

La prova della paternità tra il c.d. diritto del figlio all'autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) e il diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza

Elena de Carvalho Gomes¹

Resumo

O presente artigo constitui um breve comentário à decisão da Corte Constitucional Federal Alemã – *Bundesverfassungsgericht* – que, em 2005, impediu a utilização, como meio de prova em ação voltada à impugnação da paternidade, de teste de DNA realizado clandestinamente pelo autor.

Palavras-chave: Direito alemão. *Bundesverfassungsgericht*. Paternidade. Direito ao conhecimento da própria ascendência. Direito ao conhecimento da própria descendência. Direito à autodeterminação informativa.

359

Riassunto

Il presente articolo costituisce un breve commento alla sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca – *Bundesverfassungsgericht* – che, nell'anno del 2005, ha vietato l'utilizzo quale mezzo di prova, nei processi di disconoscimento della paternità, del test del DNA realizzato clandestinamente sotto richiesta dell'autore.

Parole chiave: Diritto tedesco. *Bundesverfassungsgericht*. Paternità. Diritto alla conoscenza delle proprie origini. Diritto alla conoscenza della propria discendenza. Diritto all'autodeterminazione informativa.

Bundesverfassungsgericht 13 febbraio 2007 – 1 BvR 421/05²

1. Il legislatore deve mettere a disposizione un procedimento idoneo all'attuazione del diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza (combinato disposto degli artt. 2, 1° comma, 1°, 1° comma, Grundgesetz) indipendentemente dall'accertamento della paternità.

¹ Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC).

² Concebido como una *nota a sentenza*, isto é, como um breve comentário à decisão da Corte Constitucional Federal Alemã – *Bundesverfassungsgericht* (BverG) – acima referida, o presente artigo foi originalmente publicado no periódico italiano *Famiglia – Rivista di diritto italiano e internazionale della famiglia e delle successioni*, Roma, v. 1, 2008, p. 169-185.

2. Non sussiste violazione della Costituzione da parte delle Corti, quando esse rifiutano l'utilizzo come mezzo di prova di un'analisi genetica segretamente realizzata, destinata all'accertamento della paternità, al fine di evitare una lesione del diritto del figlio di autodeterminarsi rispetto alle informazioni che lo riguardano, garantito dal combinato disposto degli artt. 2, 1° comma, e 1°, 1° comma, Grundgesetz³.

Sommario: 1. Le dimensioni del problema in Germania. 2. I fatti e gli antecedenti della sentenza. 3. Il c.d. "sospetto iniziale" (Anfangsverdacht): problemi e controversie. 4. Il mancato bilanciamento tra il diritto del figlio all'autodeterminazione informativa (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) ed il diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza. 5. L'ipertrofia del diritto alla conoscenza delle proprie origini.

Le dimensioni del problema in Germania

360 Molto attesa era la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* (BVerG) sul problema delle perizie private destinate all'accertamento della paternità, soprattutto dopo l'intenso dibattito che ebbe luogo in Germania, scaturito da un'intervista concessa dal Ministro della Giustizia tedesco. Ad avviso di quest'ultimo, la realizzazione delle perizie senza il necessario consenso delle persone il cui materiale biologico viene impiegato dovrebbe essere non soltanto vietata, ma persino punita come reato⁴. In seguito a queste dichiarazioni, sono stati presentati diversi disegni di legge – qualcuno anche di iniziativa dei singoli *Länder* – per regolare la questione non ancora risolta dal legislatore in termini definitivi come invece avvenuto, per esempio, in Svizzera⁵. Da ciò deriva dunque l'importanza della sentenza del BVerG, ravvisabile sia nella presa di posizione della più alta Corte tedesca sulla *vexata quaestio*, che nelle indicazioni fornite al legislatore per l'elaborazione di una legge che ponga fine alla situazione di incertezza in cui ancora oggi versa la materia.

Già da qualche anno si discute in Germania circa la possibilità di utilizzo, nei processi di disconoscimento della paternità, dei test del DNA richiesti dal padre e realizzati senza il consenso né del figlio, né della madre. Il problema si pone soprattutto a causa dell'esigenza – non prevista dalla legge, ma riconosciuta dalla prassi – della previa dimostrazione da parte del padre dei motivi che fondano il dubbio sulla propria paternità. In altri termini, non basta che l'uomo semplicemente affermi di non essere il padre biologico del figlio, aspettando che il giudice disponga il test del DNA nel corso del processo. L'attore in disconoscimento è tenuto a provare il c.d. "sospetto iniziale" (*Anfangsverdacht*), per poi passare alla prova della non paternità, cioè alla perizia genetica, in grado di affermare la discendenza di un individuo.

³ Il testo originale della sentenza si trova in *Juristenzeitung*, 2007, p. 629 s., con nota (*Anmerkung*) di S. BALTHASAR, e anche in *Familie und Recht*, 2007, p. 258 s.

⁴ S. WILLUTZKI, *Heimliche Vaterschaftstests – Anstoß für den Gesetzgeber* in *ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2007, p. 180.

⁵ Cfr. art. 31 e seguenti della legge federale sugli esami genetici sull'essere umano dell'8 ottobre 2004, entrata in vigore il 1° aprile 2007.

L'esito negativo della prova preliminare determina l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento.

Le difficoltà sussistono a causa non soltanto dell'assenza di chiarezza riguardo agli elementi probatori che possono essere dedotti in giudizio per soddisfare il requisito in questione, ma anche dell'imposizione di standard probatori elevati, che fanno gravare sul padre l'onere di un'autentica *probatio diabolica*. In questo contesto, non stupisce che un padre si senta spinto ad avvalersi della prova diretta della non paternità - cioè il test di DNA - nel tentativo di evitare il rigetto dell'azione di disconoscimento a causa della mancata dimostrazione del requisito del sospetto iniziale. Se la madre, in qualità di rappresentante legale del figlio, consente la realizzazione della perizia, non sussistono ulteriori problemi. Ma se si rifiuta di collaborare, e il padre ciononostante decide di portare avanti il test con l'ausilio di materiale biologico prelevato clandestinamente, si configura un problema giuridico, che il BVerG ha per l'appunto cercato di risolvere.

I fatti e gli antecedenti della sentenza

Il ricorrente aveva inizialmente proposto un'azione di disconoscimento della paternità offrendo, per la prova del "sospetto iniziale", un certificato medico che attestava la sua limitata capacità di procreare. Il documento fu considerato inidoneo al fine della prova del requisito preliminare e la domanda venne respinta.

Davanti all'insuccesso della prima azione, il ricorrente ha deciso di proporre un'altra, presentando questa volta una perizia genetica privata effettuata su materiale biologico prelevato all'insaputa sia del figlio, che della madre, suo unico rappresentante legale. Egli si è servito da una gomma di masticare gettata dal bambino, dalla quale fu estratta la saliva per la realizzazione del test del DNA, che ha escluso al cento per cento l'esistenza del vincolo biologico tra il padre e il figlio. Nonostante la certezza raggiunta riguardo alla non paternità, i tribunali⁶ e, in sede di revisione, il *Bundesgerichtshof* (BGH), hanno rifiutato l'utilizzo di un tale test come mezzo di prova, e hanno respinto l'azione.

Nella sentenza del 12.1.2005, il BGH ha riaffermato⁷ la necessità della prova del sospetto iniziale al fine di rendere ammissibile l'azione di disconoscimento della paternità. Tuttavia, ad avviso della Corte, tale elemento non potrebbe basarsi su una perizia privata eseguita senza il consenso degli interessati, ovvero delle persone il cui materiale biologico è impiegato. La soluzione contraria comporterebbe la lesione del loro diritto

⁶ Inizialmente quello di prima istanza (*Amtsgericht*), poi l'*Oberlandesgericht* di Celle, con la sentenza 29.10.2003, n. 352 in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2004, p. 481 s. Sembra opportuno chiarire che le corti non hanno ravvisato una violazione del giudicato nel riproporre l'azione di disconoscimento della paternità da parte del padre.

⁷ Cfr. BGH, 12.01.2005, n. 124, in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2005, p. 340 s. Per la traduzione in italiano della sentenza, curata dalla dott.ssa A. DARDONE, si veda *Familia*, 2005, p. 902 s., con nota di E. CARBONE, *Informationelle Selbstbestimmung e diritto alla prova negli accertamenti di discendenza*. Riferimenti alla sentenza del BGH e, in modo più generale, al problema dei test del DNA realizzati senza consenso dell'interessato possono essere trovati in A. DIURNI, *La filiazione nel quadro europeo* in G. FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, v. 3, Torino, 2007, p. 69 s.

fondamentale all'autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), derivato dagli artt. 2, 1° comma, e 1°, 1° comma della *Grundgesetz*, che sanciscono rispettivamente il diritto al libero sviluppo della personalità e la protezione della dignità umana. Secondo il BGH, nemmeno il diritto del padre alla conoscenza della sua discendenza, ricavato dalle stesse disposizioni, sarebbe in grado di giustificare una violazione di tale diritto.

Il c.d. “sospetto iniziale” (*Anfangsverdacht*): problemi e controversie

La necessità di dimostrare, nel contesto del giudizio di ammissibilità dell'azione di disconoscimento, fatti e circostanze sui quali si fonda il dubbio sulla paternità è confermata dal BVerG, nonostante le critiche della dottrina, e le difficoltà che questa prova suscita in concreto. Nella sentenza oggetto della presente nota, la Corte di Karlsruhe ha ripreso l'argomento sviluppato dal BGH per giustificare questa esigenza che – si ripete – non compare nella legislazione. La dimostrazione del sospetto iniziale troverebbe fondamento nell'art. 6, 1° comma della *Grundgesetz*, nucleo della protezione della famiglia e del matrimonio, nonché nel § 1600b BGB, che identifica il *dies a quo* del termine biennale della proposizione dell'azione di disconoscimento nel momento in cui il padre prende conoscenza delle circostanze che depongono contro la paternità. Secondo il BVerG, l'esposizione dei fatti su cui si basa il dubbio relativo alla paternità consente alle corti di fissare oggettivamente l'inizio del termine, che altrimenti dipenderebbe esclusivamente dalla volontà del padre. Diversamente, infatti, egli potrebbe in qualsiasi momento ricorrere alle corti al fine di promuovere il disconoscimento, situando la nascita del sospetto nei due anni precedenti la proposizione dell'azione. L'esigenza della dimostrazione oggettiva di questo dubbio servirebbe, per l'appunto, a escludere questa possibilità.

Sebbene il BVerG sostenga che gli standard probatori relativi alla dimostrazione del sospetto iniziale non debbano essere elevati – giustamente, visto che si tratta di un giudizio di ammissibilità – molto diverso è ciò che effettivamente si verifica nella prassi. Esempio è il caso che ha dato origine alla pronuncia, nel quale né il certificato medico che attestava la ridotta capacità di procreare dell'attore, né il rifiuto della madre – in qualità di rappresentante legale del figlio – a collaborare ad una perizia privata per l'accertamento della paternità sono stati considerati idonei dal BVerG a fondare il “sospetto iniziale”⁸.

Da quanto emerge dalla giurisprudenza delle corti, sembra necessario dimos-

⁸ L'opportunità di fondare il “sospetto iniziale” sulla base del rifiuto della madre, in qualità di rappresentante legale del figlio, di collaborare alle perizie private è stata prospettata da D. MUTSCHLER, *Unerlaubte DNA-Gutachten als Einfallstor für die gerichtliche Vaterschaftsanfechtung?* in *FamRZ - Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2003, p. 76. Il BGH, nella menzionata sentenza del 12.01.2005, ha espressamente respinto questo punto di vista, adottando l'orientamento accolto dal BVerG. Per le critiche a questa posizione, cfr. S. AESCHLIMANN, *Heimlich eingeholte Abstammungsuntersuchungen – Bedeutung und Handhabung im Abstammungsprozess in Deutschland und der Schweiz* in *FamPra – Die Praxis des Familienrechts*, 2005, p. 523.

trare l'adulterio della madre avvenuto durante il periodo del concepimento⁹, circostanza assai difficile da provare, considerato il carattere intimo e privato che in genere caratterizza l'atto in questione¹⁰. Non essendo possibile dimostrarlo in concreto, e davanti all'imposizione di standard probatori molto elevati riguardo al sospetto iniziale, è naturale che un uomo si senta spinto a provare direttamente la non paternità, facendo del giudizio preliminare la sede della dimostrazione della *causa pretendi*, visto che l'incompatibilità dei profili genetici tra padre e figlio costituisce prova *in re ipsa* dell'adulterio¹¹. Ciò è avvenuto nel caso ora commentato, la cui particolarità consiste peraltro nel fatto che il padre sia ricorso ad una perizia privata realizzata all'insaputa del figlio e di sua madre.

A questo punto, pare opportuno chiedersi se e in quale misura l'esigenza della dimostrazione del "sospetto iniziale" trovi effettivamente giustificazione nella tutela della famiglia e del matrimonio, come sostiene il BVerG. L'articolazione di un giudizio di ammissibilità incentrato su di un requisito la cui prova offre non poche difficoltà all'attore sembra non corrispondere alle finalità dichiarate e neanche all'interesse del minore¹², che il BVerG vuole a tutti i costi proteggere. La pace familiare e di conseguenza il benessere del bambino restano evidentemente compromessi in un caso in cui le parti siano costrette a rivolgersi (considerati le due controversie, una sul certificato medico, l'altra sulla perizia privata, e anche i gradi di giurisdizione nell'ambito dei quali sono state discusse) ben sei volte alla magistratura, per confrontarsi sui requisiti di ammissibilità dell'azione di disconoscimento.

Inoltre è altrettanto chiaro che l'imposizione di standard probatori molto elevati nell'ambito di codesto giudizio di ammissibilità viola direttamente il diritto di azione del padre. Nella sua attuale configurazione, il requisito del "sospetto iniziale" rende molto difficile – se non impossibile – l'ammissione di un'azione di disconoscimento, il che finisce per creare situazioni paradossali, come quella portata alla cognizione del BVerG. Sebbene il vincolo biologico tra

⁹ S. AESCHLIMANN, *Heimlich eingeholte Abstammungsuntersuchungen*, cit., p. 523.

¹⁰ Su questo punto, vale la pena richiamare l'ampio dibattito che si instaurò in Italia a proposito dell'indirizzo giurisprudenziale che interpretava l'art. 235, 1° comma, n. 3 del c.c., nel senso della subordinazione dell'ammissione dell'azione di disconoscimento della paternità alla previa prova, da parte del padre, dell'adulterio della moglie. La Cassazione riteneva che, sebbene fosse possibile procedere all'espletamento delle perizie ematogenetiche anche contemporaneamente alla prova dell'adulterio, questo non avrebbe potuto essere provato tramite i risultati raggiunti con il test medesimo. Così si arrivava a situazioni assurde, in cui nonostante fosse stata provata la non paternità, si rigettava in rito la domanda di disconoscimento per difetto della prova della condizione di ammissibilità. Cfr. Cass. sez. I civ., 22 ottobre 2002, n. 14887, in *Famiglia*, 2003, p. 1103, con nota di A. RENDA, *Provata la non paternità non può dirsi provato l'adulterio: << mulatto di Toscana >> redivivus?*; anche in *Guida al diritto*, 2002, fasc. 43, p. 42 s., con nota di M. FINOCCHIARO, *La volontà di privilegiare la famiglia legittima non sembra in linea con la tendenza legislativa* e in *Famiglia e Diritto*, 2003, p. 4 s., con nota di V. CARBONE, *Il DNA che esclude la paternità biologica è anche 'prova' dell'adulterio della moglie*.

¹¹ Così A. RENDA, *Provata la non paternità non può dirsi provato l'adulterio: << mulatto di Toscana >> redivivus?*, cit., p. 1119.

¹² M. WELLENHOFER, *Die prozessuale Verwertbarkeit privater Abstammungsgutachten* in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2005, p. 666; S. AESCHLIMANN, *Heimlich eingeholte Abstammungsuntersuchungen*, cit., p. 523 s.; A. DIURNI, *La filiazione nel quadro europeo*, cit., p. 69.

autore e convenuto sia stato escluso al cento per cento, l'uomo è rimasto a tutti gli effetti padre del figlio – con le conseguenze materiali che da ciò derivano – a causa dell'oggettiva impossibilità dell'esercizio del suo diritto al disconoscimento della paternità.

In Italia, questo problema non si pone più, essendo stato definitivamente risolto dalla Corte Costituzionale con la sentenza 6 luglio 2006, n. 266, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 235, 1° comma, n. 3 del Codice Civile, nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordinava l'esame delle prove tecniche, da cui risultasse che l'uomo non fosse il padre biologico del bambino, alla previa dimostrazione dell'adulterio da parte della moglie¹³. La Corte ha giustamente ritenuto che l'imposizione di questa prova preliminare ledesse il diritto di azione del padre, essendo irragionevole “in presenza di un progresso scientifico che consente di ottenere direttamente – e quindi senza passare attraverso la dimostrazione dell'adulterio – una sicura esclusione della paternità, che rappresenta l'obiettivo finale dell'azione di cui si tratta”.

In effetti, se oggi l'esame del DNA permette di accertare con quasi assoluta certezza l'esistenza del rapporto di discendenza tra un uomo e ed il bambino la cui paternità gli viene attribuita, non sembra ragionevole fare dipendere il ricorso dalla dimostrazione di condizioni e elementi che non sono in grado di offrire una risposta perentoria alla pretesa dell'autore di escludere la paternità.

Si potrebbe argomentare, in senso contrario, che le corti tedesche non possono fare a meno della dimostrazione del sospetto iniziale, in vista della necessità di stabilire un momento preciso per la decorrenza del termine biennale di proposizione dell'azione di disconoscimento, previsto al § 1600b BGB. In questo caso sarebbe tuttavia più ragionevole che la prova dell'*Anfangsverdacht* si fondasse su parametri meno rigidi, e non eccedesse la misura del necessario, anche se sembra abbastanza dubbio che la dimostrazione della tempestività della proposizione dell'azione debba essere posta a carico dell'attore, ovvero il padre¹⁴.

¹³ Cfr. Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Famiglia*, 2006, p. 1169 s., con nota di E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un'incisiva riforma orientata al favor veritatis* e W. VIRGA, *Disconoscimento di paternità, prova dell'adulterio e test ematogenetico: tra τεχνή e δική*; in *Corriere Giuridico*, 2006, p. 1367 s., con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del DNA e non più dell'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 461 s., con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*. Tra le prime sentenze che hanno dato applicazione al *dictum* della Corte Costituzionale relativo alla sentenza 266/2006 si possono rinvenire Cass. 22 febbraio 2007, n. 4175, e Cass., 3 aprile 2007, n. 8356, entrambe in *Famiglia e Diritto*, 2007, p. 787, con nota di A. RENDA, *La Cassazione recepisce l'intervento della consulta in materia di disconoscimento della paternità e (sopravenuta irrilevanza della) prova dell'adulterio*. L'ultima sentenza è stata pubblicata anche in *Giustizia Civile*, 2007, p. 1859 s.

¹⁴ Per sostenere l'esigenza del “sospetto iniziale”, il BGH argomenta che certamente tocca al figlio, in qualità di convenuto, allegare e provare la scadenza del termine di proposizione dell'azione di disconoscimento; peraltro, siccome codesta prova ha per oggetto fatti e circostanze che sono generalmente conosciuti solo dall'attore, anche a questo dovrà essere imposto l'onere, tuttavia *secondario*, di provare la tempestività della domanda. Questo argomento è contestato da Wellenhofer, che sostiene che di un dovere o onere secondario si possa parlare soltanto quando ci siano indizi che il padre abbia appreso le circostanze che depongono contro la paternità prima dei due anni della presentazione in giudizio della richiesta di disconoscimento: M. WELLENHOFER, *Die prozessuale Verwertbarkeit*

Nonostante il BVerG abbia rifiutato l'argomento dell'attore, che riteneva la realizzazione di una perizia clandestina da equipararsi ad un'azione praticata in "stato di necessità", non sembra che questo avrebbe potuto agire diversamente, considerati i requisiti imposti in sede di giudizio di ammissibilità dell'azione. Gli stessi, se correlati al rifiuto della madre di collaborare al test, e alla mancata prova del suo eventuale adulterio, non lasciano al padre, se non il ricorso a tale modalità peritale. Questa affermazione sembra essere confermata dal fatto che in Germania taluni disegni di legge dispongano la legalizzazione dei test del DNA realizzati senza il consenso dell'interessato, al fine di impiegarli nei processi di disconoscimento della paternità¹⁵. L'esistenza di proposte di questo tenore non può che essere conseguenza più o meno diretta dell'esagerato rigore che caratterizza la disciplina del *Anfangsverdacht* e mette in evidenza la necessità di promuoverne una revisione, se non nel senso della sua esclusione, almeno in quello dell'attenuazione degli standard probatori finora richiesti.

Il mancato bilanciamento tra il diritto del figlio all'autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) ed il diritto del padre alla conoscenza della sua propria discendenza

Confermata la necessità della dimostrazione del sospetto iniziale, il BVerG si è trovato davanti alla questione relativa all'utilizzo della perizia privata, richiesta dal padre e realizzata senza il consenso né del figlio né del suo rappresentante legale, al fine di soddisfare quel requisito. Più precisamente, spettava alla Corte tedesca decidere se l'impiego delle informazioni ottenute tramite un test del DNA realizzato in tali condizioni avrebbe potuto conciliarsi con il "diritto generale della personalità" degli individui coinvolti.

Il BVerG ha identificato essenzialmente due diritti fondamentali in gioco, entrambi derivati dallo stesso combinato disposto degli artt. 2, 1° comma e 1°, 1° comma, *Grundgesetz*, che sanciscono, come visto, il diritto al libero sviluppo della personalità e la protezione della dignità umana. Da una parte, vi sarebbe il diritto del figlio all'autodeterminazione informativa, che intende mettere al sicuro la possibilità conferita all'individuo di modellare la sua sfera privata attraverso il controllo sulle in-

privater Abstammungsgutachten, cit, p. 666. A prescindere da queste considerazioni, l'analisi della giurisprudenza sulla materia permette di concludere che, nella sua attuale configurazione, l'*Anfangsverdacht* impone al padre una vera e propria prova *primaria* – per usare il termine adoperato dal BGH – della tempestività dell'azione che, oltre ad essere estranea agli oneri che gli incombono in quanto attore, esonera il figlio da qualsiasi altro tipo di dimostrazione riguardo la scadenza del termine biennale. Tutto ciò ha come effetto il disequilibrio delle posizioni processuali delle parti, in detrimento ovviamente del padre.

¹⁵ Il riferimento è al disegno di legge del *Land* Baden-Württemberg, sulla "protezione dei diritti della personalità negli esami genetici destinati all'accertamento delle origini biologiche" (*Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Persönlichkeitsrechte bei Abstammungsuntersuchungen*): cfr. S. WILLUTZKI, *Heimliche Vaterschaftstests*, cit., p. 181 s.

formazioni che lo riguardano¹⁶. Dall'altra, il diritto del padre alla conoscenza della sua discendenza, anch'esso rivolto a favorire la costruzione dell'identità personale, attraverso la consapevolezza delle "connessioni familiari", nonché l'accertamento dei rapporti interpersonali.

Evidentemente l'impiego dei risultati ottenuti attraverso un test di paternità realizzato all'insaputa del minore e del suo rappresentante legale lede il diritto del figlio all'autodeterminazione informativa, il quale postula la regola del consenso come condizione dell'accesso ai dati personali, a cui sono riconducibili i dati genetici dotati di potere di identificazione¹⁷. Nel momento, tuttavia, in cui si garantisce al padre il diritto alla conoscenza della propria discendenza, si deve cercare di darne attuazione, il che potrebbe avvenire attraverso l'impiego del risultato del test realizzato. Questa non sarebbe una possibilità da scartare *a priori*, se si considerano gli ostacoli imposti all'attore nell'ambito del giudizio di ammissibilità dell'azione di disconoscimento. Si è configurato dunque un conflitto di interessi, che il BVerG ha risolto in modo quantomeno discutibile.

Di fronte a due interessi appartenenti allo stesso rango – nonché derivati dallo stesso combinato disposto di disposizioni costituzionali – la Corte tedesca avrebbe dovuto procedere ad un bilanciamento concreto degli stessi, per poi decidere a quale accordare prevalenza. Ciò tuttavia non è stato fatto. Benché il BVerG abbia sostenuto che il conflitto avrebbe dovuto essere risolto dal legislatore, alla fine ha fatto la sua scelta in favore della protezione del diritto del figlio all'autodeterminazione informativa. Ciò che stupisce, però, è che per sostenere questa posizione la Corte abbia proceduto ad un bilanciamento astratto degli interessi. Il BVerG si è limitato a dire, in prima battuta, che il diritto del figlio non avrebbe potuto essere violato, e poi, in un secondo momento, che si può riconoscere l'interesse all'utilizzo dei dati personali ottenuti senza il consenso dell'interessato soltanto quando si evidenzino aspetti da cui risulti la necessità imperiosa di accordare prevalenza all'utilizzo di tale prova. Il BVerG non ha però chiarito quali siano gli aspetti dei quali desumere la prevalenza di questa necessità.

La selezione astratta degli interessi meritevoli di tutela costituisce un compito del legislatore. Spetta agli organi di legittimità costituzionale effettuare un bilanciamento tra i veri interessi in conflitto, alla luce dei casi concreti sottoposti al giudizio. Tale bilanciamento non sembra essere stato effettuato correttamente nel caso in specie. Se il BVerG avesse voluto in ogni caso accordare prevalenza all'interesse del figlio, avrebbe piuttosto potuto qualificare come illegittimo – pur riconoscendo la sua natura di diritto fondamentale, e quindi, il concreto conflitto tra diritti – l'esercizio da parte del padre del diritto alla conoscenza della discendenza, in quanto lesivo al diritto del minore all'autodeterminazione informativa.

¹⁶ Per il concetto del diritto all'autodeterminazione informativa, cfr. G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali* in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2000, p. 326, che lo definisce come "[...] diritto a mantenere il controllo sulle modalità di costruzione della propria sfera privata e (per certi versi) della propria identità". Per ulteriori riferimenti al diritto all'autodeterminazione informativa nella dottrina tedesca, cfr. E. BARGELLI, *Profili applicativi dell'interesse legittimo di diritto privato nella legge n. 675/1996* in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, p. 20, n. 28.

¹⁷ E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona*, Pisa, 2005, p. 19.

Questo mancato bilanciamento degli interessi suscita non pochi interrogativi, che si rivolgono soprattutto alle premesse da cui è partito il BVerG: il riconoscimento di un diritto alla conoscenza della propria discendenza e il conflitto di interessi che lo coinvolge. Soffermandoci su quest'ultimo aspetto, sembra più esatto dire che se c'è stato effettivamente un conflitto, questo si è verificato non tanto tra il diritto all'autodeterminazione informativa e il diritto alla conoscenza della propria discendenza, bensì tra il primo e il diritto a disconoscere la paternità. Considerate le particolarità della disciplina tedesca, soltanto per via dell'impiego della prova illegittimamente ottenuta il padre avrebbe potuto fare valere questo diritto. Egli aveva già appreso la sua discendenza, rimanendo il problema per l'appunto nella possibilità di utilizzare questa conoscenza per promuovere il disconoscimento della paternità.

Per ciò che concerne il primo punto, sembra abbastanza dubbia l'affermazione di un diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza che non sia collegato ad un'azione di stato, come sostenuto dal BVerG. Il mancato bilanciamento degli interessi serve soltanto a rafforzare i dubbi riguardo alla natura di questo diritto.

L'ipertrofia del diritto alla conoscenza delle proprie origini

Molto si è scritto sul ruolo del diritto a conoscere le proprie origini e anche sull'importanza conferita ai legami di sangue nello statuto tedesco della filiazione¹⁸. Sono ormai chiari i rapporti esistenti tra questa normativa e la storia della Germania, soprattutto per quel che riguarda il periodo del nazionalsocialismo, durante il quale la ricerca delle origini biologiche divenne strumento rivolto non soltanto alla determinazione dello status, ma anche al raggiungimento di obiettivi di natura politica¹⁹. Benché una certa tendenza alla valorizzazione dei

¹⁸ Cfr. R. FRANK, *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage* in D. LEIPOLD, W. LÜKE, S. YOSHINO (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Peter Arens*, München, 1993, p. 65 s.; Id., *Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?* in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1988, p. 113 s.; Id., *Le droit de connaître ses origines. Comparaison franco-allemande* in *Droit Global Law*, 2005, p. 19 s.; T. DONHAUSER, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Abstammung*, 1996, p. 22 s.

¹⁹ Cfr. R. FRANK, *Compulsory physical examinations for establishing parentage* in *International journal of law, policy and the family*, 1996, p. 209. Scrive a proposito l'autore: "Apart from this, 'hereditary and ethnological investigations' for political reasons were gaining importance in the 1930s. National Socialism was not just concerned with the objective truth in parentage cases, but also with settling the issue of a person's affiliation with a particular 'race or genealogical group'. Typically, a regulation of 6 February 1943 extended compulsory submission to physical examinations to pure administrative proceedings before the *Reichssippenamt* (the bureau for 'genealogical affairs') which did not deal with issues concerning status but only with issues pertaining to race or genealogical group affiliation, regardless of legal classification". Lo stesso autore informa che dopo 1933, la Suprema Corte del Reich (*Reichsgericht*) ammise la proposizione di azioni per l'accertamento delle origini con altri scopi che non soltanto quello di determinare lo status. Per esempio, la Corte ritenne sufficiente, per la proposizione di un'azione di accertamento negativo dell'ascendenza, la pretesa dell'attrice di escludere la sua condizione etnica in parte ebrea: R. FRANK, *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage*, cit., p. 70.

rapporti affettivi si sia verificata nel dopoguerra, la filiazione rimane basata in Germania quasi esclusivamente sui legami biologici²⁰, così come il diritto di famiglia in generale²¹. Nel 1989, il *Bundesverfassungsgericht*²² affermò, in una pronuncia fondamentale, la natura costituzionale del diritto del figlio a conoscere le proprie origini, autonomo e indipendente dal suo diritto a disconoscere la paternità. Il passo seguente in questa linea evolutiva non avrebbe potuto essere altro se non il riconoscimento del diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza²³.

Benché non si possa negare la particolarità dell'indirizzo culturale tedesco – che, diversamente da quello italiano e francese, si orienta quasi esclusivamente verso i legami biologici²⁴ – sembra comunque eccessiva l'estensione conferita al diritto a conoscere le proprie origini.

²⁰ R. FRANK, *La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille* in *Revue internationale de droit comparé*, 1993, p. 636.

²¹ Con riguardo a ciò, sembra opportuno aggiungere che in Germania anche l'uomo che abbia dichiarato di aver avuto rapporti sessuali con la madre durante il periodo legale del concepimento è legittimato a proporre l'azione di disconoscimento della paternità (§ 1600, 1° comma, n. 2 BGB, nella versione introdotta dalla legge del 23.4.2004). L'esito vittorioso del disconoscimento della paternità da parte del genitore biologico conduce all'automatica dichiarazione della paternità di quest'ultimo, conforme dispone il combinato disposto dei §§ 1592, n. 3, BGB, e 640h, 2° comma, ZPO (*Zivilprozessordnung* – Codice di Procedura Civile). Per riferimenti circostanziati alla discussione che ebbe luogo in Germania a proposito dell'attribuzione di legittimazione attiva al padre biologico al disconoscimento della paternità, cfr. A. GENENGER, *Vor Erzeuger zum Vater? Zur rechtlichen Stellung des biologischen Vaters unter besonderer Berücksichtigung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft*, Hamburg, 2006, p. 89 s.

²² Cfr. BVerG, 31.1.1989, n. 124, in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1989, p. 255 s. Sulla sentenza, cfr. B. REINKE, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft*, 1991, p. 110 s. La natura costituzionale del diritto del figlio a conoscere le proprie origini fu affermata nell'ambito della discussione sui presupposti del disconoscimento della paternità da parte del figlio. Nei termini del § 1596, 1° comma, n. 2 BGB, nel testo di allora, tale azione avrebbe potuto essere proposta dal figlio diventato maggiorenne soltanto quando ci fosse stato il divorzio dei genitori, oppure nel caso in cui gli stessi non vivessero insieme da più di tre anni e la ripresa della vita coniugale fosse poco probabile. Lo scopo della regola era di tutelare il matrimonio. Nel caso di specie, sebbene non fossero integrati questi requisiti, i genitori dell'attrice non si opponevano al disconoscimento della paternità. Il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato il § 1596, 1° comma, n. 2 BGB incostituzionale, poiché lesivo del diritto alla conoscenza delle proprie origini, derivato a sua volta dal combinato disposto degli artt. 2, 1° comma e 1, 1° comma, *Grundgesetz*. In quell'occasione la Corte di Karlsruhe ha anche fatto un appello al legislatore, nel senso dell'istituzione di un procedimento preordinato all'attuazione del diritto dei figli di conoscere le proprie origini.

La legge sulla riforma della filiazione (*Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG*, entrata in vigore nel 1° luglio del 1998) ha tenuto conto di questa censura, rimuovendo i limiti allora previsti al disconoscimento della paternità da parte del figlio. Cfr. D. HEINRICH, *La riforma del diritto di filiazione in Germania*, in S. PATTI (a cura di), *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 1998, p. 34. Per ulteriori riferimenti alla riforma tedesca della filiazione del 1998, si veda A. DIURNI, *La riforma del quarto libro del BGB: Il nuovo diritto di filiazione* in S. PATTI (a cura di), *Annuario di diritto tedesco*, cit., p. 47 s.

²³ In questo senso anche R. FRANK, *Compulsory physical examinations for establishing parentage*, cit., p. 216 e Id., *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage*, cit., p. 84.

²⁴ R. FRANK, *La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille*, cit., p. 636.

A prescindere dalle critiche rivolte al diritto del figlio a conoscere le proprie origini²⁵, e che si applicano *mutatis mutandis* anche al diritto a conoscere la propria discendenza, sembra difficile capire, da una parte, in che modo quest'ultimo diritto possa promuovere lo sviluppo della personalità del padre, e dall'altra, come il suo esercizio non costituisca un fattore di perturbazione della pace familiare, che l'art. 6 della *Grundgesetz* intende tutelare. Soprattutto, in quanto si ipotizzi tradotta in atto la richiesta, da parte del BVerG, perché il legislatore istituisca un procedimento preordinato a dare attuazione al diritto del padre di conoscere la sua discendenza.

Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini viene di solito associato alla necessità di promozione della crescita nonché della piena maturazione del soggetto, che, attraverso l'accesso alle informazioni riguardanti la sua ascendenza, acquisisce nuovi elementi integrativi della propria identità. Si può dire, in altri termini, che codesto diritto ha lo scopo di "colmare un pezzo della storia personale ancora vuoto", così da contribuire alla formazione e allo sviluppo della personalità dell'individuo. Da questo deriva il suo fondamento costituzionale, ricavabile nel già menzionato combinato disposto degli artt. 2, 1° comma e 1°, 1° comma della *Grundgesetz*.

Lo stesso non vale per il diritto a conoscere la propria discendenza, riferito all'uomo a cui sia attribuita la paternità di un bambino. Diversamente dalla precedente ipotesi, qui non si possono rinvenire lacune nella storia di vita, da essere colmate al fine di promuovere la costruzione dell'identità personale.

Il diritto alla conoscenza della discendenza può essere criticato anche sotto altri profili, come quello della sua incompatibilità con altri istituti appartenenti al diritto di famiglia. La legge cerca di portare stabilità ai rapporti di filiazione per via dell'istituzione della presunzione di paternità dei figli concepiti durante il matrimonio. Essa può essere superata soltanto attraverso l'azione di disconoscimento, nell'ambito della quale si espleta la perizia volta ad accertare l'esistenza del legame biologico tra padre e figlio. L'esclusione di codesto vincolo per via della prova tecnica conduce alla rimozione dello *status filiationis*, che nell'ipotesi contraria invece viene conservato. In un sistema così articolato, l'introduzione del c.d. diritto del padre a conoscere la propria discendenza non può costituire altro che un fattore di perturbazione, dal momento che rende possibile l'acclaramento di una situazione che depone contro la presunzione di paternità, e che tuttavia coesiste con essa.

²⁵ Cf. R. FRANK, *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage*, cit., p. 82. La critica dell'autore aveva ad oggetto soprattutto l'istituzione di un'azione autonoma destinata a far valere il diritto alla conoscenza delle proprie origini (*Abstammungsfeststellungsklage*), in ragione del fatto che un processo costituisce un mezzo inadatto al raggiungimento delle informazioni sulle proprie origini, giacché né i fatti storici né quelli naturali sono suscettibili di essere stabiliti in modo vincolante, obbligatorio. Conclude, infine, il giurista tedesco: "Der Zivilprozess dient der 'Rechts-, nicht der Selbstfindung'. 'Selbstverwirklichung durch justizförmige Ermittlung der Wahrheit ist dem geltenden Recht fremd": Id., *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage*, cit., p. 82.

Ancora più assurda è l'ipotesi dell'esercizio del diritto a conoscere la discendenza da parte di un uomo diventato padre in forza di un atto di riconoscimento. Qui la condizione di padre viene conferita per effetto di un negozio giuridico²⁶ che, come tale, presuppone una dichiarazione di volontà del soggetto effettuata in assenza di costrizioni esterne. In questo senso, è da ritenere che di regola un uomo non procederà al riconoscimento senza avere indizi sicuri sulla paternità, soprattutto se si considerano le conseguenze – affettive, ma soprattutto materiali – che ne derivano²⁷. Perciò non sembra comprensibile che si attribuisca al padre un diritto alla conoscenza della propria discendenza, il cui esercizio costituirebbe un autentico *venire contra factum proprium* in relazione all'atto di riconoscimento.

L'ammissione di questo diritto appare problematica anche sotto il profilo della protezione della famiglia e della tutela del minore, specialmente nel caso in cui sia effettivamente istituito un procedimento preordinato alla sua attuazione, come auspicato dal BVerG.

Nei termini del ragionamento della Corte di Karlsruhe, è perfettamente possibile che un padre, avendo dubbi sulla paternità, desideri chiarire la questione di fondo senza tuttavia rimuovere il vincolo giuridico esistente tra lui e il figlio, al quale si senta legato affettivamente. Il problema consiste nel fatto che l'attuale diritto tedesco della filiazione non contempla questa ipotesi, poiché condiziona l'esercizio del diritto a conoscere la propria discendenza all'azione di disconoscimento della paternità. Tale circostanza fa sì che, in presenza di un test de DNA che escluda al 100 % la paternità, il rapporto di filiazione venga meno, indipendentemente da considerazioni di altra natura, soprattutto affettiva. Il BVerG conclude così che l'azione di disconoscimento della paternità non rappresenta il mezzo adatto all'esercizio del diritto a conoscere la propria discendenza, il quale dovrà perciò costituire oggetto di un procedimento autonomo previsto dal legislatore. La Corte prospetta anche l'ipotesi per cui l'esclusione – attestata da una perizia – dell'esistenza del vincolo biologico tra padre e figlio in un giudizio di disconoscimento non conduca alla cessazione del rapporto di genitorialità, qualora questa interruzione si mostri contraria all'interesse del figlio.

²⁶ La dottrina tedesca attribuisce al riconoscimento della paternità la natura di negozio giuridico unilaterale personalissimo, i cui effetti dipendono dal consenso della madre o del figlio. Tale qualificazione deriva sia dalla disciplina dell'istituto, che dall'espreso rinvio operato dalle disposizioni che lo regolano alle norme della parte generale attinenti al *Rechtsgeschäft*. Cfr.: M. WELLENHOFER-KLEIN, § 1594 in *Müchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, B. 8 (*Familienrecht II*), München, 2002, p. 101.

²⁷ D'altronde, l'esigenza del consenso della madre al riconoscimento, introdotta dalla riforma del diritto di filiazione del 1998, si giustifica in base al fatto che la madre, in ragione dell'influsso che il genitore naturale può avere sul bambino, non lascerà che suo figlio sia riconosciuto da un uomo che non sia il vero padre, cfr. A. DIURNI, *La riforma del quarto libro del BGB: Il nuovo diritto di filiazione*, cit., p. 56. Cfr. anche A. GENENGER, *Vor Erzeuger zum Vater?*, cit., p. 43: "Grundlage der Vaterschaftsordnung kraft Anerkennung ist der Gedanke, dass derjenige Mann, welcher sich (unter Zugrundelegung der erforderlichen Zustimmungen) durch die Anerkennung als rechtlicher Vater des Kindes feststellen lässt, mit nicht geringer Wahrscheinlichkeit auch tatsächlicher, also genetischer Vater dieses Kindes ist".

L'ultima proposta non può che suscitare perplessità, sia in ragione del cambiamento dell'oggetto della prova dell'azione di disconoscimento – non soltanto l'incompatibilità genetica tra padre e figlio, ma anche l'assenza di pregiudizio all'interesse del minore – che delle difficoltà pratiche che fa sorgere, soprattutto per quel che riguarda la formazione del giudicato. Per esempio, ci si potrebbe domandare se al padre sarebbe concesso riproporre un'azione di disconoscimento fondata sulla mancanza delle ragioni che in un precedente giudizio avevano giustificato il rigetto della domanda di disconoscimento per il possibile danno cagionato al minore. Poi, una volta ammessa questa possibilità, occorrerebbe chiedersi se la proposizione dell'azione precedente abbia effetto interruttivo o sospensivo del termine biennale previsto dalla legge a pena di inammissibilità della domanda. Infine va detto che tale soluzione difficilmente potrebbe conciliarsi con l'obiettivo del disconoscimento della paternità, consistente per l'appunto nell'armonizzazione tra la c.d. paternità naturale e la paternità giuridica.

Per quanto riguarda invece l'istituzione di un procedimento preordinato all'esercizio del diritto alla conoscenza della discendenza, ci sono sufficienti ragioni per mettere in dubbio la sua costituzionalità, soprattutto, come si è già accennato, per quel che concerne il profilo della tutela della famiglia e dell'interesse del minore. L'apertura della via giudiziale all'esercizio di un'azione rivolta a conferire al padre la conoscenza della propria discendenza dà luogo ad una situazione di antagonismo giudiziale – da una parte, il padre, dall'altra, il figlio rappresentato dalla madre – che non può che portare conseguenze negative sul piano dei rapporti interpersonali. Si potrebbe tuttavia osservare come un tale contrasto sia persino fisiologico nei procedimenti di diritto di famiglia, nell'ambito del quale le domande giudiziali non sono esenti da costi umani per le persone coinvolte. La particolarità della situazione configurata dal BVerG – e da ciò deriva la critica – risulta tuttavia dal fatto che la proposizione di un'azione con il solo fine di realizzare un test genetico per accertare la paternità – quindi, in un'ipotesi in cui il cambiamento dello *status filiationis* non è possibile – sembra motivata dall'impossibilità del padre di continuare a convivere con l'idea di non essere il genitore biologico del bambino. In tale contesto, appare poco probabile un cambiamento di atteggiamento da parte sua, una volta attestata la non paternità, non essendo dunque irragionevole prevedere che il procedimento auspicato dal BVerG tenderà a diventare una tappa preparatoria dell'azione di disconoscimento²⁸. Per questa ragione, meriterebbe d'essere messo in discussione quantomeno per il contrasto con il principio dell'economia processuale²⁹. Comunque, anche quando la paternità venisse comprovata nel corso di questo

²⁸ Cfr. S. BALTHASAR, *Anmerkung*, cit., p. 637.

²⁹ Sebbene non sia prevista espressamente né dalla costituzione, né dal codice di procedura civile, l'economia processuale è considerata uno dei più importanti principi etico-giudici dell'ordinamento tedesco. Essa trova attuazione soprattutto sul piano dell'interpretazione delle disposizioni di natura processuale, ma non solo; anche il legislatore deve tenerne in conto, visto che è compito dello Stato istituire procedimenti che siano in grado di garantire la prestazione giurisdizionale nel modo meno oneroso possibile per il cittadino. Ciò spiega l'avvicinamento operato dalla dottrina tedesca ad un altro principio, quello di proporzionalità, allo scopo di conferire al principio di economia processuale fondamento costituzionale. Sul principio dell'economia processuale in Germania, cfr. E.

procedimento, ci sarebbe già stata la perturbazione della coesione spirituale della famiglia in ragione del contenzioso giudiziale, il che potrebbe cagionare danni irrimediabili ai rapporti familiari.

Sembra, pertanto, che il diritto a conoscere la propria discendenza – come del resto anche il diritto a conoscere le proprie origini – affermato nell'ambito di un'azione di stato, finisca, così come in fondo lo stesso procedimento preordinato al suo esercizio, per ritenersi contrario a ciò che il BVerG ha inteso nella sua decisione voler proteggere: la famiglia e l'interesse del minore.