



Data pubblicazione 03.02.2014

Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell' origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana.

di

Vincenzo Baldini¹

SOMMARIO: 1. Premessa. Diritti fondamentali e “processi” di concretizzazione. 2. Il diritto alla conoscenza della paternità biologica nella giurisprudenza di merito tedesca: termini e i riferimenti normativi della fattispecie concreta giudicata. 3. Il ricorso diretto al giudice costituzionale federale e gli esiti della decisione. 4. Il diritto alla conoscenza della paternità biologica quale diritto condizionato dal punto di vista procedurale. 5. Il diritto alla conoscenza della identità biologica in una recente decisione del giudice costituzionale italiano. 6. Immediatezza della tutela costituzionale e diritti dipendenti dalla legge: un ossimoro costituzionale ?. 7. Diritti condizionati e teoria dell' idoneità funzionale: una base argomentativa “a doppia lettura”. 8. La sentenza come atto di concretizzazione dei diritti condizionati. Aspetti problematici di una ipotesi ricostruttiva. 9. Conclusioni.

1. Premessa. Diritti fondamentali e “processi” di concretizzazione.

L' evolversi dell' esperienza sociale, da cui si genera un pluralismo sempre più conflittuale di istanze ed interessi costituzionalmente rilevanti concorre a connotare anche la dimensione problematica che investe il tema della concretizzazione dei diritti fondamentali.

La forza immediata del vincolo giuridico che, per i poteri dello Stato, discende dal relativo dettato costituzionale, come l' esigenza di piena tutela che tali diritti sollevano per il singolo, appare mitigata e condizionata dalla necessità di loro attuazione attraverso, in primo luogo, il legislatore ordinario. Ciò vale sia in ragione dell'

¹ Ordinario in Diritto Costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

esistenza di diritti cd. condizionati dall' esistenza di una disciplina procedurale e/o organizzativa (v. *infra*), sia, anche, della necessità di determinare un giusto (id est: ragionevole) contemperamento tra istanze concorrenti, titolari del medesimo diritto o di diritti comunque equivalenti. L' affermazione di alcuno di essi implica, come è noto, la determinazione di condizioni e modalità di esercizio nell' ottica di un bilanciamento con altri diritti meritevoli di una pari tutela.

Ma il condizionamento che all' effettività di diritti pone l' esigenza di una previa regolamentazione legislativa implica la sospensione dell' efficacia della tutela in assenza di siffatta regolamentazione. Sotto il fuoco dell' attenzione cade, dunque, la configurazione della concretizzazione dei diritti come un processo integrato e diacronicamente ordinato, comprendente distinte e successive espressioni normative, il quale si compie pienamente nella fase finale dell' applicazione in sede giurisdizionale dei diritti in questione. In tale prospettiva, l' esistenza di una generale disciplina, di tipo procedurale e/o organizzativo, tende a configurarsi come un presupposto della tutela connessa al diritto anche ai fini della decisione di un caso singolo pendente davanti al giudice di merito.

Il presente contributo trae le mosse, in particolare, da una decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco e da una, più recente, della Corte costituzionale italiana in materia di diritto fondamentale all' identità biologica, in cui l' impossibilità della sua concretizzazione in via giurisdizionale appare funzionalmente conseguente alla mancanza di una (necessaria) disciplina legislativa procedurale.

2. Il diritto alla conoscenza della paternità biologica nella giurisprudenza di merito tedesca: termini e i riferimenti normativi della fattispecie concreta giudicata.

La questione esaminata dal Tribunale costituzionale federale ha avuto riguardo alla utilizzabilità o meno, nel corso di un procedimento di contestazione della paternità di un esame peritale del DNA svolto senza il necessario consenso del figlio diretto interessato, né di sua madre quale suo rappresentante legale), finalizzato esclusivamente ad accertare la vera paternità biologica di quest' ultimo, senza che tale esito potesse avere implicazioni sullo status di figlio legittimo.

La questione, pertanto, investiva pregiudizialmente l' idoneità della procedura intrapresa a realizzare (anche) l' effetto mirato e così, l' esistenza o meno in capo al padre legittimo, secondo il diritto vigente, di una sufficiente possibilità di accertare la vera paternità biologica.

La normativa civilistica (art. 1592 BGB) statuisce una presunzione di paternità in favore del marito della madre², prevedendo che in caso di dubbi sulla effettiva paternità biologica tanto colui che ha riconosciuto la paternità quanto chi presuntivamente sia risultato secondo la legge il padre legittimo possono attivare il procedimento di contestazione della paternità (*Vaterschaftsanfechtungsverfahren*), ex art. 1600, comma 1, nr. 1, BGB davanti al giudice competente per materia (*Familiengericht*), entro il termine di due anni dal momento in cui il ricorrente-genitore ha appreso circostanze che mettono in dubbio la sua paternità (anche) biologica. L' accertamento negativo della paternità biologica determina, come esito della procedura intrapresa, la cessazione della paternità legittima per dichiarazione del giudice e, con essa, di tutti gli oneri familiari conseguenti finora assolti dal (non più) padre legittimo (art. 1599, comma 1, BGB). Mancava, tuttavia, la regolamentazione di una procedura finalizzata al solo accertamento della paternità biologica del figlio legittimo, senza ulteriori conseguenze sullo status di figlio legittimo. Di conseguenza, il diritto fondamentale del padre ad ottenere un siffatto accertamento, per quanto formalmente riconosciuto, risultava ineffettivo.

Nel caso di specie il ricorrente, subito dopo la nascita del figlio (1994), ne aveva formalmente riconosciuto la paternità in quanto, durante il periodo (giuridico) di concepimento, aveva intrattenuto relazioni sessuali con la madre del bambino e conviveva, dopo la nascita, con il figlio e sua madre (unica legittimata alla cura del bambino fino agli inizi del 1997) in uno stato di fatto, non formalmente coniugale. Nel 2001 aveva presentato per la prima volta avanzato ricorso per la contestazione della paternità basandolo su una perizia che attestava una capacità di procreazione

² Secondo l' art. 1592 BGB è ritenuto padre chi, al tempo della nascita, era sposato con la sua madre (nr. 1), o colui che ha riconosciuto tale paternità (nr. 2). In fine, colui la cui paternità è stata riconosciuta in via giudiziaria secondo le previsioni dell' art. 1600, lett. d), BGB o art. 640, lett. h) comma 2, ZPO (*Zivilprozessordnung*) (nr. 3). In ogni caso, il riconoscimento di paternità richiede il necessario consenso della madre (art. 1595, comma 1, BGB).

dell'uomo ridotta al 10%. I giudici di merito, tuttavia, ritennero la perizia non idonea a sollevare dubbi sulla paternità del ricorrente.

L'anno successivo il ricorrente ottenne da un laboratorio privato, all'insaputa della madre, una perizia di diagnosi genetica formulata utilizzando, al riguardo, la sua saliva ed un *chewing-gum* masticato dal bambino. Ottenuta così la conferma di non poter essere egli il padre biologico del bambino, presentò un nuovo ricorso per la contestazione della paternità fondandolo, questa volta, sugli esiti della seconda perizia.

Con sentenza del 4 marzo 2003 il giudice competente in materia familiare rigettò anche questo secondo ricorso in considerazione del fatto che siffatta perizia di accertamento della paternità, condotta senza il necessario consenso dell'interessato e/o di sua madre, avrebbe integrato una violazione del diritto fondamentale del bambino all'autodeterminazione in materia di divulgazione ed utilizzo dei propri dati sensibili, della legge federale in materia di tutela dei dati nonché della potestà genitoriale della madre. In quanto illegittima, la perizia non risultava utilizzabile nel corso del giudizio di contestazione della paternità.

Tale decisione fu confermata anche dal giudice di II grado, a cui il ricorrente si era appellato (sentenza del 29.10.2003). Fu contestata, in primo luogo, l'idoneità dell'esame biologico svolto a mettere in dubbio la paternità del ricorrente, mancando ogni accertamento sull'identità delle persone sottoposte all'esame di laboratorio. Fu ribadita, in ogni caso, l'illegittimità dell'esame svolto in segreto e senza il consenso degli interessati in quanto viola il generale diritto di tutela della personalità del bambino nel profilo specifico relativo al diritto alla riservatezza dei dati personali. Secondo il giudice di appello, poi, il bilanciamento tra quest'ultimo diritto e quello del padre legittimo a sapere se fosse anche il padre biologico non avrebbe dovuto comportare senz'altro una prevalenza di quest'ultimo.

Con sentenza del 12 gennaio 2005, in fine, la Cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof*) rigettò l'istanza di revisione del precedente giudizio sostenendo, tra l'altro, che il rifiuto della madre di acconsentire al test privato sulla paternità biologica del figlio non giustificasse, di per sé, alcun sospetto circa l'imputazione della stessa al padre legittimo. In generale, il diritto fondamentale del figlio alla riservatezza dei dati personali risulta pregiudicato qualora tale rifiuto della madre legittimi *ex sé* l'avvio di un procedimento di contestazione della paternità, con la conseguenza di rendere

pubbliche, anche contro la volontà dell'interessato, quei dati sensibili che siffatto diritto tende, invece, a proteggere. Il rifiuto della madre di acconsentire all'utilizzo di informazioni acquisite in modo segreto e, come tali, illegittime non può essere inteso quale condizione legittima per l'avvio di un siffatto procedimento. Se la legge prevede un obbligo di sottoporsi ad un'analisi intesa ad accertare la paternità biologica di un figlio solo in presenza di determinati presupposti, il rifiuto della madre non può valere al fine di ritenere presuntivamente sussistenti i presupposti richiesti. La presentazione di una perizia sul DNA acquisita segretamente non può equivalere alla rappresentazione di circostanze che possono sollevare un iniziale sospetto circa la paternità biologica del figlio. Anche se si accerti che il materiale genetico su cui è stata svolta l'analisi deriva effettivamente dalle parti interessate, tale perizia non integrerebbe un mezzo di prova, né potrebbe essere acquisita come relazione di parte nel procedimento per la contestazione di paternità.

Nell'ambito materiale di tutela del diritto fondamentale di un figlio a conoscere la propria discendenza biologica deve essere compreso anche il diritto alla non conoscenza. Del resto, il diritto di ogni uomo, di rendere possibile un'analisi del proprio DNA soltanto previo consenso dello stesso interessato, trova garanzia anche nell'art. 8 CEDU.

In linea, dunque, con quanto già sostenuto nei precedenti gradi di giudizio, il *Bundesgerichtshof* ribadì, nella circostanza, che il diritto del figlio alla riservatezza dei propri dati non è senz'altro posposto all'interesse del genitore legittimo ad accertare (anche) la paternità biologica. Tale diritto, il cui fondamento normativo si rinviene nell'art. 2, comma 1, in combinato disposto con l'art. 1 comma 1 GG, può essere limitato solo per il superiore interesse generale, in ogni caso nel rispetto del principio di proporzionalità.

Che il diritto del genitore all'accertamento della paternità biologica non risulti superiore al correlativo diritto del figlio alla riservatezza dei propri dati personali appariva dimostrato, poi, dal fatto che la realizzazione del primo nel procedimento di contestazione della paternità è limitata da precisi termini di decadenza, laddove, invece, il diritto del figlio di opporsi all'acquisizione ed utilizzazione di propri dati personali non è sottoposto ad alcun limite temporale. Nella riforma del diritto di filiazione il legislatore avrebbe optato, a detta di quel giudice, nel senso di non

riconoscere al genitore la possibilità di accertare in ogni tempo la derivazione biologica del proprio figlio legittimo. Il diritto (del padre) alla conoscenza della paternità, anche se equivalente a quello del figlio, non attribuisce al primo un diritto a procurarsi effettivamente e comunque tale conoscenza. Quest' ultima, così, deve essere resa possibile soltanto nella forma (presupposti, modi e tempi) previsti da un' apposita regolamentazione legislativa.

3. Il ricorso diretto al giudice costituzionale federale e gli esiti della decisione.

In fine, il tribunale costituzionale federale tedesco respinse il ricorso presentato dall' interessato (*Verfassungsbeschwerde*) confermando l' inutilizzabilità della perizia sul DNA del figlio acquisita segretamente e, come tale, illegittima. Nel contempo, però, la Corte adita ebbe a censurare la carenza di una via procedurale relativa all' apertura di un procedimento, ad iniziativa del padre legittimo, finalizzata unicamente all' accertamento della derivazione genetica del proprio figlio legittimo (senza, dunque, una contestazione di siffatta paternità legittima) in quanto tale carenza implicava la violazione dell' art. 2 comma 1 in combinato disposto con l' art. 1 comma 1 GG.

Le motivazioni a sostegno della decisione, le quali espongono, essenzialmente, gli esiti del bilanciamento tra diritti concorrenti relativi al caso di specie, possono essere condensate in alcuni punti essenziali. Il diritto al libero sviluppo della personalità e la tutela della dignità umana, nel combinato disposto degli artt. 2 comma 1 e 1 comma 1 della Legge fondamentale, assicurano al singolo ciascuno un' autonoma sfera di organizzazione della vita privata, in cui il primo egli può sviluppare e tutelare la propria individualità.

Peraltro, con un' argomentazione non del tutto priva di punti critici *, il Tribunale costituzionale comprende nell' ambito materiale di tutela connesso al diritto della personalità in combinato con la tutela della dignità umana anche il diritto del bambino alla conoscenza delle proprie origini biologiche, come quello di un uomo/marito a conoscere la derivazione biologica di un figlio³. Quest' ultimo diritto comprende anche

³ Secondo il *Bundesverfassungsgericht* , comprensione e sviluppo della "individualità" vengono a trovarsi in una stretta connessione funzionale con la conoscenza di quei fattori che

il diritto di avere a disposizione una concreta via (giuridica) per arrivare soltanto a chiarire ed accertare la effettiva paternità biologica del figlio.

Il diritto della personalità, se non legittima, come rilevato anche dal *Bundesgerichtshof*, alcuna pretesa a procurarsi comunque le conoscenze volute, tuttavia assicura una tutela giuridica contro il rifiuto delle informazioni richieste. Ma siffatta tutela si rende effettiva soltanto quando sia prevista dal legislatore una via procedurale attraverso cui l'interessato sia autorizzato ad accedere alle informazioni che gli sono state rifiutate e che sono necessarie per arrivare a determinare la conoscenza della paternità biologica del figlio, le quali oggi si condensano essenzialmente nell'esame del DNA.

In ogni caso, il diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità (ex art. 2, comma 1, in combinato con l'art. 1, comma 1, GG) da cui deriva il diritto alla conoscenza e quello di poter conoscere la identità biologica del figlio legittimo non è tutelato senza limiti ma può esercitarsi unicamente nel quadro dell'ordinamento costituzionale. Tale diritto appare bisognoso di un'attuazione legislativa che non persegua scopi costituzionalmente illegittimi e non si ponga in contrasto con il principio di proporzionalità. Ma una violazione del diritto in parola potrebbe derivare anche dal fatto che il legislatore non preveda un procedimento adeguato attraverso cui realizzare la conoscenza dell'identità biologica del figlio.

La Costituzione inquadra i diritti fondamentali non soltanto come diritti di difesa (libertà negative) ma anche come obblighi di tutela (*Schutzpflichten*), la cui realizzazione ad ogni modo, è demandata ai competenti organi statali, *in primis* al legislatore democratico a cui spetta, in materia, un ambito vasto di apprezzamento discrezionale⁴. Nella specie, quest'ultimo, violando siffatto obbligo di tutela derivante dal più volte richiamato combinato disposto degli artt. art. 2, comma 1 e 1, comma 1, GG, ha ommesso di disciplinare un percorso procedurale attraverso cui rendere effettivo in modo adeguato il diritto alla (sola) conoscenza delle origini biologiche. La

risultano costitutivi di siffatta individualità "sociale", che anche dal punto di vista genealogico mette in relazione il singolo con altre persone e che, come tali ricadono pertanto nello spazio di tutela del suddetto combinato disposto. Di conseguenza, anche i diritti suddetti trovano copertura costituzionale nell'ambito del citato combinato disposto.

⁴ Necessario, a giudizio del Tribunale di Karlsruhe, è solo la realizzazione di una tutela adeguata, apprestata tenendo conto, tra l'altro, degli altri possibili interessi concorrenti.

possibilità, esistente per chiunque, di intraprendere la via privata allo scopo di ottenere siffatta conoscenza dipende in modo assoluto dal consenso dell' interessato e/o della madre che ne sopporta gli oneri di tutela e di custodia, così che essa si mostra inattuabile quando manchi tale consenso.

Il diritto all' autodeterminazione in materia di dati personali che, si è detto, è compreso nell' ambito materiale della generale garanzia riferita al suddetto combinato normativo, tutela il potere del singolo di disporre circa la rivelazione e l' utilizzo dei propri dati sensibili, compresi quelli connessi all' identità biologica di un individuo. Ma anche siffatto diritto non beneficia, nell' ordinamento costituzionale, di una tutela assoluta, dunque può essere ragionevolmente limitato quando lo preveda una legge che fissi, in ogni caso, presupposti ed ampiezza delle limitazioni, nel rispetto del principio di proporzionalità. Con riguardo alla fattispecie in questione, il legislatore può regolamentare una procedura prevedendo i presupposti sulla cui base possono essere resi pubblici anche dati sensibili che rivelino l' identità biologica di una persona, attraverso la cessione e l' impiego di corrispondenti particelle del corpo come prove di analisi, se ciò, in relazione a diritti concorrenti, possa apparire giustificato e proporzionato.

Il diritto alla riservatezza si sostanzia nell' obbligo, per gli organi statali, di assicurare una tutela al singolo contro la possibilità di accesso a tali informazioni senza il suo consenso, od a sua insaputa. Ciò anche se il fine della condotta (la conoscenza dell' identità biologica del figlio legittimo) sia sostenuto da un interesse qualificato e tutelato dalla Costituzione come diritto fondamentale. Di conseguenza, un test di paternità condotto in segreto con l' ausilio di materiale genetico acquisito senza consenso integra una violazione del diritto alla riservatezza del figlio che vulnera anche i diritti derivanti alla madre dalla sua posizione di soggetto che ha la tutela e la cura del figlio, ex art. 6, comma 2, GG⁵. Né la concorrenza tra siffatti diritti può essere superata secondo l' arbitrio di uno (solo) dei titolari dei diritti in contrasto ma deve essere oggetto di regolamentazione legislativa.

Nel quadro di un bilanciamento di siffatte posizioni, tutte costituzionalmente rilevanti, l' ordinamento giuridico deve però aprire una via procedimentale che possa

⁵ ...e in tali oneri di cura è ricompresa anche la decisione se ognuno può assumere ed utilizzare i dati genetici del proprio figlio.

rendere concreta la volontà (ed il diritto) di accertamento della paternità biologica da parte del padre legittimo. La carenza di regolamentazione di un siffatto procedimento non può trovare giustificazione –secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco– avendo riguardo unicamente alle posizioni di diritto del figlio e della madre. La tutela di diritti non assoluti, come tali suscettibili di limitazioni, deve avvenire dunque non secondo la prospettiva del “tutto o niente” ma attraverso una regolamentazione che fissi un percorso procedurale connotato dalla previsione di presupposti e condizioni che legittimino la pretesa del padre legittimo di realizzare la conoscenza desiderata.

In tale prospettiva, non si mostra necessario stabilire, pregiudizialmente, se nel diritto del figlio rientri o meno la facoltà di non rendere in assoluto conosciuti i propri dati genetici. Ciò, infatti, non potrebbe giustificare in alcun caso la mancanza di un procedimento che consenta l’ accertamento della paternità biologica del figlio legittimo senza che tale conoscenza debbano automaticamente derivare ripercussioni negative sullo *status* di figlio legittimo⁶. Nella procedura mirata a tale accertamento ad essere interessato non sarebbe anche, secondo il Tribunale costituzionale, il diritto del figlio a non far conoscere la propria origine quanto, possibilmente, la presunzione legale di derivazione dal proprio padre legittimo che, attraverso l’ esame diagnostico sull’ identità biologica del figlio, verrebbe posta in discussione. In ogni caso, un diritto del figlio a non far conoscere i propri dati genetici, seppure integrato nell’ ambito di tutela del diritto di personalità, risulterebbe di importanza minore rispetto al concorrente diritto del padre alla conoscenza dell’ origine biologica. Solo quest’ ultimo diritto offrirebbe –a detta dello stesso Tribunale costituzionale- un contributo permanente alla determinazione della identità, tanto del padre come del figlio⁷. Il diritto alla riservatezza dei dati genetici del figlio, di contro, può giustificare poco un rifiuto

⁶ La questione circa l’ esistenza o meno di un diritto del figlio a non far conoscere i propri dati genetici come risolto negativo del diritto, che egli ha, al libero sviluppo della sua personalità, secondo il combinato disposto degli artt. 2, comma 1 e 1, comma 1, GG, si collega, secondo il Tribunale costituzionale federale, al fatto che la non conoscenza non apre all’ individuo la possibilità di entrare in una relazione concreta con altre persone e venire a conoscere, così, di quella relazione familiare a cui riferire la propria identità.

⁷ In ogni caso, particolari condizioni di vita e fasi di sviluppo, nelle quali può trovarsi un figlio, possono giustificare nel singolo caso, di prescindere per un tempo limitato e per ragioni connesse al pericolo per il bene del figlio, dall’ apertura di un procedimento con cui si deve aiutare la realizzazione del diritto dell’ uomo alla conoscenza dell’ origine biologica di un figlio.

permanente, nei confronti del padre legittimo, della conoscenza dell' origine biologica del figlio⁸.

Il legislatore ordinario non è obbligato a far dipendere sempre l' attribuzione di paternità legittima da un esame diretto ad accertare la paternità biologica del figlio. Nondimeno, il diritto fondamentale di un padre alla conoscenza dell' identità biologica del figlio, ex artt. 2, comma 1 e 1, comma 1 GG, impone allo stesso legislatore di disciplinare un procedimento mirato a chiarire eventuali dubbi circa la paternità biologica, senza necessariamente connettere, a tale accertamento, effetti giuridici che comportino la perdita dello *status* di figlio legittimo⁹. Lo stesso legislatore assolve ai propri obblighi di tutela derivanti dalle sopra menzionate norme costituzionali soltanto regolamentando una soluzione procedurale che autorizzi la comparazione di dati genetici del figlio con quelli del padre, al fine di pervenire alla conoscenza della reale identità biologica del primo. A tale scopo non può valere la procedura di contestazione della paternità, ex artt. 1600 e ss. BGB., la cui *ratio* appare funzionale alla realizzazione della norma di cui all' art. 6 comma 2GG (cura ed educazione dei figli come diritto naturale dei genitori), di realizzare cioè una concordanza tra paternità giuridica e paternità biologica. Il procedimento di contestazione della paternità, pertanto, mira a determinare la cessazione della prima allorquando ad essa non risulti corrispondente la paternità biologica. Pertanto, l' accertamento di paternità, in siffatto procedimento, configura solo il mezzo attraverso cui far venire meno la paternità giuridica. Nella specie, all' interesse del padre legittimo, di rimettere le proprie responsabilità

⁸ L' ambito materiale di tutela di questo diritto comprende, infatti, secondo il Tribunale di Karlsruhe, l' autodeterminazione in materia di trasmissione ed utilizzo dei dati personali. Ma nel caso di dubbi circa la paternità soltanto i dati genetici del figlio confrontati con quelli del padre possono rendere la conoscenza circa la reale origine biologica del primo. Pertanto, una tutela illimitata dei dati genetici di un figlio nei confronti del padre legittimo significherebbe per quest' ultimo il rifiuto della conoscenza di dati personali propri come anche la impossibilità di ottenere da lui la conoscenza dell' origine biologica del figlio. Il padre non può sapere mai se durante il periodo legale di concepimento la madre abbia intrattenuto relazioni sessuali anche con altri uomini. L' interesse legittimo del padre a tale conoscenza, del resto, è rafforzato dalla circostanza che egli assume anche gli oneri di cura nei confronti del figlio. Se tali oneri incombassero unicamente sulla madre, quest' ultima avrebbe il diritto di impedire la conoscenza di tali dati, senza il consenso del figlio, fino a quando al padre non fosse aperta una via procedimentale per mezzo che servisse all' accertamento della paternità biologica.

⁹Con tale procedura il legislatore limita il diritto del figlio alla riservatezza, in ragione del diritto del padre rientrante anch' esso nella sfera di tutela delineata dal combinato disposto degli artt. 2, comma 1 e 1, comma 1 GG.

attraverso la cessazione di siffatta condizione, si contrappone il diritto del figlio alla conservazione della sua correlazione sociale e familiare. Siffatto procedimento, in definitiva, va ben oltre la mera esigenza di conoscere l'origine biologica di un figlio generando ulteriori pretese che, invece, non sono necessarie a meri fini conoscitivi. I presupposti legislativi previsti dalla normativa civilistica richiamata, in presenza dei quali può contestarsi la paternità, posti in relazione con il (solo) fine della conoscenza dell'origine biologica di un figlio risultano allora sproporzionati. Può dirsi, allora, che la procedura di contestazione della paternità non soddisfa in modo costituzionalmente idoneo anche la sola finalità di accertamento della paternità biologica da parte del padre legittimo.

La carenza di uno specifico procedimento finalizzato alla realizzazione del diritto soltanto alla conoscenza della paternità biologica del figlio legittimo non può intendersi compensata, pertanto, dalla previsione (e dall'attivazione) del procedimento di contestazione della paternità. (...) ¹⁰.

4. Il diritto alla conoscenza della paternità biologica quale diritto condizionato dal punto di vista procedurale.

Le motivazioni a sostegno della decisione del Tribunale costituzionale federale che confermava la costituzionalità delle argomentazioni addotte nelle sentenze emesse dai giudici di primo e secondo grado, nonché dal *Bundesgerichtshof*, lasciano evidenziare alcuni punti critici, a partire dall'originale connessione funzionale tra sviluppo normale della individualità e conoscenza dei dati genetici, per passare al riferimento

¹⁰ D'altro verso, un uomo che intenda contestare la paternità legittima non si trova ancora, secondo il Tribunale costituzionale federale in una situazione di emergenza tale da giustificare la possibilità di procurarsi i dati genetici del figlio e le conoscenze che da ciò potrebbero conseguire anche senza la volontà e la consapevolezza di quest'ultimo o di sua madre (violando così il diritto della personalità del figlio), così che tali dati possano trovare utilizzazione nel procedimento giudiziario in materia familiare. Secondo una prassi consolidata, la presentazione di una consulenza relativa al DNA non appare l'unica soluzione possibile per soddisfare le esigenze di rappresentazione nel procedimento di contestazione della paternità ed esporre circostanze che non si lasciano mostrare in modo evidente, in base alle quali si possa provare che non è il ricorrente, ma verosimilmente un altro uomo, il padre biologico del bambino.

all' art. 1, comma 1 GG (tutela della dignità umana) – seppure in combinato disposto con l' art. 2, comma 1, GG (diritto di personalità)- quale parametro da cui dedurre il diritto fondamentale alla conoscenza della paternità biologica del figlio da parte del padre legittimo; per continuare con alcune considerazioni (non apparse adeguatamente motivate) sulla prevalenza del diritto alla conoscenza vantato dal padre legittimo rispetto al diritto del figlio a voler tenere segreta la identità biologica arrivando, in fine, per una configurazione del diritto all' autodeterminazione in materia di dati personali come integrato all' interno dello spazio materiale di tutela riferito al combinato disposto degli artt. 2, comma 1 ed 1, comma 1 della Legge fondamentale.

Qui, tuttavia, vale la pena concentrare il fuoco dell' attenzione sul condizionamento che all' effettività della tutela connessa al diritto in questione è recato dalla necessità dell' intervento legislativo, finalizzato a disciplinare una procedura che consenta al padre legittimo tale conoscenza, con la previsione di presupposti, forme e termini di esercizio dell' azione in modo adeguato a realizzare un bilanciamento tra diritti concorrenti¹¹. Per il legislatore si tratta di un dovere di tutela connesso alla configurazione dei diritti non soltanto in chiave negativa (libertà da) ma anche in una chiave positiva, come tali costitutivi di obblighi attivi in capo agli organi statali competenti. Al legislatore, ad ogni modo, è riconosciuto un ambito di scelta discrezionale nel definire le soluzioni adeguate a realizzare il descritto bilanciamento¹².

¹¹ Il Tribunale costituzionale federale sottolinea come, in ogni caso, il legislatore sia tenuto a preoccuparsi che nel procedimento di contestazione della paternità l' interesse del bambino, ex art. 6, comma 1 GG, a conservare eventualmente la sua struttura di relazione familiare e sociale, sia tenuto in debita considerazione. In proposito, il legislatore potrebbe assicurare, ad es., che la semplice conoscenza del padre legittimo di non essere anche il padre biologico del bambino non abbia come esito, nel procedimento di contestazione della paternità, la cessazione della paternità legittima allorquando, per la durata del vincolo sociale e giuridico tra quest' ultimo ed il suo padre legittimo, come anche per la particolare situazione di vita e della fase di sviluppo del bambino, un siffatto esito rechi un grave pregiudizio al bene del bambino stesso.

¹² ... quale, ad es., quella di rimettere al prudente apprezzamento del giudice l' eventuale rifiuto del figlio o della madre alla richiesta di sottoporsi a consulenza medica privata ed, eventualmente, di consentire al giudice stesso, anche attraverso un trasferimento della rappresentanza legale del figlio ad un tutore di rendere praticabile la via per lo svolgimento di una siffatta consulenza medica. Inoltre, il legislatore potrebbe anche prevedere per l' accertamento e la verifica dell' origine biologica una procedura giudiziaria autonoma e separata, da esercitare prima dell' avvio della procedura di contestazione di paternità, ex art. 1600 ss. BGB, in cui i paventati dubbi circa la paternità biologica da parte del padre legittimo dovrebbero essere integrati nel giudizio di merito.

Nondimeno, la mancata attuazione di un siffatto dovere, rilevato nella carenza di una regolamentazione legislativa mirata ad aprire una via procedurale alla richiesta del padre legittimo di conoscere l'origine biologica del figlio, senza che da tale conoscenza si generino conseguenze negative per la condizione di figlio (e di genitore) legittimo, ridonda in ragione di ineffettività della tutela. Ciò, vale tanto per l'interessato, che vede insoddisfatte una pretesa legittima in quanto strettamente connessa al suo diritto fondamentale, quanto il giudice di merito, incompetente a conferire una concretizzazione, sia pure circoscritta al caso singolo, a tale diritto¹³.

Alla luce di quanto espresso dalla Corte di Karlsruhe anche il diritto alla conoscenza dell'identità genetica si mostra, dunque, condizionato, quanto alla sua effettiva concretizzazione, dalla necessità di una regolamentazione legislativa funzionale che rechi soluzioni procedurali in grado di realizzare, in ultima analisi, un adeguato bilanciamento tra interessi concorrenti. In tal senso, la sentenza in parola non rivela, nella tecnica adottata, profili di novità rispetto ad altri precedenti, in cui lo stesso giudice ha censurato la carenza di una disciplina legislativa funzionale a conferire specificità ad un diritto e/o principio fondamentale.

Nondimeno, può essere interessante chiedersi, in primo luogo, entro quali limiti l'affermata esigenza di una disciplina procedimentale possa ragionevolmente riguardare anche diritti svincolati da ogni limitazione connessa alla statuizione costituzionale di una riserva di legge¹⁴. In particolare, sorge l'interrogativo di come e in che misura diritti condizionati possano ingenerare, in capo al giudice (di merito), obblighi di osservanza immediata quando poi la loro tutela risulti in concreto impedita dall'assenza della suddetta regolamentazione funzionale.

¹³ Tale assenza, del resto, come ha spiegato il giudice costituzionale, non giustifica, a titolo di prova, l'acquisizione in forma segreta di informazioni genetiche del figlio che, invece, integra una violazione del suo diritto alla riservatezza. Pertanto esse risultano illegittime ed inutilizzabili davanti al giudice. D'altro verso, la procedura di contestazione della paternità ex art. 1600 ss. BGB è ritenuta incongruente rispetto al caso di specie in quanto ispirata ad una *ratio* differente, che è quella di far coincidere la paternità biologica con quella giuridica.

¹⁴ Rileva peraltro l'incertezza relativa al contenuto della *Wesentlichkeitslehre*, che la giurisprudenza costituzionale federale non concorre a determinare, E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, (3'ed. interamente riveduta ed ampliata), Heidelberg, 2011, p. 621 ss., part. p. 628.

Come anche afferma il Tribunale costituzionale federale tedesco, sul legislatore grava un vero e proprio dovere di regolamentazione connesso al fatto che due diritti di libertà risultino concorrenti, con riguardo ad una data fattispecie, e si debbano dunque determinare i termini di un bilanciamento tra gli stessi¹⁵. Un tale dovere, tuttavia, trasfigura, negli ordinamenti democratici, in un potere di discrezionalità politica, il cui mancato esercizio è sanzionabile essenzialmente sul piano della responsabilità politica senza che il singolo possa vantare al riguardo pretese giuridiche qualificate, tutelabili in sede giurisdizionale. Tanto si riverbera, in ultima analisi, sull'effettività della garanzia costituzionale connessa a tali diritti condizionandola sospensivamente e generando di conseguenza un potenziale pregiudizio a pretese giuridiche soggettive fondate su questi ultimi.

Peraltro, l'ipotesi della collisione tra interessi concorrenti, tutti comunque riferibili a presidi normativi costituzionali, tende a diventare di fatto la condizione ordinaria in un ordinamento giuridico statale connotato da un sistema strutturato di diritti e valori costituzionali. Ciò nutre sempre più l'esigenza di una previa regolamentazione legislativa in grado di definire condizioni e limiti del bilanciamento ai fini di assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti in questione.

Al legislatore, in altre parole, viene ad essere di fatto intestato il potere di neutralizzare così, sospendendola *sine die*, l'efficacia di una norma costituzionale sterilizzando, di conseguenza, le pretese soggettive da parte di chi risulta il titolare del diritto invocato.

5. Il diritto alla conoscenza della identità biologica in una recente decisione del giudice costituzionale italiano.

Una situazione in parte analoga alla fattispecie oggetto della suesposta sentenza dal Tribunale costituzionale federale tedesco è quella esaminata, ancora di recente, dalla Corte costituzionale italiana e decisa con esiti non dissimili da quelli espressi nella citata sentenza dei giudici di Karlsruhe.

¹⁵ "wenn miteinander konkurrierende grundrechtliche Freiheitsrechte aufeinander treffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind": BVerfGE, 83, 130 (142).

Su iniziativa del Tribunale per i minorenni di Catanzaro il giudice delle leggi è stato chiamato a decidere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), in riferimento agli articoli 2, 3, 32 e 117, primo comma Cost., nella parte in cui non prevedeva la possibilità di autorizzare la persona adottata alla conoscenza delle proprie origini biologiche «senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica»¹⁶.

La medesima questione, sollevata in passato dal Tribunale per i minori di Firenze¹⁷ era stata inizialmente rigettata dalla Corte costituzionale (sent. n. 425/2005) sul presupposto che la normativa impugnata, punto di arrivo di un'evoluzione legislativa sul tema, non violasse i parametri costituzionali evocati (artt. 2, 3 e 32 della Costituzione). Secondo la Corte, la *ratio* della originaria disciplina originaria era la totale cessazione dei rapporti tra il minore adottato con adozione legittimante e la sua famiglia di origine (fatti salvi i soli impedimenti matrimoniali) come esito dell'attribuzione all'adottato dello stato di figlio legittimo dei genitori adottivi¹⁸. Successivamente, la legislazione era intervenuta a tutelare l'interesse dell'adottato a conoscere le proprie origini, tenendo peraltro in conto l'esistenza di una relazione conflittuale di tale interesse con quello dei genitori naturali e adottivi. La nuova

¹⁶ La disposizione denunciata contrasterebbe, in particolare, con l'art. 2 della Costituzione, configurando «una violazione del diritto di ricerca delle proprie origini e dunque del diritto all'identità personale dell'adottato»; con l'art. 3 Cost., stante la irragionevole disparità di trattamento «fra l'adottato nato da donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata e l'adottato figlio di genitori che non abbiano reso alcuna dichiarazione e abbiano anzi subito l'adozione»; con l'art. 32 Cost., in ragione dell'impossibilità, per il figlio, di ottenere dati relativi all'anamnesi familiare, anche in relazione ad un (del tutto eventuale...) «rischio genetico»; con l'art. 117, primo comma, Cost., per violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU, come interpretato dalla Corte EDU (sent. del 25 settembre 2012 Godelli c./ Italia), la quale ha dichiarato la normativa italiana in contrasto con il predetto art. 8 giacché non realizza un adeguato bilanciamento tra gli interessi contrapposti.

¹⁷ La questione di costituzionalità, nello specifico, investiva, l'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nel testo modificato dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

¹⁸..ex art. 314/26 del codice civile, come introdotto dall'art. 4 della legge 5 giugno 1967, n. 431, e poi sostituito dall'art. 27 della legge 4 maggio 1983, n. 184.

normativa¹⁹ aveva previsto in capo ai genitori adottivi l'obbligo di informare il minore adottato della sua condizione e assoggettava l'accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini ad una serie di presupposti commisurati, tra l'altro, all'età di quest'ultimo ed alle ragioni che sottendevano la volontà di ricerca. Quale norma di chiusura (comma 7 del nuovo art. 28) era sancito, in ogni caso, il divieto di conoscenza dell'origine biologica quando l'adottato non fosse stato riconosciuto alla nascita dalla sua madre naturale e anche uno solo dei genitori biologici avesse espressamente dichiarato di non volere essere nominato, o avesse prestato il suo consenso all'adozione del figlio a condizione di rimanere anonimo.

In seguito²⁰ il divieto per l'adottato di accedere alle informazioni necessarie alla conoscenza della sua identità biologica era stato poi ristretto al solo caso della manifestazione, da parte della madre naturale, della volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita, ex art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, che era stata fatta oggetto della questione di costituzionalità. L'infondatezza della questione pronunciata, nella circostanza, dalla Corte era motivata, essenzialmente, muovendo da una presunta ragionevolezza della *ratio* sottostante la disciplina impugnata, che mirava "evidentemente" a tutelare la gestante che in situazioni "particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale" avesse deciso comunque di non interrompere la gravidanza (e nel contempo di non tenere con sé il bambino) offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere, nel contempo, l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita²¹. Così, la Corte manifesta piena consapevolezza che l'assenza di una siffatta previsione avrebbe rischiato di incrementare il numero delle interruzioni volontarie di gravidanza, anche clandestine o persino un traffico illecito di neonati²².

¹⁹ La legge 28 marzo 2001, n. 149, ampiamente modificando la disciplina della ricordata legge del 1983, ha, con l'art. 24, introdotto un nuovo testo dell'art. 28 di tale legge (comma 1).

²⁰ Art. 177, comma 2, d. lgs. n. 196 del 2003, che ha ancora modificato il comma 7 dell'art. 28.

²¹ "... e in tal modo intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall'altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi": sent. n. 425/05, cit..

²² "Invero la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai

Da qui, la giustificazione in termini di ragionevolezza, in quanto posta in una coerente relazione logica e funzionale con la descritta *ratio*, della previsione relativa alla tutela assoluta dell'anonimato della madre naturale²³.

Con una recente decisione (sent. n. 278/2013), in seguito a questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale per i minorenni di Firenze, la Corte costituzionale ha espresso ora un nuovo orientamento, tenendo conto anche di quanto espresso, al riguardo, dalla Corte di Strasburgo²⁴. Nella circostanza, richiamandosi al proprio precedente, la Corte ha ribadito, in generale, la congruità della *ratio* sottesa alla disciplina (nuovamente) impugnata, quella cioè di garantire che il parto potesse avvenire nelle migliori condizioni atte a preservare la salute (e la vita) tanto della madre quanto del figlio, dall'altro lato, di prevenire in qualche modo il rischio che una madre, non sentendosi protetta da un diritto all'anonimato, si risolvesse per l'interruzione di gravidanza, considerata la sua espressa e irrevocabile volontà di non tenere il figlio²⁵.

Tale "nucleo fondante della scelta allora adottata", vale a dire la percezione di una "corrispondenza biunivoca" tra il diritto all'anonimato e la tutela della riservatezza,

conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà": sent. n. 425/05, cit.

²³ Anche le argomentazioni addotte a sostegno di una presunta violazione dell'art. 3 della Costituzione, sul presupposto di una irragionevole disparità di trattamento fra l'adottato nato da donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata e l'adottato figlio di genitori che non avessero reso alcuna dichiarazione (e, anzi, avessero subito l'adozione) erano state disattese dalla Corte in quanto "la diversità di disciplina fra le due ipotesi" appariva giustificata dal fatto che solo nella prima ipotesi (non anche la seconda) si prefigurava un conflitto fra il diritto dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre naturale al rispetto della sua volontà di rimanere anonima.

²⁴ Corte EDU, sent. del 25.9.2012 *Godelli c/ Italia*. Più in generale, la Corte costituzionale non manca di precisare che si tratta, al riguardo, "di questioni di particolare delicatezza, perché coinvolgono ... valori costituzionali di primario rilievo e vedono i rispettivi modi di concretizzazione reciprocamente implicati; al punto che ... l'ambito della tutela del diritto all'anonimato della madre non può non condizionare, in concreto, il soddisfacimento della contrapposta aspirazione del figlio alla conoscenza delle proprie origini, e viceversa": sent. n.278/13.

²⁵ "E l'irrevocabilità degli effetti di questa scelta venne spiegata secondo una logica di rafforzamento dei corrispondenti obiettivi, escludendo che la decisione per l'anonimato potesse comportare, per la madre, «il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta del figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà»": sent. n.278/13.

funzionale a rendere effettivo il primo, viene così in principio confermato²⁶. Ma la Corte, questa volta, accogliendo le doglianze espresse nell'ordinanza di rinvio, rimette al legislatore il compito di regolamentare la possibilità, da parte del figlio naturale che volesse pervenire alla conoscenza della propria identità biologica, di verificare l'attualità della decisione in favore dell'anonimato espressa all'epoca dalla madre naturale.

A differenza di quanto ritenuto dalla Corte di Karlsruhe, che nella sentenza richiamata poneva la conoscenza dell'origine biologica in una indispensabile connessione funzionale con lo sviluppo della "individualità", la Corte costituzionale ha invece evidenziato lo stretto legame funzionale tra il diritto a tale conoscenza (anche come accesso alla propria storia parentale) ed il sistema costituzionale di tutela della persona, di cui il primo costituisce un elemento significativo²⁷. In quest'ottica, essa pone ora sotto il fuoco dell'attenzione il "profilo, per così dire, "diacronico" della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre". Così ad essere fatto oggetto di censura da parte della Corte è l'effetto di "cristallizzazione" o di "immobilizzazione" che la decisione a favore dell'anonimato, espressa a suo tempo dalla madre naturale, si mostra in grado di produrre, così pregiudicando in modo definitivo ed irreversibile il concorrente diritto (del figlio) a poter conoscere la propria identità biologica²⁸.

²⁶ "Il fondamento costituzionale del diritto della madre all'anonimato riposa ... sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili. La salvaguardia della vita e della salute sono, dunque, i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale": sent. n.278/13.

²⁷ "E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale. Elementi, tutti, affidati alla disciplina che il legislatore è chiamato a stabilire, nelle forme e con le modalità reputate più opportune, dirette anche a evitare che il suo esercizio si ponga in collisione rispetto a norme – quali quelle che disciplinano il diritto all'anonimato della madre – che coinvolgono ... esigenze volte a tutelare il bene supremo della vita": sent. n.278/13.

²⁸ "...una volta intervenuta la scelta per l'anonimato, infatti, la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad "espropriare" la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, ab origine, collegare il vincolo del segreto

Ad essere viziato di incostituzionalità non è dunque il fondamento di siffatta disciplina normativa, rinvenuto nell' esigenza di "prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all'esercizio di un suo "diritto all'oblio"", così come "di salvaguardare *erga omnes*", nel contempo, la riservatezza circa l'identità della madre²⁹. Esso tuttavia non vale a giustificare, sul piano della legittimità costituzionale, la soluzione legislativa contestata³⁰. In particolare, la Corte ritiene che la definitiva rinuncia alla genitorialità giuridica non implica necessariamente analoga rinuncia per la genitorialità naturale³¹. Pertanto, l' anonimato va posto in relazione unicamente con l' efficacia definitiva della rinuncia alla genitorialità giuridica mentre risulta irragionevole se tale definitività deve riferirsi anche a quella biologica, rispetto a cui, invece, l' espressione di volontà a favore dell' anonimato potrebbe essere nel tempo suscettibile di revoca "(in seguito alla iniziativa del figlio)". In tale ottica, la scelta del legislatore è apparsa alla Corte censurabile "per eccessiva rigidità" poiché "non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione"³². Al

su chi lo abbia generato.". " Tutto ciò è icasticamente scolpito dall'art. 93, comma 2, del ricordato d.lgs. n. 196 del 2003, secondo cui «Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento».": sent. n. 278/13.

²⁹ "... considerata ... esposta a rischio ogni volta in cui se ne possa cercare il contatto per verificare se intenda o meno mantenere il proprio anonimato: ": sent. n.278/13.

³⁰ Secondo la Corte, infatti, "né l'una né l'altra esigenza può ritenersi dirimente: non la prima, in quanto al *pericolo di turbativa della madre corrisponde un contrapposto pericolo per il figlio, depauperato del diritto di conoscere le proprie origini*; non la seconda, dal momento che *la maggiore o minore ampiezza della tutela della riservatezza resta, in conclusione, affidata alle diverse modalità previste dalle relative discipline, oltre che all'esperienza della loro applicazione*": sent. n.278/13.

³¹ "ove così fosse ... risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.": sent. n.278/13.

³² Al riguardo, la Corte fa riferimento alla citata giurisprudenza della Corte EDU ("sentenza Godelli"), in cui si è "stigmatizzato che la normativa italiana non darebbe «alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni

legislatore, in conclusione, è fatto carico di introdurre apposite disposizioni volte a rendere effettiva la possibilità di una verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nel contempo, a “cautelare in termini rigorosi il suo diritto all’anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto”.

6. Immediatezza della tutela costituzionale e diritti dipendenti dalla legge: un ossimoro costituzionale?

Al di là di ogni valutazione di merito che possa compiersi circa la congruità delle argomentazioni esposte dal giudice costituzionale nazionale, relativamente alla decisione appena richiamata, ciò che risalta in primo luogo è, ancora una volta, lo stato di dipendenza funzionale della tutela costituzionale a favore del singolo dall’intervento legislativo³³ necessario a definire, nella specie, la disciplina funzionale di concretizzazione dei diritti in questione. Con il ricorso alla tecnica decisionale additiva, anche la Corte costituzionale italiana ha censurato la carenza di una disciplina procedurale idonea ad integrare il novero degli elementi necessari a conferire effettività alla tutela costituzionale del titolare del diritto.

non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto», a differenza di quanto, invece, previsto nel sistema francese, scrutinato, in parte qua, nella sentenza 13 febbraio 2003, nel “caso Odièvre”³³ Ma lo stesso giudice osserva”, quanto al primo rilievo, che il già citato art. 93 del d.lgs. n. 196 del 2003 prevede espressamente, al comma 3, la comunicabilità, in ogni tempo (e nel termine di cento anni fissato per il segreto), delle informazioni “non identificative” ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica, *tuttavia ancorandola soltanto all’osservanza, ai fini della tutela della riservatezza della madre*, delle relative «opportune cautele per evitare che quest’ultima sia identificabile».

Resta evidente che l’apparente, quanto significativa, genericità, o elasticità, della formula «opportune cautele» sconta l’ovvia – e sia pure non insormontabile – difficoltà di determinare con esattezza astratte regole dirette a soddisfare esigenze di segretezza variabili in ragione delle singole situazioni concrete. *Altrettanto evidente che debba, inoltre, essere assicurata la tutela del diritto alla salute del figlio, anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico.* Il *vulnus* è, dunque, rappresentato dalla irreversibilità del segreto.”: sent. n.278/13.

³³ In generale, di dipendenza dalla legge dei diritti fondamentali parla M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999, p. 30.

Più in generale, vale la pena considerare come il tema dei rapporti tra Costituzione e legge abbia, di recente, assunto connotazioni peculiari in ragione principalmente dell'esaltazione della prima come ordinamento di valori, in grado dunque di spiegare un'efficacia conformativa in ogni settore dell'esperienza giuridico-sociale. L'espressione "costituzionalizzazione dell'ordinamento"³⁴ appare, in tal senso, icastica di una linea di tendenza che porta a ricondurre ai valori costituzionali ogni espressione dell'agire umano mentre appare, di converso, recessiva l'idea della Costituzione come ordinamento (soltanto) di regole fondamentali (*Rahmensordnung*), nel cui rispetto viene poi a spiegarsi la dialettica politico-democratica³⁵.

Nell'ottica ora menzionata, la legge sempre più tende a configurarsi come strumento di attuazione dei valori costituzionali, operando in una dimensione, per così dire, generalmente funzionale alla realizzazione del disegno costituzionale complessivo. Con riguardo specifico ai diritti fondamentali, poi, la posizione di necessaria complementarietà della disciplina legislativa rispetto al detto costituzionale viene ad essere esaltata, in primo luogo, dalla estrema genericità e vaghezza delle prescrizioni costituzionali attinenti ai diritti³⁶, quindi dalla natura strutturalmente condizionata di alcuni diritti sul piano procedurale e/o organizzativo (diritto di asilo, diritto al giusto processo, libertà dell'arte, etc.)³⁷. In fine, dall'esigenza di stabilire le forme di un bilanciamento tra la pluralità di diritti ed interessi, di rilievo costituzionale, concorrenti nella regolamentazione di una determinata fattispecie.

In tale prospettiva, sembra dunque trovare conferma l'idea -delineata tra gli altri da *Adolf J. Merkl*- della *Stufenbau* dell'ordinamento giuridico statale quale sistema di

³⁴ Sul punto, v. per tutti E.-W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik* (1990), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M., 1991, p. 159 ss., part. p. 175 ss.

³⁵ Al riguardo, per una declinazione plurima del concetto di Costituzione, cfr. da ultimo U. VOLKMANN, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, p. 7 ss., p. 50 ss.. Per una prospettazione della Costituzione quale *Rahmensordnung* si rinvia, in particolare, al pensiero di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Methode der Verfassungsinterpretation* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., p. 53 ss., part. p. 58.

³⁶ In tal senso, cfr. anche J. ISENSEE, *Verfassungsrecht als »politisches Recht«* IN J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, Tübingen, 1992, § 162, Rdn. 51.

³⁷ Su cui E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, cit., p. 628.

rapporti tra norma delegante e norma delegata³⁸. La progressiva determinazione della tutela connessa ai diritti costituzionali viene, così, a realizzarsi attraverso la necessaria concatenazione funzionale di livelli articolati in senso gerarchico di produzione normativa, la cui unitaria rappresentazione può giustificarsi solo in ragione dell' effetto ultimo di concretizzazione³⁹.

Peraltro, il tema specifico dei rapporti tra prescrizione costituzionale dei diritti fondamentali e disciplina legislativa di attuazione, ai fini di una concretizzazione in sede giurisdizionale dei primi⁴⁰ ha costituito oggetto di una lunga e dibattuta riflessione dottrinale, in riferimento al profilo delle potenzialità "interpretative" multiple che la singola prescrizione di diritto è in grado di giustificare⁴¹ come anche a quello, già menzionato (v. *supra*), relativo all' esistenza di diritti condizionati dal punto di vista della procedura attuativa o di un assetto organizzativo funzionale⁴². Infine, tale tema ha investito anche la questione dei limiti di competenza del diritto giurisprudenziale⁴³.

Ma, ben oltre l' attenzione alla tecnica decisionale adottata dal giudice costituzionale, parrebbe delinearsi una sorta di ossimoro giuridico nell' affermazione dell' esistenza di un vincolo immediato di osservanza che i diritti costituzionali generano nei confronti di ogni potere dello Stato, dunque, anche di quello giurisdizionale; e nel riconoscimento, corrispettivo, di una tutela a favore del singolo condizionata, tuttavia, dall' esistenza di una regolamentazione legislativa funzionale.

³⁸ A.J. MERKL, *Zum Interpretationsproblem* (1916) ora anche in Id., *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, Berlin 1993, p. 63 ss.

³⁹ „...Jede derartige Stufe bedeutet eine Etappe der Materialisierung und Konkretisierung der ursprünglich an der grenze der Abstraktheit stehenden Rechtsform bis zur Rechtsanwendung, die den Grenzfall der Konkretheit bedeutet“ A. J. MERKL (1931), come cit. in M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 21 (nota n. 56).

⁴⁰ In generale, sul concetto di concretizzazione della Costituzione v. per tutti K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Ristampa della 20`ed., Heidelberg 1999, p. 25 ss.

⁴¹ Al riguardo, cfr. W. HÖFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlin, 1987, *passim* (ma, in part. p. 98 ss.).

⁴² Su quest' ultimo punto, v. ancora E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, cit., p. 621 ss.

⁴³ ...su cui, v. per tutti C. GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin, 1969, part. p. 67 ss..

Ciò dovrebbe portare ad analizzare anche le conseguenze, sul piano della garanzia giuridico-soggettiva, di una protratta assenza di siffatta regolamentazione funzionale.

L' evidenza di una tale incongruenza, peraltro, ha trovato espressione in riferimento al noto "caso-Welby"⁴⁴, allorché il giudice pur riconoscendo l' esistenza di un diritto costituzionalmente tutelato all' interruzione delle cure, di cui il ricorrente era titolare, ne disattese la tutela per carenza della necessaria regolamentazione legislativa volta a definire, in buona sostanza, le modalità organizzative e procedurali per l' esercizio di tale diritto⁴⁵.

⁴⁴ Tribunale di Roma, Sezione Prima Civile, Ordinanza 15 – 16 dicembre 2006 (Giudice Istruttore: Salvio). La vicenda riguardava il diritto di un uomo (Piergiorgio Welby), affetto da una grave patologia degenerativa, di autodeterminarsi nella scelta delle terapie mediche invasive, nello specifico, avendo con libera, informata, consapevole ed incondizionata volontà deciso che fosse immediatamente cessata l'attività sulla propria persona di sostentamento a mezzo di ventilatore artificiale, proseguendosi invece con la sola terapia di sedazione terminale. Ma tanto il medico curante quanto la struttura sanitaria presso la quale il paziente era ricoverato avevano, per iscritto, opposto un rifiuto alla suddetta richiesta del Signor Welby, assumendo di non potervi dar seguito in considerazione degli obblighi ai quali essi erano sottoposti. Quest' ultimo, a propria volta, ebbe ad obiettare che il rifiuto opposto appariva ingiustificato in base ad una serie di argomentazioni fondate, tra l' altro, sulla centralità del principio del consenso informato, che riceve una copertura dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. e che induce ad una riconsiderazione anche del rapporto tra la libertà di disporre consapevolmente in ordine ai trattamenti terapeutici e la tutela del bene vita. Tale principio avrebbe implicato che il rifiuto cosciente e volontario dei trattamenti sanitari non desiderati fosse espresso anche per la situazione successiva alla sedazione, in quanto ben rappresentata ed attuale nella coscienza e volontà del paziente interessato.

⁴⁵ Il Tribunale adito sottolineò, nella decisione, la stretta correlazione funzionale tra il principio del consenso informato e la libertà e dignità della persona, oltre che il primo ed il diritto alla salute, per cui qualsiasi atto invasivo della sfera fisica, di natura terapeutica o non terapeutica, non avrebbe potuto essere compiuto senza o contro il consenso della persona interessata – l'inviolabilità fisica costituisce, infatti, il nucleo essenziale della libertà personale e, dunque, l'imposizione di un determinato trattamento sanitario può essere giustificato solo se previsto da una legge che lo prescrive in funzione di tutela di un interesse generale – e ribadì come tale principio trovasse riconoscimento anche in ordinamenti esterni (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) o in atti di diritto internazionale (Trattato di Oviedo del 1997, ratificata con Legge 28 marzo 2001 n.145). Ciò portava lo stesso giudice a riconoscere *"in capo alla persona un vero e proprio diritto soggettivo perfetto a rifiutare liberamente e consapevolmente la terapia, anche nel caso in cui quest' ultima consentirebbe di salvare la vita al paziente"* in ragione della (riconosciuta) *"positivizzazione del principio dell'autodeterminazione della persona in ordine ai trattamenti sanitari nella sua massima espansione, fino a comprendere il diritto di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico e di terapia, di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interrompere la terapia, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, in cui deve ritenersi riconosciuta all' individuo la libertà di scelta del come e del quando concludere il ciclo vitale, quando ormai lo spegnimento della vita è ineluttabile, la malattia incurabile e per mettere fine alle proprie sofferenze"*. Nel contempo, però, il Tribunale rilevò come mancasse nell' ordinamento giuridico statale la previsione di una *"disciplina specifica sull' orientamento del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell' attuazione pratica del principio dell'autodeterminazione per la fase finale"*.

Nella specie, alla pretesa soggettiva, costituzionalmente fondata, di autodeterminazione in materia di cure sanitarie faceva da contraltare la mancanza di specifica regolamentazione legislativa valutata necessaria dallo stesso giudice di merito per assicurare la tutela effettiva del diritto in questione. Tale necessità era ritenuta funzionale, tra l'altro, ad un bilanciamento dei diversi valori costituzionali implicati nella fattispecie sottoposta a giudizio, bilanciamento che l'attività interpretativa del giudice non avrebbe potuto realizzare attraverso la ricerca di una soluzione per il caso singolo ma che era rimessa unicamente al prudente apprezzamento discrezionale del legislatore.

A venire in rilievo, in ultima analisi, era la integrità del modello organizzativo dello Stato di diritto fondato sulla distinzione/separazione dei poteri.

della vita umana, allorché la richiesta riguardi il rifiuto o l'interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente". Se dunque "il divieto di accanimento terapeutico" è apparso un principio solidamente basato sulla tutela costituzionale della dignità della persona, l'attuazione pratica del corrispondente diritto del paziente ad autodeterminarsi in materia di trattamenti sanitari pretendendo anche la cessazione di una determinata attività medica di mantenimento in vita (come è il caso, ad es., dell'alimentazione e idratazione forzate e/o la respirazione assistita a mezzo di ventilatore artificiale), reputata di mero accanimento terapeutico, è stata intesa dal giudice come affidata, allo stato, alla interpretazione soggettiva ed alla discrezionalità nella definizione di concetti ad alto tasso di indeterminatezza e propri di un campo "non ancora regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del Giudice, nemmeno utilizzando i criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento".

"Siccome un diritto può dirsi effettivo e tutelato solo se l'ordinamento positivamente per esso prevedeva la possibilità di realizzabilità coattiva della pretesa, in caso di mancato spontaneo adempito alla richiesta del titolare che intenda esercitarlo, va osservato che, nel caso in esame, il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente alla stregua delle osservazioni di cui sopra, ma trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento; infatti, non può parlarsi di tutela se poi quanto richiesto al ricorrente deve essere sempre rimesso alla totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiesta venga fatta, alla sua coscienza individuale, alle sue interpretazioni soggettive dei fatti e delle situazioni, alle proprie concezioni etiche, religiose e professionali". Dunque, "in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato accanimento terapeutico, va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito, e di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità dell'azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale e anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito.

Solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina, anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni (allo stesso modo in cui intervenne il legislatore per definire la morte cerebrale nel 1993)."

Ora, è un dato incontestato che il godimento dei diritti fondamentali costituisca uno dei compiti fondamentali, oltre che integrare un obiettivo dello Stato costituzionale di diritto⁴⁶. Nel contempo, la tutela di tali diritti si pone come l' esito di un processo articolato e disomogeneo, comprendente fasi distinte ed autonome di partecipazione, istituzionalmente riservate alla competenza propria dei singoli poteri statali. La carenza di alcuno dei presupposti giuridici di un diritto fondamentale, paralizzando la corrispondente pretesa giuridica, preclude l' effettività di siffatta tutela⁴⁷. Tali presupposti si pongono dunque come "condizioni di possibilità" della garanzia costituzionale conferendo efficacia alle pretese di validità dei diritti fondamentali e, così, consentendo al singolo interessato di veder concretizzata, davanti all' autorità giurisdizionale, la pretesa giuridica corrispondente⁴⁸. Nessun dubbio, dunque, che tali diritti possano autorizzare o, come nel caso del diritto alla conoscenza dell' identità biologica, obbligare il legislatore a porre in essere la necessaria disciplina funzionale, rilevante per l' effettività della tutela⁴⁹. Quest' ultima, infatti, oltre a specificare la sfera materiale della garanzia connessa al diritto in questione, procederà a fissare i parametri normativi del bilanciamento tra interessi e pretese costituzionali concorrenti. L' applicazione in sede giurisdizionale del diritto fondamentale rappresenta, così, soltanto il segmento finale del processo di progressiva concretizzazione in cui dunque la tutela non può ritenersi assicurata dal solo dettato costituzionale. In siffatta prospettiva, anzi, le prescrizioni che sanciscono i diritti tendono piuttosto a configurarsi quali direttive normative, bisognose di ulteriore determinazione attraverso successivi atti normativi di livello sub-costituzionale⁵⁰.

Per tornare alla fattispecie del diritto di conoscenza dell' identità biologica, la effettività condizionata di quest' ultimo sterilizza, nella sostanza, la pretesa soggettiva fondata sulla titolarità del diritto fino all' intervento del legislatore ordinario. Occorre domandarsi, nondimeno, se alla carenza di regolamentazione legislativa possa far

⁴⁶ J. ISENSEE, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen*, in ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, (3'ed. interamente riveduta ed ampliata), Heidelberg, 2011, p. 266 ss., part. p.281.

⁴⁷ J. ISENSEE, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen*, cit., p. 283.

⁴⁸ J. ISENSEE, *ibidem*, p. 287.

⁴⁹ Così anche M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 29 (Tali leggi infatti "bestimmen, nach Art dynamischer Verweisungen, ob und inwieweit ihre Gewährleistungen Konturen und Substanz, Wirksamkeit und Grenzen nach Maßgabe des Gesetzesrechts erfahren" ...).

⁵⁰ V. ancora J. ISENSEE, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen*, cit., p.295.

fronte il giudice di merito nell' applicazione dei diritti fondamentali ai fini della decisione di un caso singolo o se quest' ultima non possa comunque prescindere dalla presenza di una legislazione attuativa.

7. Diritti condizionati e teoria dell' idoneità funzionale: una base argomentativa "a doppia lettura".

In tale ordine di idee, la questione della concretizzazione dei diritti condizionati viene ad involgere, per un verso, il profilo dell' assetto organizzativo dello Stato di diritto fondato sul principio di distinzione/separazione delle funzioni. Per altro verso, tocca l' aspetto relativo alla tutela effettiva dei diritti costituzionali a favore del singolo.

In quanto norme di diritto positivo, i diritti costituzionali postulano l' integrità dell' assetto organizzativo dello Stato democratico e di diritto, di cui il principio della separazione dei poteri configura un elemento indefettibile. Pertanto, al legislatore rappresentativo deve essere riconosciuta, in primo luogo, la competenza all' esercizio di potere discrezionale nel dettare la generale disciplina attuativa. All' autorità giurisdizionale spetta, dunque, un potere interpretativo dei diritti fondamentali funzionale alla loro applicazione.

Ma la capacità dei diritti in questione di assicurare, al livello più alto della gerarchia delle fonti, la tutela di posizioni giuridiche soggettive che su di essi si fondano sembra evocare anche una immediatezza di tale tutela, intesa come capacità dell' ordinamento giuridico di realizzazione in ogni caso dell' effetto di garanzia attraverso i poteri integrati nell' assetto organizzativo statale. Nello specifico, si tratterebbe del potere di concretizzazione spettante al giudice nell' esercizio delle proprie attribuzioni.

Nessuna rilevanza euristica, nella questione che ci occupa, può avere di per sé il richiamo alla teoria della "idoneità funzionale" dello Stato⁵¹. Nella specie, infatti, a venire in discussione non è certo la premessa per cui l' attuazione dei diritti fondamentali non può avvenire in deroga ai canoni dello Stato di diritto, in particolare al principio di separazione/distinzione delle funzioni e dei poteri. In proposito, vale quanto già detto avanti: se la democrazia postula, quale condizione essenziale, la libertà, si tratta, in ogni caso, con riguardo a quest' ultima, di una libertà giuridica, che non può essere garantita e resa effettiva se non attraverso lo Stato-ordinamento e

⁵¹ ...di cui un significativo richiamo in M. KRIELE, *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, cit., p. 184 ss., part. p.215 ss.

secondo le forme del suo agire⁵². Ciò, del resto, vale solo a specificare quanto il riferimento ai diritti fondamentali lascia già prefigurare, vale a dire che questi ultimi trovano garanzia unicamente all' interno dell' ordinamento giuridico-positivo, portando ad escludere, dunque, una priorità in senso giuridico della tutela dei diritti rispetto all' integrità dell' assetto organizzativo dello Stato.

Ma a ben vedere, alla teoria dell' idoneità funzionale dello Stato potrebbe farsi riferimento anche per sostenere la tesi favorevole all' immediata effettività della tutela connessa ai diritti costituzionali⁵³, argomentando, questa volta, a partire dall' esigenza di adempimento dei compiti fondamentali dello Stato, rispetto a cui il modello organizzativo risulterebbe, in ultima analisi, funzionale. In tale prospettiva, non parrebbe incongruo intestare al giudice un potere di concretizzazione dei diritti funzionale alla decisione del caso singolo, per quanto la carenza di regolamentazione legislativa imponga quest' ultimo un' adeguata motivazione dei vari passaggi strumentali rispetto all' esito della controversia.

La prospettiva che qui si considera, di assicurare in ogni caso in giudizio l' immediatezza della tutela connessa ad un diritto fondamentale attraverso il giudice di merito, postula in capo a quest' ultimo un potere ampio di interpretazione del diritto che ricavi maggiore forza euristica dal richiamo ad una disciplina "funzionale" rinvenibile all' interno dell' ordinamento giuridico di riferimento. Al giudice spetterebbe di ricavare, così, dal complesso normativo richiamato le "rime obbligate" di un ragionevole bilanciamento tra le posizioni giuridiche apparse concorrenti nella fattispecie in questione (A).

⁵² Come rileva espressamente lo stesso Tribunale di Karlsruhe "*Das Grundgesetz begründet eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit aller Bürger*": BVerfGE, 46, 160 (165).

⁵³ Non è un caso, infatti, che il Tribunale costituzionale federale abbia fissato un termine, nella decisione, entro cui il legislatore avrebbe dovuto adottare la regolamentazione ritenuta necessaria.

8. La sentenza come atto di concretizzazione dei diritti condizionati. Aspetti problematici di una ipotesi ricostruttiva.

Il riferimento alla sentenza come possibile forma di concretizzazione dei diritti condizionati, anche in carenza della richiesta regolamentazione funzionale presta il fianco, nondimeno, a diversi dubbi, a partire da quello relativo alla violazione del principio di separazione dei poteri, cardine organizzativo dello Stato di diritto. Nell'ipotesi che si considera, la decisione del giudice verrebbe ad assumere una consistenza normativa nella parte in cui surroga, con riguardo alla fattispecie concreta, la carenza della suddetta disciplina legislativa, necessaria a rendere effettiva la garanzia.

Siffatta obiezione, tuttavia, risulta a ben vedere, poco congruente. In effetti, la integrità del modello organizzativo dello Stato di diritto non parrebbe posto in pregiudizio dalla decisione del caso singolo, i cui effetti restano comunque circoscritti alla sola composizione degli interessi antagonisti rilevanti nella controversia portata in giudizio. Anche in tal caso, pertanto, il giudice parrebbe muoversi nell'ottica dell'esercizio della funzione giurisdizionale, di cui fa parte il potere, spettante al primo, di interpretazione del diritto ai fini della risoluzione del giudizio. Nessun carattere normativo acquisisce, dal punto di vista giuridico-positivo, la sentenza ed al legislatore non sarebbe mai impedito di adottare, successivamente alla decisione, la regolamentazione generale funzionale nella forma di una disciplina contrastante o in parte divergente rispetto agli esiti dell'operazione interpretativa espressi dalla sentenza. Quest'ultima, dunque, realizzerebbe l'unica forma possibile di concretizzazione di diritti costituzionali "condizionati", con effetto limitato, nell'ipotesi di inerzia, anche protratta nel tempo, del legislatore rappresentativo.

Invero, le ragioni a sostegno di un divieto di pronunciamenti *lato sensu* creativi della giurisprudenza di merito in materia di diritti fondamentali, allorquando sia carente il presupposto giuridico condizionante, risiedono essenzialmente in considerazioni di tipo ideologico-funzionale (richiamo ai compiti ed ai fini propri dello Stato, principio dell'idoneità funzionale, ruolo della giurisdizione) che non mostrano, come si è detto (v. *supra*), un convincente fondamento, sul piano argomentativo.

Né, per le ragioni appena esposte, vale appellarsi all' impossibilità, dichiarata dal giudice costituzionale⁵⁴, di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l' esistenza di un diritto di formazione giurisprudenziale. A prescindere dal fatto che una linea ricostruttiva opposta a quella espressa dalla Corte italiana ha seguito, invece, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, vale qui ribadire soltanto che, come appena detto, l' effetto applicativo dei diritti fondamentali attraverso la sentenza resta comunque circoscritto alla decisione del caso concreto.

L' avversione nei confronti del diritto di "fonte" giurisprudenziale nel nostro ordinamento, da cui deriva "il difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale", riposa sul principio della separazione dei poteri "specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge"⁵⁵. Ciò, secondo la Corte costituzionale, vale a smentire qualsiasi analogia tra la successioni nel tempo delle leggi e quella, invece, di indirizzi giurisprudenziali contrastanti.

A venire in gioco, nella circostanza, è essenzialmente la tutela di un assetto organizzativo che affida al Parlamento rappresentativo il potere primario di normazione e contenendo, di conseguenza, l' apporto del cd. diritto giurisprudenziale unicamente entro l' orizzonte dell' interpretazione del diritto vigente.

Ma nell' ipotesi che qui si delinea, nessuna violazione di tale principio verrebbe a realizzarsi giacché l' atto di decisione del giudice non trasfigura in atto fonte del diritto. In definitiva, quell' integrità dello modello organizzativo fondamentale dello Stato di diritto che, di recente, il resterebbe assolutamente preservata.

Del resto, dalle motivazioni esposte nella linea di ragionamento seguita dalla Corte non sembrano evincersi, per il giudice di merito, limiti specifici nell' interpretazione ed applicazione del diritto (e dei diritti fondamentali); né la stessa lascia prefigurare vincoli peculiari sul piano del metodo interpretativo, così da orientare ogni

⁵⁴ Si tratta della (ormai) nota sentenza n. 230/2012 della Corte costituzionale, in tema di deroga al principio della irretroattività della legge penale.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 230/2012 cit., parte finale del "Considerato in diritto". Pertanto – prosegue la Corte "Al pari della creazione delle norme Anche la loro abrogazione non può ... dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (...)".

elaborazione in via deduttiva di passaggi procedurali necessari alla concretizzazione di un singolo diritto.

L' unica obiezione che appare congruente è quella secondo cui un potere di interpretazione concretizzatrice da parte del giudice di merito, nell' ipotesi sopra esposta, sarebbe in grado nell' effetto di determinare esiti e trattamenti differenti di fattispecie uguali o analoghe. Ma anche tale obiezione è destinata a cadere quando si pensi che un siffatto rischio appare del tutto fisiologico rispetto ad un assetto organizzativo fondato sulla pluralità delle giurisdizioni, oltre che sull' autonomia e l' indipendenza dei singoli giudici. Ciò implica che nessun giudice possa o debba sentirsi vincolato da un percorso interpretativo ed argomentativo compiuto da un altro giudice con riguardo a fattispecie uguali dedotte in giudizio. Del resto, la previsione di un giudice della nomofilachia è l' esatto riconoscimento della opportunità di riservare alla competenza di un organo giurisdizionale il potere di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale", oltre che "il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni" (r.d. 30/01,1941 n. 12, art. 65).

9. Conclusioni.

La giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, tanto quella tedesca quanto quella della Corte italiana giustifica dunque diversi interrogativi in tema di tutela effettiva dei diritti fondamentali, soprattutto rende evidente come quest' ultima non sempre possa ascrivere all' efficacia immediata delle relative prescrizioni costituzionali⁵⁶. In particolare in quanto concerne i cd. diritti condizionati –tra cui, quello alla conoscenza delle proprie origini biologiche, preso in esame nelle summenzionate decisioni dei giudici costituzionali tedesco ed italiano, la necessità dell' apporto legislativo parrebbe giustificare -parafrasando il titolo di un noto lavoro di

⁵⁶ Per una configurazione del diritto costituzionale concretizzato come diritto primario in sintonia con la Costituzione, cfr. ancora M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 17.

Walter Leisner degli anni '60⁵⁷- una sorta di transito effettivo dalla costituzionalità delle leggi alla legalità della Costituzione.

Il dato problematico essenziale, sullo sfondo di un modello che configura la concretizzazione come l' esito di un processo di progressiva specificazione della portata deontica di singoli diritti, resta quello connesso alla eventualità di realizzazione della pretesa giuridica soggettiva, quando la stessa, pur riconosciuta, poggia tuttavia su un diritto condizionato. Tale incertezza si mostra strutturale in quanto funzionalmente dipendente dalla natura politica della determinazione legislativa la cui realizzazione, così, si mostra del tutto eventuale, nonostante l' eventuale pronunciamento censorio di un giudice costituzionale. Peraltro, le argomentazioni esposte dalle Corti adite postulano, a ben vedere, una percezione della legge secondo la prospettiva strettamente giuridico-positiva, come atto normativo (necessario ad integrare il processo di concretizzazione). Qui, tuttavia, si rende palese l' aporia, sul piano pratico, della distinta configurazione della legge quale fonte del diritto (punto di vista giuridico-positivo) e quale atto di decisione politica (punto di vista politico). Siffatta distinzione, se conserva significato sul piano dogmatico nell' ottica del positivismo giuridico, tradisce un' intrinseca debolezza speculativa quando la si proietta sull' orizzonte problematico della tutela effettiva dei diritti condizionati. Ignorare infatti la suddetta strutturale incertezza che accompagna ogni *iter* legislativo, quanto al suo compiersi ma anche quanto ai contenuti della decisione politica che lo connota equivale, in buona sostanza, ad accettare il rischio di una protratta paralisi di tale tutela e, così, delle pretese giuridiche soggettive ad essa connesse.

L' esistenza di una regolamentazione legislativa generale quale presupposto della tutela, in un contesto nel quale l' incrementale complessità del catalogo dei diritti conduce alla "regola" di un bilanciamento dinamico e permanente degli stessi, non neutralizza ogni rischio di potenziale (quanto problematico) pregiudizio all' intero sistema ordinamentale ed, anzi, accentua il dubbio sull' immediatezza della garanzia costituzionale.

Lo iato teorico sussistente tra la prescrizione della garanzia la non immediata pretensibilità dei diritti (condizionati) davanti all' autorità giurisdizionale (in carenza

⁵⁷ W. LEISNER, *Von der verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964, in cui rileva l' idea della „*Verfassung nach Gesetz*“ (p. 26 ss).

di disciplina legislativa) realizza una debolezza dello Stato costituzionale democratico e nutre la visione di una trasfigurazione dalla Costituzione dei diritti ad una Costituzione dei (soli) poteri⁵⁸.

⁵⁸ ...parafrasando il titolo di un noto lavoro di M. LUCIANI, *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, vol. II, p. 497 ss.