

US Supreme Court, Jeremy Bentham e il *panopticon* genetico

SOMMARIO

1. PROLOGO. – 2. INTERMEZZO. – 3. LA CORTE SUPREMA. – 4. IL *PANOPTICON* GENETICO – 4.1. IL TRAMONTO DELL'ECCEZIONALISMO GENETICO – 4.2. REGOLE E TRASPARENZA – 4.3. BANCHE DATI NON UFFICIALI – 4.4. LEGISLATORI E SCIENZIATI.

1 PROLOGO

E' un tiepido giorno di aprile del 2009 quando la polizia della Contea di Wicomico (Maryland - USA) arresta Mr. Alonzo J. King. E' un arresto facile per i ragazzi dello sceriffo Mike Lewis, l'uomo che dal 2006 si occupa di vigilare sulla tranquillità dei centomila abitanti di questa piatta propaggine meridionale dello Stato del Maryland. Mr King tira fuori una pistola e la punta verso un gruppo di passanti. Qualcuno lo vede e chiama la polizia.

Inizialmente accusato di tentata lesione aggravata¹, King patteggiava dichiarandosi colpevole di una contravvenzione minore². Come si sa, infatti, il sistema americano prevede che le parti, nel *plea bargain*, possano anche decidere la qualificazione giuridica da attribuire al fatto.

Letto così, sembra niente più che un banale caso di giustizia "minore". Quello che rende la vicenda di Mr. King degna dell'attenzione internazionale è ciò che la polizia di Wicomico, nel rispetto delle leggi del Maryland, fa immediatamente dopo l'arresto di King: il prelievo di un piccolissimo campione di cellule epiteliali, con un tampone infilato a strusciare l'interno di una delle guance dell'arrestato. Ovviamente, non c'era alcun bisogno del DNA di King per legarlo all'episodio della pistola. Lo scopo del prelievo è quello di inserire il profilo genetico di King all'interno della banca dati del DNA dello Stato del Maryland e di quella federale americana (CODIS). E poi di confrontare, periodicamente, quel profilo con tutti gli altri profili provenienti da casi irrisolti e continuamente inseriti nelle due banche dati.

L'operazione dà i suoi risultati, perché il profilo di King risulta corrispondere a quello dell'autore – fino a quel momento senza nome – di una violenza sessuale commessa nel lontano 2003. King, ovviamente, viene accusato anche di questo reato e condannato al carcere a vita.

Ora, se le autorità del Maryland avessero chiesto a King il suo DNA solo dopo la pronuncia della condanna per il porto dell'arma non sarebbe sorta alcuna questione. Da tempo le corti americane hanno stabilito che le persone condannate devono rinunciare ad alcuni dei diritti riconosciuti agli ordinari e onesti (o presunti tali) cittadini³. Ad esempio, i condannati per determinati reati devono accettare l'inserimento in una lista quasi eterna di sospettati, da incrociare costantemente con i dati provenienti dalle differenti scene del crimine.

1. Traduzione inevitabilmente approssimativa di *first degree assault*.

2. In origine *misdemeanor*, espressione che identifica genericamente un reato meno grave del *felony*, punibile con pena pecuniaria o con breve detenzione nella *county jail*.

3. KAYE, *A Fourth Amendment Theory for Arrestee DNA and Other Biometric Databases*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, No. 4, pp. 1095-1160, 2013.

Il problema, se problema esiste (perché la Suprema Corte, come vedremo, lo esclude), è che il DNA di King è stato prelevato sulla base dell'arresto di polizia. Infatti il *Maryland DNA Collection Act* – adottato nel 1994 e più volte emendato in senso “espansivo” – prevede la possibilità, dal 2009, di inserire nella banca dati del DNA tutte le persone arrestate per reati implicanti l'uso della violenza, anche nella forma del tentativo.

In verità, sono ben 28 gli stati americani che hanno istituito un “*arrestee DNA database*”⁴. Il primo stato ad adottare una legislazione che consentisse il prelievo del DNA da persone arrestate è stata la Louisiana, nel 1997. La legge della Louisiana stabilisce che ogni “*person arrested for a felony, sex offense or other specified offense on or after September 1, 1999.. shall have a DNA sample drawn or taken.. pursuant to the booking procedure*”⁵. Negli anni successivi altri quattro stati hanno adottato regole analoghe. Ma il salto di qualità si è avuto dopo il 2005, allorché il Congresso degli Stati Uniti ebbe ad approvare il *DNA Fingerprint Act*. Con tale atto legislativo, il governo federale – tra le altre cose – consentiva ai singoli stati di “caricare” i profili genetici ottenuti da persone arrestate all'interno del *National DNA Index System*⁶ (NDIS). Mentre, fino a quel momento, la banca dati nazionale accoglieva solamente i profili delle persone condannate in via definitiva⁷.

Una volta messa la banca dati federale in sincronia con le legislazioni statali più aggressive, ben altri 23 stati hanno rapidamente deciso di approfittare della nuova possibilità, aprendo le porte (con alcune differenze) al prelievo genetico da persone arrestate. E così si è diffusa la prassi del DNA-BC (*Dna Before Conviction*).

2

INTERMEZZO

Naturalmente, mentre tutto questo accade, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, negli Stati Uniti, ferve. La materia è scivolosa e si presta a decisioni contrastate, spesso fondate sui medesimi argomenti usati ora in un senso e ora a contrario.

Un caso interessante, considerato vero e proprio *leading case*, si verifica in Pennsylvania. Il 6 aprile 2009 la polizia di Pittsburgh arresta Ruben Mitchell per possesso di cinque chili di cocaina. Subito dopo l'arresto, il Governo chiede a Mitchell un campione di DNA, sulla base del § 14135a, titolo 42 dello U.S. Code, che consente la raccolta⁸ di campioni di DNA da individui “*who are arrested, facing charges, or convicted*”. Mitchell oppone che il prelievo di materiale biologico prima del giudizio (e in assenza di un ordine del giudice fondato sul requisito della *probable cause*) costituirebbe violazione del Quarto emendamento della Costituzione americana e il caso finisce davanti alla corte distrettuale. Ora, il Quarto emendamento protegge il cittadino americano *against unreasonable searches and seizures*. E' ragionevole, e quindi consentita, la intrusione nella sfera privata del cittadino quando questa è ordinata da un giudice, sulla base di un ragionevole sospetto che la persona abbia commesso o stia per commettere un reato (*probable cause*). In assenza di un *judicial warrant*, l'atto intrusivo può comunque essere ritenuto ragionevole se giustificato dalla presenza di *special needs* che rendono impraticabile l'ordine del giudice ovvero se la totalità della circostanze del caso concreto fanno ritenere comunque prevalenti gli interessi del governo sulla privacy individuale⁹.

4. Fonte *National Institute of Justice*, <http://www.nij.gov/journals/270/arrestee-dna.htm#note6>.

5. La Rev. Stat. Ann. § 15:609(A) (1) 1998.

6. Si tratta della banca dati nazionale americana che è parte integrante del sistema CODIS e che viene alimentata dai 50 stati americani, dalle autorità federali, da Porto Rico e dal laboratorio di investigazioni criminali dell'esercito degli Stati Uniti. Ampie informazioni possono essere reperite all'interno del sito dell'FBI.

7. Il Combined DNA Index System (CODIS) è stato creato, nel 1994, con il Crime Control Act. Nella prima versione si prevedeva la raccolta dei profili (ovviamente in aggiunta a quelli anonimi, provenienti dalla scena del crimine) da *convicted offenders*. Nel 2000 la categoria degli eleggibili è stata estesa a tutte le persone “ospiti” del Bureau of Prison in quanto condannate per determinati reati e alle persone sottoposte a misure alternative (*probation, parole, supervised release*). Il passo ulteriore si è avuto nel 2005 e 2006, con la inclusione dei soggetti anche solo arrestati o accusati per certi reati.

8. Ovviamente finalizzata all'inserimento in CODIS.

9. Sull'uso alternativo di questi due test si veda KAYE, op. cit., 1101 ss.. Il primo criterio si fonda su una categoria di eccezioni determinate a priori, il secondo su un giudizio commisurato al caso concreto, entro il quale va ricercato – di volta in volta – il criterio della ragionevolezza.

La corte per il distretto ovest della Pennsylvania, con una decisione resa il 6 novembre 2009, dà ragione a Mitchell. Il giudice – premesso che il prelievo di mucosa buccale costituisce *search* e quindi è atto coperto dalla garanzia costituzionale – testa entrambi i criteri di verifica della “ragionevolezza”.

Quanto alla *special needs exception*, la corte puntualizza che essa presuppone la esistenza di particolari condizioni e necessità che vanno al di là di quanto ordinariamente richiesto per l’attività di *law enforcement*. Per contro, non senza ragione si osserva che la raccolta del DNA – BC a null’altro serve che ad alimentare la banca dati federale e le banche dati statali. E le banche dati servono per svolgere normalissima e routinaria investigazione criminale, che rientra appieno nell’attività generale di *law enforcement*. Insomma, non si tratta di un giudizio negativo sul fatto che tale scopo non sia meritevole della massima considerazione. Semplicemente, non sussistono – secondo la corte distrettuale – quelle condizioni di eccezionalità che giustificano una deroga alle comuni garanzie contro ogni *unreasonable intrusion*.

Più articolata è l’analisi della “totalità delle circostanze” e il conseguente giudizio di bilanciamento. Il gioco sta nel valutare, da una parte, il grado di intrusione nella sfera privata determinata dall’atto di perquisizione (*search*) e, dall’altra, il grado per cui quella intrusione è necessaria al fine della tutela di legittimi interessi del governo.

Sotto il primo profilo, la corte distrettuale afferma che, sebbene i soggetti sottoposti a carcerazione preventiva come Mitchell debbano sopportare una flessione nella tutela della loro *privacy*, legata alla stessa condizione di detenzione, “*the Fourth Amendment does not stop at jailhouse door*”. Ad esempio, sono giustificate le intrusioni determinate da esigenze di sicurezza interne all’istituto di pena¹⁰. Mentre nessuna connessione – secondo la corte – vi è tra queste esigenze e il patrimonio genetico dell’individuo. Quindi Mitchell, rispetto al DNA, conserva intatto il suo diritto alla *privacy*. E la necessità del prelievo del DNA non può essere neppure invocata per finalità di mera identificazione, giacché – a questo scopo – si può procedere al rilevamento delle impronte digitali, meno “informative” del DNA e altrettanto individualizzanti.

E allora, a questo punto, si deve verificare quale sia il legittimo interesse del governo a sacrificare l’aspettativa di riservatezza di Mitchell in relazione ai suoi geni. L’interesse del governo, ovviamente, è quello di disporre di un database genetico da utilizzare nelle investigazioni criminali. Tuttavia, nel momento in cui la posizione di Mitchell (per il quale vale la presunzione di innocenza fino a sentenza definitiva) viene considerata pari a quella di ogni altro libero cittadino, è chiaro che la raccolta del suo DNA è tanto *unreasonable* quanto lo sarebbe un prelievo ordinato nei confronti di una qualsiasi altra persona non toccata da indagini. In sostanza, la condizione di “sospetto” non è ritenuta sufficientemente qualificante per ritenere prevalente l’interesse del governo.

Sulla base di queste ragioni, la corte distrettuale conclude per la sussistenza della violazione del Quarto emendamento.

La palla, dopo la prima decisione, passa alla corte di appello per il terzo circuito, che deposita la sua decisione il 25 luglio 2011. E qui, tanto per dimostrare che sentenze altalenanti non sono tipiche solo della nostra confusione giurisdizionale, la musica cambia totalmente.

Secondo la corte di appello unico criterio di verifica deve essere quello della *totality of the circumstances*. Detto questo, la corte di appello smonta gli argomenti utilizzati dalla corte distrettuale per sostenere la specialità del dato genetico rispetto ad ogni altro strumento identificativo più tradizionale. Sebbene il DNA rechi in sé un potenziale informativo assai ampio, i limiti che la legge impone al suo utilizzo¹¹ e le sanzioni previste

10. Tipica ipotesi è la perquisizione della cella.

11. La corte cita il fatto che i *marker* sono collocati solo sul c.d. *junk DNA* (cioè non informativo). La corte considera anche la ipotesi di futuri sviluppi tecnologici che dovessero permettere di ricavare dal *junk DNA* informazioni più ampie di quelle odierne. In questo caso, si dice, il *balancing test* andrebbe rifatto e andrebbe riconsiderata la costituzionalità della normativa vigente.

per un uso non autorizzato, dovrebbero rendere concretamente inesistente la possibilità di un impiego che vada al di là della mera identificazione. In altre parole, il profilo del DNA null'altro sarebbe che un *fingerprint for the twenty-first century*. Quindi bisogna vedere quali sono le legittime aspettative di Mitchell circa il grado di protezione della sua "identità". Nessun dubbio, dice la corte di appello, che prendere le impronte – genetiche o digitali – di tutti i cittadini, al di fuori di ogni sospetto, violerebbe il Quarto emendamento. Ma Mitchell – e qui la divergenza con la corte distrettuale è netta – non è affatto un cittadino come gli altri. Il solo fatto di perdere la propria libertà per effetto di un legittimo arresto, che ha già superato il vaglio della *probable cause*, determina anche la perdita di una parte dei propri diritti alla *personal privacy*. Quando una persona viene arrestata perché sospettata di un reato sulla base di elementi concreti, l'interesse del governo alla sua identificazione è prevalente e non può essere invocata alcuna *privacy*.

3

LA CORTE SUPREMA

Torniamo ad Alonzo King, che abbiamo lasciato in un carcere del Maryland. King non accetta la condanna per violenza sessuale, basata sul DNA raccolto dopo l'arresto per le minacce con l'arma. Egli sostiene che la legge del Maryland, che permette la raccolta del DNA dalle persone arrestate, è incostituzionale per violazione del solito Quarto emendamento. Il giudice di primo grado respinge gli argomenti di King. La corte di appello del Maryland, in una decisione a maggioranza, ribalta il giudizio di primo grado e scrive che "*King's expectation of privacy is greater than the State's purported interest in using King's DNA to identify him*". La corte suprema degli Stati Uniti, tenuto conto del permanere di differenti orientamenti sia tra le corti statali che federali, decide di intervenire per mettere la parola fine alla disputa¹².

Tanto per evitare ogni suspense, diciamo subito che la decisione conferma la legittimità costituzionale della norma contesa: prendere il DNA dalle persone arrestate si può. Ma interessante è anche il percorso argomentativo, che si snoda nelle parole del giudice Kennedy, storico *swing voter* della corte e autore della opinione di maggioranza.

La corte suprema condivide l'idea di una sostanziale prossimità concettuale tra DNA *fingerprinting* e *fingerprinting* tradizionale. Tutti e due sono strumenti di identificazione fondamentali per accertare la identità reale dell'arrestato ed acquisire informazioni critiche sulla sua storia criminale. La identificazione genetica degli arrestati, secondo la legge del Maryland, "*is no more than an extension of methods of identification long used in dealing with persons under arrest*". Il giudice Kennedy insiste molto sul fatto che la legge del Maryland consente l'utilizzo del materiale genetico solo ai fini di identificazione, senza la possibilità di derivarvi alcuna altra informazione e con l'obbligo di distruzione nel caso in cui non si arrivi alla condanna. E dunque il sacrificio della intangibilità del singolo, richiesta da questa attività, è minima secondo la corte ed è circoscritta alla introduzione di un tampone buccale con il quale viene sfiorata la guancia del soggetto interessato. Inoltre, l'aspettativa di tutela della propria *privacy*, da parte di soggetti sottoposti a legittimo arresto è diminuita rispetto a quella del cittadino "medio".

"*Diminished expectations of privacy*" e "*minimal intrusion*" sono le parole chiave per arrivare alla conclusione che l'interesse del governo alla corretta identificazione dell'arrestato pesa più di quello dell'arrestato contro ogni intrusione personale.

La decisione della suprema corte, a testimonianza di come si tratti di temi comunque fortemente dibattuti, viene assunta a risicata maggioranza. E non stupisce che la voce contraria venga proprio dall'ala destra, capeggiata da Antonin Scalia.

Nella sua *opinion* di minoranza, Scalia mette il dito nella piaga. Sia nella decisione della maggioranza della corte suprema che nella decisione di appello del caso Mitchell il grimaldello per scardinare il Quarto emendamento è rappresentato dalla riduzione

12. Maryland v. King, 569 U.S., 12-207 (2013).

del DNA *fingerprinting* a mero strumento di identificazione, lasciando sullo sfondo le finalità investigative correlate alla raccolta intelligente delle impronte genetiche.

Scalia, con il suo consueto stile effervescente, stigmatizza la ipocrisia di questa impostazione: “*The Court’s assertion that DNA is being taken not to solve crime, but to identify those in State’s custody, taxes the credulity of the credulous*”. Il punto è, secondo Scalia, che indipendentemente dal grado di invasività, perquisizioni (*searches*) non sorrette da un ragionevole sospetto di colpevolezza non possono essere mai consentite se il loro obiettivo è investigativo. E, nel momento in cui l’arrestato viene sottoposto a prelievo del DNA, nei suoi confronti non esiste alcun indizio di reità in relazione ai reati che gli potranno essere successivamente addebitati solo grazie al confronto del suo DNA con i profili inseriti nella banca dati. Quindi la sua condizione, rispetto al prelievo, è in tutto identica a quella di qualsiasi altro cittadino.

“*Solving unsolved crimes – dice Scalia – is a noble objective, but it occupies a lower place in the American pantheon of noble objectives than the protection of our people from suspicionless law-enforcement searches... I doubt that the proud men who wrote the charter of our liberties would have been so eager to open their mouths for royal inspection*”.

4

IL PANOPTICON GENETICO

Jeremy Bentham, filosofo utilitarista e teorico della riforma legale britannica, concepiva, nel 1791 circa, un carcere modello in cui un solo guardiano avrebbe potuto controllare i detenuti in tutte le celle. La struttura dell’edificio prevedeva una torre centrale circondata da una costruzione circolare, all’interno della quale erano poste le celle. Posto alla sommità della torre, il carceriere poteva osservare tutti i detenuti senza che questi, grazie a un gioco di luce, potessero accorgersi di essere visti. Di qui il nome di *panopticon* (“che fa vedere tutto”).

Ben presto si costruiscono carceri panottiche in tutto l’occidente: a Filadelfia, a Manchester, a Parigi¹³, a Milano, dove il carcere ottocentesco di S. Vittore è ancora in piena attività. E poi Miyagi, in Giappone, dove il modello panottico riflette le profonde trasformazioni istituzionali dell’epoca Meiji. Perché il rapporto diretto tra imperatore e popolo, senza la mediazione dei signori feudali (*daimyo*) trova la esatta trasposizione nel modello di relazione tra prigioniero e guardiano¹⁴.

Il panotticismo – reso noto in tutto il mondo dagli scritti di Michel Foucault¹⁵ – diviene metafora del potere che controlla non visto, del potere che forgia la “società disciplinare”, in cui essere osservati induce a rispettare le regole.

E che cosa è una banca dati del DNA se non in *panopticon* genetico? Che cosa è se non uno strumento che osserva le condotte degli individui attraverso la loro traccia biologica?

Chiedersi, oggi, se sia giusto – *wise* è la parola che usa Scalia nella sua *dissenting opinion* – costruire un artefatto di questo genere è una domanda che non ha più senso concreto. 54¹⁶ paesi nel mondo hanno, attualmente, una banca dati del DNA ad uso forense. Tra questi troviamo non solo paesi culturalmente vicini a noi, come quelli europei o di matrice anglosassone; ma anche Egitto, Corea, Giappone, Giordania, Bahrein, probabilmente Iran... e molti altri se ne aggiungono giorno dopo giorno. CODIS (USA), il database più vasto, ha superato i 10 milioni di profili riferibili a soggetti identificati. E anche la Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU), nel famoso caso *S. and Marper vs. The United Kingdom*¹⁷ – in cui ha censurato la politica inglese di conservazione

13. La Grand Roquette in Rue de la Roquette, inaugurata l’11 settembre 1830 e disegnata dall’architetto Lebas.

14. NAKAGAWA, *Introduzione alla cultura giapponese – Saggio di antropologia reciproca*, Milano, 2006, 75 ss.

15. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 2004.

16. Il dato, aggiornato al 2011, è già vecchio. Cfr. *National Forensic DNA Databases*, <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/dnadata/fullreport.pdf>

17. Per un commento alla decisione si rinvia a GENNARI, *Genetica forense e codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in. *Resp. civ. prev.* 2011, 1184 ss.

indiscriminata dei campioni anche di persone scriminate da ogni accusa – ha riconosciuto che le banche dati del DNA perseguono il legittimo obiettivo di contrastare il crimine.

E allora il tema centrale – che traspare anche dal caso di Alonzo King – non è più quello del “se”, ma del “come”; della cornice all’interno della quale può avvenire la raccolta dei dati genetici. Questo tema è, nel nostro paese, particolarmente attuale. O almeno così dovrebbe essere avvertito dalla dottrina e dagli operatori del settore. Perché, come si sa, con legge n. 85 del 30 giugno 2009 anche l’Italia si è dotata di una legge istitutiva di una banca dati forense del DNA¹⁸. In realtà, dopo oltre quattro anni dal varo della legge, la banca dati deve ancora vedere la luce. Esistono i laboratori, completamente attrezzati. Ma, al momento in cui si scrivono queste righe, manca ancora il regolamento attuativo che dovrà definire gli aspetti tecnici della raccolta genetica. E soprattutto manca il personale che dovrà gestire la banca dati nazionale.

Peraltro, il fatto di arrivare buoni ultimi ci obbliga a mettere a frutto i risultati del dibattito etico e giuridico già molto avanti nei paesi in cui la banca dati del DNA è da anni una realtà importantissima. Decisioni come quella della corte suprema americana dovrebbero rappresentare motivo di riflessione per arrivare preparati ad analoghi interrogativi che inevitabilmente saranno sollevati pure da noi, una volta che la banca dati nazionale diverrà una realtà tangibile e concreta.

Di seguito una serie di considerazioni per contribuire, pur modestamente, alla discussione.

4.1

IL TRAMONTO DELL’ECCEZIONALISMO GENETICO

Prima di tutto un approccio genetico-centrico appare oggi riduttivo. I problemi posti dalla raccolta e uso del DNA sono sovrapponibili a quelli legati all’utilizzo di molti altri dati antropometrici (fotografie, impronte digitali, iride, geometria della mano, riconoscimento facciale ..)¹⁹. Una delle maggiori preoccupazioni²⁰ legate all’utilizzo del DNA e cioè la possibilità di derivare, da esso, informazioni concernenti dati sensibili della persona (condizione di salute, etnia, caratteri somatici..) non è affatto esclusiva di questa tecnica. Ad esempio, la convinzione che le impronte digitali altro non siano che segni casuali, utili per differenziare una persona da un’altra è culturale, non scientifica. Esiste ampia letteratura medica in cui si evidenzia una correlazione specifica tra la presenza di caratteristiche anomale nella *friction ridge skin*²¹ e patologie come schizofrenia, diabete, alterazioni cromosomiche, leucemia, Alzheimer e altro²². Così come diversi studi ritengono che dalle impronte digitali possano essere ottenute informazioni sulla origine etnica del soggetto²³. Mentre è del tutto superfluo, tanto per dire, ricordare come il riconoscimento facciale possa fornire un gran numero di informazioni personali accessorie, oltre a soddisfare il mero scopo di individualizzazione.

Una tecnologia in rapida crescita e attualmente in uso in Giappone è quella del riconoscimento del tracciato delle vene del palmo della mano (*vein pattern*) attraverso una fotografia a raggi infrarossi. Attualmente non sono disponibili dati su possibili correlazioni tra l’utilizzo di questa tecnica e il disvelamento di determinate condizioni di salute. Tuttavia, già oggi questa relazione è ipotizzabile²⁴.

18. Commenti si possono trovare in GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la legge n. 85 del 30 giugno 2009*, in Resp. Civ. prev., 2009, 2630; AA.VV., *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009; AA.VV., *Banca dati del DNA e accertamento penale* (a cura di Marafioti – Luparia), Milano, 2010.

Di recentissima pubblicazione l’ottimo e documentato lavoro di R. VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano, 2013.

19. Da ultimo si legga la *Opinion 3/12 on developments in biometric technologies*, adottata il 27 aprile 2012 dal Data Protection Working Party europeo.

20. Ovviamente preoccupazione c’è dal punto di vista della tutela della privacy. Visto dal lato del *law enforcement* è un punto di forza del *DNA fingerprinting*.

21. Espressione che non ha corrispondenza in italiano e che denota i caratteri delle impronte digitali.

22. KAYE, op. cit., 1142.

23. *Opinion 3/12 on developments in biometric technologies*, cit., 21.

24. Alcuni autori ritengono che vi possa essere una correlazione con la ipertensione o altre anomalie vascolari.

Più in generale, il tumultuoso processo tecnologico fa predire che, nel breve tempo, saranno disponibili sempre nuove tecnologie, così come quelle vecchie incrementeranno la loro capacità informazionale.

Quindi, tutte le banche dati biometriche – non solo quelle ad uso forense – pongono comuni problemi di bilanciamento con concorrenti diritti; problemi che sono essenzialmente definibili e risolvibili in termini di scopo della raccolta e proporzionalità rispetto ad esso.

4.2

REGOLE E TRASPARENZA

Scrivono i giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo nel noto caso *S. and Marper vs. The United Kingdom*: “*it is as essential, in this context, as in telephone tapping, secret surveillance and covert intelligence-gathering, to have clear, detailed rules governing the scope and application of measures, as well as minimum safeguards concerning, inter alia, duration, storage, usage, access of third parties, procedures for preserving the integrity and confidentiality of data and procedures for its destruction, thus providing sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness*”. Cioè, è fondamentale avere regole chiare e garanzie rigorose contro ogni possibile *misuse* della informazione genetica. Non dimentichiamo che la esistenza di una legislazione di questo genere, nello stato del Maryland e a livello federale, si è rivelato uno degli argomenti decisivi per indurre la corte suprema americana a confermare la legittimità del DNA – BC. Questa condizione è soddisfatta dalla legislazione italiana? Qualche dubbio, e forse anche di più, è lecito nutrirlo.

Come si è detto, la legge n. 85 del 2009 ha introdotto, anche in Italia, le norme necessarie per la istituzione e il funzionamento della banca dati nazionale del DNA ad uso forense. In realtà, dopo quasi quattro della banca dati si vede appena l'ombra²⁵. Ma, al di là di questo, la legge contiene diverse lacune e imperfezioni che attendono ancora di essere risolte. Tra le varie cose, è imprecisa la indicazione della “qualità”²⁶ del dato genetico che potrà essere ammesso alla banca dati, manca una disciplina efficace²⁷ della cancellazione dei profili di indagati nei cui confronti sia pronunciato un provvedimento di proscioglimento o archiviazione, manca una disciplina della durata della conservazione di dati e campioni, manca una esplicita indicazione del carattere necessariamente anonimo del “reperto biologico”, manca una disciplina su alcune modalità particolari di ricerca su banca dati come il *familial searching*²⁸... Molte cose potranno e dovranno essere sistemate con l'adozione dei regolamenti attuativi che ancora devono vedere la luce. Almeno questo è l'auspicio.

Quello che, invece, è del tutto assente è una presa di posizione esplicita sulle tante, probabilmente troppe banche dati semiufficiali, costituite dalle varie forze di polizia. Queste banche dati costituiscono, tutt'ora, un buco nero per le quali non valgono neppure quelle regole minime sulle metodologie di analisi dei campioni²⁹ che invece si applicheranno alla banca dati nazionale.

4.3

BANCHE DATI NON UFFICIALI

E qui veniamo al terzo punto, strettamente legato a quello precedente: quello della *confidence* che la collettività deve potere avere circa il corretto e trasparente uso delle banche dati da parte della pubblica autorità. Fiducia nell'operato delle forze di polizia vuole dire, ad esempio, disponibilità a collaborare negli screening genetici di mas-

25. Tanto che, come precisa il Tribunale del Riesame Brescia, Ordinanza 27 settembre 2012, al momento non è possibile procedere a prelievo biologico ai sensi dell'articolo 9, legge n. 85/2009. Questo, proprio perché la banca dati non è ancora operativa.

26. Espressa dalla certificazione del laboratorio che procede all'analisi.

27. E, soprattutto, coerente con le indicazioni della CEDU in *S. and Marper vs. United Kingdom*.

28. Su tutti questi profili rinvio a GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in AA. VV., *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009, 44 ss.

29. Ad esempio il divieto di analizzare sequenze di DNA in grado di rivelare patologie (art. 11, legge n. 85/2009).

sa³⁰ e sostegno alle politiche di allargamento delle banche dati. La strada del dibattito pubblico, ad esempio, è quella che è stata seguita in Inghilterra³¹, dove il National DNA Database gode di ampio sostegno da parte della pubblica opinione.

Nel giugno scorso, negli Stati Uniti, è esplosa un'aspra polemica legata alla scoperta di un gran numero di banche dati genetiche, organizzate autonomamente dalle varie forze di polizia "under the radar"³². Cioè al di fuori dell'operato ufficiale dell'F.B.I. e dei vari *forensic laboratories* statali. Pochi stati americani hanno una legislazione che regoli banche dati "locali". In Alaska sono esplicitamente proibite. In California e Hawaii sono esplicitamente consentite. In tutti gli altri stati, come in quello di New York, sono semplicemente ignorate. E così la polizia di New York ha ammassato 11.000 profili di potenziali sospetti per reati presenti e futuri. Talvolta la polizia raccoglie non solo i profili dei possibili colpevoli, ma anche quelli delle vittime. E pure le vittime finiscono nella banca dati casalinga.

La notizia rimbalza al di là dell'oceano. I media nostrani presentano la rivelazione con preoccupazione. "Fantascienza?" si chiede stupita RaiNews 24. Si parla di datagate³³, di migliaia di persone schedate³⁴, addirittura di una nazione – gli Stati Uniti – "dalle sfumature orwelliane"³⁵.

E invece, sorvolando sulla corta memoria della stampa locale, nessuno si sarebbe dovuto stupire qui da noi. Quello che è incredibile non è la notizia battuta dal New York Times, ma la totale indifferenza per quello che succede a casa nostra. Sì, perché risale al 2006 la emersione di una banca dati del DNA, organizzata dal RIS dei Carabinieri e contenente – secondo gli accertamenti condotti dal Garante della Privacy – 19.000 profili, 11000 dei quali appartenenti a persone identificate nel corso di indagini ma mai indagate³⁶. Persone tra le quali vi sono comprese le vittime del reato per il quale si indagava. Oggi, a distanza di sette anni, è semplicemente ridicolo pensare che questo numero non sia cresciuto in maniera significativa. Della altre forze di polizia nulla si conosce di certo. Poi ognuno potrà fare le sue deduzioni.

All'epoca, quando venne fuori la notizia, quasi nessuno scrisse nulla. Ma si sa che le notizie dal sapore *yankee* sono sempre più "sexy" per i nostri organi di informazione.

Naturalmente –ci tengo particolarmente a sottolinearlo – non è in discussione la totale buona fede di chi organizza queste banche dati. Si vogliono solo assicurare più colpevoli alla giustizia e non certo sorvegliare i modo occulto i cittadini. Ma il tema centrale non è questo. Nessun buon proposito dovrebbe giustificare scelte opache, scelte che minano la fiducia – già non particolarmente elevata – che i cittadini hanno verso le istituzioni, scelte che possono fare pensare che dietro una richiesta di collaborazione magari ci può essere chissà quale strana manovra.

4.4

LEGISLATORI E SCIENZIATI

Ultimo aspetto che voglio trattare è quello delle scelte tecniche, che in realtà solo tecniche non sono, relative all'analisi del DNA. Ad esempio, l'articolo 11 della legge n. 85 del 2009 dice che la tipizzazione del profilo "è eseguita sulla base dei parametri riconosciuti a livello internazionale e indicati dall'European Network of Forensic Science

30. Uno screening di massa, a leggere i giornali, è quello che è stato fatto nel caso dell'omicidio di Yara Gambirasio. A quanti "volontari" a cui è stato chiesto un campione biologico per l'analisi del DNA è stato spiegato il significato di quella attività? e che fine faranno ora quei campioni e quei profilo? Nessuno lo può dire.

31. Dallo *Human Genetics Commission, National DNA Database – Proposed Report, Paper HGC09/P11*: "There should be a clear definition of purpose for the National DNA Database. This should follow from public and parliamentary debate and be enshrined in primary legislation. The Government should encourage vigorous public debate about the database. The HGC's experience has shown that members of the public can grasp the issues in their complexity and contribute to the understanding of policy makers. The Government has nothing to fear from open public debate on this issue".

32. *Police Agencies are Assembling Records of DNA*, The New York Times, 12 giugno 2013.

33. *Libero Quotidiano*, 13 giugno 2013.

34. *Il Giornale*, 14 giugno 2013.

35. *Il Sole24Ore*, 14 giugno 2013.

36. Maggiori particolari, anche sulla collocazione normativa di questa banca dati, in GENNARI, *Genetica forense e codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in *Resp. civ. prev.* 2011, 1184.

*Institutes (ENFSI)*³⁷. Sostanzialmente i *loci*³⁷ esaminati sono quello stabiliti da ENFSI. Ma la scelta dei *loci* è un dato che ha implicazioni che vanno ben al di là della mera efficacia identificativa e non può essere attribuita, con una sorta di delega in bianco, ad un organismo tecnico internazionale. Mi spiego meglio con un esempio concreto. La genetica somatica³⁸, cioè la capacità di predire caratteri somatici (capelli, occhi, pelle, età, morfologia facciale) sulla base della analisi genetica sta compiendo rapidi passi. La banca dati nazionale inglese, peraltro, è già organizzata su base etnica. Cioè i profili sono catalogati in ragione della appartenenza etnica del “proprietario” del campione, desunta dalle sue caratteristiche genetiche. Ed è proprio in Gran Bretagna che il *forensic phenotyping* sta crescendo rapidamente.

L’Olanda è stata la prima nazione ad introdurre una specifica regolamentazione di questi aspetti con un emendamento introdotto addirittura nel maggio del 2003 e quindi con largo anticipo rispetto a quelli che sarebbero stati gli sviluppi tecnologici degli anni successivi. Secondo questa normativa è possibile derivare tratti somatici dal DNA nei limiti in cui siano tratti esteriormente visibili. La ragione, evidentemente, è quella di evitare che il soggetto interessato venga, incidentalmente, a conoscenza di caratteristiche che lo riguardano e che lui ignorava³⁹. Inoltre la indagine fenotipica – ma questo dovrebbe essere ovvio – è consentita solo se utile alla investigazione criminale. Altri due paesi europei, Belgio e Germania, si occupano del tema esplicitamente vietando la ricerca di tratti diversi dal sesso. Al di là di questo, in Europa non vi è regolamentazione. Mentre è già stato osservato come l’uso legislativo di espressioni del tipo “regioni codificanti” o “non codificanti” del DNA sia ormai non più attuale⁴⁰.

Ora, qui non interessa stabilire quale legislazione sia migliore o peggiore. Così come è evidente quale sia la notevole utilità potenziale, per indagini criminali, di conoscere caratteristiche fisiche del colpevole⁴¹. Quello che si vuole mettere in luce è che il mantra del *junk DNA*, del DNA che non codifica e non dice niente, utilizzato anche alla Corte Suprema degli USA nel caso Maryland v. King, è semplicemente smentito dalla realtà delle analisi forensi.

L’esempio della genetica somatica è solo uno. Si potrebbero aggiungere altre tecniche di analisi, come il *familial searching*, che pongono interrogativi legali ed etici diversi dall’ordinario DNA *fingerprinting*.

Su tutte queste cose, è la mia convinzione, deve decidere il legislatore, non il tecnico di laboratorio. Magari si autorizzerà tutto, ma deve essere il legislatore a compiere il bilanciamento tra gli eventuali diritti ed interessi in gioco.

37. Cioè le sequenze di DNA.

38. Sugli aspetti tecnici si rinvia a PICCININI, *Identikit genetico: la nuova frontiera delle indagini forensi*?, in *Bioclinica chimica*, 2010, vol. 34, n. 2, 120 ss.

39. M’CHAREK, *Silent Witness, Articulate Collective: DNA Evidence and the Inference of Visible Traits*, in *Bioethics*, 2008, vol. 22, 9, 519-528; KOOPS-SHELLEKENS, *Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues*, in *The Columbia Science & Technology Law Review*, vol. IX, 2008, 169.

40. PICCININI, op. cit., 123.

41. Mentre non giustificata e sicuramente più problematica sarebbe la ricerca di questi tratti sulle c.d. tracce mute o sul DNA della vittima.