacità a fornire prestazioni di contenuto che vadano oltre un generico, ancorché non meno politicamente significativo, appello a quell'universo di valori/diritti che fa da sfondo alle nostre democrazie costituzionali: un appello che non aiuta certo il penalista a ricostruire un bene giuridico in grado di guidarlo nella risoluzione dei molteplici problemi che lo interrogano».

se ne denunciano la natura di bene “insaziabile” ad alto contenuto simbolico⁵⁵³, nonché la forte connotazione etico-emozionale che, combinata alla vaghezza di contenuto, rende la dignità umana potenzialmente suscettibile di essere invocata quale «*deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico»⁵⁵⁴. Il rischio di un uso meramente retorico⁵⁵⁵ e strumentale è, insomma, elevatissimo così come il pericolo che la dignità umana, tendendo a porsi come valore fondante e intangibile, funzioni come argomento *tranchant* «che uccide la discussione»⁵⁵⁶, come evocativo *éndoxon*⁵⁵⁷ che si sottrae al bilanciamento con i diversi interessi coinvolti dalle singole fattispecie incriminatrici⁵⁵⁸. Assumere come bene penalmente tutelabile una concezione oggettiva della dignità umana come «assoluto non bilanciabile» rischia allora di trasformarla in uno strumento finalizzato ad una «surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti a scapito del pluralismo e delle diversità»⁵⁵⁹, destinati, in un’ottica paternalista, a prevalere sull’autonomia personale⁵⁶⁰ e sui

⁵⁵³ M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell’intervento penale*, cit., p. 23.

⁵⁵⁴ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e ‘post-secolarismo’*, cit., p. 558 ss.

⁵⁵⁵ Si è in proposito altresì osservato che il ricorrente abuso argomentativo della dignità umana rischia di sminuirne il reale valore: v. W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in “Ars interpretandi”, 2007, p. 129, il quale afferma che «chi arricchisce i suoi deboli argomenti con la “dignità umana” e stabilizza con essa le sue malferme catene argomentative, danneggia non solo il discorso ma anche la concezione della dignità umana, e con ciò la Costituzione [poiché] pone un concetto fondamentale in un contesto banale e ciò gli toglie valore. Solo se il principio della dignità umana viene conservato dal punto di vista argomentativo per le costellazioni estreme, in cui esso fa valere la garanzia di eternità della Costituzione, esso può serbare la sua forza, di cui ha bisogno nel momento della necessità».

⁵⁵⁶ In questi termini W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, cit., p. 62.

⁵⁵⁷ Sulla dignità umana come principio che assurge a «luogo comune» biogiuridico che si pretende valido ed indiscusso nelle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali v., in prospettiva critica, P. MORO, *Dignità umana e consenso all’atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, in F. ZANUSO (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009, p. 138 ss.; F. ZANUSO, *L’indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, ivi, p. 26 ss.

⁵⁵⁸ Sul punto ampiamente A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, cit., p. 6 ss. il quale rileva, tra l’altro, che la dignità umana, «quando viene interpretata da giudici e legislatori in chiave idealistico-emozionale alla stregua di un’imprecisata e intangibile entità concettuale astratta da preservare a tutta oltranza, si presta ad assumere facilmente i tratti di un “diritto insaziabile”: un bene “onnivoro” che, per essere solitamente presentato sotto le vesti di un “assoluto non bilanciabile”, è per sua connaturata vocazione ‘egemonica’ portato a divorare per intero e senza eccezioni lo spazio conteso con altri eventuali diritti o principi concorrenti».

⁵⁵⁹ Così G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 558.

⁵⁶⁰ Sul punto v. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, p. 105, secondo cui solo la dignità “sogettiva” (intesa come

diritti fondamentali che ne sono espressione⁵⁶¹.

I rischi evidenziati sono accentuati proprio con riguardo all'ambito di cui ci stiamo occupando, stante la funzione "taumaturgico-sedativa" che spesso viene assegnata alla dignità umana al fine di arginare sentimenti di impotenza-angoscia-vulnerabilità prodotti dagli inarrestabili progressi in campo medico, scientifico e tecnologico⁵⁶², quali, segnatamente, quelli che riguardano la genetica umana⁵⁶³. E ciò non solo con riguardo alle applicazioni della biomedicina che attingono direttamente l'integrità fisica (*rectius* l'identità genetica) della persona (quali la selezione eugenetica, la clonazione, le manipolazioni e le sperimentazioni genetiche, *etc.*)⁵⁶⁴, ma altresì con riguardo alla tutela dell'individuo contro quei comportamenti che, pur non pregiudicandone l'integrità fisica, si ritiene che siano tuttavia suscettibili di lederne la dignità perché lo degradano

concetto che ciascuno, nella sua libertà di autodeterminazione, ha della propria dignità) e non anche la dignità "oggettiva" (ossia quella che, secondo l'opinione della maggioranza, dovrebbe caratterizzare gli uomini "degni") sarebbe compatibile con il principio di autonomia personale.

⁵⁶¹ Il rischio è dunque quello di una deriva verso un uso "paternalista" del concetto di dignità umana, impiegata al fine di imporre, attraverso lo strumento penale, alla persona, nelle sue scelte esistenziali, una determinata concezione morale, eventualmente anche condivisa dalla maggioranza, considerata come l'unica "degnà" (in questi termini A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in "Archivio penale", n. 3, 2017, rivista web, p. 10 s.). Sui rapporti tra diritto penale e paternalismo cfr. pure D. PULITANO, *Paternalismo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 489; A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in "Criminalia" 2011, p. 223 ss.; L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, *ivi*, p. 239 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, *ivi*, p. 313 ss.; S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, p. 167 ss.; G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni 'liberali' e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., p. 283 ss.; A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2014, p. 1209 ss.

⁵⁶² A. TESAURO, *op. ult. cit.*, p. 2.

⁵⁶³ Osserva G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., p. 559, come «sia il contenuto vago, sia la carica emozionale del *topos* della dignità recano, dunque, un rischio: cioè che esso si presti con eccessiva precipitazione e con soverchio automatismo a fungere da bene-ricettacolo delle reazioni di panico morale da cui veniamo sopraffatti di fronte alle nuove e sorprendenti chances di intervento manipolativo consentite dall'evoluzione della genetica e delle biotecnologie».

⁵⁶⁴ Sull'eccessiva astrattezza del concetto di dignità umana se assunto a giustificazione di scelte punitive nel biodiritto v. C.M. ROMEO CASABONA, *Genetics and biotechnology: an overview of criminal law in a global legal perspective*, in D. PROVOLO, S. RIONDATO, F. YENISEY (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit., p. 34 s. 17: «human dignity as an autonomous legal good displays or may display an excessive vagueness and amplitude contrary to the principle of maximum certainty». V. pure, ampiamente, con specifico riguardo alla questioni di inizio vita, A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 22 ss., il quale critica in particolare la nozione etero-diretta di dignità umana; nonché, anche con riguardo alle problematiche di inizio e fine vita, L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 38 ss.

ad oggetto, a mero strumento ovvero a “contenitore” di informazioni che altri possono utilizzare in modo discriminatorio⁵⁶⁵. Si tratta di posizioni che si richiamano alla visione antropocentrica della persona di ispirazione kantiana (l'essere umano come fine e non già come mezzo) ma che, se poste a giustificazione della tutela penale, rischiano di peccare di astrattezza ed eccessiva vaghezza.

Per sfuggire al pericolo che la «tirannia della dignità umana»⁵⁶⁶ conduca ad un proliferare incontrollato di fattispecie incriminatrici più o meno labilmente connesse ad un valore che si assume “sacro” e inviolabile – e, dunque, sempre meritevole di essere presidiato con la sanzione più afflittiva –, occorre allora specificarne il contenuto in relazione alle singole fattispecie, alle peculiarità delle diverse situazioni concrete⁵⁶⁷: la dignità umana sembra invero presentare «una sua strutturale, costitutiva, inclinazione ‘casistica’»⁵⁶⁸, e il relativo contenuto si coglie dunque non in astratto, bensì sul piano delle sue concrete violazioni⁵⁶⁹.

Ebbene, con riferimento alle condotte discriminatorie può dirsi che il concetto *flou* “dignità umana” trovi adeguata specificazione e concretizzazione, il che consente di assumerlo ad oggetto di tutela penale.

Non si può, infatti, che concordare con l'opinione secondo cui uno degli ambiti in cui la dignità umana mostra un «contatto diretto» con la fattispecie penale, anziché porsi come «sintesi categoriale» bisognosa di determinarsi nel contenuto, è proprio nell'offesa alla pari dignità umana delle persone fatte oggetto di pratiche discriminatorie, posto che tali condotte giungono a negare la

⁵⁶⁵ Sulla capacità della nozione (pur di incerti contorni) di «dignità umana», richiamata dall'art. 3 Cost., di espandere il campo di applicazione dei diritti garantiti da altre norme costituzionali (come il diritto all'informazione o alla riservatezza) contro le più aggressive applicazioni della biomedicina v. L. CHIEFFI, *Le informazioni sul patrimonio genetico tra diritti del singolo e interessi pubblici*, cit. p. 4, il quale rileva altresì che «in analogia direzione, nell'imporre il “rispetto della persona umana” accanto alla tutela della sua salute (1° e 2° co. dell'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».

⁵⁶⁶ Così, ancora, W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁶⁷ G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 559 s.

⁵⁶⁸ Cfr. A. TESAURO, *op. ult. cit.*, p. 12: «mancando una idea razionale-stabile-uniforme di dignità umana come dato preconstituito accessibile *ex ante*, i suoi contenuti si colgono meglio sul piano ‘esistenziale’ delle singole violazioni ad essa concretamente arrecabili, piuttosto che sul piano della definizione concettuale astratta». V. pure G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, cit., p. 11 s., il quale rileva «come la dignità umana venga di per sé ad atteggiarsi – almeno in linea di principio – soltanto come una sorta di involucro o di “sintesi categoriale”, la quale, per sostanzinarsi di contenuti, ha bisogno di essere nutrita, implementata, “modellata” con lo scalpello della tipicità». Sulla nozione di “dignità” e sulla necessità di circoscriverne il significato in rapporto alla specifica tutela penalistica v. anche G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale. Contributo all'interpretazione della l. 11 agosto 2003, n. 228*, Padova, 2005, p. 239 ss.

⁵⁶⁹ Sul punto v. pure P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in “Quaderni costituzionali”, n. 2, 2014, p. 338 ss.

persona umana come «valore in sé», a negarne l'identità e le qualità intrinseche proprie di ogni essere umano, le quali non tollerano alcuna forma di gerarchia o differenziazione in ragione della diversa origine od appartenenza o condizioni personali⁵⁷⁰.

L'offesa alla dignità umana si specifica dunque nella “negazione” o nel “disconoscimento” della persona nei rapporti sociali ed interpersonali: ciò che si attinge, in sostanza, è il contenuto della dignità umana nella sua dimensione intersoggettiva, nella quale, invece, dovrebbe essere garantito a ciascuno di poter esplicitare la propria personalità⁵⁷¹. Non rilevano, pertanto, ai fini della tutela penale contro i fenomeni discriminatori, né la percezione che il singolo ha della propria dignità, né la dignità sociale del gruppo di appartenenza in quanto tale⁵⁷², bensì la dimensione relazionale della dignità⁵⁷³ del singolo.

Se è questo, come riteniamo, è il contenuto da assegnare al bene giuridico “dignità umana” nel contesto della repressione delle condotte discriminatorie, non si vedono ostacoli ad un innesto, *de iure condendo*, nell'art. 3 della l. 654/1975 anche del “motivo genetico”. Il profilo genetico è elemento costitutivo

⁵⁷⁰ G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, cit., p. 12 ss.

⁵⁷¹ Rileva M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, cit., p. 23, come, negli atti di discriminazione (così come, secondo l'A., nelle condotte omo/transfobiche), la lesione alla dignità umana si specifichi «nella violazione del rapporto di riconoscimento che deve essere assicurato a tutti consociati, ossia il riconoscimento del soggetto come individualità dotata di autonomia, quale presupposto per il suo sviluppo nel contesto di una comunità di uguali. Gli atti di discriminazione e i reati motivati dall'orientamento sessuale della vittima rappresentano un ostacolo al pieno riconoscimento di tale rapporto, tanto più grave perché si rivolge contro un modo di essere della vittima». Secondo L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 135 s., il bene “personale” tutelato presuppone il mantenimento di rapporti di reciproco “riconoscimento” e “rispetto” fra gli appartenenti all'intera collettività locale, in cui concretamente le persone od il gruppo di persone esposte alle discriminazioni razziste vivono ed operano: se viene concretamente meno tale “riconoscimento e rispetto”, dette persone si trovano realmente e concretamente a vivere rapporti sociali in cui è negato e quindi violato o messo effettivamente in pericolo il loro diritto alla “dignità di uomini”, che comprende quello di «essere diversi».

⁵⁷² V., ancora, M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 24. La protezione del gruppo è solo mediata, poiché il fatto discriminatorio può avvenire anche a danni di un soggetto esterno al gruppo o anche nei confronti di un appartenente allo stesso gruppo dell'agente e, in via generale, a seguito della riforma del 1993, l'appartenenza della vittima o del soggetto attivo al gruppo non rileva ai fini penali: sul punto cfr. G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, cit., p. 176 s.; C.D. LEOTTA, *op. cit.*, p. 850 ss.

⁵⁷³ Sulla triplice dimensione – individuale, relazionale e di gruppo – della dignità v. G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, cit., p. 13 ss.: secondo l'A. «nella dimensione relazionale della dignità si colloca la necessità di non trasformare in fattori di esclusione le differenze fisiche, sessuali, linguistiche, religiose, politiche, economiche, culturali, sociali, razziali *rectius* razziste [...] Le specificazioni possono essere legittimi fattori di aggregazione, ma non devono essere al contrario fattori di discriminazione; la società più idonea a garantire e a rispettare la dignità di tutti e di ognuno è la società della partecipazione, non quella dell'appartenenza, quindi dell'inclusione e dell'esclusione.

essenziale della individualità umana e discriminare un soggetto in base ad una sua caratteristica genetica certamente «viene ad escluderlo radicalmente dalla stessa dimensione essenziale propria “dell’altro”, cancellandolo dai rapporti sociali e interpersonali fino al punto di considerarlo *tamquam non esset*»⁵⁷⁴. Per converso, accordare tutela penale alla dignità umana nel senso sopra indicato anche nelle ipotesi di discriminazione genetica sarebbe conforme al contenuto costituzionale di “eguaglianza” (art. 3 Cost.), in cui la diversità (anche genetica) si pone non come aspetto da correggere bensì come valore da tutelare e coltivare, in quanto capace di «produrre identità» e, dunque, dignità, in senso dinamico⁵⁷⁵.

L’assurgere del «carattere genetico» a motivo di discriminazione parrebbe, in sostanza, conforme alla mutata *ratio* della normativa penale antidiscriminatoria a seguito della menzionata riforma del 1993, identificata non più nell’esigenza di scongiurare un pericolo di un ricorso diffuso a pratiche discriminatorie, bensì in quella di reprimere, anche nella forma dell’effettiva realizzazione, il singolo atto discriminatorio, con conseguente recupero della dimensione “personalistica” del bene tutelato a scapito di quella “collettiva”⁵⁷⁶. Anzi, proprio grazie a questa mutata prospettiva sarebbe possibile includere tra le discriminazioni penalmente vietate anche quella genetica la quale, come si è detto⁵⁷⁷, si caratterizza per l’assenza di una struttura “categoriale” o, comunque, per una dimensione collettiva (manca, in sostanza, un ben definito gruppo di appartenenza, data la variabilità individuale delle condizioni genetiche).

In definitiva, apprestare tutela penale alla persona contro la discriminazione genetica risponde all’esigenza di adeguare il diritto penale agli effetti della post-modernità⁵⁷⁸. Le tipologie di aggressione ai beni della persona sono “variabili” storiche del diritto penale, mutano e si moltiplicano per effetto del progresso scientifico-tecnologico⁵⁷⁹ e la criminalizzazione della discriminazione genetica corrisponde alla consistenza storico-sociale del valore “dignità umana”⁵⁸⁰ nell’e-

⁵⁷⁴ G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, cit., p. 13.

⁵⁷⁵ P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, cit., p. 6.

⁵⁷⁶ G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, cit., p. 181.

⁵⁷⁷ V. *supra* par. 3.

⁵⁷⁸ Sul tema v. F.C. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, cit., p. 401 ss.

⁵⁷⁹ F. MANTOVANI, *I delitti contro l’essere umano*, cit., p. 1403 s.

⁵⁸⁰ Sulla necessità di un ancoraggio storico-sociale del valore “dignità umana”, la cui idealità non può legittimare le incriminazioni in settori “delicati” come quello genetico in assenza di un generalizzato consenso sociale, v. F.C. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, cit., p. 422 ss.: «Il valore della dignità umana, indubbiamente non privo di componenti idealistiche o di “resti metafisici”, vive però in una dimensione fortemente storicizzata: recupera nella storia, nell’attualità mutevole di una sociale condivisione, una certa sua concretizzazione

ra postgenomica.

È opportuna, infine, una ulteriore precisazione. Una possibile obiezione ad una repressione penale di condotte discriminatorie su base genetica potrebbe invero ravvisarsi proprio nel contrasto con il principio di uguaglianza, giacché per questa via si configurerebbe una tutela rafforzata ai soggetti vulnerabili in ragione del loro corredo genetico rispetto a quella garantita ad altri soggetti del pari vulnerabili in ragione di altra condizione personale⁵⁸¹, con l'effetto di generare una sorta di "discriminazione a rovescio" nei confronti di questi ultimi. Il riferimento più immediato è evidentemente quello ai soggetti disabili, e in particolar modo ai casi in cui la disabilità abbia un'origine genetica: in tali ipotesi, invero, la tutela rafforzata dipenderebbe esclusivamente dal fatto che la patologia non si è ancora manifestata. A ciò si potrebbe controbattere che in realtà forme di tutela penale privilegiata in considerazione della vulnerabilità della vittima non sono estranee al nostro ordinamento: è il caso ad esempio della l. n. 104 del 1992 (*"Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate"*), la quale prevede, all'art. 36, una circostanza aggravante per alcuni reati, tra cui quelli contro la persona e contro il patrimonio, commessi a danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale⁵⁸². Tuttavia una simile obiezione non pare del tutto conferente perché in quel caso la maggior tutela è apprestata in considerazione di una limitazione delle capacità di difesa, o di patologia, o comunque di uno stato di incapacità fisica o psichica⁵⁸³ che pone il soggetto in condizione di fragilità⁵⁸⁴, mentre la tutela della dignità contro la discriminazione prescinde da una simile condizione di debolezza soggettiva della vittima.

Si potrebbe comunque sostenere che l'accentuata vulnerabilità della vittima della discriminazione genetica, tale da giustificare una protezione penale rafforzata, risiede nel carattere maggiormente "insidioso" e "larvato" di questo tipo di discriminazione. Tuttavia, posto che la *ratio* sottesa all'art. 3 della l. 654/1975 è quella di proteggere la dignità umana violata da comportamenti di tipo disci-

concettuale». In tema v. pure A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 28 s.

⁵⁸¹ Questo profilo di contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza è trattato, con specifico riferimento alla tutela penale contro l'omofobia, da E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, cit., p. 16 ss.

⁵⁸² V. ancora E. DOLCINI, *op. loc. cit.*, il quale ritiene in linea di principio compatibile con il canone costituzionale di eguaglianza/ragionevolezza, la previsione di una eventuale tutela rafforzata in considerazione di una accentuata vulnerabilità di una determinata categoria di soggetti.

⁵⁸³ Nel senso che una tutela "rafforzata" o "privilegiata" sarebbe consentita, affinché rispetti il tratto personologico della dignità umana, solo nei casi di incapacità (intesa anche come limitazione, congenita o acquisita, nell'esercizio dell'autonomia) totale o parziale, di carattere personale (come nel caso dei disabili, anziani e fanciulli) v. G. RICCARDI, *op. cit.*, p. 97 s.

⁵⁸⁴ Sul punto v., sempre con riferimento alla questione dell'omofobia, le considerazioni di L. IMARISIO, *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reti e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in "GenIUS", n. 1/2015, p. 37.

minatorio, sarebbe forse più conforme al principio di eguaglianza eliminare le asimmetrie di tutela, estendendo l'ambito di operatività delle fattispecie ad altri possibili fattori di discriminazione, biologici o no, con riguardo ai quali emerga nel contesto sociale un bisogno di tutela giuridica.

Piuttosto, le perplessità destate da un eventuale intervento legislativo volto ad includere tra i "moventi" discriminatori anche quello fondato sulle caratteristiche genetiche della vittima sono altre e dipendono in larga parte, come subito dirà, dalla vaghezza che connota il concetto stesso di "discriminazione genetica".

6.1. Criticità dell'innesto nella vigente disciplina penale antidiscriminatoria di un «motivo» fondato sulle caratteristiche genetiche. «Atti di discriminazione genetica» e difetto di determinatezza.

Acclarato che è possibile individuare un interesse meritevole di tutela penale, occorre ora soffermarsi sulle criticità connesse ad un eventuale innesto del "motivo genetico" nella struttura dell'art. 3 l. 654/1975, come modificato dalla legge del 1993, il quale, del resto, già presenta peculiari profili problematici.

Come è noto la dottrina ha, sin da subito, sottoposto a serrata critica le norme penali antidiscriminazione, in particolare con riferimento alla loro riformulazione a seguito della riforma ad opera della l. n. 205/1993. Di tale legge si è detto che presenta i connotati tipici della legislazione dell'emergenza, emanata sull'onda delle emozioni derivanti da intollerabili episodi di discriminazione razziale⁵⁸⁵, caratterizzata dall'uso eminentemente simbolico della sanzione penale, afflitta da gravi difetti sul piano della tecnica legislativa e carente sotto il profilo della tassatività/determinatezza, oltre che ineffettiva sul piano dei risultati⁵⁸⁶.

Preme, in questa sede, soffermarsi specificamente sui profili critici che appaiono particolarmente rilevanti con riferimento ai peculiari caratteri della discriminazione genetica.

L'estensione, a seguito delle modifiche apportate dalla riforma del 1993, della punibilità anche a singoli atti discriminatori («*istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*») si rivela di grande importanza ai fini di una eventuale previsione della rilevanza penale di condotte discriminatorie su base genetica. Con riguardo ai soggetti potenzialmente vittime di questa forma di discriminazione il fattore di "diversità", cioè

⁵⁸⁵ Non va dimenticato che la l. 25 giugno 1993, n. 205 è la legge di conversione del d.l. 26 aprile, n. 122, noto anche come "decreto anti-naziskin", la cui emanazione si ricollega all'avvertita esigenza di reagire ad episodi di intolleranza e di violenza di matrice xenofoba e antisemita.

⁵⁸⁶ Cfr., in particolare, L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, cit., p. 16 ss., e S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, p. 90 ss.

quello genetico, non è immediatamente percepibile (manca, invero, un connotato “visibile” – come potrebbe essere, ad esempio, il colore della pelle nel caso della discriminazione razziale – né è possibile identificare i soggetti a rischio di discriminazione attraverso l’inquadramento in un ben definito “gruppo di appartenenza”), anzi esso, di regola, diviene noto nel momento in cui si instaura uno specifico rapporto intersoggettivo, come potrebbe essere quello di lavoro o assicurativo. Si tratta, dunque, nella maggior parte delle ipotesi, di condotte c.d. neutre (di per sé dunque non penalmente illecite), e non a base violenta, che assumono una valenza discriminatoria solo in considerazione del “motivo” o della “finalità” che le anima e che quindi consente di qualificare il trattamento effettivamente praticato come arbitraria disparità di trattamento.

Risulta invece più difficile ipotizzare che il movente discriminatorio basato sul profilo genetico della vittima possa dar vita a condotte di istigazione a commettere atti di violenza e al compimento di atti di violenza, e tanto meno che possa venire in considerazione con riguardo alla condotta di propaganda di cui alla prima parte della lett. a) dell’art. 3 l. 654/1975 o alla fattispecie associativa prevista dal 3° comma. Nel caso della discriminazione su base genetica mancano infatti quei tratti culturali comuni, quei referenti di identità storica e sociale, che si sostanziano in valori, tradizioni e prassi condivisi, che sono invece ascrivibili ad una determinata etnia o comunità nazionale o gruppo religioso, e che sono in grado di suscitare sentimenti di avversione settaria o di odio da parte di singoli o di gruppi portatori di idee o valori antagonisti. In breve, pare difficile immaginare che la discriminazione genetica possa rientrare tra quelli che vengono comunemente definiti come “crimini d’odio”, nei quali la vittima viene colpita in ragione della sua identità di gruppo (come la razza, l’origine nazionale, la religione o altra caratteristica di gruppo)⁵⁸⁷. Ciò conduce, peraltro, a ritenere, nell’eventualità di una introduzione del “movente genetico”, del tutto marginale il problema della eventuale compromissione della fondamentale libertà di manifestazione del pensiero sancita dall’art. 21 della Costituzione che, come noto, da sempre rappresenta un profilo particolarmente critico della disciplina antidiscriminatoria, soprattutto con riguardo alla propaganda⁵⁸⁸ e alle condotte

⁵⁸⁷ È questa la definizione di “hate crimes” fornita dall’Ocse, la quale chiarisce che il reato ispirato dall’odio consiste in un qualunque atto che sia: autonomamente tipizzato da una norma penale (“reato base” – *base offence*); e, in aggiunta, motivato dal pregiudizio basato su una specifica caratteristica della vittima (“la motivazione basata sul pregiudizio” – *bias motivation*) che rappresenta un aspetto fondante ed essenziale di una comune identità di gruppo, come la razza, la lingua, la religione, l’etnia, la nazionalità, il genere o altra caratteristica (v. Osce, *Hate Crimes Laws: A Practical Guide*, Varsavia, 2009, p. 16). In tema v., di recente, A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in “Criminalia”, 2016, p. 577 ss.

⁵⁸⁸ Sul tema cfr., di recente, A. AMBROSI, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe*, in S. RIONDATO (a cura di), *Atti del Seminario di studio “Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, cit., p. 35 ss.; G. PAVICH, A. BONOMI,

istigatorie (l'art. 3 l. 654/1975 prevede come reato, in deroga all'art. 115 c.p., anche l'istigazione sterile, cioè non seguita dalla commissione di atti discriminatori o violenti)⁵⁸⁹.

Peraltro, proprio la usuale forma che la discriminazione genetica tende ad assumere (comportamenti discriminatori nell'ambito di rapporti intersoggettivi di tipo commerciale, economico o lavorativo), potrebbe acuire le criticità che già affliggono la vigente normativa penale antidiscriminatoria, con particolare riguardo alla censura di indeterminatezza, che investe tanto gli elementi oggettivi quanto gli elementi soggettivi della fattispecie.

Ci si riferisce anzitutto alla vaghezza che connota i concetti impiegati nelle fattispecie incriminatrici, *in primis* quello di "discriminazione", della quale la legge in esame non contiene alcuna espressa definizione. Invero, nonostante l'apparente immediata percepibilità "naturalistica" della discriminazione, la nozione assume in realtà «un pregnante carattere *normativo*, che, oltre a nutrirsi dei contenuti provenienti da diversi settori extrapenalici (giuridico, storico, sociale, culturale, ecc.), si può rivelare segno linguistico polisenso e, dunque, di consistenza variabile, quando non sfuggente»⁵⁹⁰.

Un riferimento contenutistico può ricavarsi dall'ampia nozione fornita dall'art. 1 della Convenzione di New York, in esecuzione della quale è stata emanata la l. 654/1975, secondo cui costituisce discriminazione «ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo».

Reati in tema di discriminazione, cit., p. 17 ss.; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 117 ss.; G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in "Pol. dir.", 2008, p. 287 ss.; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in "Dir. pen. contemporaneo - Riv. trim.", n. 3/2013, p. 71 ss.; A. TESAURO, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2016, p. 961 ss.

⁵⁸⁹ La legge Mancino ha sostituito il termine di "incitare" con quello di "istigare"; la S.C. tende comunque ad escludere che vi sia discontinuità normativa tra la condotta di incitamento e quella di istigazione: v., ad es., Cass. pen., sez. III, 7.5.2008, n. 37581, in "Cass. pen.", 2009, p. 3023, in cui si afferma che «secondo il comune significato delle parole, istigazione altro non è che l'incitamento a commettere atti riprovevoli, sicché anche l'incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, adoperato dal legislatore del 1993, equivaleva alla istigazione, considerato che la discriminazione razziale continua a essere riprovevole nella successione delle leggi penali di cui si discute. In sostanza, la sostituzione del verbo "incitare" col verbo "istigare" non è altro che una precisazione linguistica che non modifica per nulla la portata incriminatrice della norma»; Cass. pen., sez. I, 16.2.2016, in "Riv. pen.", 2016, p. 895. Nello stesso senso v., in dottrina, L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 141; per l'opinione secondo cui il termine "istigazione" va inteso in senso più restrittivo rispetto all'incitamento, v. G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., p. 11.

⁵⁹⁰ Così G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 38, il quale rileva come il concetto di discriminazione sia «delimitato da un linguaggio tipicamente *connotativo*, e non già *denotativo*, le cui prestazioni definitorie sono inevitabilmente non univoche».

mo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica»⁵⁹¹. Trattasi di nozione in cui debbono coesistere tanto un aspetto oggettivo (distinzione, esclusione, restrizione o preferenza, basata su razza, colore, ascendenza, origine nazionale o etnica) che un aspetto dinamico/soggettivo (scopo o effetto – di distruggere o compromettere – il riconoscimento, godimento o esercizio, in condizioni di parità, dei diritti e delle libertà fondamentali)⁵⁹². Ad essa ha fatto ricorso anche la (complessivamente scarna) giurisprudenza in materia⁵⁹³, la quale ha cercato di circoscrivere ulteriormente il concetto, richiamando nozioni quali il sentimento di superiorità di una razza o di un gruppo razziale o etnico rispetto ad un altro⁵⁹⁴, oppure «l'esteriorizzazione, immediatamente percepibile, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza e l'origine etnica delle vittime, cioè un sentimento percepibile come connaturato all'esclusione di condizioni di parità»⁵⁹⁵. Permane, comunque, un ampio margine di incertezza, dovuto anche al

⁵⁹¹ Pressoché identica è la definizione contenuta nell'art. 43 d.lgs. n. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione), benché con valenza limitata alla normativa in cui tale disposizione è collocata: «*Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica*». Un ulteriore parametro di riferimento è dato dalle direttive comunitarie antidiscriminazione: si tratta, più precisamente, della direttiva 2000/43/CE ("attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica") e della direttiva 2000/78/CE ("quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro"), la quale opera con riguardo all'ambito lavorativo e vieta ogni discriminazione fondata sulla religione e le convinzioni personali, la disabilità, l'età, l'orientamento sessuale. Le due direttive sono state recepite rispettivamente attraverso i decreti legislativi nn. 215/03 e 216/03 del 09.07.2003; in esse viene espressamente richiamata la definizione di discriminazione contenuta nell'art. 43 T.U. immigrazione e viene introdotta la distinzione tra discriminazione diretta («*quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga*») e discriminazione indiretta («*quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone*»). Sulle nozioni di discriminazione diretta e indiretta v. ampiamente D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 75 ss.

⁵⁹² C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni di rigore punitivo nel tempo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Atti del Seminario di studio "Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale"*, cit., p. 147 s.

⁵⁹³ V., ad esempio, Cass. pen. sez. V, 5.12.2005, in "Riv. pen.", 2006, p. 320. Non mancano comunque sentenze in cui ci si richiama all'art. 43 T.U. immigrazione e all'art. 2, d.lgs. n. 215/2003: v., ad es., Cass. pen., sez. III, 13.12.2007, cit.

⁵⁹⁴ Cass. pen., sez. V, 28.12.2009, n. 49694, CED Cassazione 2010.

⁵⁹⁵ V., in questo senso, Cass. pen., sez. fer., 20.8.2015, n. 38877, CED Cassazione 2015; Cass. pen., sez. V, 28.1.2010, n. 11590, CED Cassazione 2010. Per una panoramica sulla giurisprudenza in

fatto che la discriminazione non è, nel suo aspetto fenomenologico, una realtà unica e omogenea.

La legge neppure precisa cosa debba intendersi per «atti» di discriminazione, i cui confini si ricavano “in negativo” dall'altra fattispecie prevista dalla stessa lett. b) dell'art. 3 l. 654/1975, ossia l'istigazione a commettere atti di violenza e il compimento di atti di violenza. Posto, dunque, che deve trattarsi di atti “non violenti”, manca qualsivoglia ulteriore specificazione che consenta di chiarirne il contenuto.

In proposito non viene in aiuto neppure la casistica giurisprudenziale, assolutamente esigua sul punto ed incentrata tutta sul medesimo fatto, consistente nel reiterato rifiuto da parte del gestore di un bar di servire le consumazioni richieste da avventori extracomunitari, rifiuto motivato in ragione della loro presunta maggiore pericolosità in quanto, appunto, extracomunitari⁵⁹⁶. In queste occasioni la S.C. ha affermato che la discriminazione è ravvisabile in «atti, individuali o collettivi, di incitamento all'offesa della dignità di persone di diversa razza, etnia o religione, ovvero in comportamenti di effettiva offesa di tali persone, consistenti in parole, gesti e forme di violenza ispirati in modo unico da intolleranza»⁵⁹⁷.

Dai pur limitati pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità emerge la fondamentale rilevanza del coefficiente soggettivo (ossia il motivo discriminatorio) che deve sussistere per poter qualificare un comportamento in sé neutro come discriminatorio; può dirsi, anzi, che la pregnanza lesiva della condotta si radica proprio sul motivo a delinquere. Il ruolo dei “motivi”⁵⁹⁸ nella struttura della fattispecie in esame è tuttavia controverso, in considerazione anche del

tema di discriminazione si rinvia a G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., p. 5 ss.

⁵⁹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. III, 11.10.2006, n. 37733, in “Riv. pen.”, 2007, p. 150: «integra il reato di cui all'art. 3, comma 1 lett. a), della legge l. 13 ottobre 1975 n. 654 (nel testo sostituito dall'art. 1 del D.L. n. 122/1993, conv. con modi f., in legge n. 205/1993), la condotta di un esercente il quale rifiuti di servire degli avventori extracomunitari (nella specie, nordafricani) solo perché tali, nulla rilevando che tale condotta sia solo occasionale o che sia motivata dal soggettivo convincimento che detti avventori possano rappresentare un pericolo a cagione della loro appartenenza ad una categoria di soggetti ritenuti per la maggior parte clandestini, nullafacenti e senza fissa dimora»; Cass. pen., sez. III, 5.12.2005, n. 46783, in “Cass. pen.”, 2006, p. 873.

⁵⁹⁷ Cass. pen., sez. III, 5.12.2005, n. 46783, cit. (nel caso di specie l'imputato si era rifiutato di servire nel bar che gestiva le consumazioni richieste da cittadini extracomunitari, dichiarando espressamente di non voler servire alcun extracomunitario). Nello stesso senso, seppur con riguardo ad un caso in cui erano stati commessi atti di violenza in danno di due cittadini singalesi, v. Cass. pen., sez. III, 10.1.2002, n. 7421, in “Giur. it.”, 2004, p. 619, in cui si precisa altresì che la discriminazione consiste in atti e comportamenti che «si traducono nella mortificazione della pari dignità culturale e sociale prendendo a pretesto lo *status*, il colore della pelle, l'origine etnica e geografica, la religione di determinate persone».

⁵⁹⁸ Sul tema v. P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000; sulla distinzione tra motivo soggettivo e intenzionalità v. pure L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, p. 50 ss.

fatto che esso risulta sganciato dal riferimento ad un sostrato materiale, quale l'appartenenza della vittima ad un determinato gruppo⁵⁹⁹ cui si voglia conferire tutela⁶⁰⁰.

Sì è anzitutto rilevato come il riferimento al movente discriminatorio non elida il carattere di indeterminatezza che caratterizza la fattispecie, proprio perché gli atti puniti sono definiti solo apparentemente in modo obbiettivo, mentre in realtà la loro determinazione non è fondata neppure sull'elemento soggettivo propriamente inteso (il dolo), bensì esclusivamente con riferimento ai motivi che hanno animato la condotta: la qualificazione data dell'atto come discriminatorio è scarsamente specificante sul piano obbiettivo, dato che ogni scelta, ogni decisione, è o può essere, oggettivamente discriminatoria, sicché soccorre una precisazione riferita al motivo interiore dell'agente, ma a prescindere dalla obbiettiva traduzione del motivo nell'atto⁶⁰¹. Si osserva altresì che il motivo pare assunto dal legislatore nel suo valore di indice "sintomatico" della personalità del soggetto agente⁶⁰², cosicché l'accertamento dei motivi sfocia inevitabilmente nell'accertamento del tipo di autore⁶⁰³.

Emerge un problema di compatibilità delle fattispecie in esame con il principio di offensività e materialità, trattandosi di fattispecie incriminatrici in cui il disvalore di condotte di per sé prive di contenuto offensivo, e comunque non sufficientemente descritte quanto a modalità oggettive, risulta esclusivamente incentrato su un dato meramente soggettivo, ossia sul movente che ha spinto il soggetto ad agire⁶⁰⁴. Ciò è tanto più evidente laddove si pensi che le condotte

⁵⁹⁹ Come si è accennato (*supra* par. 6), proprio la trasposizione sul piano dei "motivi" che spingono l'agente alla commissione dei reati degli elementi – "nazionale, etnico, razziale o religioso" – che nella precedente formulazione qualificavano il gruppo di appartenenza delle vittime, ha indotto la dottrina a ritenere che oggetto di tutela sia la dignità della persona, con la conseguente penale rilevanza anche di un isolato atto di discriminazione in danno di un singolo individuo, indipendentemente dalla sua appartenenza ad un ben definito gruppo razziale, etnico, nazionale o religioso.

⁶⁰⁰ Sul punto v. pure M.T. TRAPASSO, *Il ruolo fondamentale dei "coefficienti soggettivi" nelle fattispecie penali in materia di discriminazione razziale: il caso della circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale*, in "Cass. pen.", 2010, p. 3833 ss.

⁶⁰¹ L. STORTONI, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰² S. D'AMATO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso*, in "Critica dir.", 2006, p. 385 s.

⁶⁰³ L. STORTONI, *op. loc. cit.*

⁶⁰⁴ Sul punto cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 25, il quale rileva come l'inserimento da parte del legislatore degli elementi relativi all'atteggiamento interiore nella descrizione del tipo criminoso sia operazione accettabile solo laddove «il sostrato materiale della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato non venga *sostituito* da elementi personalistici, ma questi si aggiungano al primo, selezionando così in maniera ulteriore la sfera del penalmente rilevante» e sempre che «gli elementi caratterizzanti l'atteggiamento interiore dell'agente siano sufficientemente determinati». V. pure P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 160, il quale avverte come «la circostanza che il fatto realizzato assuma rilievo penale solo in presenza di motivazioni, delle intenzioni ovvero degli scopi tipicizzati *ad hoc* comporta il non trascurabile rischio che il baricentro dell'illecito si sposti non solo dal disvalore dell'evento

potrebbero in ipotesi realizzarsi anche in danno di soggetti che potrebbero non possedere le qualificazioni cui i motivi discriminatori rimandano, e per i quali dunque la tutela della dignità umana può essere offesa solo per sentimenti di solidarietà verso le categorie richiamate (per esempio: non affittare la casa a taluno “in quanto amico di persone di colore”)⁶⁰⁵.

La giurisprudenza, nella difficoltà (anzitutto probatoria) di apprezzare le componenti psicologiche del fatto, tende ad affermare che l'elemento soggettivo che sorregge le condotte in esame va individuato nel dolo specifico, inteso come «coscienza e volontà di offendere l'altrui dignità umana in considerazione della razza, dell'etnia o della religione dei soggetti nei cui confronti la condotta viene posta in essere o ai quali di riferisce»⁶⁰⁶. Tale configurazione non fa comunque venir meno le perplessità relative alla compatibilità delle fattispecie con i canoni di offensività e materialità, laddove sul dolo specifico sia incentrato l'intero disvalore della condotta⁶⁰⁷.

Si può peraltro dubitare che si tratti di fattispecie a dolo specifico, posto che le locuzioni letterali impiegate («*per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*») hanno grammaticalmente un significato causale e non finalistico, cioè tale da escludere che debba sussistere una proiezione teleologica della condotta dell'agente che vada “oltre” il momento della consumazione, per tendere ad una finalità ulteriore, non espressamente tipizzata dalla norma⁶⁰⁸, sì da potersi ritenere che il richiamo ai motivi sia operato dalla legge solo per descrivere gli «atti» di discriminazione o di istigazione alla discriminazione⁶⁰⁹.

al disvalore della condotta, ma addirittura al disvalore della mera intenzione (*Intentionsunwert*) dell'autore».

⁶⁰⁵ V. M.T. TRAPASSO, *op. cit.*, p. 3838 s., la quale rileva come «in tali ipotesi il profilo dell'offensività risulterebbe incentrato esclusivamente sul motivo che ha animato l'agente, e di certo non sulla lesione della dignità umana della persona offesa con riguardo al suo diritto di essere trattato non diversamente dagli altri per ragioni che attengono alla sua razza, religione, etnia, nazionalità, di appartenenza».

⁶⁰⁶ Cfr. Cass. pen., sez. III, 5.12.2005, n. 46783, cit.; Cass. pen., sez. III, 7.5.2008, n. 37581, cit.

⁶⁰⁷ In proposito occorre infatti osservare che l'offesa non può fondarsi soltanto sull'intenzione dell'agente, giacché essa è arrecata al bene solo attraverso un “fatto commesso” dal soggetto agente, e il ricorso al dolo specifico può dunque meglio delinearne il contenuto offensivo del reato, eventualmente interagendo con esso in vista di un interesse collaterale a quello protetto, ma non fondarlo *ex novo*: in questi termini D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011, p. 93. Sulla necessità che il dolo specifico si innesti su un fatto già di per sé offensivo v. pure F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 87, secondo cui le fattispecie a dolo specifico possono essere ritenute legittime solo «in quanto si postulino un' idoneità lesiva del fatto rispetto a quell'interesse del quale è sintomatico il dolo specifico, ossia un obiettivo tendere dell'azione, una sua oggettiva adeguatezza alla produzione dell'evento lesivo posto dall'agente nel fuoco dell'intenzione ed espressione dell'interesse tutelato»; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, p. 230 s. Più ampiamente sul dolo specifico v. L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

⁶⁰⁸ L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 144 s.

⁶⁰⁹ V., ancora, L. PICOTTI, *op. loc. cit.*, il quale, con specifico riguardo alla condotta di istigazione,

Ad ogni modo, che li si intenda qualificare come “movente tipizzato” oppure come “dolo specifico”, i coefficienti soggettivi richiamati nella fattispecie in esame (ma analoghe considerazioni possono svolgersi anche con riguardo alla circostanza aggravante della «finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso» introdotta dalla l. 205/1993)⁶¹⁰, paiono, oltre che difficilmente conciliabili con i principi cardine del diritto penale, anche particolarmente problematici sul piano dell'accertamento⁶¹¹.

Se questo è il quadro, l'innesto di un motivo discriminatorio fondato sulle caratteristiche genetiche della persona potrebbe ulteriormente incrementare i profili di indeterminatezza della fattispecie. E ciò perché, come si è detto, la discriminazione genetica è concetto fluido e sfumato, e di essa non è rinvenibile una definizione condivisa, neppure a livello di fonti europee e internazionali che pure ne proclamano solennemente il divieto.

La necessità di definire con precisione cosa si intenda per discriminazione genetica è particolarmente evidente laddove si consideri che l'impiego di un concetto troppo ampio e vago, svincolato dall'individuazione di un parametro obiettivo di riferimento, rischierebbe di far dipendere la “condizione genetica” dalla mera percezione che di essa abbia il soggetto agente. In altri termini, in assenza di una definizione legislativa di cosa debba intendersi per caratteristica genetica, qualsiasi condizione personale della vittima (quale l'altezza, la forza, l'abilità atletica, l'omosessualità, *etc.*) potrebbe essere qualificata come “genetica” se chi commette l'atto discriminatorio la ritiene in qualche modo riconducibile al corredo genetico della persona⁶¹², con gravi ricadute sul (già complesso)

precisa che «il richiamo ai “motivi” di discriminazione è operato dalla legge solo per descrivere gli “atti” che devono essere oggetto di incitamento e che certo dovranno essere frutto di una scelta consapevole della volontà d'azione dei destinatari dell'incitamento stesso, sul cui pensiero l'agente intende influire: ma questo processo o, meglio, qualifica concerne la condotta dei terzi destinatari non quella dell'agente, che si limita ad influire su di loro, perché la pongano in essere», concludendo poi nel senso che si tratti di fattispecie a dolo generico. Più in generale, sulla distinzione tra fine tipico e movente v. L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 520 ss.

⁶¹⁰ Anche della circostanza aggravante di cui all'art. 3 l. 205/1993 si denunciano la vaghezza e l'indeterminatezza, nonché l'impropria formulazione sotto il profilo del riferimento alla “finalità d'odio”, posto che l'odio configura semmai un movente e non uno scopo dell'azione criminosa: sul punto v., anche con riguardo alle ondivaghe applicazioni giurisprudenziali, S. D'AMATO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico*, cit., p. 387 ss. Sul rapporto tra la circostanza e le ipotesi delittuose di cui all'art. 3, comma 1, lett. b) l. 654/1975, v. G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, cit., p. 182 ss.

⁶¹¹ Significativo, quanto alla difficoltà di dimostrare il motivo discriminatorio, è il ragionamento compiuto dalla S.C. nella citata sent. n. 46783 del 2005, in cui si introduce una presunzione, sia pur relativa, circa la natura discriminatoria del movente, laddove si afferma che nel caso di specie ricorre il reato di cui all'art. 3 lett. a) atteso che il rifiuto di servire i due extracomunitari «non aveva altre più plausibili e legittime motivazioni».

⁶¹² È il caso della discriminazione genetica c.d. “terziaria” individuata da M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law*, cit., p. 185 ss.: v. *supra* par. 3.

accertamento del movente discriminatorio. Invero, posto che la riconducibilità di determinate caratteristiche della persona al patrimonio genetico può essere dubbia o controversa, risulterebbe particolarmente arduo determinare se l'agente avesse o meno consapevolezza delle implicazioni genetiche del fattore discriminante scelto.

In definitiva, una estensione dei moventi discriminatori anche a quello fondato sulle caratteristiche genetiche della vittima non potrebbe prescindere dall'inserimento nel dettato legislativo di una definizione di "caratteristica genetica", la quale, altrimenti, rimane un concetto equivoco ed indeterminato.

E, comunque, un simile intervento non potrebbe che passare attraverso una più ampia e articolata operazione di *restyling* delle fattispecie ora previste dalla l. 654/1975, volta a colmare il *deficit* di determinatezza che già le caratterizza e a ridimensionare il forte sbilanciamento della norma verso il parametro puramente psicologico del "motivo". In tal senso si potrebbe immaginare di inserire una descrizione "in positivo" degli «atti di discriminazione»⁶¹³ e di riformulare la fattispecie in modo da rendere chiara la necessità della riferibilità al soggetto passivo dei fattori in ragione dei quali si realizza la discriminazione⁶¹⁴.

Occorrerebbe, infine, intervenire sull'attuale disciplina sanzionatoria delle diverse fattispecie criminose previste dall'art. 3 l. 654/1975, che irragionevolmente equipara *quoad poenam* condotte criminose di differente disvalore: è infatti evidente che prevedere il medesimo trattamento sanzionatorio per condotte significativamente diverse – istigazione a commettere atti di discriminazione ed effettiva commissione di atti di discriminazione – viola il principio di proporzione⁶¹⁵.

L'opportunità di riformulare la fattispecie potrebbe presentarsi in sede di attuazione della delega prevista dall'art. 1, 85° co., l. 23.6.2017, n. 103 ("Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario", c.d. riforma Orlando), il quale stabilisce, alla lett. q, una riserva tendenziale di codice nella materia penale, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, tra cui anche il principio di uguaglianza e di non discriminazione, anche se la *ratio* della delega sembrerebbe andare nella direzione di una mera trasposizione delle fattispecie criminose già vigenti.

⁶¹³ In questo senso v., ad esempio, DOLCINI, *Omfobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, cit., p. 20.

⁶¹⁴ Sul punto v. in particolare M.T. TRAPASSO, *op. cit.*, p. 3833 ss.

⁶¹⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 72.

7. Il contrasto alla discriminazione genetica in altri ordinamenti: modelli giuridici a confronto.

A questo punto dell'indagine è opportuno uno sguardo al panorama straniero, ponendo a confronto la regolamentazione effettivamente praticata in alcuni Paesi europei ed extraeuropei – selezionati in quanto paradigmatici di specifiche scelte quanto alla forma, più o meno diretta, di tutela apprestata contro la discriminazione genetica –, giacché l'esperienza straniera può senz'altro costituire un elemento di cui il legislatore italiano può utilmente tener conto nell'approntare una disciplina “ragionevole” di un problema complesso come quello in esame.

Gli Stati Uniti sono stati tra i primi Paesi ad investire nella ricerca genetica – come dimostra lo *Human Genome Project* – e, pertanto, hanno per primi avvertito le criticità connesse all'impiego dei test genetici e alla circolazione delle informazioni da essi ricavabili. Ciò ha condotto ad una seria riflessione anche sul tema della tutela antidiscriminatoria e a plurimi tentativi di regolamentare la complessa materia, in cui il diritto penale, sebbene non assente, riveste comunque un ruolo marginale, ma dei quali non può non tenersi conto laddove si cerchi di individuare adeguati strumenti di contrasto – eventualmente anche extrapenalistici, in ossequio al principio di sussidiarietà.

A livello europeo il panorama normativo in materia di tutela della persona contro atti discriminatori fondati sui caratteri genetici della persona non è affatto uniforme⁶¹⁶. Le opzioni politico-criminali rinvenibili sono essenzialmente due: mentre alcuni Stati hanno optato per una regolamentazione orientata a proteggere in maniera più incisiva la *privacy* e la riservatezza delle informazioni genetiche, altri hanno orientato la politica legislativa in materia verso il contenimento dei potenziali effetti negativi derivanti dall'uso improprio di tali informazioni, vietando espressamente le pratiche discriminatorie.

Un esempio di ordinamento in cui il *focus* della tutela legislativa è rappresentato dalla protezione dei dati genetici e del diritto alla *privacy* genetica è l'ordinamento tedesco, in cui la tutela (anche penale) della riservatezza dei dati genetici, intesi come informazioni dotate di una particolare “sensibilità” rispetto agli altri dati personali, è strumentale alla protezione del singolo contro condotte discriminatorie.

⁶¹⁶ Per una panoramica v. I. VAN HOYWEGHEN, *National legal and policy responses to genetic discrimination in Europe. The difficulties of regulation*, in G. QUINN, A. DE PAOR, P. BLANCK (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, cit., p. 192 ss.; H.L. JANSSEN, *Genetic Information in European States*, in J.H. GERARDS, A.W. HERINGA, H.L. JANSSEN (eds.), *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, cit., p. 47 ss. Con particolare riferimento all'ambito occupazionale e assicurativo v. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di comparato ed europeo*, cit., p. 29 ss.; P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, cit., p. 38 ss.

Le legislazioni che propendono per il c.d. “*privacy approach*” muovono dal principio secondo cui ogni cittadino deve avere il controllo sui propri dati genetici, i quali non possono essere comunicati ad altri senza il previo consenso informato dell’interessato. Tuttavia, la tutela della *privacy* genetica realizzata mediante l’imposizione di restrizioni alla divulgazione delle informazioni genetiche può rivelarsi insufficiente per proteggere in maniera efficace il singolo contro l’arbitrario utilizzo dei suoi dati genetici che si concreti in pratiche discriminatorie. Si pensi, ad esempio, all’ipotesi in cui il soggetto si senta costretto a rinunciare all’esercizio dei propri *privacy rights* perché il rifiuto di comunicare le proprie informazioni genetiche potrebbe comportare per lui gravi svantaggi sociali (ad esempio perché ciò gli preclude di accedere ad una posizione lavorativa più vantaggiosa o ad una copertura assicurativa)⁶¹⁷. In ragione di ciò, un divieto di utilizzare i dati genetici fondato sul principio di non discriminazione potrebbe rivelarsi più efficace: anziché proibire la raccolta e la conservazione dei dati genetici da parte degli attori sociali in assenza del consenso dell’interessato, lo strumento legislativo antidiscriminatorio mira a prevenire e reprimere l’uso inappropriato di tali informazioni da parte degli stessi (c.d. “*antidiscrimination approach*”)⁶¹⁸.

E chiaro però che, anche così congegnata, una tutela della persona contro le discriminazioni basata sulla sola protezione della *privacy* potrebbe rivelarsi inadeguata: di qui la necessità di prevedere forme di tutela penale *diretta* contro la discriminazione genetica, centrate sulla protezione della dignità umana. Di questo tipo di approccio è espressione la legislazione francese, nella quale, pur con qualche criticità e problema di coordinamento, si è approntato un sistema di tutela penale “integrato” *privacy/antidiscriminazione*.

8. L’esperienza statunitense: un approccio settoriale alla soluzione del problema.

Gli Stati Uniti d’America si sono dotati solo recentemente di una legislazione antidiscriminatoria con riguardo all’impiego dei dati genetici, benché i temi della *privacy* genetica e della discriminazione su base genetica abbiano da tempo assunto un peso notevole nel dibattito giuridico e politico, non solo in ragione del rilievo che la *genetic information* pare aver acquisito anche nell’ambito delle relazioni sociali, ma anche, e soprattutto, in considerazione delle peculiarità del

⁶¹⁷ Rileva sul punto S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, cit., p. 602, con riguardo all’ambito occupazionale, che, soprattutto i situazioni di disoccupazione, è ben nota la propensione ad accettare qualunque condizione pur di ottenere un lavoro: il consenso non è, in questi casi, la manifestazione di una libertà, bensì l’effetto di una costrizione materiale.

⁶¹⁸ Su benefici e svantaggi del “*privacy approach*” rispetto all’“*antidiscrimination approach*” v. ampiamente J.H. GERARDS, *General issues concerning genetic information*, cit., p. 23 ss. Sul tema v. pure J. L. ROBERTS, *Protecting Privacy to Prevent Discrimination*, cit., *passim*.

sistema sanitario assistenziale statunitense⁶¹⁹.

Negli Stati Uniti non esiste un sistema pubblico che garantisca in modo universale le prestazioni sanitarie a tutela della salute e l'assistenza medica è invero prevalentemente privatizzata: a parte infatti alcuni programmi, introdotti a partire dagli anni sessanta, di protezione sociale per ristrette categorie di soggetti quali gli anziani e gli indigenti⁶²⁰, la maggior parte dei cittadini è costretta ad affidare la propria copertura sanitaria alla stipula volontaria di polizze assicurative private.

La forte connotazione privatistica del sistema di sicurezza socio-sanitaria rende particolarmente delicato il problema degli strumenti a tutela del singolo contro condotte e prassi discriminatorie in ragione delle sue condizioni personali (incluse le caratteristiche genetiche). I sistemi assicurativi privati, quale quello statunitense, sono invero tendenzialmente “*mutuality-based*”, ossia prevedono una differenziazione dei premi a seconda dei livelli di rischio di ciascun assicurato, fino al limite del diniego della polizza a soggetti il cui profilo di rischio è ritenuto troppo elevato⁶²¹: è evidente allora l'interesse delle compagnie assicurative a conoscere tutte le informazioni inerenti la condizione personale del soggetto, fondamentali per la valutazione del rischio e per la definizione personalizzata del premio assicurativo⁶²². Tuttavia, se la conoscenza dei dati genetici può costituire un indubbio vantaggio per l'assicuratore, essa può tradursi in un danno per i soggetti assicurati che, se considerati particolarmente “a rischio” potrebbero non riuscire a far fronte al costo troppo elevato del premio assicurativo o, addirittura, rimanere esclusi dalla copertura, in quanto ritenuti “*medically uninsurable*”⁶²³.

⁶¹⁹ Sul punto v. P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, cit., p. 27 ss.

⁶²⁰ Si tratta, rispettivamente, del *Medicare* e del *Medicaid*; vi sono inoltre alcuni programmi pubblici riservati a categorie specifiche quali i veterani o i malati di Hiv/Aids: v., A. LEIBOWITZ, M.A. PETERSON, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, in “Riv. it. pol. pub.”, 2009, n. 2, p. 9 ss.

⁶²¹ V. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 31 ss.: diversamente, i modelli c.d. di “solidarity based insurance” contemplano l'accesso universale al sistema assicurativo e la misura della partecipazione di ciascun cittadino è stabilita sulla base della sua capacità contributiva; si tratta pertanto di sistemi necessariamente pubblici, in quanto è indispensabile poter ripartire i costi su un'ampia base costituita da tutti i cittadini, i quali sono obbligati a contribuire per mezzo dell'imposizione fiscale. Su questa distinzione v. pure G. LAURIE, *Genetic Privacy*, cit., p. 132. Per approfondimenti sul sistema sanitario statunitense e sul ruolo dell'informazione genetica in tale ambito si rinvia a J.H. GERARDS, *Regulation of genetic information in the United States*, in J.H. GERARDS, A.W. HERINGA, H.L. JANSSEN (eds.), *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, cit., p. 107 ss.

⁶²² V. J.H. GERARDS, *Regulation of genetic information in the United States*, cit., p. 121: «The more information they [*private insurers*] have about someone's future health risks, the easier it is to classify people in specific risk groups and to rate premiums that are fine-tuned to each individual risk. If more reliable genetic information becomes available, it is therefore possible that the insurance system will become strongly individualized, and premiums will be made much more dependent on individual circumstances and risk calculations».

⁶²³ Sul punto v. N.E. KASS, *The Implications of Genetic Testing for Health and Life Insurance*, in M.A.

Un'ulteriore peculiarità del sistema statunitense è data dalla stretta correlazione sussistente tra copertura assicurativa e impiego, posto che la maggior parte delle assicurazioni è “*job-related*”, nel senso che il contratto di lavoro prevede la ripartizione dei costi assicurativi tra datore di lavoro e lavoratore⁶²⁴. Pertanto, poiché il canale più diffuso di accesso alla polizza sanitaria è il conseguimento di un impiego, i temi delle opportunità professionali e del diritto ad una copertura assicurativa sulla salute risultano tra loro intrinsecamente connessi con riguardo alle implicazioni che la conoscenza della predisposizione ad una data patologia può determinare in termini di “vulnerabilità” del soggetto lavoratore, il quale si trova sottoposto ad un duplice profilo di rischio discriminatorio: l'incapacità di ottenere un impiego o la perdita di un'occupazione possono provocare una situazione di inaccessibilità al sistema assicurativo o di esclusione dallo stesso, mentre, per converso, la divulgazione di informazioni genetiche di soggetti cui sia stata negata una copertura assicurativa (o ai quali siano stati applicati premi maggiori in virtù del profilo genetico) può a sua volta ripercuotersi negativamente anche sulla posizione lavorativa, riducendosi l'offerta di impiego nei confronti di un soggetto che, “segnato” dalla “probabilità” di sviluppare particolari malattie, potrebbe comportare un aggravio dei costi di produzione per il datore di lavoro⁶²⁵.

Ne consegue che il principio di eguaglianza nell'accesso alla rete di tutela socio-sanitaria è sottoposto ad una evidente tensione, a causa di un modello che affida prevalentemente alle logiche del mercato la garanzia di effettività dei fondamentali diritti alla salute e alla sicurezza sociale, fino a renderne dubbia la qualificazione in questi termini⁶²⁶.

Alla luce dei caratteri peculiari del sistema socio-sanitario statunitense una specifica *genetic legislation* è parsa allora indispensabile, in quanto utile, almeno in una certa misura, a potenziare l'equo accesso alla tutela sanitaria. Per questa ragione, a partire dagli anni ottanta, si è sviluppato negli Stati Uniti un ampio dibattito con riguardo alla possibilità (e in che limiti) per le assicurazioni e per i datori di lavoro di avere accesso alle informazioni genetiche⁶²⁷.

Prima dell'introduzione del *Genetic Information Nondiscrimination Act*

ROTHSTEIN (ed.), *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, New Haven, 1997, p. 299 ss.

⁶²⁴ V. ancora E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 32 s. La maggior parte dei piani assicurativi connessi all'impiego sono collettivi (“*group health plans*”): sulle caratteristiche proprie dei due tipi di piani assicurativi, individuali e collettivi, v. J.H. GERARDS, *op. ult. cit.*, p. 115 ss.

⁶²⁵ P. TORRETTA, *op. ult. cit.*, p. 28; v. pure M.A. ROTHSTEIN, B.M. KNOPPERS, *Legal Aspects of Genetics, Work and Insurance in North America and Europe*, in “*European Journal of Health Law*”, vol. 3, 1996, p. 143 s.

⁶²⁶ Così P. TORRETTA, *op. ult. cit.*, p. 29.

⁶²⁷ Sulle diverse argomentazioni addotte dagli studiosi americani a favore e contro l'accesso alle informazioni genetiche da parte dei datori di lavoro o delle imprese assicuratrici v. ampliamente J.H. GERARDS, *op. ult. cit.*, p. 123 ss.

(GINA) del 2008 la situazione era, in sostanza, quella di una legislazione *patchwork* a livello federale e statale⁶²⁸, con sensibili divergenze con riguardo alla nozione di *genetic information* accolta.

Sul piano della legislazione federale, l'*Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPPA)⁶²⁹, emanato nel 1996, disciplina, in riferimento ai piani sanitari collettivi (ad es. quelli forniti ai lavoratori da una azienda), i limiti entro cui le compagnie assicuratrici possono ottenere o prendere in considerazione le informazioni sullo stato di salute del singolo, incluse quelle genetiche, vietando, tra l'altro, alle assicurazioni di usare i dati genetici per variare l'entità dei premi, limitare o negare l'ammissibilità del singolo individuo alla copertura assicurativa sanitaria⁶³⁰. Tuttavia, prima dei recenti emendamenti introdotti a seguito dell'approvazione del GINA, l'HIPPA non poneva limitazioni in ordine alla raccolta di informazioni genetiche (delle quali, peraltro, non forniva alcuna espressa definizione) riguardanti i soggetti che si accingevano a stipulare una polizza assicurativa, né vietava alle compagnie assicurative di richiedere ai medesimi di sottoporsi a test genetici prima del contratto⁶³¹. Le violazioni più

⁶²⁸ Per un'ampia disamina dell'evoluzione storica della normativa statunitense di contrasto alla discriminazione genetica v. P. BLANCK, A. DE PAOR, *US legislative and policy response: some historical context to GINA*, in G. QUINN, A. DE PAOR, P. BLANCK (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, cit., p. 97 ss.

⁶²⁹ Sull'HIPPA – che tecnicamente è un emendamento dell'*Employee Retirement Income Security Act* (ERISA) del 1974 –, attraverso il quale si è garantita, tra l'altro, la "portabilità" della polizza assicurativa del lavoratore che decidesse di cambiare lavoro, indipendentemente dalla sua condizione di salute o di ogni eventuale predisposizione genetica, si rinvia a J.H. GERARDS, *Regulation of genetic information in the United States*, cit., p. 173 ss.

⁶³⁰ Più precisamente, dopo l'entrata in vigore dell'HIPPA è venuta meno la possibilità di escludere la copertura assicurativa di soggetti portatori di una "preexisting medical condition", a meno che non si trattasse di una patologia per la quale la diagnosi, la cura o il trattamento fossero avvenuti nei sei mesi immediatamente precedenti; inoltre, veniva espressamente stabilito che la *genetic information* non poteva essere considerata come "preexisting condition" in assenza di una diagnosi della condizione connessa a tale informazione.

⁶³¹ J.A. COLBY, *An Analysis of Genetic Discrimination Legislation proposed by the 105th Congress*, cit., p. 468; J.L. HUSTEAD, J. GOLDMAN, *The Genetics Revolution: Conflicts, Challenges and Conundra: Genetics and Privacy*, cit., p. 292; M.A. ROTHSTEIN, *The Law of Medical and Genetic Privacy in the Workplace*, in M.A. ROTHSTEIN (ed.), *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, cit., p. 295. Il testo, inoltre, non copriva i piani di assicurazione sanitaria individuali e comunque non impediva alle compagnie assicuratrici di applicare premi più elevati o di negare la copertura sanitaria all'intero gruppo in rapporto al "quadro" genetico di uno o di pochi membri del gruppo stesso: cfr. J.L. HUSTEAD, J. GOLDMAN, *The Genetics Revolution: Conflicts, Challenges and Conundra: Genetics and Privacy*, cit., p. 292; J.L. DOLGIN, *Personhood, discrimination, and the new genetics*, in "Brooklyn Law Review", vol. 66, 2000, p. 783; C.A. PETERSON, *New twist to an old injustice: genetic discrimination and Medicare reform*, in "Idaho Law Review", vol. 36, 2000, p. 362. Per una disamina delle criticità dell'HIPPA in relazione alla protezione della *privacy* genetica e del contrasto alla discriminazione genetica v. pure D. SCHLEIN, *New Frontiers for Genetic Privacy Law: The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, in "George Mason University Civil Rights Law Journal", vol. 19, 2009, p. 336 ss.

gravi dell'HIPPA, consistenti nell'illecito utilizzo o nella illecita acquisizione o divulgazione di dati sanitari individualmente identificabili, sono punite anche con *criminal penalties*, ovvero con la pena detentiva fino a 1 anno, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria ("fine") fino a \$ 50,000⁶³². È previsto un aggravamento di pena se la condotta è posta in essere con l'inganno, o con l'intento di vendere, trasferire o utilizzare le informazioni per scopi commerciali o per ottenere un profitto personale o cagionare un danno intenzionale.

Analoghe perplessità, quanto ad una efficace tutela contro la discriminazione genetica, sono emerse con riguardo all'*Americans with Disabilities Act* (ADA) del 1990⁶³³ che, in ambito lavorativo, vieta trattamenti discriminatori nei confronti di soggetti con disabilità, senza tuttavia prendere direttamente in considerazione il fattore genetico⁶³⁴. Più specifico nel disciplinare il fenomeno è invece

⁶³² Cfr. 42 U.S. Code § 1320d-6 (*Wrongful disclosure of individually identifiable health information*): «(a) *Offense*: A person who knowingly and in violation of this part - (1) uses or causes to be used a unique health identifier; (2) obtains individually identifiable health information relating to an individual; or (3) discloses individually identifiable health information to another person, shall be punished as provided in subsection (b) of this section. For purposes of the previous sentence, a person (including an employee or other individual) shall be considered to have obtained or disclosed individually identifiable health information in violation of this part if the information is maintained by a covered entity (as defined in the HIPAA privacy regulation described in section 1320d-9 (b) (3) of this title) and the individual obtained or disclosed such information without authorization. (b) *Penalties*: A person described in subsection (a) of this section shall - (1) be fined not more than \$50,000, imprisoned not more than 1 year, or both; (2) if the offense is committed under false pretenses, be fined not more than \$100,000, imprisoned not more than 5 years, or both; and (3) if the offense is committed with intent to sell, transfer, or use individually identifiable health information for commercial advantage, personal gain, or malicious harm, be fined not more than \$250,000, imprisoned not more than 10 years, or both».

⁶³³ L'ADA è stato emanato con l'obiettivo di proteggere le persone disabili contro la discriminazione in vari ambiti quali istruzione, accesso ai pubblici servizi, trasporti, impiego e concerne le disabilità sia fisiche che mentali: v. ampiamente J.H. GERARDS, *Regulation of genetic information in the United States*, cit., p. 153 ss.

⁶³⁴ Il problema risiedeva nella possibilità di far rientrare nel concetto di "disability" accolto dall'ADA anche la predisposizione genetica ad una determinata malattia: l'ADA, invero, stabilisce che «The term "disability" means, with respect to an individual (1) a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities; (2) a record of having such an impairment; or (3) merely being regarded as having such an impairment». Un'apertura ad includere nella definizione anche patologie asintomatiche è avvenuta nel caso *Bragdon vs. Abbot*, 524 U.S. 624 (1998), concernente un lavoratore sieropositivo, in cui la *Supreme Court* aveva ritenuto che una infezione da HIV in cui l'individuo non presentava alcun sintomo della malattia costituisse "physical impairment", giacché tale infezione causa un'anomalia nel sistema ematico e linfatico del soggetto sin dal momento in cui viene contratta, limitando in modo considerevole alcune delle principali funzioni vitali del soggetto, tra cui in particolare quelle riproduttive. Da questa pronuncia alcuni studiosi statunitensi trassero la conseguenza che anche le predisposizioni di tipo genetico potessero rientrare nel concetto di "disability" di cui all'ADA (v. ad es., P.S. MILLER, *Is There a Pink Slip in My Gene? Genetic Discrimination in the Workplace*, in "Journal of Health Care Law & Policy", vol. 3, 2000, p. 243; N.E. ZINDORF, *Discrimination in the 21st century: protecting the privacy of genetic information in employment and insurance*, in "Tulsa Law Journal", vol. 36, 2001, p. 712). È chiaro peraltro che soltanto alcune patologie genetiche, ossia quelle ad altro rischio

l'*Executive Order* n. 13145 emanato dal Presidente Clinton nel 2000, che tutela la *privacy* genetica limitando l'accesso alle informazioni genetiche e proibisce la discriminazione su base genetica con riguardo agli impiegati federali⁶³⁵. Si tratta, peraltro, di un provvedimento rivolto soltanto ad una specifica categoria di lavoratori e che comunque non ha efficacia vincolante e non consente *legal actions* fondate su di esso⁶³⁶.

Quanto alla legislazione statale, l'approccio dei singoli Stati alla questione dell'accesso da parte degli assicuratori alle informazioni genetiche e del contrasto alla discriminazione su base genetica è sempre stato fortemente differenziato, con conseguenti difformità nel livello di tutela garantito ai singoli⁶³⁷, men-

di trasmissione ereditaria, limitano «*substantially ... one or more major life activities*»: per una sintesi del dibattito dottrinale sul punto v. J.H. GERARDS, *Regulation of genetic information in the United States*, cit., p. 154 ss. Peraltro, già nel 1995, la commissione federale per le pari opportunità lavorative (*Equal Employment Opportunity Commission – EEOC*) aveva emanato delle linee guida interpretative (non vincolanti) volte ad includere nell'ADA anche la discriminazione basata sulla “genetic information relating to illness, disease, or other disorders” (cfr. *EEOC Compliance Manual*, vol. 2, EEOC Order 915.002, *Definition of the Term “Disability,”* 902–45), tuttavia le corti statunitensi, seguendo l'orientamento restrittivo della *Supreme Court* (secondo cui l'ADA trovava applicazione soltanto con riguardo a individui con gravi disabilità: v. ad esempio *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471, 1999, e *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184, 2002) hanno di fatto negato tutela contro le discriminazioni con riguardo ad ipotesi di disabilità connesse a fattori genetici indicanti una predisposizione ad una determinata futura patologia invalidante (sul punto v. M.A. ROTHSTEIN, *GINA, the ADA, and Genetic Discrimination in Employment*, in “*Journal of Law, Medicine and Ethics*”, vol. 36, 2008, p. 837 ss.). Neppure gli emendamenti all'*Act* emanati nel 2008, volti a garantire un'interpretazione della nozione di disabilità più ampia possibile, hanno preso in considerazione direttamente la questione della discriminazione genetica o della discriminazione connessa al rischio di manifestazione di disabilità future (cfr. A. PRINCE, M. WATERSTONE, *The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA)*, in G. QUINN, A. DE PAOR, P. BLANCK (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, cit., p. 116 ss.).

⁶³⁵ Il *Genetic Executive Order* proibisce, tra l'altro, ai dipartimenti e alle agenzie federali di rifiutare l'assunzione sulla base delle caratteristiche genetiche del candidato e di richiedere al *job applicant*, cui sia stata fatta un'offerta di lavoro, di sottoporsi a test genetici o di comunicare i risultati di test genetici già effettuati; analoga tutela è prevista per i benefici e gli avanzamenti di carriera dei lavoratori già assunti. L'*Executive Order* prevede tuttavia la possibilità per il datore di lavoro di richiedere ed utilizzare i dati relativi alla storia medica familiare del candidato o del lavoratore, al solo scopo di valutare la necessità di ulteriori accertamenti medici volti a diagnosticare una malattia o una condizione di salute in atto suscettibile di impedire al soggetto di svolgere le mansioni essenziali connesse alla posizione lavorativa. Per un commento v. G. SANTANIELLO, C. FILIPPI, *Dati genetici, genoma e privacy*, in G. SANTANIELLO, A. LOIODICE (a cura di), *La tutela della riservatezza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXIII, Padova, 2000, p. 551 ss.

⁶³⁶ J.H. GERARDS, *Regulation of genetic information in the United States*, cit., p. 183 ss. L'*Executive Order* riveste comunque una certa importanza quale esempio di provvedimento federale volto a favorire la più ampia tutela contro la discriminazione genetica: esso, invero, contiene, tra l'altro, un'ampia definizione di “genetic information” che comprende anche i risultati dei test genetici effettuati da membri della famiglia e la storia medica familiare generale.

⁶³⁷ Nel 1991 il Wisconsin fu il primo stato a dotarsi di una legislazione che proibiva alle compagnie assicurative mediche di richiedere le informazioni genetiche e di utilizzarle in modo improprio;

tre in ambito occupazionale molti Stati hanno approvato leggi contro pratiche discriminatorie fondate sulle caratteristiche genetiche del lavoratore, con un approccio nel complesso più uniforme rispetto a quello in ambito assicurativo, tendente a proibire qualsiasi forma di discriminazione genetica, inclusi il rifiuto di impiego o di promozione e il licenziamento⁶³⁸.

Infine, una possibile, residuale, tutela può essere offerta, nei casi in cui la discriminazione genetica si risolva in discriminazione indiretta di alcuni gruppi sociali per ragioni di etnia, razza o sesso, mediante l'applicazione del *Civil Rights Act* del 1964 (e in particolare del titolo VII che tutela i cittadini contro pratiche discriminatorie sul lavoro fondate su condizioni personali del soggetto, quali razza, colore della pelle, credo religioso, sesso o nazione di origine)⁶³⁹, che prevede anche, in taluni casi, l'applicazione di sanzioni penali (cfr. 18 U.S. Code § 245). Tale tutela implicita contro la discriminazione genetica⁶⁴⁰, ricavabile per

da allora molti altri Stati hanno introdotto norme regolanti l'uso dei dati genetici. Accanto agli approcci più restrittivi che vietano cumulativamente alla compagnia assicuratrice di condizionare la stipula del contratto al possesso di determinati requisiti genetici, di richiedere l'effettuazione di test genetici o comunque la comunicazione di dati genetici e di utilizzare le informazioni genetiche per la classificazione del rischio, si registrano approcci più *soft* che negano solo alcune di dette possibilità: v. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 40. Per una panoramica delle legislazioni antidiscriminatorie statali è possibile consultare il rapporto della *National Conference of State Legislatures* (NCSL), *Genetics and Health Insurance State Anti-Discrimination Laws*, reperibile sul sito <http://www.ncsl.org/research/health/genetic-nondiscrimination-in-health-insurance-laws.aspx>; v. pure D. SCHLEIN, *New Frontiers for Genetic Privacy Law: The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, cit., p. 347 ss.; W.F. MULHOLLAND, A.S. JAEGER, *Genetic Privacy and Discrimination: A Survey of State Legislation*, in "Jurimetrics", vol. 39, 1998 – 1999, p. 317 ss.

⁶³⁸ La maggioranza degli Stati vieta altresì ai datori di lavoro di richiedere la comunicazione dei dati genetici da parte dei lavoratori, nonché di sottoporre questi ultimi a test genetici. V. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 73 ss.; W.F. MULHOLLAND, A.S. JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 318. In generale, comunque, la definizione di informazione genetica adottata a livello di leggi statali, in nel settore assicurativo che in quello occupazionale, è piuttosto restrittiva e non include i dati relativi alla storia medica familiare (v. A. PRINCE, *Comprehensive Protection of Genetic Information: One Size Privacy or Property Models May Not Fit All*, in "Brooklyn Law Review", vol. 79, 2013, p. 193 ss). Come rilevano A. PRINCE, M. WATERSTONE, *The Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA), cit., p. 116, l'effettività della tutela fornita dalle leggi statali è peraltro limitata a causa del sistema federale delle leggi proprio degli Stati Uniti, giacché nelle aree in cui sia gli Stati che il governo federale possono legiferare vigono complicate regole relativamente alla prevalenza ("*preemption*") della legge federale, che, di fatto, lascia prive di copertura assicurativa determinate categorie di soggetti: «Federal law often pre-empts state law in employer-sponsored plans under the Employee Retirement Income Security Act (ERISA). For individuals with group health insurance plans, enforcing state law protections was often foreclosed upon due to this pre-emption».

⁶³⁹ Secondo il Titolo VII del *Civil Rights Act 1964* è illegittimo per il datore di lavoro fondare le proprie decisioni riguardanti i lavoratori, inclusi l'assunzione e il licenziamento, «on an individual's race, color, religion, sex, or national origin».

⁶⁴⁰ Per un'applicazione del Titolo VII in tal senso si veda, ad esempio, la sentenza della *Ninth Circuit Court of Appeal*, nel caso *Norman-Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Laboratory* del 1998. I ricorrenti, che avevano prestato, al pari degli altri candidati, il loro consenso all'esame del sangue e delle urine in fase di assunzione, erano stati sottoposti, a loro insaputa, in quanto afroamericani,

estensione dai contenuti antidiscriminatori del *Civil Rights Act*, risulta peraltro problematica, giacché essa diviene possibile solo laddove lo *status* genetico in questione sia da ritenersi significativamente connesso ad una particolare razza o gruppo etnico, il che raramente avviene⁶⁴¹: in sostanza, la protezione della diversità genetica potrebbe aversi solo come riflesso di un comportamento che integri una diretta (o indiretta) lesione dell'eguaglianza sotto il profilo razziale⁶⁴².

A fronte di questo quadro di disciplina così eterogeneo e connotato da lacune ed ambiguità era particolarmente avvertita la necessità di un apposito intervento normativo a livello federale che fornisse un'efficace tutela contro il rischio di discriminazione genetica. Sin dal 1995 numerose proposte di leggi federali sono state pertanto presentate al Congresso, incontrando tuttavia svariate opposizioni e, all'esito di un tormentato percorso durato 13 anni, si è infine addivenuti all'approvazione del *Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA)⁶⁴³.

8.1. *Il Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA) del 2008.*

Il *Genetic Information Nondiscrimination Act*, varato dal Congresso il 1° maggio 2008 e firmato dal Presidente Bush il 21 maggio successivo, riguarda esclusivamente l'ambito occupazionale e quello assicurativo e accoglie una nozione considerevolmente più ampia di informazione genetica rispetto a quelle prima vigenti nel diritto americano. Il GINA mira infatti ad attribuire alle informazioni genetiche (incluse quelle ricavate da indagini sulla c.d. "*family history*") una particolare tutela che ne rende illegittimo qualsiasi utilizzo in sede di stipula di contratti assicurativi in materia sanitaria (non sulla vita) e nei rapporti di lavoro (sia pubblici che privati). Si tratta di una legge che è stata definita "*preemptive*",

anche al test per la predisposizione genetica all'anemia falciforme. I ricorrenti allegarono, tra l'altro, la violazione del loro diritto costituzionale alla *privacy* e la Corte ritenne che la sottoposizione ai test genetici in assenza di consenso ricadesse nella tutela offerta dal IV, V e XIV Emendamento, affermando che «one can think of few subject areas more personal and more likely to implicate privacy interests than that of one's health or genetic make-up». Sulla tutela costituzionale del diritto alla *privacy* genetica nelle disposizioni della Costituzione americana concernenti le "*Due Process Clauses*" (V e XIV Emendamento) o la "*Searches and Seizure Clause*" (IV Emendamento) v. J.H. GERARDS, *Regulation of genetic information in the United States*, cit., p. 184 ss.

⁶⁴¹ K. ELTIS, *Genetic Determinism and Discrimination: A Call to Re-Orient Prevailing Human Rights Discourse to Better Comport with the Public Implications of Individual Genetic Testing*, in "Journal of Law, Medicine & Ethics", vol. 35, 2007, p. 286.

⁶⁴² P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, cit., p. 31.

⁶⁴³ Sul travagliato iter legislativo che ha condotto all'approvazione del GINA vedi P. BLANCK, A. DE PAOR, *US legislative and policy response: some historical context to GINA*, cit., p. 104 ss.; J.L. ROBERTS, *Preempting Discrimination: Lessons from the Genetic Information Nondiscrimination Act*, in "Vanderbilt Law Review", vol. 63, 2010, p. 447 ss.; v. pure ampiamente L. SLAUGHTER, *Genetic Information Non-Discrimination Act*, in "Harvard Journal on Legislation", vol. 50, 2013, p. 41 ss.

nel senso che si pone quale obiettivo la prevenzione delle prassi discriminatorie prima che si diffondano⁶⁴⁴ – differenziandosi, anche sotto questo profilo, dalla previgente *antidiscrimination law* -, ossia di pratiche che, insidiandosi nei meccanismi di accesso a servizi funzionali ad un reale sviluppo della persona, possono arrivare a comprimere la garanzia di un eguale ed effettivo godimento di diritti inviolabili della persona (alla salute, al lavoro, all'assistenza sociale, etc.)⁶⁴⁵. Obiettivo dichiarato della legge in questione è altresì quello di consentire agli individui, attenuando i loro timori di subire discriminazioni, di beneficiare pienamente dei test e della ricerca genetica⁶⁴⁶.

Indubbio merito del GINA è quello di aver proposto definizioni uniformi di informazione genetica e di test genetico, promuovendo uno *standard* di tutela omogeneo contro le discriminazioni in ambito occupazionale e medico-assicurativo.

La *genetic information* è definita come l'informazione relativa ai test genetici sulla persona, ai test genetici sui familiari di quella persona e alla storia medica familiare⁶⁴⁷, e dunque la documentazione di patologie genetiche manifestatisi in persone biologicamente legate all'interessato. I «*family members*» che rientrano nell'ambito di tutela fornita dal GINA sono il coniuge, i discendenti e i parenti fino al quarto grado; la definizione comprende anche le informazioni genetiche relative a embrione e feto. Rientrano nella nozione anche i dati relativi alla richiesta, da parte del soggetto, di «*genetic services*», quale ad esempio la consulenza genetica, e la partecipazione a ricerche genetiche sia da parte dell'interessato che di uno dei suoi familiari. La tutela delle informazioni relative alla storia familiare si rivela fondamentale allo scopo di proteggere il singolo dal rischio di discriminazione, escludendo la possibilità che l'eventuale predisposizione genetica dell'individuo ad una data malattia sia (arbitrariamente) inferita da patologie manifestatisi in altri membri del nucleo familiare⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ J.L. ROBERTS, *op. ult. cit.*, p. 441.

⁶⁴⁵ P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, cit., p. 35.

⁶⁴⁶ Come si legge nella Sec. 2 *Findings*, § 5 GINA, «Federal legislation establishing a national and uniform basic standard is necessary to fully protect the public from discrimination and allay their concerns about the potential for discrimination, thereby allowing individuals to take advantage of genetic testing, technologies, research, and new therapies». Sul punto v. K. ABRAMS, B. L. GARRETT, *DNA and Distrust*, cit., p. 771.

⁶⁴⁷ In particolare, si legge nell'atto che «the term 'genetic information' means, with respect to any individual, information about (i) such individual's genetic tests, (ii) the genetic tests of family members of such individual, and (iii) the manifestation of a disease or disorder in family members of such individual», mentre per «genetic test» deve intendersi «an analysis of human DNA, RNA, chromosomes, proteins, or metabolites, that detects genotypes, mutations, or chromosomal changes».

⁶⁴⁸ Su questo elemento di novità dell'attuale normativa antidiscriminatoria v. A. PRINCE, M. WALTERSTONE, *The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA)*, cit., p. 118.

Il Titolo I dell'Act in esame riguarda il settore assicurativo e si applica tanto ai piani collettivi *job related* quanto alle polizze individuali. Con riguardo a queste ultime la legge colma la lacuna della preesistente legislazione federale proibendo alle compagnie assicurative di utilizzare le informazioni genetiche per "graduare" l'ammontare del premio, per rifiutare la stipula della polizza o per imporre esclusioni fondate su condizioni preesistenti (per i piani assicurativi collettivi tali divieti erano infatti già previsti, come si è detto, dal HIPAA)⁶⁴⁹. Viene inoltre introdotto il divieto per le compagnie assicurative di raccogliere informazioni relative allo *status* genetico del soggetto contraente e di richiedere all'interessato o a un suo familiare l'effettuazione di test genetici⁶⁵⁰. Il provvedimento, dunque, è un esempio di approccio combinato di regole di protezione dei dati, giacché interviene nella fase a monte, col divieto per gli assicuratori di procurarsi in qualsiasi modo le informazioni genetiche degli assicurandi, e di regole antidiscriminatorie, con la proibizione, a valle, per gli assicuratori che venissero comunque a conoscenza di tali informazioni, di farne uso per differenziare il trattamento assicurativo⁶⁵¹.

Analogamente, per quanto concerne il settore occupazionale, il Titolo II del *Genetic Information Nondiscrimination Act* impedisce al datore di lavoro sia di tenere condotte discriminanti sulla base dei dati genetici del dipendente, sia di raccogliere ed utilizzare le informazioni genetiche dai dipendenti o aspiranti tali. Più precisamente, il provvedimento in questione proibisce al datore di lavoro (sia pubblico che privato) di basare sulle informazioni genetiche del dipendente le decisioni concernenti l'instaurazione e lo svolgimento del rapporto di impiego (assunzioni, licenziamenti, promozioni, attribuzione di mansioni, ecc.); è inoltre vietata qualunque limitazione, segregazione o classificazione dei lavoratori, fondata sulle informazioni genetiche, che li privi o tenda a privarli di opportunità lavorative o che comunque incida negativamente sul loro *status*

⁶⁴⁹ Il GINA ha, tra l'altro, modificato l'HIPAA, precisando che l'informazione genetica non può mai essere considerata come "*preexisting condition*".

⁶⁵⁰ Sono previste peraltro alcune eccezioni al divieto, come nel caso della «research exception» secondo cui, con riguardo ai piani collettivi, può essere richiesto, ma non imposto, ad un soggetto di sottoporsi a test genetici per scopi di ricerca ma solo a determinate condizioni: in particolare, la partecipazione deve essere volontaria e comunque le informazioni genetiche raccolte non possono essere utilizzate dall'assicuratore per «underwriting purposes», cioè per valutare l'assicurabilità, per determinare il premio o per altre attività connesse alla conclusione, alla modifica o al rinnovo del contratto assicurativo. Non è inoltre sanzionata l'accidentale acquisizione delle informazioni genetiche da parte dell'assicuratore. Sul punto v. A. PRINCE, M. WATERSTONE, *The Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA), cit., p. 121.

⁶⁵¹ Così E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 46 s. Alcuni commentatori americani hanno per tale ragione definito il GINA come un «antidiscrimination-privacy hybrid»: sul punto v., tra gli altri, W.R. CORBETT, *What is in GINA's Genes? The Curious Case of the Mutant-Hybrid Employment Law*, in "Oklahoma Law Review", vol. 64, 2011, p. 3.

lavorativo⁶⁵². Anche in questo ambito vi poi è il divieto per il datore di lavoro di richiedere, pretendere o acquisire le informazioni genetiche dell'interessato o dei membri della sua famiglia, salvo talune eccezioni, come nel caso in cui l'indagine sul profilo genetico del soggetto si renda necessaria per l'adempimento di obblighi imposti dalla legge, per realizzare programmi a tutela della salute dei lavoratori o per monitorare gli effetti di sostanze tossiche nei luoghi di lavoro⁶⁵³, ma anche in queste ipotesi la raccolta e la conservazione dei dati è sottoposta ad una serie di vincoli (quali, ad esempio, consenso espresso del lavoratore, comunicazione dei dati in forma aggregata, ecc.) e ne rimangono comunque preclusi la divulgazione e l'uso a fini discriminatori.

Il sistema sanzionatorio è piuttosto complesso e frammentato.

Per quanto riguarda il settore assicurativo, esso consiste in «*penalties*» di tipo pecuniario, variabili nell'entità a seconda della gravità della violazione⁶⁵⁴. Inoltre, la legge estende anche alle informazioni genetiche la tutela relativa alla *privacy* contenuta nel già menzionato *Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPPA) e, dunque, anche le sanzioni penali previste per l'illecito utilizzo e per l'illecita acquisizione o divulgazione di dati sanitari individualmente identificabili, di cui si è detto.

Per quanto concerne, invece, il settore occupazionale, si applicano le medesime disposizioni previste dalle preesistenti discipline antidiscriminatorie: pertanto, ad esempio, potranno trovare applicazione i rimedi e le procedure previste dal già menzionato Titolo VII del *Civil Rights Act 1964* o da altri *Acts*, a seconda del regime cui è soggetto il lavoratore⁶⁵⁵. Nel complesso si tratta, co-

⁶⁵² V. R.S. OLICK, *Genetic discrimination in the workplace after GINA*, in G. QUINN, A. DE PAOR, P. BLANCK (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, p. 128 ss.

⁶⁵³ Un'ulteriore deroga è data dalla c.d. "water cooler exception": come esplicita J.L. ROBERTS, *Preempting Discrimination: Lessons from the Genetic Information Nondiscrimination Act*, cit., p. 456, «the "water cooler problem" occurs if an employer inadvertently obtains genetic information through casual conversation, such as when an employee mentions that her mother died of breast cancer». Per una disamina delle eccezioni al divieto di acquisizione di dati genetici da parte del datore di lavoro v. D. SCHLEIN, *New Frontiers for Genetic Privacy Law: The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, cit., p. 357 ss.

⁶⁵⁴ V. D. SCHLEIN, *op. cit.*, p. 361; A. PRINCE, M. WATERSTONE, *The Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA), cit., pp. 125 s. Il GINA richiede inoltre che gli Stati predispongano, in ambito di assicurazioni sanitarie, tutele antidiscriminatorie uguali o maggiori a quelle in esse previste, con la conseguenza che vi possono essere differenze anche notevoli nel sistema di *enforcement* attuato: v. A. PRINCE, M. WATERSTONE, *op. cit.*, p. 122. Gli Autori rilevano che dal 2008 si sono avute ben poche dimostrazioni empiriche di discriminazione genetica in ambito assicurativo: «It is unclear whether this is due to lack of occurrence of discrimination, lack of reported cases or lack of collected evidence from the fragmented enforcement» (p. 123).

⁶⁵⁵ V. D. SCHLEIN, *op. cit.*, p. 355; A. PRINCE, M. WATERSTONE, *The Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA), cit., pp. 122 s. La *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) ha l'incarico di dare attuazione al GINA e il soggetto che intende procedere contro una violazione della disciplina antidiscriminatoria deve anzitutto esperire i rimedi previsti in via amministrativa

munque, di sanzioni pecuniarie e di c.d. “*punitive damages*”⁶⁵⁶, istituto tipico del sistema di *common law* nordamericano⁶⁵⁷, avente una funzione marcatamente punitiva⁶⁵⁸.

Nonostante l’indubbio effetto positivo di potenziamento della protezione contro la discriminazione genetica, la dottrina statunitense non ha comunque mancato di porre in evidenza i profili critici e le ombre della riforma attuata con il GINA⁶⁵⁹. Si lamenta, tra l’altro, il ristretto ambito di operatività dell’*Act* in esame, il quale non trova applicazione con riguardo alle assicurazioni sulla vita, a quelle relative alle disabilità, alle assicurazioni per cure a lungo termine, alle forme previdenziali per gli infortuni sul lavoro, o, più in generale, in relazione ad altri potenziali usi discriminatori delle informazioni genetiche⁶⁶⁰.

Ma il profilo più problematico è senz’altro dato dall’inapplicabilità della disciplina antidiscriminatoria ai casi in cui si sia in presenza di una patologia genetica i cui sintomi si siano già manifestati⁶⁶¹. In altri termini, il GINA si applica solo nei confronti di individui asintomatici, e quindi l’assicurato o il

prima di agire avanti ad una corte: «to pursue a claim under GINA, the plaintiff first must exhaust administrative remedies. Then, the plaintiff may file a private right of action under any of several different Acts: the Civil Rights Act of 1964, 42 USC §§2000e-4 and 2000e-16 (2006), the Age Discrimination in Employment Act, the Rehabilitation Act, or Title I of the ADA» (così P. BLANCK, A. DE PAOR, *US legislative and policy response: some historical context to GINA*, cit., p. 108). Per una panoramica sull’andamento dei casi di discriminazione genetica in ambito lavorativo (ben più numerosi di quelli in ambito assicurativo) dopo l’entrata in vigore del GINA v. R.S. OLICK, *Genetic discrimination in the workplace after GINA*, cit., p. 134 s.

⁶⁵⁶ H.E. GIAMBRA, *A Primer on Title II of the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 and its Implementing Regulations*, in “NYSBA Journal”, November/December 2012, p. 26 ss.

⁶⁵⁷ Si tratta, in estrema semplificazione, di somme di denaro, ulteriori rispetto al risarcimento dei danni effettivamente subiti dalla vittima (*compensatory damages*), che il convenuto soccombente può essere condannato a pagare al termine di un processo civile. Per un primo approccio alla categoria dei “*punitive damages*” v. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in “Riv. dir. civ.”, 1983, I, p. 483 ss.; ID., *I danni punitivi*, in “Nuova giur. civ. comm.”, 2008, p. 25 ss.

⁶⁵⁸ Cfr. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, cit., p. 483: «Volendone offrire una prima definizione, si potrebbe dire che i *punitive damages*, in aggiunta ai *compensatory damages*, sono concessi per punire il convenuto (il soggetto danneggiante) per aver commesso, in una posizione soggettiva che potrebbe essere definita di mala fede, un fatto particolarmente grave e riprovevole (nella quasi generalità dei casi si tratta di un *tort*), con una conseguente funzione di *deterrence* di un’azione dello stesso tipo».

⁶⁵⁹ Per una sintesi delle criticità v. D. SCHLEIN, *op. cit.*, p. 363 ss.

⁶⁶⁰ Come rileva M.A. ROTHSTEIN, *GINA, the ADA, and Genetic Discrimination in Employment*, cit., p. 837, ciò pone in dubbio l’efficacia del GINA di realizzare uno degli obiettivi per i quali è stato approvato, cioè attenuare i timori di subire discriminazioni che inducono gli individui a non sottoporsi a test genetici che potrebbero invece dimostrarsi utili per tutelare la loro salute.

⁶⁶¹ La *Section 210* del GINA, con specifico riguardo al Titolo II, chiarisce invero che «An employer, employment agency, labor organization, or joint labor- management committee shall not be considered to be in violation of this title based on the use, acquisition, or disclosure of medical information that is not genetic information about a manifested disease, disorder, or pathological condition of an employee or member, including a manifested disease, disorder, or pathological condition that has or may have a genetic basis».

lavoratore ricevono tutela contro la discriminazione basata sul rischio genetico di sviluppare una certa malattia ma non anche se quella determinata patologia genetica effettivamente si manifesta⁶⁶². Benché i regolamenti attuativi del GINA contengano una apposita definizione di manifestazione della malattia⁶⁶³, la linea di confine tra mera *genetic information* e *manifested disease* rimane ambigua. Ciò, peraltro, non rappresenta un reale problema nell'ambito delle assicurazioni sanitarie, dove, a seguito delle ultime riforme, la persona è tutelata nella medesima misura contro la discriminazione sia con riguardo all'informazione genetica che con riguardo alla condizione di salute manifestata: a seguito, invero, dell'approvazione del *Patient Protection and Affordable Care Act 2010* (ACA, o, più colloquialmente, "*Obamacare*")⁶⁶⁴, le compagnie assicurative non possono prendere in considerazione alcuna condizione medica o condizione preesistente (quindi anche una malattia genetica conclamata) per negare la copertura assicurativa o determinare l'ammontare del premio⁶⁶⁵.

Nel contesto occupazionale, invece, la "zona grigia" che segna il passaggio da genotipo a fenotipo rischia di creare un vuoto di tutela. Invero, il soggetto che ha già manifestato i sintomi della malattia (ed è dunque escluso dalla protezione garantita dal GINA) potrebbe non rientrare neppure sotto la protezione fornita dall'*Americans with disabilities Act* (ADA)⁶⁶⁶ se la sua patologia non è tale da limitare in misura considerevole alcune delle principali funzioni vitali⁶⁶⁷.

⁶⁶² In argomento cfr. J.L. ROBERTS, *The Genetic Information Nondiscrimination Act as an Antidiscrimination Law*, in "Notre Dame Law Review", vol. 86, 2010, p. 136; A. PRINCE, M. WATERSTONE, *The Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA), cit., p. 118 s.; D.H. LEA, *The Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA): *What it Means for your Patients and Families*, in "The Online Journal of Issues in Nursing", vol. 14, n. 2, 2009, p. 1 ss.; R.S. OLICK, *Genetic Discrimination in the workplace after GINA*, cit., p. 133 s.

⁶⁶³ V. *GINA Employment Regulations* del 2010 (29 CFR 1635.3 g): «Manifestation or manifested means, with respect to a disease, disorder, or pathological condition, that an individual has been or could reasonably be diagnosed with the disease, disorder, or pathological condition by a health care professional with appropriate training and expertise in the field of medicine involved. For purposes of this part, a disease, disorder, or pathological condition is not manifested if the diagnosis is based principally on genetic information». Le *GINA Insurance Regulations* del 2012 contengono una definizione di «manifestation» molto simile.

⁶⁶⁴ In argomento v. S. ROSENBAUM, *Realigning the Social Order: The Patient Protection and Affordable Care Act and the U.S. Health Insurance System*, in "Journal of Health & Biomedical Law", vol. 7, 2011, p. 1. Più in generale, sulla riforma sanitaria voluta da Barack Obama v. E. JORIO, *La riforma sanitaria di Barack H. Obama*, in "Federalismi.it", n. 17/2009, p. 1 ss., reperibile sul sito internet <http://www.federalismi.it>; C. BOLOGNA, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, in www.forumcostituzionale.it, 2012.

⁶⁶⁵ A. PRINCE, M. WATERSTONE, *The Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA), cit., p. 115; K. ABRAMS, B. L. GARRETT, *DNA and Distrust*, cit., p. 770 s.

⁶⁶⁶ V. *supra* par. 8.

⁶⁶⁷ V. M.A. ROTHSTEIN, *GINA, the ADA, and Genetic Discrimination in Employment*, cit., p. 840: «In the context of genetic discrimination in employment, asymptomatic individuals are unlikely to be covered by the ADA, but they are expressly covered by GINA. Conversely, severely affected

Infine, su un piano più generale, il GINA è criticato da parte della dottrina americana quale esempio di “*genetic exceptionalism*”⁶⁶⁸, secondo cui le informazioni genetiche sono considerate “speciali” e meritevoli di una apposita tutela, più incisiva rispetto a quella apprestata alle altre informazioni sulla salute, e ciò benché manchino solide basi per una simile distinzione⁶⁶⁹.

9. Il ricorso al sistema di tutela delle informazioni genetiche come strumento di contrasto alla discriminazione: l'esempio tedesco.

La legge tedesca sulla diagnostica genetica, *Gendiagnostikgesetz* (GenDG), entrata in vigore nel 2010, consacra il diritto di ciascuno di conoscere e di disporre liberamente delle proprie informazioni genetiche⁶⁷⁰. La legge ha un'efficacia trasversale, nel senso che riguarda diversi rami del diritto (medico, lavoristico e assicurativo)⁶⁷¹.

Il § 1 enuncia quale obiettivo principale del GenDG quello di stabilire le condizioni di esecuzione delle indagini e delle analisi genetiche e di utilizzazione delle informazioni genetiche, nonché di evitare discriminazioni fondate sulle caratteristiche genetiche, al fine di garantire la tutela della dignità individuale e del diritto all'autodeterminazione informativa⁶⁷². Il legislatore tedesco riconnet-

individuals are covered by the ADA, but they are expressly not covered by GINA. The greatest uncertainty is in the middle. Under the ADA, an individual with a mild, temporary, or presymptomatic condition does not come within the statutory definition of an individual with a disability. Similarly, under GINA, an individual with a genetically based, biologically determinable difference beyond genotypic variation but short of phenotypic variation is unlikely to be protected».

⁶⁶⁸ Sul dibattito in argomento v. E. JACKSON, *Medical Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2016, p. 462 ss.

⁶⁶⁹ M.A. ROTHSTEIN, *Is GINA Worth the Wait?*, in “Journal of Law, Medicine and Ethics”, vol. 36, 2008, p. 178, che rileva come il GINA abbia valore meramente “simbolico”.

⁶⁷⁰ Per un commento alle disposizioni contenute nel GenDG si rinvia a P. HÄBERLE, *GenDG*, in G. ERBS, M. KOHLHAAS, P. HÄBERLE (hrsg. v.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, beck-online, 2016; H. FENGER, *GenDG*, in A. SPICKHOFF (hrsg. v.), *Medizinrecht*, 2. Aufl., beck-online, 2014; J. ROBIENSKI, *The new law on gene diagnostics in Germany – an overview about the main principles*, in “Revista de derecho y genoma humano”, 2010, p. 47 ss.; nonché, più ampiamente sulla tutela giuridica dell'individualità genetica, G. DUTTGE, W. ENGEL, B. ZOLL (Hg.), *Genetische Individualität im Recht*, Göttingen, 2012.

⁶⁷¹ L'ambito di applicazione della legge è stabilito dal § 2, ove si precisa che essa non riguarda le indagini genetiche condotte a fini di ricerca scientifica, né quelle condotte a fini identificativi nell'ambito del procedimento penale (su cui v. il § 81g dello *Strafprozessordnung*, StPO, rubricato «DNA-Identitätsfeststellung»: per una prima panoramica sulle relative problematiche si rinvia a J. LEE, *Die Gewinnung und Verwendung von DNA-Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung*, in G. DUTTGE, W. ENGEL, B. ZOLL (Hg.), *Genetische Individualität im Recht*, cit., p. 119 ss.).

⁶⁷² § 1 (*Zweck des Gesetzes*): «Zweck dieses Gesetzes ist es, die Voraussetzungen für genetische Untersuchungen und im Rahmen genetischer Untersuchungen durchgeführte genetische Analysen sowie die Verwendung genetischer Proben und Daten zu bestimmen und eine Benachteiligung auf Grund genetischer Eigenschaften zu verhindern, um insbesondere die staatliche Verpflichtung zur Achtung

te dunque espressamente il divieto di discriminazione genetica alla tutela della *Menschenwürde*, diritto fondamentale enunciato dall'Art. 1 del *Grundgesetz*, che ne sancisce l'invulnerabilità e l'obbligo di tutti i poteri dello Stato di garantirne il rispetto e la tutela.

La legge in esame stabilisce regole dettagliate con riguardo all'esecuzione delle indagini genetiche per fini diagnostici o predittivi, le quali comunque possono essere condotte esclusivamente da medici qualificati (§ 7)⁶⁷³ e soltanto se vi è l'espresso consenso informato, rilasciato per iscritto, da parte del paziente (§ 8)⁶⁷⁴. La restrittiva disciplina introdotta dal GenDG comporta, tra l'altro, nella sostanza, forti limitazioni ai test genetici offerti direttamente al consumatore⁶⁷⁵.

Un'apposita disciplina è dettata con riguardo all'ambito occupazionale e assicurativo⁶⁷⁶. In particolare, al datore di lavoro è fatto espresso divieto di chiedere al lavoratore, prima o dopo l'instaurazione del rapporto del lavoro, di sottoporsi a test genetici, di comunicargli i risultati di indagini genetiche che abbia già effettuato, di ricevere o di utilizzare tali informazioni (§ 19)⁶⁷⁷. Analogo divieto vale anche per l'assicuratore seppure con talune eccezioni relative a par-

und zum Schutz der Würde des Menschen und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu wahren».

⁶⁷³ La legge richiede inoltre, tra l'altro, che i test per l'accertamento della paternità vengano posti in essere soltanto presso strutture accreditate (§ 5) e che le indagini genetiche per finalità mediche siano sempre accompagnate da una consulenza genetica (§ 10).

⁶⁷⁴ Il GenDG stabilisce anche i casi eccezionali in cui le indagini genetiche possono essere condotte su pazienti incapaci di manifestare il loro consenso (§ 14) e detta una specifica disciplina con riguardo alle indagini genetiche prenatali (§ 15). Queste ultime sono ammissibili solo se hanno una finalità medica e consistono nell'individuare i caratteri genetici che mettono in pericolo la salute dell'embrione o del feto prima o dopo la nascita o che rendono necessario un trattamento medico prima della nascita (sulla diagnosi genetica preimpianto v. § 3 a dell'*Embryonenschutzgesetz* – EschG); è peraltro preclusa la diagnosi genetica prenatale laddove si tratti di identificare patologie genetiche suscettibili di manifestarsi solo dopo il diciottesimo anno di età (sui problemi interpretativi concernenti questa disposizione, piuttosto restrittiva, v. P. HÄBERLE, *GenDG*, cit., § 15; H. FENGER, *GenDG*, cit., § 15).

⁶⁷⁵ Su cui v. *supra* cap. I, par. 2.2. Ne consegue la completa messa al bando dei kit per test genetici ordinati direttamente dal consumatore *online*: sul tema v. ampiamente S.F. SUNDERMAN, *The Need for Regulation of Direct-to-Consumer Genetic Testing in the United States: Assessing and Applying the German Policy Model*, cit., p. 357 ss.; D. CLARK, *Genetic Exceptionalism and Paternalism Themes in New German Legislation*, in "Genomics law Report", 2 settembre 2009, reperibile sul sito www.genomicslawreport.com.

⁶⁷⁶ Per un commento alle disposizioni del GenDG concernenti l'ambito assicurativo e lavoristico e alle relative criticità si rinvia a A. SCHNEIDER, *Genetik im Versicherungs- und Arbeitsrecht*, in G. DUTTGE, W. ENGEL, B. ZOLL (Hg.), *Genetische Individualität im Recht*, cit., p. 45 ss.

⁶⁷⁷ Gli esami genetici diagnostici sono eccezionalmente consentiti, per ragioni di tutela della salute sul luogo di lavoro, laddove si tratti di test volti ad accertare i caratteri genetici responsabili di gravi malattie lavoro-correlate: v. § 20 GenDG. Sul punto v. ampiamente M. FRANZEN, *GenDG*, in R. MÜLLER-GLÖGE, U. PREIS, I. SCHMIDT (hrsg. v.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl., beck-online, 2017, § 20.

icolari tipi di polizze assicurative che superino determinate soglie (v. § 18)⁶⁷⁸.

In via più generale, il GenDG, al § 4, sancisce espressamente il divieto di discriminazione (*Benachteiligungsverbot*) in ragione delle caratteristiche genetiche della persona o di un suo congiunto («*genetisch verwandt*»), in ragione del fatto che l'interessato o un suo congiunto si sia o meno sottoposto ad una indagine o analisi genetica o, ancora, a causa dei risultati di tale indagine o analisi⁶⁷⁹. Le caratteristiche genetiche sono le informazioni provenienti dalla persona acquisite in via ereditaria o durante la fecondazione o fino alla nascita⁶⁸⁰, mentre i dati genetici sono quelli ricavabili dalle indagini genetiche e relativi alle caratteristiche genetiche della persona (§ 3 n. 11)⁶⁸¹.

Questa disposizione viene considerata il “*Kernstück*” della legge⁶⁸² e il divieto ha una portata generale che si esplica dunque tanto nell'ambito dei rapporti di diritto privato che in quelli di diritto pubblico. Essa si connota peraltro per una certa indeterminatezza e, forse proprio per questa ragione, per la violazione del divieto in essa contenuto non è prevista alcuna sanzione penale, né essa configura una *Ordnungswidrigkeit*⁶⁸³.

Con specifico riguardo all'ambito lavorativo, inoltre, il § 21 precisa che il divieto di discriminazione genetica nei confronti del lavoratore riguarda ogni accordo o misura relativa all'instaurazione, esecuzione e conclusione del rapporto di lavoro, e che esso si applica anche nell'ipotesi in cui il lavoratore rifiuti di sottoporsi a test genetici o di comunicare i risultati di analisi genetiche già effettuate. Neppure la violazione di questo divieto risulta essere penalmente sanzionata, né costituisce *Ordnungswidrigkeit*⁶⁸⁴.

⁶⁷⁸ V. § 18, I, 2 GenDG: «Für die Lebensversicherung, die Berufsunfähigkeitsversicherung, die Erwerbsunfähigkeitsversicherung und die Pflegerentenversicherung gilt Satz 1 Nr. 2 nicht, wenn eine Leistung von mehr als 300 000 Euro oder mehr als 30 000 Euro Jahresrente vereinbart wird».

⁶⁷⁹ § 4 (*Benachteiligungsverbot*): «(1) Niemand darf wegen seiner oder der genetischen Eigenschaften einer genetisch verwandten Person, wegen der Vornahme oder Nichtvornahme einer genetischen Untersuchung oder Analyse bei sich oder einer genetisch verwandten Person oder wegen des Ergebnisses einer solchen Untersuchung oder Analyse benachteiligt werden. (2) Die Geltung von Benachteiligungsverboten oder Geboten der Gleichbehandlung nach anderen Vorschriften und Grundsätzen wird durch dieses Gesetz nicht berührt. Dies gilt auch für öffentlich-rechtliche Vorschriften, die dem Schutz bestimmter Personengruppen dienen».

⁶⁸⁰ La definizione di «*genetische Eigenschaften*» è fornita dal § 3, Nr. 4: «*sind genetische Eigenschaften ererbte oder während der Befruchtung oder bis zur Geburt erworbene, vom Menschen stammende Erbinformationen*».

⁶⁸¹ La legge fornisce una definizione di dato genetico: «*sind genetische Daten die durch eine genetische Untersuchung oder die im Rahmen einer genetischen Untersuchung durchgeführte genetische Analyse gewonnenen Daten über genetische Eigenschaften*».

⁶⁸² K. SCHILLHORN, S. HEIDEMANN, *Gendiagnostikgesetz (GenDG), Kommentar*, Heidelberg, 2011, § 4, n. marg. 1.

⁶⁸³ Sul punto v. P. HÄBERLE, § 4 GenDG, cit., n. marg. 1-2, il quale rileva come possa eventualmente trovare applicazione il § 134 BGB («*Gesetzliches Verbot*») secondo cui il negozio giuridico posto in essere in violazione di una disposizione di legge è nullo.

⁶⁸⁴ Secondo quanto disposto dall'Abs. 2 del § 21, trovano applicazione le disposizioni relative al

La tutela contro la discriminazione genetica si realizza, dunque, nell'intenzione del legislatore tedesco, attraverso la stringente disciplina che regola l'esecuzione dei test genetici e attraverso la protezione dei dati genetici da essi ricavabili. Ed invero, le sanzioni penali previste dal § 25 del GenDG – consistenti nella pena detentiva fino a un anno o nella pena pecuniaria – conseguono alla violazione delle sopracitate norme che stabiliscono le condizioni di effettuazione dei test genetici per fini medici (indagini genetiche condotte in assenza di consenso o al di fuori dei casi di necessità in cui esse sono consentite con riguardo a soggetti non in grado di prestare il loro consenso; indagini genetiche prenatali svolte in assenza delle condizioni previste dal § 15, Abs. 1) o che vietano la richiesta o l'utilizzo dei dati genetici da parte dell'assicuratore o del datore di lavoro⁶⁸⁵.

Il legislatore, dunque, sanzionando penalmente l'indebita richiesta e l'utilizzo delle informazioni genetiche da parte del datore di lavoro o dell'assicuratore, attribuisce prevalenza al diritto di autodeterminazione informativa e alla *privacy* genetica dell'interessato rispetto ai concorrenti interessi economici⁶⁸⁶.

La legge in esame peraltro non specifica cosa debba intendersi per utilizzo («*Verwenden*») dei dati genetici: si è in proposito precisato che deve trattarsi in ogni caso di usufruire delle informazioni genetiche per ottenere un vantaggio che si ponga in contrasto con gli scopi di tutela della disposizione violata⁶⁸⁷. La richiesta di sottoporsi a test genetici, nonché la ricezione o la comunicazione dei risultati di tali test non integrano invece alcuna fattispecie penale, bensì una *Ordnungswidrigkeit* ai sensi del § 26 Abs. 1 Nr. 8 o 9.⁶⁸⁸

Le fattispecie previste dal § 25 sono punibili solo a titolo dolo, la forma colposa non è punibile neppure come *Ordnungswidrigkeit*. Trattandosi di *Vergehen* il tentativo non è punibile, posto che la disposizione non lo prevede espressamente⁶⁸⁹.

risarcimento del danno e all'onere della prova, contenute nei §§ 15 e 22 dell'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) – la legge generale sulla parità di trattamento, approvata nel 2006, che prende in considerazione tutte le discriminazioni contro la razza, l'origine etnica, il sesso, la religione, la disabilità, l'età e l'identità sessuale.

⁶⁸⁵ L'Abs. 2 del § 25 prevede una circostanza aggravante per l'ipotesi in cui l'autore del reato abbia agito dietro compenso, per arricchire sé o altri o per procurare un danno ad altri: «*Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung gegen Entgelt oder in der Absicht begeht, sich oder einen Anderen zu bereichern oder einen Anderen zu schädigen*».

⁶⁸⁶ Sul punto v. A. SCHNEIDER, *Genetik im Versicherungs- und Arbeitsrecht*, cit., p. 62.

⁶⁸⁷ In questo senso P. HÄBERLE, § 25 GenDG, cit., n. marg. 8, secondo cui «*erforderlich für ein Verwenden wird jedenfalls ein Nutzen sein und zwar in einer Art und Weise, die den Schutzzweck der jeweiligen Vorschrift berührt*», come ad esempio nel caso in cui l'assicuratore tenga conto del dato genetico per determinare l'entità del premio o rifiutare la copertura.

⁶⁸⁸ Per un commento al § 26 si rinvia P. HÄBERLE, *GenDG*, cit.

⁶⁸⁹ V. § 23 Abs. 1 StGB.

La legge è stata oggetto di critiche per i limiti piuttosto restrittivi entro cui ammette la *genetische Untersuchung*. Il requisito che impone che le indagini genetiche siano ordinate da un medico risponde invero all'esigenza di prevenire la commercializzazione priva di regole dei test genetici, di garantire che vi sia una consulenza genetica prima dell'effettuazione del test e che gli esiti siano protetti dalla confidenzialità che riguarda i dati sanitari. Tuttavia, parte della dottrina ha messo in rilievo l'impronta paternalistica che ispira il GenDG, che comporta un controllo eccessivo sul diritto di accesso e di utilizzo dei propri dati genetici da parte dei cittadini. La legge in parola, in sostanza, sarebbe esempio di un inaccettabile "*genetic exceptionalism*"⁶⁹⁰.

10. La tutela penale diretta contro la discriminazione genetica: il modello francese.

Nell'ordinamento francese la tutela (anche penale) della persona con riguardo ai dati relativi al proprio patrimonio genetico si articola su un duplice binario, nel senso che alla protezione delle informazioni ricavate dall'espletamento di test genetici si affianca una apposita disciplina antidiscriminatoria.

Sotto il primo profilo, vige un complesso sistema di tutela relativo all'impiego dei test genetici e dei dati da essi ricavabili⁶⁹¹, contenuto in particolare nel *Code civil* e nel *Code de la santé publique*⁶⁹² e presidiato anche da sanzione penale⁶⁹³.

Il legislatore ha, in linea di principio, accolto il principio secondo cui è possibile ricavare e utilizzare le informazioni sul patrimonio genetico di una persona, per fini di ricerca genetica o a scopo identificativo, esclusivamente con il consenso dell'interessato e a determinate condizioni.

⁶⁹⁰ V. D. CLARK, *Genetic Exceptionalism and Paternalism Themes in New German Legislation*, cit. Accanto a questa critica si pone quella secondo cui la proibizione del *genetic testing* in ambito lavorativo contenuta nel GenDG sarebbe suscettibile di danneggiare le aziende tedesche sul mercato internazionale, oltre ad essere fortemente pregiudizievole per le compagnie assicurative: per una panoramica sulle posizioni critiche si rinvia a SUNDERMAN S.F., *The Need for Regulation of Direct-to-Consumer Genetic Testing in the United States: Assessing and Applying the German Policy Model*, cit., p. 374.

⁶⁹¹ Il Codice della sanità pubblica francese prescrive, all'art. L 1131-1, nella nuova formulazione introdotta dalla legge n. 2004-800 sulla bioetica, il rispetto dei principi espressi dal Codice civile per le analisi delle caratteristiche genetiche della persona, stabilendo, nelle disposizioni successive, la disciplina di dettaglio per l'espletamento dei test genetici.

⁶⁹² Il *Titre III* del *Code de la santé publique* è rubricato «*Examen des caractéristiques génétiques, identification par empreintes génétiques et profession de conseiller en génétique*».

⁶⁹³ Rileva P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Paris, 2013, p. 182, come le disposizioni penali in materia, tenuto anche conto che esse sono riprodotte anche nel *Code de la santé publique*, «selon l'admirable technique du "code suiveur"» e che sono state più volte rimaneggiate, «sont d'une rare confusion, situation qui s'aggrave à chaque nouvelle intervention du législateur».

In particolare, con la legge n. 2004-800, relativa alla bioetica⁶⁹⁴, il legislatore francese da un lato ha riformato l'art. 16-10 *Code civil*⁶⁹⁵ – consentendo l'esame delle caratteristiche genetiche della persona solo a fini medici e di ricerca scientifica, previo consenso scritto dell'interessato⁶⁹⁶ – e, dall'altro, ha introdotto nel *Chapitre VI* (rubricato «*Des atteintes à la personnalité*») del *Titre II* («*Des atteintes à la personne humaine*») della parte speciale del codice penale la *Section 6* («*Des atteintes à la personne résultant de l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques*»).

Le disposizioni contenute nella *Section 6* sanzionano penalmente chi esegue test genetici su una persona senza il consenso di questa o per fini diversi da quelli medici o di ricerca scientifica (art. 226-25)⁶⁹⁷, nonché chi impiega le informazioni genetiche raccolte a mezzo di test genetici per finalità diverse da quelle mediche o di ricerca (art. 226-26)⁶⁹⁸, ad esempio per rifiutare un'assunzione o una copertura assicurativa⁶⁹⁹. Le altre disposizioni della *Section 6* prevedono la

⁶⁹⁴ La legislazione quadro francese in materia di bioetica, adottata nel 1994 e successivamente riformata nel 2004 e nel 2011, ha segnato l'inizio della regolamentazione giuridica dei test genetici. Per un *excursus* sull'evoluzione della normativa francese relativa alle indagini genetiche si rinvia a P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, cit., p. 39 ss. Più in generale, sulla legislazione francese in materia di bioetica v. R. CIPPITANI, *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, in "Dir. fam. pers.", 2012, p. 1836 ss.

⁶⁹⁵ Rileva CIPPITANI, *op. cit.*, p. 1856 ss., come la peculiarità della legislazione francese in materia consista nella individuazione di regole di principio, che costituiscono la base di partenza e la guida nell'applicazione e nello stesso processo di revisione della legislazione sulla bioetica: si tratta di una vera e propria «Costituzione bioetica», giacché i «*droits civils*» enunciati nel *Code civil* ribadiscono «i principi della Carta dei diritti fondamentali e delle altre normative dell'Europa continentale: il rispetto della vita e della dignità, la non patrimonialità e indisponibilità del corpo, la protezione del patrimonio genetico e della riservatezza, il consenso informato, la solidarietà». Sulla necessità di una legislazione bioetica aperta, formulata attraverso clausole di carattere generale «che non disciplinano analiticamente una situazione, ma che si riferiscono a nozioni modellate sulla realtà delle relazioni sociali e destinate a variare nel tempo (come buona fede o buon costume), delle quali il giudice dovrà poi determinare in concreto senso e portata» v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 139 s.

⁶⁹⁶ Il consenso, sempre revocabile, deve essere espresso per iscritto prima dello svolgimento dell'esame genetico e dopo che l'interessato sia stato adeguatamente informato sulla natura e la finalità del test.

⁶⁹⁷ L'art. 226-25 *Code pénal* (come modificato dalla legge n. 2004-800) prevede che «*le fait de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique, ou à des fins médicales ou de recherche scientifique, sans avoir recueilli préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article 16-10 du code civil, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende*». La disposizione è riprodotta nel *Code de la santé publique* (art. L 1133-1).

⁶⁹⁸ Art. 226-26 *Code pénal*: «*Le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'examen de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende*». La disposizione in esame è riprodotta nell'art. L 1133-2 del *Code de la santé publique*.

⁶⁹⁹ Rimane dubbio se autore del «détournement» e, dunque del delitto in questione, sia il medico

punibilità di chi richiede indagini genetiche su di sé o su altre persone, al di fuori dei casi autorizzati dalla legge (art. 226-28-1 *Code pénal*), e di chi utilizza un profilo genetico a fini identificativi senza il consenso dell'interessato o al di fuori dei casi stabiliti dalla legge o divulga le informazioni relative all'identificazione di un soggetto in base al suo profilo genetico (artt. 226-27 e 226-28)⁷⁰⁰.

Tutti i reati previsti dalla *Section 6* sono punibili anche nella forma tentata (art. 226-29) e di essi possono essere ritenute responsabili anche le *personnes morales* (art. 226-30). Si tratta in tutti i casi di *délits intentionnels*.

Nel settore assicurativo, con la l. 2002-303 è stato inserito, nel *Code des Assurances*, l'art. L 133-1, relativo alle assicurazioni sanitarie, che preclude alle imprese assicuratrici l'accesso ai dati genetici dell'assicurato, anche se trasmessi dall'interessato o con il suo consenso⁷⁰¹. Tale divieto è presidiato dalla sanzione penale di cui al menzionato art. 226-26 del codice penale.

Accanto alla protezione indiretta contro la discriminazione su base genetica che deriva dal complesso sistema normativo che regola l'impiego dei test genetici e delle informazioni da essi ricavabili, si pone la tutela diretta fornita dalle disposizioni antidiscriminatorie.

Il divieto di discriminazione genetica è sancito, anzitutto, in via di principio dall'art. 16-13 del *Code civil*, ai sensi del quale «*nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques*». Con specifico riguardo all'ambito occupazionale, l'art. L 1132-1 del *Code du travail* sancisce il divieto per il datore di lavoro di escludere un candidato da una procedura di assunzione o dall'accesso ad uno stage o ad un periodo di formazione, o di interrompere il rapporto di lavoro o, ancora, di stabilire diverse condizioni di lavoro in ragione, tra l'altro, del profilo genetico del soggetto interessato.

A presidio di tali divieti il legislatore francese ha inserito nel codice penale – nella *Section 1* (intitolata “*Des discriminations*”) del *Chapitre V* (rubricato “*Des atteintes à la dignité de la personne*”) del già menzionato Titolo II del Libro II – talune disposizioni che puniscono le pratiche discriminatorie fondate, tra i vari

o il ricercatore che detiene le informazioni e le comunica ad un terzo oppure il terzo stesso che ne fa uso per finalità diverse: rileva in proposito P. CONTE, *Droit pénal spécial*, cit., p. 186 che i lavori preparatori di questa disposizione mostrano che il legislatore ha avuto a mente i terzi (assicuratori, datori di lavoro, ecc.) dei quali il medico o il ricercatore sarà, pertanto, complice.

⁷⁰⁰ Per un commento si rinvia a P. CONTE, *Droit pénal spécial*, cit., p. 182.

⁷⁰¹ L'articolo in esame riproduce l'art. L 1141-1 del *Code de la santé publique*: «*Les entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci*». In argomento v. E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, cit., p. 50 s.

fattori, anche sulle caratteristiche genetiche della persona⁷⁰².

La repressione penale delle condotte discriminatorie, introdotta nel codice penale per la prima volta nel 1972⁷⁰³, è stata oggetto di una serie di interventi del legislatore volti ad includere nelle fattispecie nuove forme di discriminazione⁷⁰⁴, tanto numerosi da minare la coerenza dell'intera disciplina⁷⁰⁵.

L'attuale sistema antidiscriminatorio contenuto nel codice penale del 1994, riguarda tanto le discriminazioni tra privati, siano essi persone fisiche o giuridiche (artt. da 225-1 a 225-4), quanto quelle, punite più severamente, commesse da soggetti investiti di un'autorità pubblica o incaricati di un pubblico servizio (art. 432-7). Si tratta di fattispecie poste a tutela della dignità umana – come emerge anche dalla collocazione delle stesse nel *Chapitre V*⁷⁰⁶ – intesa come valore «qui s'oppose à tout ce qui peut dégrader la personne humaine et l'humilier»⁷⁰⁷, giungendo a negarne il carattere stesso di essere umano⁷⁰⁸. Non mancano, peraltro, anche nella dottrina francese, voci critiche che rilevano l'ambiguità, quanto a natura ed ampiezza, del diritto al rispetto della dignità umana⁷⁰⁹.

⁷⁰² Per un commento alle disposizioni in tema di discriminazione v., tra gli altri, C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial*, Paris, 2016, p.168 ss.; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, cit., p. 289 ss.; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Paris, 2012, p. 323 ss.; J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Paris, 2014, p. 255 ss.; M.L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Paris, 2011, p. 616 ss.; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Paris, 2012, p. 149 ss. In argomento v. pure A. CERF-HOLLANDEER, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations*, in *Mélanges Ottenhof: le champ pénal*, Paris, 2006, p. 367; M. DANTI-JUAN, *Existe-t-il encore une égalité en droit pénal?*, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire: mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, p. 85.

⁷⁰³ I primi interventi del legislatore in materia risalgono al 1939, con la c.d. «loi Marchandreau» (*décret-loi* del 21 aprile 1939) avente ad oggetto la repressione dell'ingiuria e della diffamazione per motivi razziali o religiosi e con il fine di incitare all'odio. Tuttavia, soltanto con la l. 1 luglio 1972 si è addivenuti ad una incriminazione in via più generale delle discriminazioni razziali o religiose, inserita nel codice penale. Per una sintesi sull'evoluzione storica della legislazione penale francese in tema di discriminazione v. J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 256 ss.

⁷⁰⁴ V. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, cit., p. 149.

⁷⁰⁵ C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial*, cit., p. 169; S. DETRAZ, *La cohérence des infractions de discrimination*, in "Gazette du Palais", 8-11 maggio 2013, p. 4. Rileva la ridondanza dell'elencazione dei «*motifs discriminatoires*» M.L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, cit., 617. Secondo P. CONTE, *Droit pénal spécial*, cit., p. 290: «le Code pénal réalise un amalgame malheureux entre plusieurs causes de discrimination fort disparates, alors que le racisme se singularise par le fait qu'il repose sur une différence scientifiquement imaginaire».

⁷⁰⁶ Per l'opinione secondo cui le discriminazioni ledono, oltre che la dignità umana, anche l'ordine pubblico, nonché il principio di efficienza economica v. M. DAURY-FAUVEAU, *Droit pénal spécial*, Paris, 2010, p. 446: «les discriminations troublent d'abord l'ordre public en exacerbant les antagonismes et en favorisant les réflexes communautaristes. Enfin, un dernier fondement et non le moindre, réside dans l'efficacité économique qui commande de ne prendre en compte que la compétence des individus».

⁷⁰⁷ Così P. MISTRETTA, *La protection de la dignité humaine de la personne et les vicissitudes du droit pénal*, in "Juris-classeur périodique", 2005, I, p. 100.

⁷⁰⁸ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Paris, 2011, p. 246.

⁷⁰⁹ V., ad es., P. CONTE, *Droit pénal spécial*, cit., p. 289: «Le droit au respect de la dignité est un concept ambigu, dans sa nature, comme par son ampleur: s'agit-il d'un droit subjectif, alors que

Le fattispecie in esame non puniscono qualsiasi forma di discriminazione, bensì soltanto quella che si basa su criteri ritenuti inaccettabili e purché essa si manifesti con determinate condotte: ne consegue che il solo fatto di aderire ad una ideologia che propugna una discriminazione fondata su tali criteri non ricade nell'ambito del penalmente rilevante⁷¹⁰.

Il codice penale contiene una espressa definizione di "discriminazione"⁷¹¹. L'art. 225-1 stabilisce, invero, al primo comma, che costituisce una discriminazione qualsiasi distinzione operata tra le persone fisiche «*sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminées*»⁷¹².

Il secondo comma del medesimo articolo⁷¹³ prevede che costituisca discrimi-

cette dignité (traduction laïque de l'étincelle divine), inhérente à l'être humain, le transcende? Et tous les droits subjectifs, utiles à l'homme, n'ont-ils pas, par hypothèse, leur origine dans cet attribut ultime? Le Code pénal ne permet guère, en tout cas, d'éclairer la confusion des analyses conduites en la matière, lorsque, parmi «les atteintes à la dignité de la personne», il ne fait pas figurer des infractions qui, à l'évidence, s'y rattachent (crimes contre l'humanité), mais en évoque d'autres dont on peut se demander si elles s'y rapportent (atteinte au respect dû aux morts, qui ne sont plus des personnes: C. pén. Art. 225-17 et s.)». In tema v. pure B. BOULOC, *Vers un déclin de la sanction pénale des atteintes à la dignité?*, in "Recueil Dalloz", 2009, p. 1373.

⁷¹⁰ Ne consegue, pertanto, che, ad esempio, negare l'accesso in casa propria ad una persona in ragione delle sue opinioni politiche, o della sua razza, etc. non costituisce discriminazione penalmente rilevante. Sul punto v. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, cit., p. 290. È comunque punibile la «*provocation à la discrimination*», prevista dalla legge sulla libertà di stampa (v. art. 24, l. 29 luglio 1881, come modificato dalla l. 2004-1486). Per un commento a questa fattispecie v. J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 256 ss.

⁷¹¹ Nel senso che per discriminazione debba intendersi la diversità di trattamento tra persone che non appartengono al medesimo gruppo v. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., p. 324.

⁷¹² Critico sull'enunciazione tassativa dei motivi discriminatori è E. DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., p. 328, secondo il quale sarebbe preferibile «*envisager le mobile discriminatoire de façon synthétique (lorsqu'un critère de sélection des personnes ne peut trouver de justification objective) en laissant au juge le soin de vérifier si la distinction faite avait une base légitime ou non*».

⁷¹³ L'art. 225-1, 2° co., così recita: «*Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des*

nazione ogni distinzione operata tra persone giuridiche in ragione delle caratteristiche personali – le stesse elencate nel primo comma – dei membri (o di taluni dei membri) della persona giuridica stessa⁷¹⁴.

Le caratteristiche genetiche sono state introdotte tra i «*motifs discriminatoires*» elencati nell'art. 225-1 con la legge 2002-303 relativa ai diritti dei malati⁷¹⁵.

La discriminazione come definita nell'art. 225-1, qualora sia commessa tra privati, diviene penalmente rilevante laddove si manifesti in una delle condotte elencate nell'art. 225-2, che riguardano l'ambito commerciale, economico o lavorativo. L'elemento materiale del reato in esame consiste invero nel rifiutare la fornitura di un bene o di un servizio, nell'ostacolare il normale esercizio di un'attività economica, nel rifiutare di assumere o nel sanzionare o licenziare una persona, o, ancora, nel subordinare la fornitura di un bene o di un servizio, un'offerta di impiego, una domanda di stage o un periodo di formazione in impresa ad una condizione discriminatoria⁷¹⁶.

L'art. 225-2 punisce anzitutto ogni forma di rifiuto, implicita o esplicita, di fornitura di beni o servizi o di un lavoro. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente i termini «fornitura», «beni» e «servizi» vanno interpretati in senso ampio, comprensivo di qualunque rifiuto di contrattare⁷¹⁷. Non rileva che

membres ou de certains membres de ces personnes morales».

⁷¹⁴ V. C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial*, cit., p. 170: «Bien évidemment, concernant les personnes morales, la discrimination se fait au travers de ses membres, non de la personne morale elle-même, celle-ci n'ayant aucun sexe, nulle orientation sexuelle ou apparence physique... Il s'agit donc de discriminations faites en raison des «caractéristiques» (nationalité, race, religion, opinions politiques, etc.) de ses dirigeants, ses associés ou de ses salariés, par exemple».

⁷¹⁵ L. n. 2002-303 del 4 marzo 2002, su cui v. J.F. SEUVIC, *Chronique législative*, in "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", 2002, p. 367.

⁷¹⁶ Art. 225-2 *Code pénal*: «La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende». Il colpevole incorre altresì nelle pene accessorie di cui all'art. 225-19.

⁷¹⁷ Si è pertanto ritenuto che rientrino nella fattispecie, ad esempio, il rifiuto del proprietario di dare in locazione un appartamento esclusivamente in ragione della disabilità fisica del locatario (TGI Paris, 28 giugno 2005, in "Gazette du Palais", 2006, 2, p. 2634), o di vendere un immobile in ragione dell'origine degli acquirenti (Cass. crim., 20 giugno 2006, in "Droit pénal", 2006, n. 134),

il bene o servizio debba essere fornito a titolo gratuito o oneroso⁷¹⁸. Inoltre, se il «*refus discriminatoire*» è commesso in un luogo pubblico o ai fini di interdirla l'accesso la pena è aggravata.

La discriminazione consistente nel rifiuto di un lavoro (o situazioni assimilate)⁷¹⁹ concerne anche le prestazioni lavorative occasionali e si applica anche a coloro che hanno mandato da parte del datore di lavoro di reclutare il personale sia che commettano l'atto discriminatorio di loro iniziativa che su ordine del datore di lavoro⁷²⁰.

La previsione della rilevanza penale del fatto di subordinare la fornitura di un bene o di un servizio, o l'offerta di impiego o di uno stage *etc.*, ad una condizione discriminatoria equivale, di fatto, all'incriminazione del tentativo, del quale non è espressamente prevista la punibilità⁷²¹. Emerge, peraltro, la difficoltà di stabilire se rientrino nella previsione penale le condizioni contrattuali che, pur non essendo propriamente discriminatorie, esprimano comunque una preferenza o una raccomandazione nella scelta del contraente o del lavoratore in ragione dei criteri indicati nell'art. 225-1⁷²².

La discriminazione può, infine, consistere anche nel fatto di ostacolare il normale esercizio di un'attività economica⁷²³, ossia in qualunque azione od omissione volta a rendere lo svolgimento di tale attività più difficile, ancorché non necessariamente impossibile⁷²⁴.

o, ancora, il fatto di rifiutare l'ingresso al cinema ad una persona disabile, adducendo pretestuosamente che i luoghi non erano attrezzati a tal fine, omettendo di compiere i relativi lavori ordinati dal comune (Cass. crim., 20 giugno 2006, in "Droit pénal", 2006, n. 133).

⁷¹⁸ Per tutti, E. DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., p. 326.

⁷¹⁹ Si è ad esempio ritenuto che costituisca una discriminazione il fatto di licenziare un individuo per il solo motivo, espressamente invocato, che costui fosse di nazionalità marocchina (Cass. crim., 14 ottobre 1986, in "Bull. crim.", n. 287), o il rifiuto di assumere una persona per il solo fatto che non è di nazionalità francese (Cass. crim., 20 gennaio 2009, in "Bull. crim.", n. 19), o, ancora, la mancata promozione di un dipendente in ragione della sua appartenenza sindacale (Cass. crim., 28 aprile 2009, in "Bull. crim.", n. 74).

⁷²⁰ V. J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 261, i quali precisano che il delegante non risponde penalmente della discriminazione attuata dal preposto.

⁷²¹ Cfr. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, cit., p. 293; J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *op. ult. cit.*, pp. 260 e 262.

⁷²² La giurisprudenza parrebbe propendere per la soluzione positiva, laddove, ad esempio, ha ritenuto penalmente rilevante il comportamento di una assistente sociale, assegnata all'ufficio del direttore di un centro di servizio sociale, che aveva preso l'iniziativa di redigere e diffondere tra i colleghi una nota in cui chiedeva di reclutare persone per l'assistenza di anziani, raccomandando di evitare il personale di colore (così Cass. crim., 14 novembre 1989, in "Droit pénal", 1990, n. 129).

⁷²³ Precisa che deve trattarsi di attività industriale o commerciale E. DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., p. 327.

⁷²⁴ Sul punto v. J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 260. A titolo di esempio, si è ritenuta la sussistenza del delitto in esame nel caso dell'imputato che rifiuta il difensore d'ufficio assegnatogli in ragione della razza di quest'ultimo (Trib. Toulouse, 1 dicembre 1988, in "Juris Data", n. 049083), o nell'esigere un certificato attestante che i beni trasportati non sarebbero stati

L'art. 432-7 punisce con pene sensibilmente più elevate la discriminazione come definita dall'art. 225-1 posta in essere dal soggetto «*dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public*», nell'esercizio delle proprie funzioni, che si sia concretata nel rifiuto del beneficio di diritto accordato dalla legge o in un ostacolo al normale esercizio di una attività economica, tanto nei confronti di una persona fisica che nei confronti di una persona giuridica⁷²⁵. Il reato in esame esige, dunque, un abuso di autorità⁷²⁶ (ed invero la disposizione è inserita in una sezione intitolata "*Des abus d'autorité commis contre les particuliers*")⁷²⁷. Delle condotte discriminatorie elencate nell'art. 225-2 relativamente alle discriminazioni tra privati, solo l'ostacolo allo svolgimento di un'attività economica è richiamato. La dottrina francese censura l'irragionevolezza di questa scelta del legislatore, che restringe l'area del penalmente rilevante con esclusivo riguardo ai rapporti con la p.a.⁷²⁸.

Quanto all'altra ipotesi tipizzata nella norma *de qua*, occorre precisare che, affinché vi sia discriminazione penalmente rilevante, è necessaria la sussistenza di un diritto riconosciuto dalla legge, con la conseguenza che un rifiuto provvisorio qualora vi siano dubbi sull'estensione del diritto del richiedente non integra la materialità del reato⁷²⁹.

L'art. 225-3 del codice penale sancisce l'inapplicabilità delle disposizioni che prevedono le condotte discriminatorie in una serie di ipotesi, tra cui, per quanto qui interessa, il caso in cui si tratti di «*discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité*», a meno che, però, le discriminazioni non si fondino «*sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédispo-*

consegnati da un trasportatore israeliano (Cass. crim., 9 novembre 2004, in "Bull. crim.", n° 273).

⁷²⁵ Art. 432-7 Code pénal : «*La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :*

1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

Il colpevole incorre altresì nelle pene accessorie di cui all'art. 432-17.

⁷²⁶ Sul punto v. J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 263.

⁷²⁷ La casistica giurisprudenziale è vasta: a titolo esemplificativo, si è ritenuto che integri il reato in esame il fatto di condizionare l'attribuzione da parte del comune di un sussidio per la nascita di un figlio alla nazionalità dei genitori (Cass. crim., 17 dicembre 2002, in "Bull. crim.", n. 227), o la condotta del sindaco che, durante una seduta del consiglio comunale, rifiuti ad una consigliera la possibilità di prendere la parola in ragione del fatto che costei porta una croce al collo (Cass. crim., 1 settembre 2010, in "Recueil Dalloz", 2010, p. 2624, con nota di S. DETRAZ).

⁷²⁸ V. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., p. 331.

⁷²⁹ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 264.

sition génétique à une maladie». Detto altrimenti, se le discriminazioni fondate sullo stato di salute, laddove abbiano per oggetto la prevenzione e la copertura del rischio morte o di danni all'integrità fisica o di incapacità al lavoro o, ancora di invalidità della persona, costituiscono "fait justificatif"⁷³⁰ o "motif légitime de discrimination"⁷³¹ così non è nell'ipotesi in cui si tenga conto degli esiti dei test genetici predittivi (e, dunque, aventi ad oggetto una malattia non ancora manifestatasi o una predisposizione genetica ad una certa malattia). L'ambito di applicabilità di questa eccezione è anzitutto quello assicurativo⁷³², ma non solo: si pensi, ad esempio, agli enti o organismi sociali che offrono forme di copertura sociale⁷³³.

Il severo sistema repressivo delle condotte discriminatorie adottato dal legislatore francese è completato dall'espressa previsione della penale responsabilità anche delle *personnes morales* (art. 225-4 del *Code pénal*)⁷³⁴.

Gli articoli considerati incriminano condotte intenzionali, poiché l'agente deve aver posto in essere il comportamento discriminatorio per uno dei motivi indicati nell'art. 225-1, ispirati da un'ostilità verso una determinata categoria di persone (razzismo, omofobia, sessismo, etc.) oppure da un'avversione o intolleranza rispetto alla situazione personale, scelte di vita o caratteristiche morali o fisiche di un determinato soggetto, tra cui, appunto, anche quelle genetiche⁷³⁵.

⁷³⁰ Sulla categoria dei "faits justificatifs", intesi come cause oggettive di esclusione dalla responsabilità penale, v. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2015, p. 338 ss. V. pure, volendo, D. PROVULO, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, 2011, p. 165 ss. Utilizza la terminologia "cause de justification" M.L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, cit., p. 621. Per l'opinione secondo cui le cause di irresponsabilità previste dall'art. 225-3 escludono l'élément moral v. M. DAURY-FAUVEAU, *Droit pénal spécial*, cit., p. 454 s.

⁷³¹ Così J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 275, i quali rilevano come, pur non comparando più, nella formulazione della fattispecie, l'inciso «sauf motif légitime», tale nozione riemerge nell'attuale articolo 225-3 del codice penale, sebbene soltanto con riguardo ad una serie limitata di ipotesi e non più come motivo generico di giustificazione.

⁷³² Rileva E. DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., p. 333, che la «sélection sur la base des critères génétiques ranime la crainte de pratique eugéniques. La loi ne pouvait en consacrer le principe, fusse au bénéfice des seules compagnies d'assurance».

⁷³³ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 277.

⁷³⁴ Art. 225-4 del codice penale: «Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à l'article 225-2 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par les 2°, 8° et 9° de l'article 131-39.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise».

Oltre che nell'ammenda, l'ente incorre, dunque, anche nelle sanzioni della interdizione dall'esercizio di una o più attività professionali o sociali, della sottoposizione alla misura della sorveglianza giudiziaria, della chiusura dello stabilimento d'impresa utilizzato per la commissione del crimine, dell'esclusione dai mercati pubblici, della confisca dei beni impiegati per la commissione del reato o che ne sono il prodotto e della pubblicazione della sentenza.

⁷³⁵ V., per tutti, J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 265: «en fait, qu'il soit commis par un fonctionnaire ou par un particulier, le délit de discrimination est toujours une infrac-

In proposito, occorre precisare che una delle maggiori criticità delle disposizioni appena esaminate risiede nella loro ineffettività, dovuta essenzialmente proprio alla difficoltà di provare il *motif discriminatoire*⁷³⁶, nella maggior parte dei casi non esplicitato, con parole, scritti o fatti, da chi rifiuta un bene, un servizio, un impiego *etc.*⁷³⁷. Proprio per ridurre tale difficoltà probatoria il legislatore francese, con la legge 2006-396, ha introdotto la c.d. prova per “testing”: il delitto in esame sussiste anche quando la commissione sia stata provocata da una o più persone con lo scopo di dimostrare l’esistenza del comportamento discriminatorio⁷³⁸.

Il panorama normativo d’oltralpe in materia di tutela delle informazioni genetiche, restituisce un quadro connotato da un elevato grado di complessità, che obbliga ad un certo sforzo di coordinamento tra le disposizioni del codice penale e quelle contenute in altri codici (lavoro, assicurazione, sanità pubblica), nonché tra fattispecie criminose il cui ambito di applicazione pare, almeno in parte, sovrapporsi (si pensi, ad esempio, al caso del rifiuto discriminatorio di un’assunzione o di una copertura assicurativa, condotta astrattamente sussumibile tanto nell’art. 226-26 quanto nella più grave ipotesi di cui all’art. 225-2) e che non va del tutto esente da derive “paternalistiche” (si pensi alla rilevanza penale della condotta di colui che richiede indagini genetiche sulla propria persona al di fuori dei casi previsti dalla legge).

È tuttavia apprezzabile lo sforzo del legislatore francese di dare concretezza alle fattispecie criminose, individuando in modo analitico i trattamenti discriminatori penalmente rilevanti, nonché la maggiore attenzione alla costante evoluzione dei fattori di discriminazione nel contesto socio-culturale, dimostrata nella progressiva estensione dei motivi discriminatori oltre i “classici” parametri razziale, etnico, religioso e nazionale⁷³⁹, benché l’elencazione sia in parte ridondante e non priva di concetti di incerta individuazione (difficile, ad esempio, distinguere la discriminazione in base all’origine della persona dalla discriminazione in ragione dell’etnia o della nazionalità).

tion intentionnelle puisqu’il implique l’état d’esprit ségrégationniste que décrit l’article 225-1».

⁷³⁶ V. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, cit., p. 149.

⁷³⁷ Sul punto v. ampiamente J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, cit., p. 272 ss.

⁷³⁸ Art. 225-3-1 del *Code penal*: «Les délits prévus par la présente section sont constitués même s’ils sont commis à l’encontre d’une ou plusieurs personnes ayant sollicité l’un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l’article 225-2 dans le but de démontrer l’existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie». Sulla prova per “testing”, riconosciuta inizialmente in via giurisprudenziale, v. M. DAURY-FAUVEAU, *Droit pénal spécial*, cit., p. 454 s.

⁷³⁹ Sulla maggiore sensibilità del legislatore francese nel considerare una più ampia gamma di criteri di discriminazione v. G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, cit., p. 183, nota 11.

11. *Verso una protezione penale della persona contro la discriminazione genetica? Riflessioni dall'indagine comparatistica e considerazioni conclusive.*

Se è pur vero che la disciplina della *privacy* è lo strumento al quale si ricorre, nel nostro ordinamento, per tutelare la persona in relazione alle proprie informazioni sensibili (*rectius* sensibilissime) quali quelle genetiche, tuttavia occorre prendere atto che la protezione si rivela insufficiente ad eliminare i rischi legati alla circolazione dei dati genetici qualora emergano pericoli di discriminazione. La capacità dell'informazione genetica di esprimere, al tempo stesso, i fondamenti comuni e l'irriducibile diversità tra gli esseri umani fa sì che essa possa essere "sfruttata" sia come argomento "forte" contro ogni pretesa discriminatoria, sia, all'opposto, come ragione a sostegno di inquietanti parametri di normalità genetica⁷⁴⁰, prodromici a varie distinzioni rivolte ad esclusioni dall'accesso ad opportunità e servizi. Le norme penali a tutela della *privacy* consentono di limitare la circolazione e il trattamento illeciti dei dati genetici, e con ciò possono anche prevenirne l'uso discriminatorio. Tuttavia, non sono da ritenersi complessivamente adeguate a reprimere concrete pratiche discriminatorie che si fondino sulla conoscenza, comunque ottenuta, e sia pur lecitamente, di informazioni genetiche, anche a prescindere dal sopradetto, peraltro importante e relativamente decisivo rilievo che non vi è sovrapposibilità tra il bene "*privacy* genetica" e il bene "dignità umana" come declinato con riguardo alle discriminazioni.

La ricerca svolta ha mostrato quanto sia impervio il percorso verso l'introduzione di una disciplina penale *ad hoc* che reprima direttamente forme di discriminazione genetica. È emerso come un riferimento *tout court* ad un ipotetico "motivo fondato sulle caratteristiche genetiche" della vittima, da innestarsi, senza ulteriori specificazioni, nell'art. 3 l. 654/1975, potrebbe rivelarsi scarsamente compatibile con il principio di legalità, considerato anche il grave *deficit* di determinatezza che già affligge l'attuale disciplina penale antidiscriminatoria.

La discriminazione genetica è concetto equivoco, il cui sostrato fenomenologico è "liquido" e in continua evoluzione, proprio perché incessanti sono le "scoperte" scientifiche sul genoma umano. La difficoltà di tracciare con precisione i contorni di questo peculiare tipo di discriminazione si riflette nella varietà di parametri di riferimento che la dottrina straniera e internazionalistica ha adottato al fine di qualificare come arbitrario il trattamento differenziato in ragione del corredo genetico della persona. Si individua così la "ragione"

⁷⁴⁰ S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, cit., p. 586, il quale rileva come diventi essenziale individuare anche situazioni nelle quali neppure il consenso dell'interessato può rendere legittima la raccolta dei dati o la loro utilizzazione quando queste possono produrre conseguenze lesive della dignità, anche e soprattutto nella sua più ricca accezione di dignità «sociale».

della discriminazione in concetti di difficile afferrabilità (quale la diversità del genoma della vittima rispetto ad un genoma “normale”, “standard”, o “ideale”), ovvero nella “predisposizione, vera o presunta, verso una determinata patologia genetica”, oppure ci si riferisce allo *status* genetico latamente inteso (comprensivo anche di condizioni biologiche quali il sesso, la razza o talune forme di disabilità), ovvero ancora si cerca di circoscrivere il concetto riferendolo esclusivamente al trattamento discriminatorio connesso all’informazione ottenuta dai test genetici diagnostici e predittivi. Non mancano, infine, accezioni “soggettivistiche” estremamente ampie, secondo cui è caratteristica genetica qualunque tratto umano che il soggetto agente “percepisce” come attinente al patrimonio genetico.

Le difficoltà sono aggravate dal fatto che la discriminazione genetica, essendo riferita a condizioni individuali, mutevoli da persona a persona, difetta, a differenza delle discriminazioni “classiche”, di una dimensione collettiva o “categoriale”: in altri termini, la specifica condizione personale della vittima non è un aspetto fondante ed essenziale di una comune identità di gruppo alla quale la discriminazione possa riferirsi.

Benché, dunque, sia senz’altro ravvisabile un bene giuridico meritevole di tutela penale, che si è detto consistere nella dignità umana del singolo nella sua dimensione relazionale, l’incertezza sulla consistenza del fenomeno potrebbe indurre a ritenere preferibile che il legislatore penale italiano perseverasse nell’atteggiamento di trascuranza della questione. L’esperienza straniera e le plurime sollecitazioni a livello sovranazionale mostrano tuttavia che si registra una sempre maggiore attenzione al tema, attenzione non più ignorabile perché rispondente ad una significativa istanza sociale di tutela a fronte di fenomeni sempre più preoccupanti e incontrollabili di abuso delle informazioni genetiche anche a fini discriminatori.

Proprio lo sguardo al panorama estero diventa utile nella prospettiva di attribuire rilevanza al motivo “genetico” di discriminazione nell’ordinamento penale italiano, fermo restando che permane, comunque, la necessità di una valutazione della criminalizzazione di condotte di discriminazione genetica. Invero, affermare che sussiste un bene giuridico meritevole di tutela, e pur sufficientemente afferrabile, come quello della “dignità umana” se declinato con specifico riferimento alle fattispecie penali in tema di discriminazione, ancora non esaurisce il discorso sulla legittimazione di un intervento penale, il quale deve essere valutato anche alla stregua degli altri criteri che devono presiedere la politica criminale, tra cui, in *primis*, il principio di sussidiarietà penale⁷⁴¹.

⁷⁴¹ Come rileva M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 87 ss., la sussidiarietà va oltre la dimensione assiologica e teleologica, facendo proprio il c.d. orientamento alle conseguenze, che richiede indagini sugli

Ora preme svolgere qualche considerazione di sintesi su quanto è emerso dalla “*scorta di soluzioni*” – per dirlo con la nota ed efficace espressione di Zitelmann – individuate tramite l’indagine comparatistica.

Il sistema statunitense, attraverso il *Genetic Information Nondiscrimination Act* del 2008, propende per una soluzione settoriale della questione, prevedendo il divieto di discriminazione genetica limitatamente all’ambito occupazionale e assicurativo e declinandolo attraverso una serie di proibizioni rivolte al datore di lavoro e all’assicuratore secondo un approccio che combina dettagliate regole di protezione dei dati con altrettanto dettagliate regole antidiscriminatorie. Da un lato, infatti, si censura la raccolta e la richiesta di informazioni relative allo *status* genetico della persona o dei membri della sua famiglia (inclusa la richiesta di sottoporsi a test genetici) e, dall’altro, si vieta l’utilizzo delle informazioni genetiche, comunque ottenute, per differenziare il trattamento lavorativo (assunzione, licenziamento, promozioni, ma anche classificazioni, segregazioni, limitazioni che incidano negativamente sullo *status* lavorativo) o assicurativo (stipula del contratto, esclusione dalla polizza, graduazione del premio *etc.*) dell’interessato. Il sistema sanzionatorio prevede un impiego del tutto marginale del diritto penale, anzitutto limitato esclusivamente all’ambito delle assicurazioni sulla salute. Inoltre, in questo ambito si interviene solo laddove vi sia la consapevole e non autorizzata acquisizione, divulgazione o utilizzazione di informazioni genetiche identificabili come appartenenti ad un determinato individuo – e con pena aggravata laddove la condotta sia stata posta in essere con l’inganno, o con l’intento di vendere, trasferire o usare le informazioni per ottenere vantaggi commerciali, un profitto personale o per cagionare un danno intenzionale.

Per il resto, il complesso regime sanzionatorio dei divieti di discriminazione previsti dal GINA, costruito tramite una serie di rimandi ad altre normative, si articola su sanzioni di tipo pecuniario e su un istituto estraneo al nostro ordina-

impatti delle scelte normative, ed esige altresì l’impiego di una vasta gamma di saperi empirici. In tema di sussidiarietà in relazione anche all’effettività dell’intervento penale v. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 1990, p. 449 ss. E d’altra parte, il bene giuridico, utilizzabile in chiave tanto espansiva che restrittiva dell’area del penalmente rilevante, tende, attualmente, nella prassi, ad essere impiegato in funzione estensiva della punibilità, funzione «che è opposta a quella dell’offensività come principio, perché l’offensività è ideologicamente in funzione della sussidiarietà, dell’ultima ratio e pertanto della restrizione garantista dell’area penalmente rilevante» (M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 6 s.). Non v’è dubbio peraltro che il problema della discriminazione (anche) genetica sia anzitutto sociale e culturale; cfr. N. BOBBIO, *La natura del pregiudizio*, cit., p. 122, in cui si prende atto dell’ineliminabilità del pregiudizio nella società e del continuo proporsi, nella storia, di nuovi pregiudizi e nuove forme di discriminazione, contro i quali si deve combattere anzitutto sul piano culturale ed educativo: «i pregiudizi nascono nella testa degli uomini. Perciò bisogna combatterli nella testa degli uomini, cioè con lo sviluppo delle conoscenze, e quindi con l’educazione, attraverso la lotta incessante contro ogni forma di settarismo».

mento, ossia quello dei c.d. danni punitivi⁷⁴².

La violazione diretta delle norme antidiscriminatorie non è in alcun ambito sanzionata penalmente.

Il legislatore tedesco, con il dichiarato obiettivo di tutelare la dignità umana, ha inquadrato la protezione della persona contro la discriminazione genetica nell'ambito di una apposita legge (il *Gendiagnostikgesetz*) dedicata alla tutela delle informazioni genetiche e agli strumenti "principe" attraverso i quali tali informazioni vengono ricavate, ossia i test genetici e le indagini genetiche. L'operatività della legge è limitata agli ambiti medico, dell'accertamento della discendenza, assicurativo e lavorativo, e sono previste regole molto dettagliate relativamente ai presupposti di legittimità e alle modalità di esecuzione dei test genetici, nonché relativamente alla richiesta, acquisizione, comunicazione e utilizzo delle informazioni genetiche nei diversi ambiti considerati, regole presidiate anche da sanzione penale. Ma in questo sistema, benché vi sia l'espressa affermazione del divieto di discriminazione genetica, la tutela penale della persona contro condotte discriminatorie avviene solo in via indiretta, ossia attraverso la protezione del dato genetico, quindi è molto limitata.

Più articolato è il sistema francese che affianca la tutela penale delle informazioni genetiche, comprensiva di una dettagliata disciplina anche dei test genetici e con regole specifiche quanto al settore occupazionale e assicurativo, a disposizioni penali precipuamente rivolte anche alla repressione di condotte discriminatorie fondate sulle «*caractéristiques génétiques*» della persona – condotte che consistano nel rifiutare la fornitura di un bene o di un servizio, nell'ostacolare il normale esercizio di un'attività economica, nel rifiutare di assumere o nel sanzionare o licenziare una persona, o, ancora, nel subordinare la fornitura di un bene o di un servizio, un'offerta di impiego, una domanda di *stage* o un periodo di formazione in impresa ad una condizione discriminatoria.

Tutti i sistemi esaminati mostrano una certa attenzione per gli aspetti definitivi, anche per quanto riguarda la nozione di "informazione genetica" e quella, ad essa strettamente correlata di "test genetico". In particolare, con riguardo al primo profilo, il sistema statunitense accoglie una definizione di informazione genetica che abbraccia, oltre alle informazioni ricavabili dai test genetici sulla persona, anche quelle relative ai test genetici sui familiari dell'interessato e alla storia medica familiare, intesa come manifestazione di patologie genetiche in persone biologicamente legate all'interessato.

Non pare comunque che una soluzione "settoriale" del problema, quale

⁷⁴² Sulla controversa configurabilità nell'ordinamento italiano di danni punitivi e, più in generale, di pene private v. R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, cit., p. 326 ss. Sul tema, anche con specifico riguardo alla categoria di sanzioni punitive di carattere civile introdotte dal d.lgs. n. 7/2016, v. ampiamente A. GARGANI, *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 487 ss.

quella statunitense, che prevede l'operatività del divieto di discriminazione genetica limitatamente al settore lavorativo o assicurativo, sia sufficientemente appagante, giacché è ben possibile che pratiche discriminatorie fondate sui caratteri genetici della persona si instaurino anche al di fuori di tali ambiti, come è emerso tracciando il complesso quadro del multiforme atteggiarsi di questo peculiare tipo di discriminazione.

Analoghi rilievi valgono con riferimento all'ordinamento tedesco, giacché il *Gendiagnostikgesetz*, pur se ha un ambito di applicazione più esteso rispetto a quello del *Genetic Information Nondiscrimination Act* statunitense, comprendendo altri settori particolarmente "sensibili" a questa forma di discriminazione, non contiene tuttavia una proibizione di carattere generale valevole per qualsiasi ambito. Né pare del tutto soddisfacente che l'autonomo, espresso divieto di discriminazione in ragione delle caratteristiche genetiche, acquisti rilevanza penale soltanto mediata, indiretta, cioè attraverso una (peraltro apprezzabile) tutela della *privacy* genetica. Come si è detto, non vi è coincidenza tra il bene "*privacy* genetica" e il bene "dignità umana" come declinato con riguardo alle discriminazioni.

È allora il sistema francese che occorre soprattutto valorizzare, dato che adotta il modello della punizione diretta della discriminazione genetica, e anche perchè da esso possono trarsi utili indicazioni per superare il nodo problematico dell'indeterminatezza che affligge la disciplina italiana in tema di contrasto alla discriminazione.

In primo luogo, una riformulazione dell'art. 3 della legge italiana n. 654/1975, attraverso l'inserimento di una definizione di discriminazione e di una dettagliata elencazione delle condotte che possono costituire «*atti di discriminazione*», sulla falsariga di quella impiegata dal legislatore francese⁷⁴³, potrebbe conferire maggiore "concretezza" e determinatezza alla fattispecie criminosa, rendendo esplicito che il "motivo" discriminatorio deve tradursi, sul piano fattuale, in un effettivo trattamento sfavorevole ad altri – così risulterebbe sufficientemente attenuato il forte sbilanciamento della fattispecie italiana verso la componente soggettiva.

In secondo luogo, la formulazione delle norme penali francesi, attraverso l'impiego della locuzione «*sur le fondement de leur origine etc.*», rende più chiara la necessità della riferibilità al soggetto passivo dei fattori su cui si fonda il trattamento discriminatorio, rispetto al riferimento ai "*motivi razziali etc.*" impiegato dal legislatore italiano.

⁷⁴³ Da più parti si richiamano le norme penali francesi in tema di discriminazione quale modello positivo a cui guardare in prospettiva di riforma della disciplina interna: cfr. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, cit., p. 7 ss.; G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, cit., p. 183, nota 11; L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.11.2012, p. 3 s.

In terzo luogo, merita approvazione la scelta francese di applicare le disposizioni penali anche alle persone giuridiche.

Ciò posto, e venendo ora a quanto riguarda più nello specifico le caratteristiche genetiche, una eventuale loro inclusione tra i motivi di discriminazione dovrebbe essere accompagnata dall'inserimento nel dettato legislativo di una definizione di "caratteristica genetica", la quale, altrimenti, rimane un concetto equivoco ed indeterminato, inidoneo ai fini penali. È, a tal proposito, preferibile una definizione che muova dall'esempio statunitense, laddove sono considerate le informazioni genetiche relative al gruppo familiare. Sotto questo profilo, la definizione di dati genetici contenuta nell'art. 4 del regolamento 679/2016 UE⁷⁴⁴, che fa riferimento alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite «*di una persona fisica*», andrebbe integrata con un riferimento che tenesse conto della dimensione sopraindividuale del dato genetico. Si potrebbe precisare che costituisce discriminazione genetica ogni distinzione effettuata in ragione delle caratteristiche genetiche della persona in discrimine o di un appartenente al suo gruppo biologico. Ciò consentirebbe di tenere adeguatamente conto della complessità del corredo genetico come "patrimonio" condiviso tra un gruppo biologico di individui, cogliendo pure il carattere intergenerazionale della discriminazione genetica.

⁷⁴⁴ Ai sensi dell'art. 4 sono «*dati genetici*» i «*dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione*».

Postilla:

Nelle more della stampa di questo volume, l'art. 2 del d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21, recante "*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'art. 1, co. 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*" (c.d. legge Orlando), in vigore dal 6 aprile 2018, ha inserito all'interno del Libro II, Titolo XII, Capo III del codice penale la Sezione I *bis* dedicata ai "Delitti contro l'eguaglianza". In tale Sezione sono stati introdotti gli artt. 604 *bis* e 604 *ter* che riproducono testualmente le fattispecie criminose di cui all'art. 3 l. 13.10.1975, n. 654, e la circostanza aggravante già prevista all'art. 3, l. 25.6.1993, n. 205, disposizioni che sono state contestualmente abrogate.

BIBLIOGRAFIA

- AA.Vv., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993.
- ABBING H.D., *International Declaration on Human Genetic Data*, in “European journal of health law”, vol. 11, 2004, p. 93.
- ABRAMS K., GARRETT B.L., *DNA and Distrust*, in “Notre Dame Law Review”, vol. 91, 2015, p. 757.
- ALBERTSON L.J. (ed.), *Genetic Discrimination*, New York, Nova Science Publisher, 2008.
- ALPA G., *Privacy e Statuto dell’informazione*, in “Riv. dir. civ.”, 1979, I, p. 71.
- ALPA G., BESSONE M., BONESCHI L. (a cura di), *Il diritto all’identità personale*, Padova, CEDAM, 1981.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Madrid, Dykinson, 2007.
- AMBROISE-CASTÉROT C., *Droit pénal spécial*, Paris, Gualino, 2016.
- AMBROSETTI E.M., *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004, n. 40): profili penali*, in RIONDATO S. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, vol. IV del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 904.
- AMBROSETTI E.M., *Beni giuridici tutelati e struttura della fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in RIONDATO S. (a cura di), *Atti del Seminario di studio “Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale”* (Università degli Studi di Padova, 24 marzo 2006), Padova, CEDAM, 2006, p. 93.
- AMBROSI A., *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, UNAR, 2011, p. 15.
- AMBROSI A., *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe*, in RIONDATO S. (a cura di), *Atti del Seminario di studio “Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale”* (Università degli Studi di Padova, 24 marzo 2006), Padova, CEDAM, 2006, p. 35.
- ANDOLINA E., *Nuovi scenari nella tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, in “Dir. pen. e proc.”, 2012, p. 764.
- ANDORNO R., *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a*

- Global Bioethics*, in "Journal of Medicine and Philosophy", vol. 34, 2009, p. 223.
- ANDORNO R., *El respeto de la dignidad humana en el ámbito biomédico según la Declaración de la UNESCO*, in ROMEO CASABONA C.M. (coord.), *Hacia una Bioética Universal*, Bilbao, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2006, p. 17.
- ANDORNO R., *The Oviedo Convention: a European legal framework at the intersection of human rights and health law*, in "Journal of International Biotechnology Law", 2005, p. 133.
- ANNAS G.J., GLANTZ L.H., ROCHE P.A., *Drafting the Genetic Privacy Act: science, policy, and practical considerations*, in "Journal of Law, Medicine & Ethics", vol. 23, 1995, p. 360.
- ANNECCA M.T., *Test genetici e diritti della persona*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. e ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 389.
- ANTONINI E., *Il trattamento illecito di dati personali nel codice della privacy: i nuovi confini della tutela penale*, in "Dir. pen. e proc.", 2005, p. 338.
- APARISI MIRALLES A., *El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*, in "Cuadernos de bioética", XXIV, 2013, p. 201.
- BARBUJANI G., *L'invenzione delle razze. Capire la biodiversità*, Milano, Bompiani, 2006.
- BARTOLI R., "Chiaro e oscuro" dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 137.
- BASILE F., VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in "Dir. pen. contemporaneo - Riv. trim.", n. 4/2017, p. 269.
- BAYER R., *Public health policy and the AIDS epidemic. An end to HIV exceptionalism?*, in "New England journal of medicine", vol. 324, 1991, p. 1500.
- BEQIRAJ J., *Il Protocollo alla Convenzione di Oviedo sui test genetici per fini medici. Verso il rafforzamento del quadro giuridico internazionale in materia di diritti umani in campo biomedico*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 373.
- BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2011, p. 536.

- BERTOLINO M., *Imputabilità: scienze, neuroscienze e diritto penale*, in PALAZZANI L., ZANNOTTI R. (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 143.
- BEYLEVELD D., BROWNSWORD R., *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- BIANCO G., *Razzismo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, UTET, 1997, p. 477.
- BILLINGS P.R., KOHN M.A., DE CUEVAS M., BECKWITH J., ALPER J.S., NATOWICZ M.R., *Discrimination as a Consequence of Genetic Testing*, in "American Journal of Human Genetics", vol. 50, 1992, p. 476.
- BIN R., *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA.VV., *Alle frontiere del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 227.
- BIN R., *Art. 14, Divieto di discriminazione*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2001, p. 410.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017.
- BISACCI M.C., voce *Tutela penale dei dati personali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, tomo II, Torino, UTET, 2005, p. 1741.
- BLANCK P., DE PAOR A., *US legislative and policy response: some historical context to GINA*, in QUINN G., DE PAOR A., BLANCK P. (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Abingdon, Routledge, 2015, p. 97.
- BOBBIO N., *La natura del pregiudizio*, in ID., *Elogio alla mitezza ed altri scritti morali*, Milano, Pratiche, 1998, p. 107.
- BOBBIO N., *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992.
- BOLOGNA C., *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, in www.forumcostituzionale.it, 2012.
- BOMPIANI A., LORETI BEGHÈ A., MARINI L., *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001.
- BONETTI M., *Riservatezza e processo penale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- BONINI S., *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, ESI, 2016.
- BORGOGNO R., *Segreto professionale e riservatezza. Profili penali e implicazioni sistematiche*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012.
- BORGOÑO C., *La protezione dei dati genetici nel biodiritto internazionale. Principi biogiuridici fondamentali*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 355.

- BORSARI R., *Neuroscienze, genetica e diritto penale. Considerazioni rapsodiche*, in PROVOLO D., RIONDATO S., YENISEY F. (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, Padova University Press, 2014, p. 359.
- BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarità. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, Padova University Press, 2013.
- BORSARI R., *Relazioni familiari e privacy. Profili penali*, in RIONDATO S. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, vol. IV del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 1041.
- BORSARI R., *Profili penali della terapia genica*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 531.
- BORSARI R., *Diritto penale internazionale e biodiritto*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di RODOTÀ S. e TALLACCHINI M., Milano, Giuffrè, 2010, p. 707.
- BORZEKOWSKI D.L.G., GUAN Y., SMITH K.C., ERBY L.H., ROTER D.L., *The Angelina effect: immediate reach, grasp, and impact of going public*, in "Genetics in Medicine", vol. 16, 2014, p. 516.
- BOTTALICO B., *Familiarità dei caratteri ereditari e diritti individuali: un caso davanti al Tribunale di Milano*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 199.
- BOULOC B., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2015.
- BOULOC B., *Vers un déclin de la sanction pénale des atteintes à la dignité?*, in "Revue Dalloz", 2009, p. 1373.
- BRAVO F., *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in FINOCCHIARO G. (dir. da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 127.
- BRENNER S.W., *Humans and Humans+: Technological Enhancement and Criminal Responsibility*, in "Boston University Journal of Science and Technology Law", vol. 19, 2013, p. 215.
- BRESCIANI C. (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, Milano, Giuffrè, 2000.
- BREWER R.M., *Thinking Critically about Race and Genetics*, in "Journal of Law, Medicine & Ethics", 2006, p. 513.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, UTET, 1973, p. 15.
- BRICOLA F., *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1967, p. 1079.

- BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2016, p. 978.
- BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, Giappichelli, 2011.
- BROWNSWORD R., *Human Dignity, Ethical Pluralism, and the Regulation of Modern Biotechnologies*, in MURPHY T. (ed.), *New Technologies and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 19.
- BUCHANAN A.E. et al., *Pharmacogenetics: ethical issues and political options*, in “Kennedy Institute of Ethics Journal”, vol. 12, 2002, p. 3.
- BURGE K.L., *Personalized Medicine, Genetic Exceptionalism, and the Rule of Law: An Analysis of the Prevailing Justification for Invalidating BRCA 1/2 Patents in Association of Molecular Pathology v. USPTO*, in “Washington Journal of Law, Technology and Arts”, vol. 8, 2013, p. 503.
- CADOPPI A., *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in “Criminalia” 2011, p. 223.
- CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 83.
- CAENAZZO L. (a cura di), *Biobanche. Importanza, implicazioni e opportunità per la società. Risvolti scientifici, etico-giuridici e sociologici*, Padova, libreriauniversitaria.it edizioni, 2012.
- CALDIROLA D., *Il diritto alla riservatezza*, Padova, CEDAM, 2006.
- CAMPIGLIO C., *L'internazionalizzazione delle fonti*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di RODOTÀ S., TALLACCHINI M., Milano, Giuffrè, 2010, p. 609.
- CAMPIGLIO C., *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, in “Diritti umani e diritto internazionale”, 2008, p. 513.
- CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2015.
- CANESTRARI S., *Il potenziamento cognitivo farmacologico: quale ruolo del giurista penalista nella discussione pubblica?*, in DI GIOVINE O. (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, CEDAM, 2013, p. 131.
- CANESTRARI S., CORNACCHIA L., *Lineamenti generali del concetto di incolumità pubblica*, in CANESTRARI S. (a cura di), *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, Vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, UTET, Torino, 2010, p. 4.
- CANESTRARI S., FAENZA F., *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in CADOPPI A. (a cura di),

- Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 167.
- CAPITTA A.M., *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell'uomo*, in "Archivio penale", 2013, p. 4.
- CAPUTO A., *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in "Questione Giustizia", 1997, p. 476.
- CARTABIA M., *Riflessi in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in A.A. V.V., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 415.
- CARTUYVELS Y., DUMONT H., OST F., VAN DE KERCHOVE M., VAN DROOGHENBROECK S. (eds.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- CARUSO G., *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale. Contributo all'interpretazione della l. 11 agosto 2003, n. 228*, Padova, CEDAM, 2005.
- CASADEI T. (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino, Giappichelli, 2012.
- CASADEI T. (a cura di), *Lessico delle discriminazioni: società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008.
- CASASOLE F., *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in "Dir. pen. proc.", 2012, p. 110.
- CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli, 2012.
- CASONATO C., *Introduzione*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 2.
- CASONATO C., *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in "Humanitas", n. 4, 2004, p. 841.
- CASONATO C., *La discriminazione genetica: una nuova frontiera dei diritti dell'uomo?*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa. XV Colloquio biennale*, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001, Milano, Giuffrè, 2002, p. 641.
- CASONATO C., BUSATTA L., PENASA S., PICIOCCHI C., TOMASI M. (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2014.
- CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2012.
- CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011.
- CASONATO C., TOMASI M., *Genetica e diritti costituzionali: prospettive e profili problematici*, in PROVOLO D., RIONDATO S., YENISEY F. (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, Padova University Press, 2014, p. 111.

- CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Roma, Laterza, 2009.
- CATENACCI M., *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, CEDAM, 1996.
- CATERINI M., *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, ESI, 2004.
- CATTORINI P., *Gattaca. La porta dell'universo*, in ID., *Bioetica e cinema: racconti di malattia e dilemmi morali*, Milano, Franco Angeli, 2006, p. 138.
- CAVALIERE A., *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in "Archivio penale", n. 3, 2017, rivista web, p. 1.
- CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2016, p. 999.
- CAVALLI-SFORZA L., MENOZZI P., PIAZZA A., *The History and Geography of Human Genes*, 1994, trad. it. MATULLO G., CAPPELLO N., RENDINE S., GRIFFO R.M., *Storia e geografia dei geni umani*, Milano, Adelphi Edizioni, 1997.
- CELOTTO A., *Commento all'art. 3, primo comma*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, p. 65.
- CERF-HOLLANDEER A., *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations*, in *Mélanges Ottenhof: le champ pénal*, Paris, Dalloz, 2006, p. 367.
- CERRI A., *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994.
- CHIEFFI L., *Le informazioni sul patrimonio genetico tra diritti del singolo e interessi pubblici*, in "Rivista AIC", 2011, p. 1.
- CHIEFFI L., *Analisi genetica e tutela del diritto alla riservatezza. Il bilanciamento tra il diritto di conoscere e quello di ignorare le proprie informazioni biologiche*, in *Studi in onore di V. Atripaldi*, Napoli, Jovene, 2010, p. 853.
- CIPPITANI R., *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, in "Dir. fam. pers.", 2012, p. 1836.
- CITTERIO C., *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni di rigore punitivo nel tempo*, in RIONDATO S. (a cura di), *Atti del Seminario di studio "Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale"*, Padova, CEDAM, 2006, p. 147.
- CLARK D., *Genetic Exceptionalism and Paternalism Themes in New German Legislation*, in "Genomics law Report", 2 settembre 2009, in www.genomicslawreport.com.
- COCCO G., *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 167.

- COLBY J.A., *An Analysis of Genetic Discrimination Legislation proposed by the 105th Congress*, in "American Journal of Law and Medicine", vol. 24, 1998, p. 457.
- COLONNA V., BARBUJANI G., *Quattro domande a cui la genetica può cercare di rispondere*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 13.
- CONTALDO A., MAROTTA L., *Depenalizzazione e nuove tutele dei dati personali anche alla luce del codice della privacy (d.lg. 30 giugno 2003 n. 196)*, in "Giur. merito", 2004, p. 2640.
- CONTE P., *Droit pénal spécial*, Paris, LexisNexis, 2013.
- CONTI A., DELBON P., PATERNOSTER M., RICCI G. (coord. da SIRIGNANO A.), *I test genetici. Etica, deontologia, responsabilità*, Milano, Giuffè, 2007.
- CORASANITI G., *La tutela dei dati personali*, in "Dir. pen. e proc.", 1997, p. 143.
- CORBETT W.R., *What Is in GINA's Genes? The Curious Case of the Mutant-Hybrid Employment Law*, in "Oklahoma Law Review", vol. 64, 2011, p. 1.
- CORNACCHIA L., *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in "Criminalia", 2011, p. 239.
- CORRIAS LUCIENTE G., *Commento all'art. 34*, in GIANNANTONIO E., LOSANO M.G., ZENO-ZENCOVICH V., *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, Padova, CEDAM, 1999, p. 482.
- CROCE M., *Genetica umana e diritto: problemi e prospettive*, in BRECCIA U., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, PLUS, 2007, p. 89.
- CUOMO L., *Profili giuridici del trattamento biometrico dei dati*, in "Riv. it. med. leg.", 2014, p. 43.
- CUPELLI C., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in "Dir. pen. e processo", 2013, 4, p. 405.
- DAGNA BRICARELLI F., *I test genetici*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 371.
- D'ALESSANDRO F., *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in "Dir. pen. e proc.", 2014, p. 614.
- D'ALOJA E., CITTADINI F., PASCALI V. L., *Il diritto, attualmente vigente e «condendo» di fronte alle diagnosi genetiche: problemi di diritto del lavoro, delle assicurazioni, della tutela della privacy; giustizia penale e test genetici*, in BRESCIANI C. (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 221.

- D'AMATO S., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso*, in "Critica dir.", 2006, p. 384.
- D'ANDREA P. I., *Genetic Tests "Direct-to-Consumer": from "Informed Consent" to "Informed Will"*, in BOSCARATO C., CAROLEO F., SANTOSUOSSO A. (eds.), *Law & Science Young Scholars Informal Symposium 2011 Round*, Pavia, Pavia University Press, 2012, p. 55.
- DANISI C., *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.
- DANTI-JUAN M., *Existe-t-il encore une égalité en droit pénal?*, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire: mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 85.
- D'ANTONIO V., *I dati genetici*, in CARDARELLI F., SICA S., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 337.
- DAURY-FAUVEAU M., *Droit pénal special*, Paris, PUF, 2010.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in "Dir. pen. contemporaneo - Riv. trim.", n. 3-4/2014, p. 201.
- DE AMICIS G., GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in "Cass. pen.", 2017, p. 476.
- DEARING A., *Justice for victims of crime. Human dignity as the foundation of criminal justice in Europe*, Cham, Springer, 2017.
- DE FRANCESCO G., *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in PICOTTI L. (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, CEDAM, 2013, p. 3.
- DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122 conv. in l. 2/6/1993 n. 205*, in "Leg. pen.", 1994, p. 173.
- DELMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1992.
- DENNO D.W., *Genetics: overview of United States criminal law*, in PROVOLO D., RIONDATO S., YENISEY F. (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, Padova University Press, 2014, p. 369.
- DE PAOR A., LOWNDES N., *Tracing the history, evolution and future orientation of genetic science and technology*, in QUINN G., DE PAOR A., BLANCK P. (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Abingdon, Routledge, 2015, p. 11.
- DE SIERVO U., *Tutela dei dati personali e riservatezza*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie e trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, CEDAM, 2003, p. 304.
- DE STEFANI P., *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte europea*

- dei diritti dell'uomo. Aspetti penalistici*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di RODOTÀ S. e TALLACCHINI M., Giuffrè, Milano, 2010, p. 657.
- DE STEFANI P., *Diritti umani di terza generazione*, 2009, p. 11, in www.aggiornamentisociali.it.
- DESTITO V., *Dati personali (tutela penale dei)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., vol. I, Torino, UTET, 2008, p. 232.
- DETRAZ S., *La cohérence des infractions de discrimination*, in "Gazette du Palais", 8-11 maggio 2013.
- DE VERO G., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, UTET, 1995, p. 72.
- DE VITA A., *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, Jovene, 1999.
- DI CIOMMO F., *La privacy sanitaria*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 239.
- DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 263.
- DI GIOVINE O. (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia, Padova, CEDAM, 2013.
- DI GIOVINE O., *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in "Archivio penale", 2011, p. 837.
- DIVER C.S., COHEN J.M., *Genophobia: what is wrong with genetic discrimination?*, in "University of Pennsylvania Law Review", vol. 149, 2001, p. 1439.
- DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2014, p. 7.
- DOLCINI E., *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2014, p. 1669.
- DOLCINI E., *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo II, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 1537.
- DOLGIN J.L., *Personhood, discrimination, and the new genetics*, in "Brooklyn Law Review", vol. 66, 2000, p. 755.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", 4/2013, p. 4.

- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, CEDAM, 1996.
- DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991.
- DREYER E., *Droit pénal spécial*, Paris, Ellipses, 2012.
- DUDEN B., *Die Gene im Kopf-der Fötus im Bauch. Historisches zum Frauenkörper*, Hannover, Offizin-Verlag, 2002, ed. it. *Il gene in testa e il feto nel grembo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006.
- DUSTER T., *A post-genomic surprise. The molecular reinscription of race in science, law and medicine*, in "British Journal of Sociology", vol. 66, 2015, p. 1.
- DUTTGE G., ENGEL W., ZOLL B. (Hg.), *Genetische Individualität im Recht*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2012.
- EASTERBROOK F.H., *Cyberspace and the Law of the Horse*, in "University of Chicago Legal Forum", 1996, p. 207.
- ELLIS E., WATSON P., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ELTIS K., *Genetic Determinism and Discrimination: A Call to Re-Orient Prevailing Human Rights Discourse to Better Comport with the Public Implications of Individual Genetic Testing*, in "Journal of Law, Medicine & Ethics", vol. 35, 2007, p. 282.
- ERONIA O., *Potenziamento umano e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013.
- ESPOSITO C., *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana – Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, p. 25.
- EUSEBI L. (a cura di), *Biobanche. Aspetti scientifici ed etico-giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2014.
- EUSEBI L., *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in PALAZZANI L., ZANNOTTI R. (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 121.
- EUSEBI L., *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in PICOTTI L. (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, CEDAM, 2013, p. 239.
- EUSEBI L., *Il dolo come volontà*, Brescia, Morcelliana, 1993.
- EVANS W.E., RELING M.V., *Moving towards individualized medicine with pharmacogenomics*, in "Nature", 2004, vol. 429, p. 464.
- FALCINELLI D., *Tempi moderni e cultura digitale: il valore patrimoniale dell'identità umana "on line"*, in "Indice pen.", 2015, p. 297.
- FANUELE C., *Conservazione dei dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in "Dir. pen. e proc.", 2011, p. 117.

- FANUELE C., *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, CEDAM, 2009.
- FARALLI C., *Verso una nuova e diversa forma di discriminazione: la discriminazione genetica*, in "Notizie di POLITEIA. Rivista di etica e scelte pubbliche", 2009, p. 97.
- FARALLI C., *Dati genetici e tutela dei diritti*, in FARALLI C., FINOCCHIARO G. (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie*, Bologna, Gedit, 2007, p. 247.
- FARALLI C., GALLETTI M. (a cura di), *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, Roma, ARACNE Editrice, 2011.
- FARALLI C., ZULLO S., *Terapia genica e diritti della persona*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 511 ss.
- FAVILLI C., *Art. 21. I. Quadro generale*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 412.
- FAVILLI C., *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- FELICIONI P., *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in "Dir. pen. e proc.", 2016, p. 724.
- FENGER H., *GenDG*, in A. SPICKHOFF (hrsg. v.), *Medizinrecht*, 2. Aufl., beck-online, 2014.
- FERRARI S., ROMEO G., *La terapia genica*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 497.
- FERRATO A., *La tutela penale del diritto a nascere*, Padova, CEDAM, 2017.
- FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014.
- FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2007, p. 546.
- FIANDACA G., *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 3.
- FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- FINOCCHIARO G. (dir. da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli, 2017.
- FINOCCHIARO G., *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, Zanichelli, 2012.
- FIORAVANTI L. (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffrè, 2001.

- FIGLIORE C., *Il principio di offensività*, in "Indice pen.", 1994, p. 278.
- FIGLIORE S., *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., VII, Roma, 1999.
- FIGLIORELLA A., *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 791.
- FLICK G.M., *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in "Rivista AIC", n. 4/2014, p. 1.
- FORNARI L., *Discriminazione razziale*, in PALAZZO F.C., PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, CEDAM, 2007, p. 1034.
- FORNASARI G., *Introduzione*, in FORNASARI G., RIONDATO S. (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, Giappichelli, 2017, p. XV.
- FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1994.
- FORNASARI G., FRONZA E. (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2011.
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni 'liberali' e paternalismi giuridici*, in DOLCINI E., PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 283.
- FOSTER E.A., JOBLING M.A., TAYLOR P.G., DONNELLY P., DE KNIJFF P., MIEREMET R., ZERJAL T., TYLER-SMITH C., *Jefferson fathered slave's last child*, in "Nature", vol. 396, 1998, p. 27.
- FRANCIONI F., *Genetic Resources, Biotechnology and Human Rights: The international legal framework*, in ID. (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford, Hart, 2007, p. 3.
- FRANCIONI F. (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford, Hart, 2007.
- FRANZEN M., *GenDG*, in MÜLLER-GLÖGE R., PREIS U., SCHMIDT I. (hrsg. v.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl., beck-online, 2017.
- FRIED C., *Privacy*, in SCHOEMAN F.D. (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, New York, Cambridge University Press, 1984, p. 203.
- FRONZA E., *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo. Commento a l. 16 giugno 2016, n. 115*, in "Dir. pen. proc.", 2017, p. 155.
- FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2016, p. 1016.
- FRONZA E., *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in "Riv. int. dir. uomo", n. 2, 1998, p. 35.
- FURFARO S., *Riservatezza*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., vol. IV, Torino, UTET, 2008, p. 1062.

- FURLAN E. (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, Franco Angeli, 2009.
- FUSELLI S., *Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerario*, Milano, Franco Angeli, 2014.
- GALLETTI M., *Tensioni di identità. Autonomia, privacy e dilemmi morali in genetica*, in "Ragion pratica" 2/2015, p. 511.
- GALLETTI M., *Oltre il "riduzionismo genetico". I test genetici tra destino, rischio e responsabilità*, in FARALLI C., GALLETTI M. (a cura di), *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, Roma, ARACNE Editrice, 2011, p. 159.
- GALLI E., *L'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. La delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria (l. 30 giugno 2009, n. 85)*, in FONDAROLI D. (a cura di), *Nuove strategie di polizia per una "società aperta"*, Padova, CEDAM, 2011, p. 51.
- GALLUCCIO A., *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.3.2018.
- GAMBERINI A., INSOLERA G., *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, CEDAM, 2006, p. 135.
- GARGANI A., *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 487.
- GARGANI A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo 1, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, dir. da GROSSO F., PADOVANI T., PAGLIARO A., IX, Milano, Giuffrè, 2008.
- GENNARI G., *US Supreme Court, Jeremy Bentham e il panopticon genetico*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. Trim.", n. 3/2013, p. 152.
- GENNARI G., *Genetica forense e Codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in "Resp. civ. e prev.", 2011, p. 1184.
- GENNARI G., *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in "Resp. civ. e prev.", 2009, p. 2630.
- GERARDS J.H., HERINGA A.W., JANSSEN H.L. (eds.), *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, Antwerp, Intersentia, 2005.
- GERARDS J.H., *General issues concerning genetic information*, in GERARDS J.H., HERINGA A.W., JANSSEN H.L. (eds.), *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, Antwerp, Intersentia, 2005, p. 5.
- GERARDS J.H., *Regulation of genetic information in the United States*, in GERARDS

- J.H., HERINGA A.W., JANSSEN H.L. (eds.), *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, Antwerp, Intersentia, 2005, p. 105.
- GIAMBRA H.E., *A Primer on Title II of the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 and its Implementing Regulations*, in "NYSBA Journal", November/December 2012, p. 26.
- GIORGIS A., *Commento all'art. 3, secondo comma*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, p. 88.
- GIROTTO S., *Il trattamento dei dati biometrici*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C. M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011, p. 1237.
- GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1997, p. 1097.
- GOISIS L., *Omofobia e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.11.2012, p. 1.
- GÓMEZ SÁNCHEZ Y., *Los principios de igualdad, no discriminación y no estigmatización en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos*, in ROMEO CASABONA C.M. (coord.), *Hacia una Bioética Universal*, Bilbao, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2006, p. 23.
- GONZÁLEZ MORÁN L., *Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general*, in ROMEO CASABONA C.M. (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Comares, 2012, p. 6.
- GOSTIN L.O., HODGE J.G., JR., *Genetic privacy and the law: an end to genetics exceptionalism*, in "Jurimetrics", vol. 40, 1999, p. 21.
- GRANDI C., *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, Giappichelli, 2016.
- GRANIERI M., *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in "Nuove leggi civ. comm.", 2017, 1, p. 165.
- GREELY H.T., *Genotype Discrimination: The Complex Case for Some Legislative Protection*, in "University of Pennsylvania Law Review", vol. 149, 2001, p. 1483.
- GROSSI P., *La dignità nella Costituzione italiana*, in PISANESCHI A., VIOLINI L. (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, II, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1357.
- GUAZZAROTTI A., *Eguaglianza e pari dignità*, in TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, UNAR, 2011, p. 196.

- HÄBERLE P., *GenDG*, in G. ERBS, M. KOHLHAAS, P. HÄBERLE (hrsg. v.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, beck-online, 2016.
- HABERMAS J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, Einaudi, 2002.
- HALLINAN D., DE HERT P., *Genetic Classes and Genetic Categories: Protecting Genetic Groups through Data Protection Law*, in TAYLOR L., FLORIDI L., VAN DER SLOOT B. (eds.), *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, Springer, 2017, p. 175.
- HAMBURG M.A., COLLINS F.S., *The path to personalized medicine*, in “New England Journal of Medicine”, 2010, vol. 363, p. 301.
- HARMON S., *The Significance of UNESCO’s Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, in SCRIPTed, vol. 2, n. 1, 2005, p. 18.
- HARPER P.S., *What do we mean by genetic testing*, in “Journal of Medical Genetics”, 1997, vol. 34, p. 749.
- HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in “Ars interpretandi”, 2007, p. 57.
- HELLMAN D., *What Makes Genetic Discrimination Exceptional?*, in “American Journal of Law & Medicine”, vol. 29, 2003, p. 77.
- HELMONS S. M., *La quatrième génération des droits de l’homme*, in *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 549.
- HENDRIKS A., *Protection against genetic discrimination and the Biomedicine Convention*, in GEVERS J.K.M., HONDIUS E.H., HUBBEN J.H. (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, Nijhoff, 2005, p. 207.
- HENDRIKS A., *Genetics, data protection and non-discrimination: some reflections from an international human rights law perspective*, in “Medicine and Law”, vol. 20, 2001, p. 37.
- HÖFLING W., *Art. 1*, in SACHS M. (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Aufl., beck-online, 2018.
- HOGARTH S., JAVITT G., MELZER D., *The Current Landscape for Direct-to-Consumer Genetic Testing: Legal, Ethical, and Policy Issues*, in “Annual Review of Genomics and Human Genetics”, Vol. 9, 2008, p. 161.
- HUSTED J., *Insurance, Genetics and Solidarity*, in MCGLEENAN T., WIESING U., EWALD F. (eds.), *Genetics and Insurance*, Oxford, BIOS Scientific Publishers, 1999, p. 1.
- HUSTEAD J.L., GOLDMAN J., *The Genetics Revolution: Conflicts, Challenges and Conundra: Genetics and Privacy*, in “American Journal of Law and Medicine”, vol. 28, 2002, p. 285.
- IMARISIO L., *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in GenIUS, n. 1/2015, p. 28.

- INSOLERA G., *Delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, Monduzzi, 2016, p. 293.
- JACKSON E., *Medical Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- JANSSEN H.L., *Genetic Information in European States*, in GERARDS J.H., HERINGA A.W., JANSSEN H.L. (eds.), *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, Antwerp, Intersentia, 2005, p. 47.
- JOH E.E., *DNA Theft: recognizing the crime of nonconsensual genetic collection and testing*, in "Boston University Law Review", Vol. 91, 2011, p. 665.
- JONSEN A.R., DURFY S.J., BURKE W., MOTULSKY A.G., *The advent of the unpatients*, in "Nature Medicine", 1996, 6, p. 622.
- JORIO E., *La riforma sanitaria di Barack H. Obama*, in "Federalismi.it", n. 17/2009, p. 1.
- KASS N.E., *The Implications of Genetic Testing for Health and Life Insurance*, in ROTHSTEIN M.A. (ed.), *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 299.
- KAYE J., *The regulation of direct-to-consumer genetic tests*, in "Human Molecular Genetics", 2008, Vol. 17, Review Issue 2, p. 180.
- KIRBY D.A., *Extrapolating Race in GATTACA: Genetic Passing, Identity, and the Science of Race*, in "Literature and Medicine", vol. 23, 2004, p. 184.
- KOSTORIS R.E., *Genetica, neuroscienze e processo penale: brevi considerazioni sparse*, in PROVOLO D., RIONDATO S., YENISEY F. (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, Padova University Press, 2014, p. 343.
- LANDINI S., *Assicurazioni sanitarie e privacy genetica*, in "Dir. pubblico", 2003, p. 219.
- LARIZZA L., *Quale il valore predittivo delle diagnosi genetiche?*, in BRESCIANI C. (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 13.
- LA ROSA M., *Tutela della pari dignità: norme antidiscriminazione*, in PULITANÒ D. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I. *Tutela penale della persona*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 347.
- LATTANZI R., *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, in *Trattato di Bio-diritto*, RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 319.
- LATTANZI R., *Il trattamento dei dati genetici*, in BRESCIANI C. (a cura di), *Genetica*

- e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 279.
- LAURIE G., *Genetic Privacy. A Challenge to Medical-Legal Norms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- LAZZERINI N., *(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS*, in "Common Market Law Review", vol. 51, 2014, p. 907.
- LEA D.H., *The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA): What it Means for your Patients and Families*, in "The Online Journal of Issues in Nursing", vol. 14, n. 2, 2009, p. 1.
- LEE J., *Die Gewinnung und Verwendung von DNA- Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung*, in DUTTGE G., ENGEL W., ZOLL B. (Hg.), *Genetische Individualität im Recht*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2012, p. 119.
- LEIBOWITZ A., PETERSON M.A., *Perspectives on the U.S. Health Care System*, in "Riv. it. pol. pub.", 2009, n. 2, p. 9.
- LEO G., *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, in "Riv. it. med. leg.", 2011, p. 931.
- LEOTTA C.D., *Razzismo (dir. pen.)*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, vol. IV, Torino, UTET, 2008, p. 850.
- LEWONTIN R., *Human Diversity*, 1982, trad. it. L. MALDACEA, *La diversità umana*, Bologna, Zanichelli, 1987.
- LIPPMAN A., *Prenatal Testing and Screening: Constructing Needs and Reinforcing Equalities*, in "American Journal of Law and Medicine", vol. 17, 1991, p. 15.
- LIROSI A., *Il Garante per la protezione dei dati personali*, in CUFFARO V., RICCIUTO V. (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 385.
- LONGOBARDO C., *Sistematica e politica criminale: un ritorno, poco auspicabile, all'irriducibilità del binomio?*, in "Critica del diritto", 2002, p. 382.
- LOTIERZO R., *Del nocumento nell'illecito trattamento dei dati personali ovvero dell'esigenza di ascendere alle origini di una incriminazione*, in "Cass. pen.", 2013, p. 1589.
- LYNSKEY O., *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- MACILOTTI M., *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, in *Trattato di Bio-diritto*, diretto da RODOTÀ S. e ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 1195.
- MACIOCE F., *Le neuroscienze e il processo penale. Una relazione difficile*, in PALAZ-

- ZANI L., ZANNOTTI R. (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 79.
- MAGRO M.B., *Enhancement cognitivo, biases ed euristiche: politiche di regolazione pubblica e principio di precauzione*, in DI GIOVINE O. (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, CEDAM, 2013, p. 139.
- MAGRO M.B., *Internet e privacy. L'utente consumatore e modelli di tutela penale della riservatezza*, in "Indice pen.", 2005, p. 931.
- MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 2011.
- MANACORDA S., "Dovere di punire"? *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 307.
- MANACORDA S., *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 3/2013, p. 242.
- MANACORDA S., *Principio comunitario di non discriminazione e diritto penale: primi appunti sulla efficacia neutralizzante*, in "Politica del diritto", 2007, p. 49.
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2017, p. 988.
- MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", 2012, p. 99.
- MANES V., *Art. 7*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, CEDAM, 2012, p. 259.
- MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento e (per il giudice) penale interno*, in MANES V., ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 2.
- MANES V., *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005.
- MANNA A., *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in "Leg. pen.", 2005, p. 352.
- MANNA A., *Privacy on line: quali spazi per la tutela penale?*, in "Dir. dell'internet", 2005, p. 257.
- MANNA A., *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali*, in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", 2003, p. 727.
- MANNA A., *Beni della personalità e limiti della protezione penale. Le alternative di tutela*, Padova, CEDAM, 1989.

- MANTELERO A., *Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati. Valutazione d'impatto e consultazione preventiva (Artt. 32-39)*, in FINOCCHIARO G. (dir. da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 287.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, Vol. I: Delitti contro la persona*, Padova, CEDAM, 2016.
- MANTOVANI F., *I delitti contro l'essere umano*, 1991, ora in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, CEDAM, 2008, p. 1403.
- MARAFIOTI L., LUPARIA L., *Banca dati del DNA e accertamento penale: commento alla legge di ratifica del Trattato di Prüm, istitutiva del database genetico nazionale e recante modifiche al codice di procedura penale (l. 30 giugno 2009, n. 85)*, Milano, Giuffrè, 2010.
- MARCHESE V., CAENAZZO L., RODRIGUEZ D., *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, n. 85*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2013, p. 1863.
- MARINI L., *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Torino, Giappichelli, 2012.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale, vol. I: Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità -Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, Giuffrè, 2001.
- MARRANI D., *Genetica, tutela della salute e diritti umani: il Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo relativo ai test genetici a fini medici*, in "La Comunità internazionale", n. 2, 2012, p. 303.
- MARTINOTTI G., *La difesa della «privacy»*, in "Politica del diritto", 1971, p. 751.
- MARZOCCO V., ZULLO S., *La genetica tra esigenze di giustizia e logica precauzionale. Ipotesi sul genetic exceptionalism*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 125.
- MAZZACUVA F., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2013, p. 1899.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 1983.
- MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014.
- MERZAGORA BETSOS I., *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2012.
- MESSINA G., *Le neuroscienze nel processo: profili problematici e orizzonti prospettici di un nuovo confronto fra scienza e diritto*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2010, p. 347.

- MEZZETTI E., *La tutela penale dell'identità genetica*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 309.
- MILITELLO V., *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in "Ragion pratica", 2004, p. 139.
- MILLER A., *The Assault on Privacy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1971.
- MILLER P.S., *Is There a Pink Slip in My Gene? Genetic Discrimination in the Workplace*, in "Journal of Health Care Law & Policy", vol. 3, 2000, p. 225.
- MILLNS S., *Consolidating Bio-rights in Europe*, in FRANCONI F. (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford, Hart, 2007, p. 71.
- MISTRETTA P., *La protection de la dignité humaine de la personne et les vicissitudes du droit pénal*, in "Juris-classeur périodique", 2005, I.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, ESI, 1995.
- MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1995, p. 343.
- MOCCIA S., *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1990.
- MORALES GARCÍA Ó., *Genetics. Applications within the Spanish law and criminal proceedings*, in PROVOLO D., RIONDATO S., YENISEY F. (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, Padova University Press, 2014, p. 411.
- MORMANDO V., *Commento voce "Privacy"*, in PALAZZO F.C., PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, CEDAM, 2007.
- MORO P., *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 131.
- MORSILLO G., *La tutela penale del diritto alla riservatezza*, Milano, 1966.
- MOSCARINI A., *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in RIDOLA P., NANIA R. (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, p. 159.
- MOTOC I.V., *The International Law of Genetic Discrimination: the Power of 'Never Again'*, in T. MURPHY (ed.), *New Technologies and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 222.
- MUCCIARELLI F., *Informatica e tutela penale della riservatezza*, in PICOTTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, CEDAM, 2004, p. 179.
- MULHOLLAND W.F., JAEGER A.S., *Genetic Privacy and Discrimination: A Survey of State Legislation*, in "Jurimetrics", vol. 39, 1998 – 1999, p. 317.

- MURPHY T. (ed.), *New Technologies and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- MURRAY T.H., *Genetic exceptionalism and "Future Diaries": Is Genetic Information Different from Other Medical Information?*, in ROTHSTEIN M.A. (ed.), *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 60.
- MUSCO E., *Consenso e legislazione penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 151.
- NATOWICZ M.R., ALPER J.K., ALPER J.S., *Genetic Discrimination and the Law*, in "American Journal of Human Genetics", vol. 50, 1992, p. 465.
- NELKIN D., *Bioetica e diritto*, in MAZZONI C.M. (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 154.
- NELKIN D., LINDEE M.S., *The DNA Mystique. The gene as a cultural icon*, New York, W.H. Freeman and Company, 1995.
- NEPPI MODONA G., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 89.
- NERI G., GENUARDI M., *Dalla genetica «tradizionale» alla genetica «molecolare»*, in BRESCIANI C. (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 3.
- NICOLÁS P., *Genetic Data and the Law. The Principles at stake*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 48.
- NOVELLI G., PIETRANGELI I., *I campioni biologici*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di FERRANDO G., MAZZONI C. M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 1027.
- OLICK R.S., *Genetic discrimination in the workplace after GINA*, in QUINN G., DE PAOR A., BLANCK P. (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Abingdon, Routledge, 2015, p. 128.
- PADOVANI T., *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in "Guida dir.", 2006, 14, p. 23.
- PADOVANI T., STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- PAGALLO U., *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa. Modelli giuridici a confronto*, Milano, Giuffrè, 2008.

- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1998.
- PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in Aa.Vv., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, CEDAM, 1985, p. 605.
- PALADIN L., *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965.
- PALAZZANI L., *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, Giappichelli, 2015.
- PALAZZANI L., *Gattaca*, in DELLA TORRE P. (a cura di), *Cinema contemporaneo e questioni bioetiche*, Roma, Edizioni Studium, 2010, p. 29.
- PALAZZANI L., voce *Biodiritto (Parte giuridica)* in SGRECCIA E., TARANTINO A. (dir. da), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. II, Napoli, ESI, 2009, p. 119.
- PALAZZANI L., *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2002.
- PALAZZANI L., ZANNOTTI R. (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, Torino, Giappichelli, 2013.
- PALAZZO F.C., *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", 2008, p. 1.
- PALAZZO F.C., *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in AA.Vv., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, CEDAM, 2003, p. 583.
- PALAZZO F.C., *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in FIORAVANTI L. (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 401.
- PALAZZO F.C., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA.Vv., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 97.
- PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1998, p. 350.
- PALAZZO F.C., *Persona (delitti contro la)* in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 309.
- PALAZZO F.C., *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1975, p. 126.
- PALIERO C.E., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in "Criminalia", 2012, p. 95.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.
- PALIERO C.E., *Diritto penale e consenso sociale*, in AA.Vv., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 167.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1990, p. 430.

- PALIERO C.E., «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, CEDAM, 1985.
- PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, Edizioni ETS, 2009.
- PARIOTTI E., *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Padova, CEDAM, 2013.
- PARIOTTI E., *Prospettive e condizioni di possibilità per un biodiritto europeo a partire dalla Convenzione di Oviedo sui Diritti dell'Uomo e la Medicina*, in "Studium iuris", 2002, p. 561.
- PASCULLI L., *Genetics, robotics and crime prevention*, in PROVOLO D., RIONDATO S., YENISEY F. (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, Padova University Press, 2014, p. 187.
- PASCUZZI G., IZZO U., MACIOTTI M. (a cura di), *Comparative Issues in the Governance of Research Biobanks. Property, Privacy, Intellectual Property and the Role of Technology*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2013.
- PASELLA R., *La répression des discriminations en droit pénal italien*, in "Rev. int. dr. pén.", 1986, p. 55.
- PASTORE B., *Dignità umana e discriminazioni*, in "Notizie di POLITEIA. Rivista di etica e scelte pubbliche", 2009, p. 80.
- PATRONO P., *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 557.
- PAVICH G., BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.10.2014.
- PAVONE I. R., *Convenzione sulla bioetica, Oviedo 1997*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, dir. da SGRECCIA E., TARANTINO A., vol. III, 2010, Napoli, ESI, p. 512.
- PAVONE I. R., *Diritti dell'uomo e genetica*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XV, Roma, 2007.
- PELISSERO M., *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in "GenIUS", n. 1, 2015, p. 14.
- PELISSERO M., *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occa-sioni mancate e incoerenze sistematiche (I- II)*, in "Dir. pen. e proc." 2006, p. 960, p. 1198.
- PENASA S., *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in www.forumcostituzionale.it, 2007.
- PETERSON C.A., *New twist to an old injustice: genetic discrimination and Medicare reform*, in "Idaho Law Review", vol. 36, 2000, p. 345.
- PETRONE M., *Trattamento dei dati genetici e tutela della persona*, in "Famiglia e

- diritto”, 2007, p. 853.
- PIAZZA A., *Come definire il razzismo?*, in “Cass. pen.”, 1995, p. 686.
- PICCHIO FORLATI M.L., *La lotta contro la discriminazione alla luce del diritto internazionale ed europeo*, in RIONDATO S. (a cura di), *Atti del Seminario di studio “Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale”*, (Università degli Studi di Padova, 24 marzo 2006), Padova, CEDAM, 2006, p. 1.
- PICOCCHI C., *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in “Diritto pubblico comparato ed europeo”, 2001, p. 1301.
- PICOCCHI C., DUCATO R., MARTINELLI L., PERRA S., TOMASI M., ZUDDAS C., MASCALZONI D., *Legal issues in governing genetic biobanks: the Italian framework as a case study for the implications for citizen’s health through public-private initiatives*, in “Journal of Community Genetics”, 18.9.2017.
- PICOTTI L. (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, CEDAM, 2013.
- PICOTTI L., *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell’informazione*, in ID., (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, CEDAM, 2013, p. 29.
- PICOTTI L., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in RIONDATO S. (a cura di), *Atti del Seminario di studio “Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale”*, (Università degli Studi di Padova, 24 marzo 2006), Padova, CEDAM, 2006, p. 117.
- PICOTTI L., *Diffusione di idee «razziste» ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in “Giur. merito”, 2006, p. 1960.
- PICOTTI L., *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, in “Il diritto dell’informazione e dell’informatica”, 2003, p. 689.
- PICOTTI L., *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in “Indice pen.”, 2003, p. 259.
- PICOTTI L., *Il dolo specifico. Un’indagine sugli ‘elementi finalistici’ delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993.
- PIERGALLINI C., *I delitti contro l’inviolabilità del domicilio e dei segreti: il problema del bene giuridico tutelato*, in PIERGALLINI C., VIGANÒ F., VIZZARDI M., VERRI A., *I delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale. Domicilio e segreti*, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da MARINUCCI G., DOLCINI E., Padova, CEDAM, 2015, p. 693.
- PIN A. (a cura di), *Il diritto ed il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di*

- un principio risalente*, ESI, Napoli, 2015.
- PINO G., *Crisi dell'età dei diritti?*, in "Etica & Politica", XV, 2013, 1, p. 87.
- PINO G., *L'identità personale*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di RODOTÀ S., TALLACCHINI M., Milano, Giuffrè, 2010, p. 297.
- PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in "Pol. dir.", 2008, p. 287.
- PINO G., *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- PINTORE A., *Diritti insaziabili*, in ID., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, 2010, p. 83.
- PISANÒ A., *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, Giuffrè, 2012.
- PISTOI S., *Il DNA incontra facebook. Viaggio nel supermarket della genetica*, Padova, Marsilio, 2012.
- PISTORELLI L., *Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province)*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.8.2013, p. 7.
- PIZZETTI F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, Giappichelli, 2016.
- PLANTAMURA V., *Tutela penale dei dati personali*, in "Dir. inf. e informatica", 2007, p. 653.
- PONTI G., MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2008.
- PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in "Riv. dir. civ.", 1983, I, p. 483.
- PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in "Nuova giur. civ. comm.", 2008, p. 25.
- PRADEL J., DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 2014.
- PRINCE A., WATERSTONE M., *The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA)*, in QUINN G., DE PAOR A., BLANCK P. (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Abingdon, Routledge, 2015, p. 114.
- PRINCE A., *Comprehensive Protection of Genetic Information: One Size Privacy or Property Models May Not Fit All*, in "Brooklyn Law Review", vol. 79, 2013, p. 175.
- PROVOLO D., RIONDATO S., YENISEY F. (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, Padova University Press, 2014.
- PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova,

- CEDAM, 2011.
- PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 3/2013, p. 71.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2015.
- PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in "Dir. pen. contemporaneo - Riv. trim.", n. 4/2015, p. 325.
- PULITANÒ D., *Offensività (principio di)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, 2015.
- PULITANÒ D., *Diritti umani e diritto penale*, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 81.
- PULITANÒ D., *Paternalismo penale*, in AA.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 489.
- PULITANÒ D., *Biodiritto e diritto penale*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di RODOTÀ S. e TALLACCHINI M., Milano, Giuffrè, 2010, p. 637.
- PULITANÒ D., *Riforma dei reati di opinione?*, in "Corr. Giur." 2006, p. 745.
- PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1983, p. 484.
- PUTIGNANI A., *Il Garante per la protezione dei dati personali*, in CLEMENTE A. (a cura di), *Privacy*, CEDAM, Padova, 1999, p. 651.
- QUINN G., DE PAOR A., BLANCK P. (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Abingdon, Routledge, 2015.
- RAFFIOTTA E.C., *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in "Forum di Quaderni Costituzionali", 2010, p. 8, in www.forumcostituzionale.it.
- RAIMONDI S., *Art. 90*, in AA. Vv., *Codice della privacy*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1277.
- RAMPIONI R., *Diritto penale dell'economia e principi informatori del sistema penale*, in ID. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 1.
- RASSAT M.L., *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Paris, Dalloz, 2011.
- RATTI M., *Il regime sanzionatorio previsto dal regolamento per l'illecito trattamento dei dati personali*, in FINOCCHIARO G. (dir. da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 590.
- RESCIGNO F. (a cura di), *Percorsi di uguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2016.

- RESTA G., *Dignità, persone, mercati*, Torino, Giappichelli, 2014.
- RESTA G., *Identità personale e identità digitale*, in “Il diritto dell’informazione e dell’informatica”, 2007, p. 511.
- RICCARDI G., *Omofobia e diritto penale. Possibilità e limiti dell’intervento penale*, in “Dir. pen. contemporaneo – Riv. Trim.”, n. 3/2013, p. 84.
- RICCI U., *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, in “Dir. pen. e proc.”, 2016, p. 743.
- RIONDATO S., *Introduzione breve ai delitti contro l’amministrazione della giustizia*, in FORNASARI G., RIONDATO S., *Reati contro l’amministrazione della giustizia*, Torino, Giappichelli, 2017, p. XXV.
- RIONDATO S., *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, Padova, Padova University Press, 2014.
- RIONDATO S., *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in ID. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, vol. IV del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 4.
- RIONDATO S., *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2011, p. 1541.
- RIONDATO S. (a cura di), *Atti del Seminario di studio “Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale”* (Università degli Studi di Padova, 24 marzo 2006), Padova, CEDAM, 2006.
- RIONDATO S., *Diritto penale e reato culturale, tra globalizzazione e multiculturalismo. Recenti novità legislative in tema di opinione, religione, discriminazione razziale, mutilazione genitale femminile, personalità dello Stato*, in ID., (a cura di), *Atti del Seminario di studio “Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale”* (Università degli Studi di Padova, 24 marzo 2006), Padova, CEDAM, 2006, p. 81.
- RIONDATO S., *Un diritto penale detto «ragionevole». Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, CEDAM, 2005.
- RIONDATO S., *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative (par. 1)*, in CAVALERI P., DALLE VEDOVE G., DURET P. (a cura di), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, CEDAM, 2003, p. 129.
- RIONDATO S., *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 1996.
- RISICATO L., *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, Giappichelli, 2008.
- RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004.
- RIVELLO P., *Alcune osservazioni in ordine alla banca dati nazionale del DNA*, in

- “Dir. pen. e proc.”, 2016, p. 1521.
- ROBERTS J.L., *Protecting Privacy to Prevent Discrimination*, in “William & Mary Law Review”, vol. 56, 2015, p. 2097.
- ROBERTS J.L., *Preempting Discrimination: Lessons from the Genetic Information Nondiscrimination Act*, in “Vanderbilt Law Review”, vol. 63, 2010, p. 439.
- ROBERTS J.L., *The Genetic Information Nondiscrimination Act as an Antidiscrimination Law*, in “Notre Dame Law Review”, vol. 86, 2010, p. 101.
- RODOTÀ S., *Trasformazioni del corpo*, in “Politica del diritto”, 2006, p. 3.
- RODOTÀ S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, Laterza, 2004.
- RODOTÀ S., *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in “Riv. crit. dir. priv.”, 2000, p. 571.
- RODOTÀ S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in “Riv. crit. dir. priv.”, 1997, p. 583.
- RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- RODOTÀ S., *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in “Politica del diritto”, 1991, p. 525.
- ROMANO C., *Il trattamento dei dati genetici nel diritto italiano*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 181.
- ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in “Criminalia”, 2011, p. 33.
- ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in “Jus”, 1985, p. 413.
- ROMEO CASABONA C.M., *Genetics and biotechnology: an overview of criminal law in a global legal perspective*, in PROVOLO D., RIONDATO S., YENISEY F. (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, Padova University Press, 2014, p. 17.
- ROMEO CASABONA C.M., *Genetic Privacy and non-discrimination*, in “Revista de derecho y genoma humano”, 2011, p. 141.
- ROMEO CASABONA C.M., *La tutela del genoma humano*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 249.
- ROMEO CASABONA C.M., *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, Ed. Comares, 2002.
- ROSCAM ABBING H.D.C., *The Convention on Human Rights and Biomedicine – An Appraisal of the Council of Europe Convention*, in “European Journal of Health Law”, vol. 5, 1998, p. 377.
- ROSENBAUM S., *Realigning the Social Order: The Patient Protection and Affordable Care Act and the U.S. Health Insurance System*, in “Journal of Health & Bio-

- medical Law”, vol. 7, 2011, p. 1.
- ROSSANO C., *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 1966, p. 376.
- ROTHENBERG K., WANG A., *The Scarlet Gene: Behavioral Genetics, Criminal Law, and Racial and Ethnic Stigma*, in “Law and Contemporary Problems”, Vol. 69, 2006, p. 343.
- ROTHSTEIN M.A., *GINA, the ADA, and Genetic Discrimination in Employment*, in “Journal of Law, Medicine and Ethics”, vol. 36, 2008, p. 837.
- ROTHSTEIN M.A., *Is GINA Worth the Wait?*, in “Journal of Law, Medicine and Ethics”, vol. 36, 2008, p. 174.
- ROTHSTEIN M.A., *The Law of Medical and Genetic Privacy in the Workplace*, in ROTHSTEIN M.A. (ed.), *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 283.
- ROTHSTEIN M.A., *The Use of Genetic Information for Nonmedical Purposes*, in “Journal of Law & Health”, vol. 9, 1994-1995, p. 109.
- ROTHSTEIN M.A., ANDERLIK M.R., *What is genetic discrimination, and when and how can it be prevented?*, in “Genetics in Medicine”, vol. 3, 2001, p. 354.
- ROTHSTEIN M.A., KNOPPERS B.M., *Legal Aspects of Genetics, Work and Insurance in North America and Europe*, in “European Journal of Health Law”, vol. 3, 1996, p. 143.
- RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente. Parte generale: principi, beni e tecniche di tutela*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 3.
- RUGGERI A., *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in “Rivista AIC”, n. 1/2011, p. 1.
- SACCUCCI A., *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in “Diritti dell'uomo, cronache e battaglie”, 2005, n. 3, p. 11.
- SALARDI S., *Il ritorno della diseguaglianza biologica*, in “Federalismi.it”, n. 21/2017, p. 1.
- SALARDI S., *«Razza»: falsi miti e danni reali di un concetto. Abolirlo serve alla causa anti-discriminatoria?*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2016, p. 451.
- SALARDI S., *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici*, Torino, Giappichelli, 2015.
- SALARDI S., *Informazioni genetiche e diritto. Quale tutela per l'individuo?*, in FARRALLI C., GALLETTI M. (a cura di), *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, Roma, ARACNE Editrice, 2011, p. 115.
- SALARDI S., *Test genetici tra determinismo e libertà*, Torino, Giappichelli, 2010.
- SANDEL M.J., *The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering*,

- Cambridge, Belknap Press, 2007.
- SANTANIELLO G., FILIPPI C., *Dati genetici, genoma e privacy*, in SANTANIELLO G., LOIODICE A. (a cura di), *La tutela della riservatezza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXIII, Padova, CEDAM, 2000, p. 511.
- SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, CEDAM, 2011.
- SANTOSUOSSO A., *Genetica, diritto e giustizia: un futuro già in atto*, in SANTOSUOSSO A., REDI C.A., GARAGNA S., ZUCCOTTI M. (a cura di), *I giudici davanti alla genetica*, Pavia-Como, Ibis, 2002, p. 26.
- SANTOSUOSSO A., COLUSSI I.A., *Diritto e genetica delle popolazioni*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 351.
- SANTOSUOSSO A., TAMBURINI M., *Malati di rischio. Indicazioni etiche, legali e psico-sociali dei test genetici in oncologia*, Milano, Masson, 1999.
- SAVULESCU J., *Genetic Interventions and The Ethics of Enhancement of Human Beings*, in STEINBOCK B. (ed.), *The Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SCAFFARDI L., *Giustizia genetica e tutela della persona. Studio comparato sull'uso (e abuso) delle banche dati del DNA a fini giudiziari*, Padova, CEDAM, 2017.
- SCAFFARDI L., *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona alla ricerca di una legislazione europea armonizzata*, in "Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña", vol. 12, 2008, p. 845.
- SCARCELLA A., *Le sanzioni penali*, in ID. (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale (legge 30 giugno 2009, n. 85)*, Padova, CEDAM, 2009, p. 143.
- SCARCELLA A. (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale (legge 30 giugno 2009, n. 85)*, Padova, CEDAM, 2009.
- SCHABAS W.A., *The European Convention on Human Rights: a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- SCHIEK D., WADDINGTON L., BELL M. (eds), *Non discrimination law*, Oxford, Hart, 2007.
- SCHILLHORN K., HEIDEMANN S., *Gendiagnostikgesetz (GenDG), Kommentar*, Heidelberg, Medhochzwei, 2011.
- SCHLEIN D., *New Frontiers for Genetic Privacy Law: The Genetic Information Non-discrimination Act of 2008*, in "George Mason University Civil Rights Law Journal", vol. 19, 2009, p. 311.
- SCHNEIDER A., *Genetik im Versicherungs- und Arbeitsrecht*, in DUTTGE G., ENGEL W., ZOLL B. (Hg.), *Genetische Individualität im Recht*, Göttingen, Universi-

- tätsverlag Göttingen, 2012, p. 45.
- SCOLETTA M., *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in “Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.”, n. 4/2017, p. 333.
- SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO C.E. – VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 273.
- SCOLETTA M., *La tutela penale dei dati e delle informazioni genetiche*, in MARAFIOTI L., LUPARIA L., *Banca dati del DNA e accertamento penale: commento alla legge di ratifica del Trattato di Prüm, istitutiva del database genetico nazionale e recante modifiche al codice di procedura penale (l. 30 giugno 2009, n. 85)*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 129.
- SEBOK A.J., *The Insatiable Constitution*, in “Southern California Law Review”, 1997, p. 417.
- SEMINARA S., *Considerazioni su privacy, anonimato e internet*, in FIORAVANTI L., (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 365.
- SEMINARA S., *Appunti in tema di sanzioni penali nella legge sulla privacy*, in “Resp. civ. e previdenza”, 1998, p. 911.
- SGUBBI F., *Profili penalistici (della l. 675/1996)*, in “Riv. trim. dir. proc. civ.”, 1998, p. 753.
- SICA S., D’ANTONIO V., RICCIO G.M., (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, CEDAM, 2016.
- SILVA C., *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della corte di cassazione*, in “Indice penale”, 2009, p. 207.
- SIQUEIROS J.M., SARUWATARI G., OLIVA-SÁNCHEZ P.F., *Individualidad genética y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, in “Revista de Derecho y Genoma Humano”, 2012, p. 123.
- SITZIA L., *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, Jovene, 2011.
- SLAUGHTER L., *Genetic Information Non-Discrimination Act*, in “Harvard Journal on Legislation”, vol. 50, 2013, p. 41.
- SOMMAGGIO P., *Tecnoentusiasti e tecnofobici: l’umano in transizione*, in CASONATO C., BUSATTA L., PENASA S., PICIOCCHI C., TOMASI M. (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 253.
- SOMMAGGIO P., *Umano post umano. I rischi di un uso ideologico della genetica*, in “Diritto & questioni pubbliche”, 2008, p. 213.
- SORRENTINO F., *Eguaglianza formale*, in “Costituzionalismi.it”, n. 3/2017.
- SPENA A., *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione*

- dello hate speech, in "Criminalia", 2016, p. 577.
- SPENA A., *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in "Riv. it. dir. e proc. pen.", 2014, p. 1209.
- SPILLER E., *Le implicazioni giuridiche della ricerca genetica. Spunti dal Genetic Information Nondiscrimination Act*, in "Rivista di BioDiritto", n. 2, 2016, p. 301.
- STEFANINI E., *La circolazione dei dati genetici tra vecchi diritti e nuove sfide*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto: Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 103.
- STEFANINI E., *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, Padova, CEDAM, 2008.
- STORTONI L., *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in "Critica del diritto", 1994, p. 14.
- STRAZZARI D., *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, CEDAM, 2008.
- SUNDERMAN S.F., *The Need for Regulation of Direct-to-Consumer Genetic Testing in the United States: Assessing and Applying the German Policy Model*, in "Washington University Global Studies Law Review", vol. 12, 2013, p. 357.
- SUTER S.M., *The Allure and Peril of Genetics Exceptionalism: Do We Need Special Genetics Legislation?*, in "Washington University Law Quarterly", vol. 79, 2001, p. 669.
- TALLACCHINI M., *Dalle biobanche ai «Genetic Social Networks». Immaginari giuridici e regolazione di materiali biologici e informazioni*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2013, p. 157.
- TAYLOR L., FLORIDI L., VAN DER SLOOT B. (eds.), *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, Springer, 2017.
- TAYLOR M., *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- TAYLOR M.J., *Problems of practice and principle if centring law reform on the concept of genetic discrimination*, in "European Journal of Health Law", vol. 11, 2004, p. 365.
- TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, UNAR, 2011.
- TERRACINA D., *Diritto penale e neuroscienze*, in PALAZZANI L., ZANOTTI R. (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, Torino, Giappichelli, 2013, p.165.
- TESAURO A., *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2016, p. 961.
- TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, Giappichelli, 2013.

- TIBERI G., *Riservatezza e protezione dei dati personali*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 349.
- TITOMANLIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.
- TOMASI M., *Direct to Consumer Genetic Testing: Steps on the Path to Towards a Personalised Healthcare?*, in MALERBA A., MASSOCCHI L., SANTOSUOSSO A. (eds.), *2012 Law&Science Young Scholars Informal Symposium*, Pavia, Pavia University Press, 2013, p. 25.
- TOMASI M., *Il modello individualista al banco di prova*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *Forum biodiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2012, p. 175.
- TOMASI M., *Il modello italiano di regolamentazione giuridica delle biobanche: alla ricerca di una sintesi per una materia poliedrica*, in CAENAZZO L. (a cura di), *Biobanche. Importanza, implicazioni e opportunità per la società. Risvolti scientifici, etico-giuridici e sociologici*, Padova, libreriauniversitaria.it edizioni, 2012, p. 21.
- TOMUSCHAT C., *Human Rights between Idealism and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- TONINI P., FELICIONI P., SCARCELLA A., *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, in "Dir. pen. proc.", suppl., 2009.
- TORDINI CAGLI S., *Il paternalismo legislativo*, in "Criminalia", 2011, p. 313.
- TORRE V., *Modelli di tutela penale della privacy in internet*, in "Dir. pen. proc.", 2004, p. 233.
- TORRETTA P., *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, in "Rivista AIC", 2010, p. 1.
- TRAPASSO M.T., *Il ruolo fondamentale dei "coefficienti soggettivi" nelle fattispecie penali in materia di discriminazione razziale: il caso della circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale*, in "Cass. pen.", 2010, p. 3833.
- TROJSI A., *«Biodiritto del lavoro» e tutela antidiscriminatoria: i dati genetici del lavoratore*, in CASONATO C., BUSATTA L., PENASA S., PICIOCCHI C., TOMASI M. (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 497.
- TROJSI A., *Il diritto del lavoratore alla tutela dei dati personali*, Torino, Giappichelli, 2013.

- TROJSI A., *Genetic Data and Labour Law*, in CASONATO C., PICIOCCHI C., VERNESI P. (a cura di), *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, CEDAM, 2011, p. 7.
- TROJSI A., *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, in "Giornale dir. lav. e rel. ind.", 2008, p. 47.
- TUGNOLI PATTARO S., *Discriminazione tra genere e scienza*, in "Notizie di POLITEIA, Rivista di etica e scelte pubbliche", 2009, p. 86.
- VAN HOYWEGHEN I., *National legal and policy responses to genetic discrimination in Europe. The difficulties of regulation*, in QUINN G., DE PAOR A., BLANCK P. (eds.), *Genetic Discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Abingdon, Routledge, 2015, p. 192.
- VALLINI A., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, Giappichelli, 2012.
- VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 615.
- VENAFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in www.lalegislazionepenale.eu, 8.2.2018.
- VENEZIANI P., *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di riservatezza informatica e disciplina dei dati personali*, in PICOTTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, CEDAM, 2004, p. 183.
- VENEZIANI P., *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di disciplina dei dati personali*, in FIORAVANTI L. (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, p. 369.
- VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000.
- VENEZIANI P., *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali: prime osservazioni*, in "Riv. trim. dir. pen. ec.", 1997, p. 135.
- VENTER J.C., *The sequence of the human genome*, in "Science", vol. 291, 2001, p. 1304.
- VÉRON M., *Droit pénal spécial*, Paris, Sirey, 2012.
- VERONESI P., *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in "Quaderni costituzionali", n. 2, 2014, p. 315.
- VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in www.penalecontemporaneo.it, 15.05.2017.
- VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.11.2016.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 1/2016, p. 186.

- VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 3-4/2014, p. 219.
- VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2645.
- VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES V., ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 243.
- VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in "Dir. pen. e processo", 2011, p. 4.
- VIOLA F., *I volti della dignità umana*, in ARGIROFFI A., BECCHI P., ANSELMO D. (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana, Atti del Convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007)*, Roma, Aracne, 2008, p. 101.
- VISCONTI C., *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in "IUS17@unibo.it", n. 1, 2009, p. 191.
- VISCONTI C., *Il legislatore azzeccagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in "Foro it.", 2006, parte V, p. 217.
- VITARELLI T., *Vita privata nel diritto penale*, in *Dig. disc., pen.*, vol. XV, Torino, UTET, 1999, p. 302.
- VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in "Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.", n. 3/2013, p. 294.
- WARREN S., BRANDEIS L., *The Right to Privacy*, in "Harvard Law Review", 1890, p. 193.
- WATSON J.D., CRICK F.H.C., *Molecular Structure of Nucleic Acids. A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid*, in "Nature", 1953, vol. 171, p. 737.
- WEINER K., MARTIN P., RICHARDS M., TUTTON R., *Have we seen the geneticisation of society? Expectations and evidence*, in "Sociology of Health & Illness", vol. 39, p. 987.
- WONG J.G., LIEH-MAK F., *Genetic discrimination and mental illness: a case report*, in "Journal of medical ethics", vol. 27, 2001, p. 393.
- YUDELL M., ROBERTS D., DESALLE R., TISHKOFF S., *Taking race out of human genetics. Engaging a century-long debate about the role of race in science*, in "Science", 5.2.2016, vol. 351, p. 564.
- ZAGNONI P., *Sulla tutela penale del diritto alla riservatezza*, in "Riv. it. dir. proc.

- pen.", 1982, p. 977.
- ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2006.
- ZANUSO F., *Alla ricerca di Mister Hyde. Alcune considerazioni sulla genetica forense e sul razionalismo penale*, in PROVOLO D., RIONDATO S., YENISEY F. (ed. by), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, Padova University Press, 2014, p. 325.
- ZANUSO F., *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in ID. (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 9.
- ZATTI P., *Principi e forme del "governo del corpo"*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Vol. II, *Il Governo del corpo*, Tomo I, a cura di CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, 2011, p. 99.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Identità personale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. IX, Torino, UTET, 1993, p. 294.
- ZICCARDI G., *Internet, controllo e libertà*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2015.
- ZIMMERMAN D.L., *False Light Invasion of Privacy: The Light that failed*, in "New York University Law Review", vol. 64, 1989, p. 364.
- ZINDORF N.E., *Discrimination in the 21st century: protecting the privacy of genetic information in employment and insurance*, in "Tulsa Law Journal", vol. 36, 2001, p. 703.
- ZUCCALÀ G., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 791.
- ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di offensività*, in AA.VV., *Scritti in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, 1984, p. 1689.
- ZULLO S., *Il ruolo dell'epigenetica tra il paradigma dell'identità e quello della responsabilità*, in "Ragion pratica", n. 2/2015, p. 529.

DEBORA PROVOLO è ricercatore in diritto penale presso il Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università degli Studi di Padova.

Tutela penale della *privacy* genetica e tutela penale contro la discriminazione genetica trovano la prima, ampia trattazione critico-propositiva.

Il contesto sociale mostra una sempre maggiore richiesta di tutela "forte" dell'identità genetica e delle relative informazioni, di fronte a sempre più pervasive raccolte, impieghi e circolazioni dei dati genetici e a nuove forme di "abuso" a fini discriminatori.

Gli strumenti penalistici esistenti non sono in grado di offrire una tutela adeguata alla *privacy* genetica. Rimane sottovalutato che il bene giuridico identità genetica appartiene al gruppo biologico oltre che alla singola persona fisica. *De iure condendo*, occorre sia un temperamento della fattispecie di inosservanza del provvedimento del Garante (art. 170 Cod. *privacy*) nel verso della determinatezza, sia una selezione delle violazioni meritevoli di tutela penale, nonché diversificare la risposta sanzionatoria in relazione al grado di lesione del bene. Inoltre, il sistema sanzionatorio approntato dal Codice della *privacy* deve essere coordinato con quello previsto nel nuovo regolamento 679/2016 UE in materia di protezione dei dati personali.

La discriminazione genetica non trova una diretta repressione penale in Italia. Inadeguatamente soccorre per taluni profili una protezione mediata tramite le norme penali che difendono la *privacy* genetica. Necessita una riformulazione delle fattispecie penali in materia di discriminazione, attraverso l'inserimento della punizione della discriminazione fondata sulle caratteristiche genetiche, secondo una definizione precisa di discriminazione e una dettagliata elencazione delle condotte costituenti «atti di discriminazione». L'inclusione delle caratteristiche genetiche tra i motivi di discriminazione dovrebbe inoltre essere accompagnata dall'inserimento nel dettato legislativo di una definizione di "caratteristica genetica", che tenesse conto, tra l'altro, della dimensione sopraindividuale del dato genetico.

€ 40,00

