

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

7/2020

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

DIRITTO PENALE E BANCA DATI DEL DNA: FINALITÀ DELL'ANALISI GENETICA E PROBLEMI APERTI

di Edoardo Mazzantini

SOMMARIO: 1. Diritto penale e genetica. – 2. Il dato genetico quale criterio del giudizio prognostico sulla predisposizione criminale. – 3. Il dato genetico quale strumento di “identificazione personale”. – 4. Problemi aperti del ricorso alla profilatura genetica a fini giudiziari: spunti di riflessione.

1. Diritto penale e genetica.

Negli ultimi decenni si è assistito, su scala mondiale, all’approvazione di normative nazionali e sovranazionali aventi per oggetto la raccolta di DNA umano e la creazione di *database* genetici¹.

Il ricorso a tali strumenti è stato favorito, in particolare, dalla crescita e dal forte impatto sulla coscienza sociale del fenomeno della criminalità organizzata e del terrorismo internazionale: soprattutto con riferimento a quest’ultimo, è stata avvertita l’esigenza di dotare le Forze dell’ordine di strumenti di contrasto efficaci già sul versante preventivo, oltre che ovviamente sul piano della repressione, e funzionali alla cooperazione tra gli Stati².

Peraltro, l’uso del *DNA fingerprint* si pone in linea di continuità con tutti quei meccanismi di profilazione – principalmente, la raccolta delle impronte digitali e degli altri dati biometrici – impiegati nell’ordinaria attività di indagine finalizzata all’accertamento dei reati. Tant’è vero che pure in Inghilterra e negli altri Paesi del Regno Unito, pionieri nella raccolta dei dati genetici e nel loro utilizzo a fini giudiziari, l’istituzione di una banca dati del DNA è stata da sempre giustificata in ragione, sia delle istanze di “lotta al terrorismo”, sia più genericamente delle linee politiche di sicurezza pubblica³. E inoltre, il presentarsi di analoghe necessità di profilazione ha determinato una – fisiologica, ma non per questo neutra – estensione dello strumento genetico anche rispetto alle attività di controllo dei flussi migratori, oltre che alle esigenze riguardanti la scomparsa o il ritrovamento di persone⁴.

¹ Per un approccio, generale ma esaustivo, al tema: L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona. Uno studio comparato sull’uso (e abuso) delle Banche dati del DNA a fini giudiziari*, Milano, 2017; L. SCAFFARDI (a cura di), *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, Bologna, 2019.

² L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., p. XI.

³ L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., pp. 76 ss. e spec. pp. 78 s.

⁴ Assieme al terrorismo e alla criminalità comune (transfrontaliera), l’immigrazione illegale è uno dei

Tale diffusione dell'analisi genetica sembra dettata da due ragioni fondamentali. Anzitutto, il suo utilizzo gode di ampio consenso in sede applicativa per effetto degli alti standard scientifici di riscontro adottati e si rivela notevolmente efficace grazie anche al fatto che numerose sono le tracce a partire dalle quali è possibile procedere alla raccolta e alla profilazione (è sufficiente un capello, una traccia di saliva o un residuo di epidermide)⁵. In secondo luogo, un ricorso "massiccio" alla raccolta del DNA è (stato) sostenuto da decenni di politiche di ispirazione securitaria, che hanno impresso una forte spinta all'implementazione su vasta scala di strumenti volti a garantire condizioni diffuse di "maggiore sicurezza" rispetto ad alcuni fenomeni non graditi: tra i quali, per l'appunto, non solo la delinquenza comune o la criminalità terroristica/organizzata ma anche l'immigrazione irregolare e di massa dai Paesi poveri⁶. In questo senso, si parla anche di *biologicizzazione della sicurezza* per sottolineare come le politiche pubbliche nell'ambito della sicurezza si basino ampiamente sullo strumento del *DNA fingerprint* e sull'attività di profilazione mediante le banche dati⁷.

Fatto sta che, come si diceva poc' anzi, l'impiego del *DNA fingerprint* è divenuto usuale nella attività di prevenzione e contrasto dei reati. Tuttavia, non sempre chiare sono le finalità del ricorso a tale strumento nell'ambito del processo penale. Ebbene, in linea generale, si possono individuare due orizzonti distinti nell'utilizzo dell'analisi genetica: un primo impiego, assai problematico e a tutt'oggi poco frequente, può aversi a fini di accertamento della predisposizione criminale dell'indagato, dell'imputato e del condannato; un secondo impiego, decisamente più diffuso, può aversi a fini di identificazione personale.

2. Il dato genetico quale criterio del giudizio prognostico sulla predisposizione criminale.

Si diceva, le potenzialità di indagine del patrimonio genetico umano possono indirizzare l'impiego del *DNA fingerprint* alla ricerca di quei tratti genetici sintomatici della predisposizione criminale.

Per un verso, in una prospettiva che potremmo definire "preventiva *tout-court*", l'isolamento di "geni criminali" potrebbe condurre ad un utilizzo dello strumento

fenomeni che i Paesi sottoscrittori del Trattato di Prüm, sul quale si v. *infra*, hanno inteso contrastare attraverso una attività di cooperazione fondata proprio sulla profilazione genetica e sul reciproco accesso ai *database* genetici.

⁵ R. BIONDO-S. BARBATO, *L'organizzazione e il funzionamento della Banca dati nazionale del DNA*, in *La banca dati italiana del DNA*, cit., pp. 63 ss. e spec. pp. 69 ss. Si v., con particolare riferimento al rapporto tra sapere scientifico - anche genetico - e giudice, le riflessioni di G. UBERTIS, *Prova scientifica e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1198 ss.

⁶ L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., p. 256.

⁷ Si v. R. BROWNSWORD, *Genetic Databases: One for All and All for One?*, in *King's Law Journal*, vol. 18, 2007, pp. 247 ss. E inoltre, sottolinea G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 6 s., anche gli operatori del diritto e in particolare gli inquirenti sempre più tendono a sostituire lo strumento genetico alle più tradizionali attività di indagine.

genetico a fini di applicazione delle misure *ante/praeter delictum*⁸. Per altro verso, in chiave pur sempre prognostica ma in una prospettiva che potremmo definire “preventivo-repressiva”, una asserita propensione genetica alla delinquenza potrebbe essere considerata a fini endoprocessuali e segnatamente (in sede di indagini) nell’apprezzamento delle esigenze cautelari, oppure – negli ordinamenti che contemplano istituti di questo genere – nel giudizio di concessione della c.d. “libertà su cauzione” (*bail*), oppure in sede di commisurazione della pena (per l’apprezzamento della capacità a delinquere), oppure infine nella valutazione sulla recidiva⁹.

Peraltro, se entrambe le prospettive destano preoccupazione, soprattutto là dove sia ipotizzata l’applicazione di misure restrittive in ragione di una pericolosità corroborata unicamente dal DNA, è chiaro che un impiego dell’analisi genetica in chiave “preventiva *tout-court*” risulta radicalmente incompatibile con un diritto penale *del fatto* ispirato ai canoni della *materialità* e dell’*offensività*¹⁰. Invero, non è ammissibile che la stessa decisione sull’applicazione di misure di sicurezza o di misure di prevenzione si fondi su connotati – biologici, ma pur sempre – afferenti alla persona(lità) del singolo¹¹. E in tal senso, considerazioni analoghe valgono anche per il ricorso in termini strettamente preventivi all’indagine neuroscientifica o agli algoritmi predittivi: tali strumenti potrebbero, al più, funzionare solo “a vantaggio” del soggetto asseritamente pericoloso ossia per evidenziare la non dominabilità (da parte del soggetto medesimo) del fattore di pericolosità. Ma questo, evidentemente, ridurrebbe in modo drastico l’efficacia dell’analisi genetica in chiave di pericolosità sociale, che invece offrirebbe i maggiori – terribili – risultati in una prospettiva di profilassi/incapacitazione dei portatori di “geni criminali”¹².

Diverso, almeno in parte, il discorso per la prospettiva “preventivo-repressiva”. Invero, in questo caso la valutazione in seno alla quale si ipotizza il ricorso al dato genetico non si pone a fondamento dell’applicazione di una sanzione penale. E ciò specialmente per quanto riguarda le valutazioni sulla commisurazione della pena e sulla recidiva, che avvengono sempre a *fatto* di reato già accertato, sicché i geni del soggetto non sono *presupposto* dell’applicazione della misura. In posizione intermedia si colloca, invece, il ricorso al *DNA fingerprint* a fini di decisione sulle esigenze cautelari e sul *bail*: e infatti, senza poter scendere nei dettagli del controverso istituto della libertà su cauzione, è facile apprezzare come per entrambi i “procedimenti incidentali” si riproponga la questione sopra descritta (con riferimento alle misure di prevenzione e

⁸ Sui rischi di involuzioni securitarie fondate sulle banche dati genetiche: P.E. TRACY – V. MORGAN, *Big Brother and His Science Kit: DNA Database for 21st Century Crime Control?*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 90, n. 2, 2008, pp. 635 ss. Si v. pure D.H. KAYE, *Behavioral genetics research and criminal DNA database*, in *Law and contemporary problems*, vol. 69, 2006, pp. 259 ss.

⁹ A questo proposito, si v. soprattutto il punto sull’esperienza applicativa statunitense offerto dall’ampio studio di D.W. DENNO, *Courts’ Increasing Consideration of Behavioral Genetics Evidence in Criminal Cases: Results of a Longitudinal Study*, *Michigan State Law Review*, Vol. 2011, pp. 967 ss.

¹⁰ In tema, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VII ed., 2018, pp. 210 s. e pp. 57 ss.

¹¹ Sulle misure di sicurezza e di prevenzione: F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 558 ss. e pp. 625 ss.

¹² Si v., in particolare, L. CHIEFFI, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in *Bioetica e diritti dell’uomo*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2000, p. 85.

alle misure di sicurezza) dell'applicazione di una misura restrittiva di libertà fondamentali fondata su caratteristiche interamente personali – addirittura, allo stesso tempo, biologiche e personologiche – dell'indagato. D'altra parte, trattandosi pur sempre di misure di natura provvisoria e pertanto di valutazioni – in senso sfavorevole o favorevole all'indagato – aventi portata limitata nel tempo, le criticità risultano in un certo qual modo ridimensionate¹³.

Quanto osservato non toglie che, anche rispetto alla prospettiva “preventivo-repressiva”, rimane aperta la questione di fondo sulla “portata” del ricorso al *DNA fingerprint*, a fronte della possibilità che lo *screening* genetico sia cagione (anche solo) dell'aggravamento del trattamento sanzionatorio e/o della produzione di altri effetti penali deteriori per il reo. E l'unica soluzione possibile sembra essere quella di ipotizzare, in ogni caso, un impiego dello strumento genetico esclusivamente con effetti *in bonam partem* per l'indagato/imputato: dunque, un'applicazione ridotta perché limitata *in nuce* da tutti quei principi che si oppongono alla (plausibile) spinta in chiave deterministica di un accertamento genetico della pericolosità sociale e segnatamente, con riferimento alla commisurazione della pena e alla valutazione sulla recidiva, dai principi di materialità e di colpevolezza.

Non sorprende, dunque, che il ricorso al dato genetico quale criterio del giudizio prognostico sulla predisposizione criminale sia ancora poco esplorato, soprattutto nel nostro ordinamento, dove in effetti nell'unico caso noto in cui il giudicante si è impegnato nell'apprezzamento di alcune, peculiari caratteristiche genetiche dell'imputato tale valutazione è stata operata nell'ambito dell'accertamento della capacità di intendere e di volere e ha condotto alla massima riduzione di pena consentita dalla legge¹⁴.

3. Il dato genetico quale strumento di “identificazione personale”.

Si diceva che l'analisi genetica rappresenta un efficace strumento di identificazione personale. E proprio per tale ragione, quella di “identificazione” è la funzione comunemente accolta dai vari Paesi istitutori di Banche dati del DNA: tra questi anche l'Italia, come attestato dall'art. 5 della Legge 30 giugno 2009 n. 85, dove si enuncia che la Banca dati italiana del DNA è istituita “*al fine di facilitare l'identificazione degli autori dei delitti*”¹⁵.

A questo proposito, occorre prima di tutto chiarire cosa s'intenda per “identificazione” quale funzione dell'analisi genetica. Infatti, se è vero che il DNA può

¹³ Peraltro, l'istituto del *bail* costituisce terreno di sperimentazione, negli Stati Uniti, dei *risk assessment tools* algoritmici: in tema, M. GIALUZ, [Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019.

¹⁴ Si fa riferimento al noto caso *Bayout*, esaminato e così deciso dalla Corte d'Appello di Trieste: App. Trieste, 1° ottobre 2009, *Bayout*, in *Riv. pen.*, 2010, pp. 70 ss. Molto più frequente, invece, il ricorso a tale argomento nel *case law* statunitense: cfr. D.W. DENNO, *Courts' Increasing Consideration of Behavioral Genetics Evidence in Criminal Cases*, cit.

¹⁵ Cfr. R. BARTOLI, *Diritto penale e banca dati del DNA*, in *La Banca dati italiana del DNA*, cit., pp. 45 ss.

essere prelevato ed analizzato per (tentare di) identificare un soggetto altrimenti non identificabile, è vero anche che si tratta di un'applicazione del tutto residuale: per un verso, prima di ricorrere alle – lunghe e non banali – procedure di analisi del DNA l'identificazione verrà operata, ove non disponibile alcuna documentazione anagrafica, attraverso l'analisi dei dati biometrici; per altro verso, affinché il prelievo possa condurre all'identificazione personale deve pur sempre ricorrere quale logica pre-condizione la profilazione del prelevato e cioè occorre che il prelevato sia stato già sottoposto in passato a prelievo del DNA e a profilazione genetica¹⁶. Ad ogni modo, importante è precisare che solo in questa ipotesi il ricorso al *DNA fingerprint* svolge la funzione di vera e propria identificazione personale.

Diversamente, in tutti gli altri casi in cui si faccia ricorso allo strumento genetico – ossia nella maggior parte degli stessi – la finalità del suo impiego *non* è quella di dare un nome ad un volto in carne ed ossa, bensì quella di associare una traccia pervenuta sul luogo di commissione del reato (o comunque connessa alla commissione di un reato) ad una identità presente nel *database* genetico e quindi al profilo genetico di un soggetto sottoposto a prelievo¹⁷. In questa prospettiva, il *DNA fingerprint* concorre al funzionamento della normale attività di prevenzione e repressione dei reati: da un lato, infatti, il prelievo disposto nel corso di una attività di indagine non solo identifica il soggetto per il procedimento in cui esso è operato ma al contempo incide (potenzialmente) su procedimenti diversi e successivi; dall'altro lato, esso consente di associare il prelevato con una sua qualsiasi traccia rinvenuta, ieri, sulla scena di un crimine rimasto "irrisolto" oppure, oggi, sulla scena del reato per cui si procede oppure ancora, un domani, in una nuova scena delittuosa.

In sostanza, osservata in questa luce l'analisi genetica si connota quale formidabile strumento di "risoluzione" dei casi all'attenzione degli inquirenti, siano essi casi nuovi e cioè fatti di reato di recente commissione, siano essi *cold cases* ossia crimini realizzati da tempo ma rimasti giudizialmente "senza risposta". Come ampiamente notato nella dottrina processualpenalistica, la prova genetica si è imposta quale "prova regina" del processo penale e questo soprattutto agli occhi dell'opinione pubblica, alla quale i mass media offrono la narrazione di uno strumento pressoché infallibile, là dove invece gli studiosi hanno da tempo preso consapevolezza dei limiti pur sempre presenti anche in uno strumento di indagine così tecnicamente evoluto¹⁸.

Peraltro, queste potenzialità nell'attività di accertamento dei reati sono state colte dal legislatore italiano già prima dell'intervento con cui si è provveduto alla istituzione

¹⁶ Si v., in questo senso, la celebre *dissenting opinion* vergata dal Justice Scalia in opposizione alla *majority opinion* della sentenza *Maryland v. King* resa nel 2013 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in un caso riguardante l'utilizzo dei campioni biologici prelevati da una persona arrestata, ma non anche poi condannata, a fini di accertamento di reati diversi da quello per cui si procede: *Maryland v. King*, 569 U.S. 435 (2013).

¹⁷ Cfr. R. BIONDO – S. BARBATO, *L'organizzazione e il funzionamento della Banca dati nazionale del DNA*, in *La Banca dati italiana del DNA*, cit., pp. 71 ss.

¹⁸ Si v., in particolare: G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, cit., pp. 6 ss.; L. LUPÀRIA, *Prova genetica e Banca dati nazionale. Quali sfide per il processo penale contemporaneo*, in *La Banca dati italiana del DNA*, cit., pp. 38 ss.

della Banca dati del DNA. In particolare, il nostro Parlamento si è trovato nell'urgenza di approntare una disciplina per il prelievo ematico ai fini della determinazione del profilo genetico all'indomani degli attentati terroristici di Londra del 7 Luglio 2005, stante il vuoto venutosi a creare nell'ordinamento per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 238 del 9 Luglio 1996, con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del potere del giudice *ex art.* 224 c.p.p. di disporre misure incidenti sulla libertà personale (e finanche "corporale") dell'indagato/imputato o di terzi al di fuori di quelle specificamente previste nei casi e nei modi di legge¹⁹. E in quella circostanza, mediante la Legge 31 luglio 2005 n. 155, di conversione del Decreto legge 27 luglio 2005 n. 144, tra le "misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale" si era contemplata la possibilità per la polizia giudiziaria di procedere all'identificazione personale, su autorizzazione del solo pubblico ministero e senza alcun intervento del giudice, a mezzo di saliva o capelli, anche rispetto a soggetti terzi *non* sospettati: possibilità che, essendo la previsione inserita nel corpo dell'art. 349 c.p.p., veniva introdotta con portata generale rispetto all'attività di indagine e accertamento dei reati²⁰. Con questo intervento, si rendeva evidente, anche nel nostro Paese, lo stretto rapporto tra l'accertamento coattivo del DNA e quelle politiche di contrasto al terrorismo – segnatamente al terrorismo internazionale di matrice islamica – adottate soprattutto in Europa e nel Nord America a seguito degli attentati alle *Twin towers* di New York del 11 settembre 2001²¹.

A ben vedere, la novella del 2005 introduceva profili normativi fortemente critici, oltretutto con portata generale, stante il drastico esautoramento in capo al giudice di poteri di intervento e di controllo sull'attività di prelievo²². Ma l'esclusione del controllo giurisdizionale in sede di *prelievo* non rappresentava l'unica criticità del sistema a quella data. Infatti, problematica si presentava pure l'assenza nell'ordinamento italiano di una qualsiasi disciplina per il momento della *conservazione* dei campioni biologici e dei profili genetici elaborati a partire dai primi²³. Addirittura, se rispetto al momento del prelievo si poteva parlare di una disciplina inadeguata, rispetto al momento della conservazione si doveva parlare di assenza di disciplina, sicché le procedure risultavano interamente rimesse alle Forze dell'ordine o per meglio dire ai singoli corpi interni alle Forze dell'ordine che, attraverso un'attività sistematica di profilazione, si erano dotate, nella sostanza, di *database* genetici²⁴. Infine, la mancanza di una disciplina organica del ricorso allo strumento genetico e di istituzioni deputate all'elaborazione del materiale biologico (laboratori) e alla conservazione dei profili individuali (Banca dati) collocava l'Italia al di fuori di quella rete di condivisione dei dati genetici tra Stati realizzata in particolare dal Trattato di Prüm, concluso in data 27 maggio 2005 da un gruppo di Paesi membri dell'Unione Europea a fini di contrasto della criminalità comune e di lotta al terrorismo,

¹⁹ Si v. L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., pp. 29 ss. e pp. 186 s.

²⁰ In tema, si v. C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, p. 106.

²¹ Cfr. L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., pp. 256 s.

²² Si v. R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris e R. Orlandi, Torino, 2006, pp. 337 ss.

²³ L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., pp. 192 s.

²⁴ Si v. il caso del RIS di Parma menzionato da L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., 198 s.

ma anche – per effetto di una equiparazione sintomatica delle visioni securitarie dominanti – a fini di contrasto dell’immigrazione irregolare²⁵. Presupposto della condivisione di queste informazioni era ed è, chiaramente, rappresentato dalla conservazione dei dati genetici, reso a sua volta possibile dalla (previa) esistenza di una Banca dati del DNA: trovandosi sfornita di una simile istituzione, l’Italia non poteva ratificare il Trattato e partecipare a tale cooperazione.

Ebbene, il superamento di questa situazione di criticità ed *impasse* si è avuta, anzitutto, con l’approvazione della Legge 30 giugno 2009 n. 85 istitutiva della Banca Dati del DNA e, poi, con l’adozione del successivo D.P.R. 7 aprile 2016 n. 87 recante le disposizioni di attuazione della legge: così, dal 2009 anche l’Italia si è dotata di una sua Banca dati genetica e dal gennaio del 2017 (quindi, dopo altri sette anni e più) tale istituzione ha iniziato a funzionare²⁶. A questa istituzione occorre guardare per comprendere come, effettivamente, raccolta e analisi del DNA assolvano alla funzione di *identificazione* nei termini più sopra delineati.

La Banca dati nazionale del DNA è collocata presso il Ministero dell’Interno, Dipartimento della Pubblica sicurezza, Direzione centrale della Polizia criminale, Servizio per il Sistema informativo interforze²⁷. La Banca dati raccoglie i profili elaborati a partire da diverse tipologie di tracce biologiche: dai reperti raccolti sulla scena di un delitto o comunque su cose pertinenti al reato; dai campioni biologici relativi a persone scomparse o di loro consanguinei, nonché dai campioni prelevati da cadaveri o resti cadaverici non identificati; da soggetti detenuti, arrestati o fermati, dopo la convalida del giudice²⁸. Grazie alla raccolta di questi profili, la Banca dati nazionale del DNA consente il “*raffronto dei profili del DNA a fini di identificazione*” (art. 7 lett. d, legge 85/2009) e cioè permette di confrontare i profili elaborati a partire dalle tracce rinvenute sulla scena del crimine con i profili contenuti nel *database* genetico così da agevolare l’attività di indagine dei soggetti inquirenti²⁹. Inoltre, per effetto del *network* realizzato attraverso il summenzionato Trattato di Prüm, la Banca dati consente lo scambio di informazioni su profili genetici con le banche dati degli altri Stati aderenti e questo sempre per la finalità di contrasto al crimine, oltre che di lotta al terrorismo e di contrasto dell’immigrazione irregolare³⁰.

Oltre alla Banca dati, è istituito il laboratorio centrale per la Banca dati nazionale del DNA presso il Ministero della Giustizia, Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria, Direzione generale dei Detenuti e del Trattamento³¹. Il laboratorio è l’unico istituto deputato alla tipizzazione del DNA dei soggetti ristretti – in via provvisoria o definitiva – nella libertà personale o comunque destinatari di misura alternativa alla detenzione, di cui all’art. 9 della Legge 85/2009. Viceversa la tipizzazione

²⁵ In tema, si v. R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’immigrazione. Strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Quest. giust.*, 2011, n. 2, pp. 17 ss.

²⁶ R. BIONDO–S. BARBATO, *L’organizzazione e il funzionamento della Banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 63.

²⁷ R. BIONDO–S. BARBATO, *L’organizzazione e il funzionamento della Banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 63.

²⁸ Cfr. Legge 30 giugno 2009 n. 85, art. 7, lett. a), lett. b) e lett. c).

²⁹ R. BIONDO–S. BARBATO, *L’organizzazione e il funzionamento della Banca dati nazionale del DNA*, cit., pp. 71 ss.

³⁰ R. BIONDO–S. BARBATO, *L’organizzazione e il funzionamento della Banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 64.

³¹ R. BIONDO–S. BARBATO, *L’organizzazione e il funzionamento della Banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 69.

dei profili del DNA a partire dai reperti biologici raccolti sulla scena del crimine o da cose pertinenti al reato può essere eseguita, oltre che dal laboratorio centrale, anche dagli altri laboratori la cui prova del DNA è accreditata da Accredia, che funge da ente unico nazionale di certificazione del rispetto dello standard internazionale³².

4. Problemi aperti del ricorso alla profilatura genetica a fini giudiziari: spunti di riflessione.

Fin qui, il tentativo di offrire un quadro generale sul ricorso all'analisi genetica nell'ordinamento penale, come detto, essenzialmente a fini di identificazione personale o per meglio dire di accertamento dell'identità di soggetti legati ad una vicenda criminale per il tramite delle tracce biologiche rinvenute sulla scena del reato o sulle cose pertinenti al reato medesimo.

Indubbiamente, il ricorso al *DNA fingerprint* offre grandi benefici per i soggetti inquirenti e questo, a maggior ragione, nel momento in cui il dato genetico "profilato" sia destinato alla conservazione nella Banca dati del DNA e alla elaborazione attraverso i sistemi di *matching* con i campioni biologici connessi a (nuove) vicende criminali. Nondimeno, il potenziamento di questo strumento va osservato con grande avvedutezza perché, anche là dove esso venga utilizzato in ossequio ai più rigorosi parametri scientifici, numerosi sono i profili critici che emergono nelle diverse fasi del suo impiego.

Anzitutto, un primo aspetto estremamente delicato attiene al momento del prelievo e riguarda l'intrusione nella sfera personale che si realizza qualora la raccolta del DNA *non* avvenga con il consenso del prelevato³³. Soprattutto, appare problematica l'ipotesi del prelievo eseguito sui soggetti *in vinculis* di cui all'art. 9 della Legge 85/2009, quando il prelievo sia eseguito coattivamente: infatti, sia per il caso in cui ricorra il consenso del prelevato, sia per il caso in cui il consenso non sia prestato, la legge prevede sempre che l'operazione sia eseguita senza intervento del giudice. È chiaro, invece, che sebbene il prelievo sia eseguito su soggetti già ristretti, si tratta di una nuova e ulteriore limitazione della libertà personale: anzitutto perché tale limitazione è posta in essere in ragione di una nuova e diversa finalità, relativa tanto all'accertamento in corso quanto all'accertamento per reati commessi in futuro³⁴; e inoltre, perché tale operazione implica l'intrusione – seppur minima – nella sfera *corporale* del prelevato e pertanto pone problemi relativamente a interessi ulteriori e distinti rispetto alla libertà personale e cioè alla riservatezza/*privacy*, per un verso, e alla dignità personale, per l'altro³⁵.

Ancor più delicato, se possibile, risulta poi il momento della conservazione del DNA che si fonda sulla profilazione dei prelevati. Su questo versante, il problema è

³² In tema, si v. S. PELOTI, *L'accreditamento dei laboratori di genetica forense: l'inizio di una nuova fase storica, non senza vittime*, in *La Banca dati italiana del DNA*, cit., pp.143 ss.

³³ In tema, si v. ancora G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, cit., pp. 7 ss.

³⁴ Si v. R. BARTOLI, *Diritto penale e banca dati del DNA*, cit., pp. 52 s.

³⁵ L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., pp. 31 ss.

rappresentato dall'attività di raccolta e "stoccaggio" delle identità genetiche, la quale in ragione della mole di informazioni e della potenza degli strumenti di analisi e consultazione affida al potere pubblico un efficientissimo strumento di controllo sociale. Ora, è chiaro che l'idea della profilazione non nasce con la Banca dati del DNA, essendo già presente in tutti quegli strumenti di identificazione personale che storicamente hanno preceduto il *DNA fingerprint*, dall'impronta digitale alle altre rilevazioni biometriche³⁶. Nondimeno, i due aspetti della natura genetica del dato conservato e della raccolta in una banca dati informatizzata determinano un salto – non solo quantitativo, bensì – qualitativo nello strumento, tale da aumentare esponenzialmente le possibilità di controllo nelle mani del potere pubblico, con notevole sofferenza dell'interesse alla riservatezza/*privacy* in capo ai consociati³⁷.

Infine, notevole attenzione deve prestarsi anche alla fase dell'*impiego* del dato genetico, che si realizza nell'operazione di *matching* tra le tracce biologiche rinvenute sul luogo del delitto e il profilo genetico presente nella memoria del *database*. In questo senso, la profilazione genetica opera – autonomamente, cioè a prescindere dalla vicenda punitiva – una sorta di "deterrenza speciale": è chiaro, infatti, che la conservazione in banca dati dell'identità genetica in funzione di un futuro riscontro rappresenta un potente disincentivo alla commissione di reati e in special modo di quei fatti criminosi nella realizzazione dei quali il soggetto rischia di "seminare" tracce genetiche. Tuttavia, occorre operare una distinzione. Quando la minaccia del futuro utilizzo del dato genetico è rivolta al soggetto condannato in via definitiva (per uno dei delitti di cui all'art. 9, comma 2, legge 85/2009), questa "deterrenza speciale" va – si può dire, semplicemente – ad aggiungersi alla prevenzione speciale già esercitata nei suoi confronti dalla pena³⁸. Quando invece il profilo conservato nella Banca dati nazionale del DNA appartenga a soggetto non condannato in via definitiva, la "deterrenza speciale" opera *in assenza* di un accertamento di responsabilità penale, quindi *sine delicto* o comunque *praeter delictum*: ciò accade, nel nostro ordinamento, nell'ipotesi dell'archiviazione e in numerose ipotesi di assoluzione con formula non pienamente liberatoria (sempre che si sia proceduto per uno dei delitti di cui all'art. 9, comma 2, legge 85/2009), giacché in questi casi la profilazione disposta nel corso del procedimento *non* è soggetta a cancellazione³⁹. In buon sostanza, ancora una volta emerge come l'analisi genetica abbia una portata tanto penetrante da finire per rappresentare in sé uno strumento di deterrenza rispetto al prelevato, la cui giustificazione risulta però fortemente incerta rispetto a soggetti non condannati, e sia tale da imprimere alla giustizia penale una notevole spinta in senso preventivo, resa particolarmente problematica dall'applicazione del *familial searching* e addirittura drammatica dalla

³⁶ Si v. L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., pp. 1 ss.

³⁷ Sui rischi connessi ad uno stoccaggio massivo dei dati genetici, supportato dall'incrocio con altri Big Data e, semmai, orientato ad un contrasto della criminalità in chiave predittiva: L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., p. 176 e pp. 260 s.

³⁸ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 33 ss.

³⁹ Cfr. Legge 30 giugno 2009 n. 85, art. 13.

possibilità – per lo meno, tecnica – dell’effettuazione di *screening* di massa basati su logiche di pericolosità sociale/controllo para-penale preventivo⁴⁰.

⁴⁰ In questo senso, si v. L. Scaffardi, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., p. 256. Per *familial searching* si intende una tecnica che consente di realizzare un *matching* tra il dato genetico rilevato nel corso di un procedimento penale e il profilo genetico di uno o più soggetti che presentano una corrispondenza *parziale*: in tema, si v. T. HICKS – F. TARONI – J. CURRAN – J. BUCKLETON – V. CASTELLA – O. RIBAU, *Use of DNA Profiles for Investigation Using a Simulated national DNA Database: Part II. Statistical and Ethical Considerations on Familial Searching*, in *Forensic Science International: Genetics*, vol. 4, 2010, pp. 316 ss. Con riferimento agli *screening* di massa, si v. il caso statunitense riportato da D. NELKIN, *Bioetica e diritto*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, Bologna, 1998, p. 151.