

Rivista N°: 2/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 19/05/2017

AUTORE: Simone Scagliarini*

DUBBIE CERTEZZE E SICURE INCERTEZZE IN TEMA DI COGNOME DEI FIGLI

Sommario: 1. Ter in idem: il cognome dei figli (di nuovo) innanzi alla Corte – 2. Nel merito: gli argomenti utilizzati dalla Consulta. – 2.1. Un equivoco di fondo. – 2.2. Una (evitabile) contraddizione. – 2.3. L'identità personale e la soluzione del doppio cognome: linee guida per il futuro legislatore. – 3. Una pronuncia piuttosto insoddisfacente.

1. *Ter in idem*: il cognome dei figli (di nuovo) innanzi alla Corte

La sentenza n. 286 del 2016 rappresenta il terzo atto della vicenda giurisprudenziale riguardante la norma sull'attribuzione del cognome paterno ai figli nati nel matrimonio, oggetto di diverse pronunce della Consulta adottate nel corso degli ultimi trent'anni.

Il primo atto, infatti, si svolse nel 1988, quando, con le ordinanze n. 186 e 586 di quell'anno¹, la Corte, nel dichiarare inammissibili le questioni, ebbe modo di affermare che, sebbene dovesse ritenersi «probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente [...] con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi», tale innovazione rappresentava soltanto una opzione di politica legislativa, riservata pertanto al Parlamento². Del resto – proseguiva il giudice delle leggi – il sistema di attribuzione del patronimico al figlio legittimo non si profilava di per sé come scelta contraria a Costituzione, poiché «il limite derivante [...] all'eguaglianza dei coniugi [...] utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio» il quale «sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia, in guisa che ai figli esso sia non già imposto, cioè scelto dai genitori [...] bensì esteso *ope legis*».

* Associato di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Modena e Reggio Emilia.

¹ Pubblicate in *Giur. cost.* 1988, rispettivamente 712 ss. e 2726 ss.

² Anche perché, come rilevava il Collegio nella ordinanza n. 586, si profilerebbe una pluralità di sistemi alternativi, la cui determinazione non può che essere appannaggio del legislatore.

Il secondo atto, invece, si ebbe quasi un ventennio dopo, quando, con la sentenza n. 61 del 2006 e la successiva ordinanza n. 145 del 2007³, il giudice delle leggi, mutando nella sostanza il proprio orientamento⁴, affermò, richiamando anche alcune fonti internazionali e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna». A tale accertamento di illegittimità, tuttavia, non conseguì un dispositivo di accoglimento, stante la preclusione, per il giudice delle leggi, di optare, con la propria sentenza, per una tra le varie soluzioni astrattamente possibili (e di fatto oggetto di disegni di legge già presentati alle Camere, che venivano richiamati nella motivazione). Così che, grazie alla pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata per rinvio alla discrezionalità del legislatore⁵, la normativa vigente ha continuato sinora a trovare applicazione.

Con questo (ultimo?) atto, la Consulta, lasciando immutato il proprio orientamento sostanziale (salvo per quanto concerne il nesso tra cognome e identità personale, di cui si dirà meglio nel prosieguo), cambia invece decisamente la forma della propria decisione, che porta all'accoglimento, sia pure limitatamente al circoscritto *petitum* della causa *a quo*, della questione sollevata. Così, viene dichiarata la illegittimità costituzionale della norma desumibile⁶ dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ. nonché dall'art. 79 della legge sull'ordinamento dello stato civile e dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000, «nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno». Di modo che, in buona sostanza, il giudizio della Corte non riscrive la regola sull'attribuzione del cognome ai figli, limitandosi ad introdurre la possibilità di aggiungere a quello paterno, fin dalla nascita, anche il matronimico qualora vi sia concorde richiesta in tal senso dei coniugi. In via consequenziale, la Consulta estende poi la declaratoria ai casi, del

³ Consultabili in *Giur. cost.* 2006, 543 ss. e 2007, 1316 ss.

⁴ Della sentenza n. 61 del 2006 come *revirement* ragiona G. P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.* 2014, 739.

⁵ Ascrive la pronuncia a questa categoria E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali scenari?*, in *Consulta OnLine*, 2014, 5 ss. dell'estratto, la quale, ricordando anche un'esternazione del 2012 del Presidente della Corte, immaginava un epilogo simile a quello attuale con l'accoglimento della questione. Nello stesso senso anche G. P. DOLSO, *La questione*, cit., 749 ss., il quale rimprovera alla Corte di non avere adottato già nel 2006 una sentenza del tenore di quella in commento. In generale, su questo tipo di decisioni rinviando, per tutti, a R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1993, 80 ss. È peraltro curioso osservare quanto rileva lo stesso Autore in *Id.*, *La questione è fondata, anzi inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. cost.* 2015, 2083, ove si legge che sebbene il ricorso a tale tipo di dispositivo sia stato decisamente recessivo nei primi tredici anni del XXI secolo, contando solo sei pronunce, ben due di queste (ovvero la sentenza n. 61 del 2006 e l'ordinanza n. 145 del 2007) riguardavano proprio il tema di cui ci stiamo occupando.

⁶ Prescindiamo qui interamente dalla questione se effettivamente esista una tale norma, come la Corte non dubita, forte del richiamo anche della giurisprudenza di legittimità, ovvero se debba ritenersi sussistente una mera consuetudine (in tal caso da disapplicare ad opera del giudice comune in quanto *contra legem*) come sostenuto da parte della dottrina (e in particolare da G. GRISI, *L'aporia della norma che impone il patronimico*, in *Eur. dir. priv.* 2010, 678 ss.), non senza qualche minoritaria adesione giurisprudenziale. Le varie tesi sono sinteticamente ricostruite da F. DE SCRILLI, *Il cognome dei figli*, in G. Collura – L. Lenti – M. Mantovani (a cura di), *Filiazione*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2012, 525.

tutto analoghi, del figlio nato fuori dal matrimonio e riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori e del figlio adottivo.

In questo contesto, scopo delle presenti note sarà di evidenziare alcune criticità della pronuncia, anche sotto il profilo della coerenza con i precedenti in materia, nonché di individuare, in vista del (pur sempre) necessario futuro intervento del legislatore, alcune indicazioni che, a nostro avviso, possono trarsi dalla sentenza in commento.

2. Nel merito: gli argomenti utilizzati dalla Consulta

La Corte d'appello di Genova, dalla cui ordinanza di rinvio ha tratto origine il giudizio di legittimità costituzionale, sollevava la questione con riferimento a tre diversi parametri, ovvero: 1) l'art. 2 Cost., quale fondamento del diritto alla identità personale; 2) gli artt. 3 e 29 Cost., per violazione del principio di eguaglianza tra i coniugi; 3) l'art. 117, comma 1, Cost., per la contrarietà della normativa censurata ad una pluralità di fonti internazionali e comunitarie. Ebbene, la Corte costituzionale accoglie le questioni sollevate con riferimento ai primi due parametri, dichiarando invece assorbita quella formulata in relazione al terzo. Per chiarezza di indagine ci sembra opportuno trattare anzitutto delle ultime due, riservando successivamente qualche considerazione a sé all'argomento relativo alla violazione del diritto all'identità personale.

2.1. Un equivoco di fondo

Come si è detto, la Consulta aderisce alla tesi del giudice *a quo* per quanto concerne la asserita violazione del principio di eguaglianza, ad opera della normativa impugnata, qualificandola come discriminante nei confronti della madre. Al riguardo, il giudice delle leggi sembra non nutrire alcuna incertezza e, forte dei precedenti propri e sovranazionali, afferma che «il criterio della prevalenza del cognome paterno, e la conseguente disparità di trattamento dei coniugi, non trovano alcuna giustificazione né nell'art. 3 Cost., né nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare, di cui all'art. 29, secondo comma, Cost. [...] Tale diversità di trattamento dei coniugi [...] in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia [...] non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica».

Ebbene, nonostante si tratti di affermazioni che trovano larga adesione in dottrina⁷ e per quanto, a prima vista, si potrebbe pensare che la soluzione data dalla Consulta fosse

⁷ Una essenziale rassegna delle varie posizioni dottrinarie, con cenni anche alla giurisprudenza di merito, può leggersi in M. MORETTI, *Il cognome del figlio*, in G. Bonilini (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, Milano, Utet, 2016, 4080 ss. Tra coloro che sostengono in modo netto questa posizione, ci limitiamo qui a richiamare, a mero titolo esemplificativo, E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, in *Giur. cost.* 2006, 552 ss.; A. BECCU, *Il cognome del figlio naturale dinanzi alla Corte costituzionale, fra istanze di eguaglianza e proposte di riforma*, in *Fam. pers. success.* 2008, 116; E. PAZÈ, *Diseguali per legge*, Milano, FrancoAngeli, 2013, spec. 135 ss.; C. BATTIATO, *Il cognome materno alla luce della*

necessitata alla luce delle pronunce CEDU, è invece nostra opinione che questo assunto si fondi, in realtà, su un equivoco. In altri termini, è davvero discriminatorio per la madre il fatto che il figlio porti solo il cognome paterno? A nostro avviso ci sono buone ragioni per dubitarne.

Anzitutto, crediamo vada sgombrato, a mo' di premessa, il campo da un equivoco in cui ci sembra essere incorsa anche la Corte. Infatti, si deve rilevare che la trasmissione del cognome al figlio, a dispetto di quanto si legge nella sentenza, dove con estremo vigore la Consulta parla della «mortificazione del *diritto* della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome»⁸, non costituisce, in realtà, oggetto di un diritto soggettivo per nessuno dei genitori, trattandosi, all'opposto, di una scelta del legislatore, come dimostra, a tacer d'altro, il fatto che al figlio viene attribuito il cognome paterno anche *contro* la volontà di questi. Non solo, ma a ben vedere non è nemmeno corretto parlare di *trasmissione* del cognome, perché al figlio viene attribuito *ope legis* un cognome che si acquista a titolo originario, e non derivato⁹. Non vi è, insomma, alcuna *scelta* del cognome, come avviene invece per il prenome. In tal senso, non sembra perciò congruo il richiamo, da parte del giudice rimettente, della Convenzione di New York del 18 dicembre 1979, ratificata dall'Italia con la legge n. 132 del 1985, poiché l'art. 16, comma 1, lett. g), di tale atto normativo, allorché prevede che gli Stati contraenti assicurino «gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome» sembra doversi interpretare in relazione ai casi in cui detta scelta sia legislativamente prevista, e comunque riferirsi al cognome della moglie piuttosto che a quello del figlio, e quindi, a tutto concedere, alla disciplina dell'art. 143/*bis* cod. civ.¹⁰

Ciò precisato, per quanto riguarda nello specifico la pretesa violazione del principio di eguaglianza, riteniamo non si possa affermare che la disciplina legislativa è discriminatoria, per privilegiare univocamente la figura paterna nell'attribuzione del cognome. Infatti, a nostro avviso, ancorché sia vero che la scelta storicamente trova la sua ragione giustificatrice nella concezione patriarcale della famiglia¹¹, non per questo essa non può ora trovare applicazione, laddove la perpetuazione della regola trovi diverse – e non discriminatorie – ragioni

recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Osservatorio AIC, 2014; V. CARBONE, *La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio*, in *Fam. dir.* 2014, 212 ss.; nonché, in particolare, I. NICOTRA, *La famiglia in "divenire" dinanzi ad un legislatore "fuori tempo massimo"*, in F. Giuffrè – I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del Convegno di Catania 7-8 giugno 2013*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, XIX, la quale rimprovera alla Corte di non avere considerato che l'attribuzione del (solo, se bene interpretiamo) cognome paterno impedisce l'obiettivo stesso di unità familiare che vorrebbe perseguire, ogniquale volta vi sia una famiglia "allargata" in cui siano presenti fratelli nati dalla stessa madre ma da unioni diverse, la cui comune appartenenza familiare non sarebbe resa manifesta in modo alcuno.

⁸ Considerato in diritto, punto 3.4.2. Il corsivo è nostro.

⁹ Ancora attuale sul punto quanto scriveva A. DE CUPIS, *Nome e cognome*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1968, rilevando come, a rigore, il cognome non è trasmesso, ma si estende *ipso jure* al figlio, senza che la volontà privata abbia bisogno alcuno di manifestarsi. L'argomento è richiamato, in tempi più recenti, per esempio anche da F. DE SCRILLI, *Il cognome*, cit., 523.

¹⁰ Notazioni in tal senso già in R. VILLANI, *L'attribuzione del cognome ai figli (legittimi e naturali) e la forza di alcune regole non scritte: è tempo per una nuova disciplina?*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, 324; e F. DE SCRILLI, *Il cognome*, cit., 532.

¹¹ Sulla origine del *favor* per il cognome paterno si veda la sintetica ricostruzione storica svolta da A. BECCU, *Il cognome*, cit., 111 ss.

d'essere. Ciò che, a nostro avviso, può in effetti ravvisarsi se si pone mente alla funzione pubblicistica che il cognome riveste, come elemento che consente di identificare univocamente e con certezza la persona nonché di risalire con facilità alla famiglia di appartenenza della stessa¹². E in questo contesto, il cognome paterno, proprio perché utilizzato per secoli, è probabilmente il criterio più razionale e più comodo, sotto il profilo meramente pratico, per ricostruire la discendenza familiare¹³. Questa è l'unica ragione per cui, ora, il criterio previsto dalla normativa impugnata, privato del suo (originario) carattere discriminatorio, avrebbe potuto ancora funzionare validamente e continuare a rappresentare, almeno come regola tendenziale, la soluzione preferibile¹⁴, senza attribuirle significati simbolici di cui è ormai priva. Tanto più che, *de jure condito*, l'art. 143/bis cod. civ., impugnato nel 2006 come una delle disposizioni dal cui combinato disposto discende la norma sul cognome del figlio¹⁵ ed invece omissa nell'ordinanza di rinvio odierna, prevede tuttora che la moglie aggiunga al proprio cognome quello del marito, che in qualche misura costituisce così il cognome familiare, fermo restando, in sintonia con la normativa internazionale testé richiamata, il diritto della moglie di continuare ad utilizzare, con piena validità, il proprio cognome da nubile¹⁶.

Quanto si è detto finora trova conferma nella celebre pronuncia *Cusan e Fazzo* della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁷, ove il giudice di Strasburgo precisa esplicitamente che «se la regola che vuole che il cognome del marito sia attribuito ai “figli legittimi” può rivelarsi

¹² Come scrive L. TRUCCO, *Quando il nome patronimico diventa un “fatto di gratitudine”: il TAR Liguria e il cambiamento di cognome*, in *Federalismi.it*, 2012, 2, dalla normativa vigente si evince come vi sia un «interesse ordinamentale a che un soggetto abbia (dove possibile fino dal momento della sua nascita) e, specie quando lo voglia, mantenga intatta, nel tempo, un'identità di tipo anagrafico. Identità attribuita, che, per tutto il corso della vita, viene documentata negli atti di stato civile, la cui tenuta costituisce, notoriamente, una funzione primaria dello Stato». Peraltro, come rileva M. ALCURI, *L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. fam. pers.* 2014, 557, tale funzione può essere efficacemente svolta solo in presenza di una regola fissa, quale essa sia, in tema di attribuzione del cognome, mentre verrebbe resa assai difficoltosa dalla totale libertà di scelta dei genitori in materia.

¹³ Scrive al riguardo F. DE SCRILLI, *Il cognome*, cit., 528, che proprio l'uso secolare del patronimico favorisce l'unitaria percezione della compagine familiare, integrando quella coloritura pubblicistica che contraddistingue il concetto di unità della famiglia previsto in Costituzione. In senso analogo M. ALCURI, *L'attribuzione*, loc. cit., per il quale esigenze concrete non arbitrarie possono sottrarre alla sfera privatistica l'attribuzione del cognome.

¹⁴ Dato che, come scrive S. NICCOLAI, *Il cognome familiare tra marito e moglie. Com'è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza*, in *Giur. cost.* 2006, 562, la ricerca dell'uguaglianza in materia non può dare una soluzione forte quale quella tradizionale, poiché fornisce solo un assetto provvisorio destinato ad essere rimesso in discussione da continui riassetti dei rapporti tra i coniugi; ciò che – a giudizio dell'A. – dimostra che è lo stesso istituto del nome familiare ad essere svuotato di contenuto. Il che, però, se può essere vero per il profilo dei rapporti familiari, non fa venir meno l'utilità di esso sotto il profilo pubblicistico.

¹⁵ Di una centralità di questa norma, pur nei fatti piuttosto desueta, parlava S. NICCOLAI, *Il cognome*, cit., 567 ss.

¹⁶ Cfr. M. ALCURI, *L'attribuzione*, cit., 560, il quale afferma che in qualche misura il cognome paterno, poiché aggiunto a quello originario della moglie, finisce per essere il cognome condiviso dall'intera famiglia. Assai critica sul punto è invece F. POGGI, *Diversi per diritto. Le disuguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2015, 9 ss., che attribuisce alla norma in questione una funzione simbolica di oppressione tale da indurre l'Autrice a qualificarla, insieme alla regola sulla attribuzione del cognome paterno, tra le disuguaglianze prive di qualsiasi ragionevole giustificazione.

¹⁷ Il riferimento è a Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 gennaio 2014 *Cusan e Fazzo contro Italia*, in *hudoc.echr.coe.int* nella quale si afferma che l'attribuzione del cognome paterno, anche contro la volontà dei genitori, integra una violazione dell'art. 14 CEDU (recante il divieto di discriminazioni) in combinato disposto con l'art. 8 della medesima Carta (che afferma invece il diritto alla vita privata).

necessaria in pratica e non è inevitabilmente in contrasto con la Convenzione [...], l'impossibilità di derogarvi al momento dell'iscrizione del nuovo nato nei registri di stato civile è eccessivamente rigida e discriminatoria verso le donne»¹⁸. Dunque, l'adeguamento alla disciplina internazionale (ma, a ben vedere, come meglio si dirà, anche a quella costituzionale) si sarebbe potuto ottenere semplicemente escludendo l'automatismo nella attribuzione del cognome¹⁹, che è la vera causa della declaratoria di illegittimità dell'istituto, proprio per il fatto che la regola del patronimico conserva in sé una propria utilità che non la rende necessariamente discriminatoria.

2.2. Una (evitabile) contraddizione

L'accoglimento da parte della Corte della questione sollevata in relazione al (per quanto si è visto, discutibile) parametro dell'eguaglianza, a parere di chi scrive si sarebbe potuto (e dovuto) evitare, anche per il fatto che esso sembra creare più problemi alla tenuta complessiva della motivazione di quanti non ne risolva.

Al riguardo, significativo è il passaggio in cui, affermando che «la *perdurante* violazione del principio di uguaglianza "morale e giuridica" dei coniugi [...] contraddice, *ora come allora*, quella finalità di garanzia dell'unità familiare, individuata quale *ratio* giustificatrice, in generale, di eventuali deroghe alla parità dei coniugi»²⁰, la stessa Consulta sottolinea involontariamente il punto debole della propria pronuncia, ovvero la contraddizione che viene a crearsi rispetto alla precedente decisione n. 61 del 2006, in cui, a fronte di un *petitum* del tutto analogo²¹, la questione era stata dichiarata inammissibile, come si è detto, poiché l'accertata incostituzionalità non poteva essere dichiarata senza creare un vuoto normativo inaccettabile²². Di modo che l'accoglimento, in questa sede, della stessa questione avrebbe richiesto una giustificazione correlata a qualche modifica normativa od a qualche evento tale da indurre il Collegio ad una diversa valutazione, ma di ciò non si trova traccia nella sentenza n. 286.

¹⁸ Si veda il punto 67 della pronuncia (la traduzione è nostra). Che la ragione della condanna sia (solo) la eccessiva rigidità della regola è rilevato da molti Autori, tra cui, a titolo esemplificativo, M. ALCURI, *L'attribuzione*, cit., 557; G. P. DOLSO, *La questione*, cit., 747; ed E. Malfatti, *Dopo la sentenza*, cit., 11. La decisione sembra peraltro porsi in continuità con quell'indirizzo prudente della Corte di Strasburgo già segnalato a suo tempo da S. Niccolai, *Il cognome*, cit., 563 ss.

¹⁹ Il punto sarà trattato più ampiamente *infra*, nel paragrafo conclusivo, ove indicheremo il diverso dispositivo che a nostro avviso si sarebbe potuto adottare.

²⁰ Considerato in diritto, punto 3.4.2. (il corsivo è nostro).

²¹ Ricordiamo infatti che, in entrambi i casi, veniva richiesta dal giudice *a quo* la rimozione dell'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno, laddove l'unica differenza tra i due giudizi è che, mentre nel precedente del 2006 i genitori erano concordi nel richiedere l'attribuzione del cognome materno, in questa pronuncia la richiesta riguardava l'attribuzione di entrambi i cognomi, ma non si tratta certo di una differenza capace di giustificare il mutamento giurisprudenziale.

²² Tanto che R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 2007, 91, richiama proprio la sentenza n. 61 del 2006 come uno dei (rari) casi in cui la Corte dichiara esplicitamente di non accogliere la questione per timore del vuoto normativo che la sua pronuncia produrrebbe. Analogamente S. Niccolai, *Il cognome*, cit., 572; e G. P. Dolso, *La questione*, cit., 741 ss.

A dire il vero, alla Corte non sarebbero mancati appigli, ancorché forse deboli sul piano argomentativo, ma comunque tali da offrire pur sempre una qualche giustificazione accettabile al proprio *revirement*.

Così, in primo luogo, la Consulta avrebbe potuto fare riferimento ai più recenti sviluppi dell'ordinamento sovranazionale²³ ed in particolare alla già citata sentenza *Cusan Fazzo*, intervenuta nel 2014 e quindi in un momento successivo a quello dell'adozione del proprio ultimo precedente²⁴. Ed è invece curioso rilevare che la Corte richiama, sì, tale pronuncia nella sentenza in commento, ma soltanto *en passant*, qualificandola espressamente come una cornice entro cui si pone la decisione e non già come suo elemento qualificante. Tanto è vero che, come accennavamo in precedenza, la censura riguardante l'art. 117, comma 1, Cost. viene dichiarata assorbita, e questo nonostante poi, nei fatti, il giudice delle leggi utilizzi (anche) argomenti analoghi a quello sovranazionale²⁵, senza contare che nella stessa sentenza n. 61 del 2006 il richiamo alle fonti ed alla giurisprudenza CEDU era non solo ampiamente presente²⁶ ma rappresentava proprio uno dei fattori concorrenti al superamento dei *dicta* del 1988.

Ancora, in secondo luogo, la Corte costituzionale avrebbe anche potuto, a nostro avviso, richiamare, sul piano meramente interno, la modifica normativa intervenuta con la legge n. 219 del 2012 (e il relativo decreto legislativo n. 154 del 2013) in tema di filiazione nonché del d.P.R. n. 54 del 2012 sull'ordinamento dello stato civile. Non che un riferimento a tali atti normativi manchi del tutto, ma esso non va oltre la mera ricostruzione dell'evoluzione normativa e l'espressione di un velato rammarico per l'occasione mancata di rivedere la disciplina dell'attribuzione del cognome. Laddove, invece, proprio il mutato quadro ordinamentale avrebbe consentito di ritenere irragionevole (e quindi *ancor più* incostituzionale) la normativa impugnata per incoerenza con la nuova (e ben più permissiva) disciplina introdotta in tema di possibilità di modifica del cognome successiva alla nascita, con la aggiunta di (o fin anche la sostituzione con) quello materno²⁷.

²³ Si osservi, per inciso, che in questa direzione provenivano le indicazioni del giudice *a quo*, anche se formulate in modo piuttosto discutibile, se si considera che questi richiamava per un verso la nuova formulazione dell'art. 117 Cost., che però risale al 2001, e quindi ad epoca precedente alla stessa decisione che qui si sarebbe dovuta superare, nonché, per altro verso, l'avvenuta ratifica del Trattato di Lisbona (sottintendendo questa l'assunzione di valore pari ai Trattati per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che vieta discriminazioni ed enuncia il principio di parità tra uomini e donne). Il che, però, sembra assumere come dato certo proprio ciò che si deve dimostrare, ovvero la natura discriminatoria della disciplina impugnata.

²⁴ Salvo verificare, poi, che la decisione della Corte rispecchiasse in effetti quanto stabilito dal giudice di Strasburgo. Si veda comunque quanto si dirà *infra*, nel paragrafo 3.

²⁵ Lo osserva E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forum di Quad. cost. - Rassegna*, n. 1/2017, 3, che sottolinea proprio come «la Corte rende scarsamente decifrabile, più difficilmente sostenibile, se non addirittura incomprensibile, il mutamento del dispositivo, rispetto a dieci anni prima, a fronte di un apprezzamento di parametri – diversi dal 117 - che a ben guardare sono i medesimi del 2006».

²⁶ Si veda il punto 2.2. del *Considerato in diritto*, a ciò dedicato.

²⁷ Parla al riguardo E. Malfatti, *Dopo la sentenza*, cit., 7, di una aporia tra la regola che continua ad imporre alla nascita l'attribuzione del cognome paterno e l'inversione del criterio nelle fasi successive della vita, quando è divenuto perfettamente legittimo modificare il cognome, anche, appunto, con la sostituzione con quello materno. Tanto più – evidenzia l'A. – che eventuali ragioni ostative al cambio del cognome in nome del pubblico interesse sarebbero sicuramente inferiori al momento della nascita che non successivamente, di modo che la

Insomma, la Consulta avrebbe avuto più di una strada per superare quella incoerenza che si è invece manifestata nel momento in cui essa ha accolto una questione, analoga ad altra già dichiarata inammissibile, senza alcuna plausibile ragione giustificatrice del *revirement*. Laddove, da ultimo, se anche non avesse ritenuto pertinente nessuno degli argomenti testé richiamati, essa avrebbe pur sempre potuto semplicemente limitarsi a dichiarare assorbita la censura ex art. 3 Cost., avendo già motivato la illegittimità in relazione al diverso parametro del diritto all'identità personale, evitando anche in questo modo di contraddirsi.

2.3. L'identità personale e la soluzione del doppio cognome: linee guida per il futuro legislatore

L'esame dell'altro vizio di legittimità individuato dalla Consulta nella normativa impugnata, ovvero la violazione, come si è detto, del diritto all'identità personale, consente di rilevare in modo piuttosto evidente il deciso mutamento nell'interpretazione che la Corte dà di tale situazione soggettiva rispetto alle affermazioni che si leggevano nelle ordinanze del 1988. Se, infatti, in quelle, ancora il Collegio affermava che le norme sull'attribuzione del nome non incidono sul diritto all'identità poiché questo ha, sì, ad oggetto anche il nome della persona, ma per come attribuito per legge, l'attuale statuizione precisa invece che «il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.». Dunque, lungi dall'essere indifferente, la stessa determinazione di un cognome piuttosto che di un altro incide sulla posizione del soggetto nella famiglia ed è perciò destinata in qualche misura a connotarne lo sviluppo dell'identità, di modo che «la piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori».

La ricostruzione dei precedenti condotta dalla Corte al riguardo non è forse tra le più pertinenti. Essa, infatti, per un verso richiama la sentenza n. 297 del 1996, sul mantenimento del cognome da parte del figlio anche nel caso di cambiamento di *status*, ed altre relative al cognome dell'adottato, le quali però sono fattispecie diverse, che ci sembrano porsi più in linea con il precedente del 1988 sul diritto al nome attribuito per legge che non avallare il *revirement* compiuto con questa pronuncia. Così come differente è la fattispecie trattata nella sentenza n. 278 del 2013 sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini, che riguarda certamente il diritto all'identità personale ma nulla ha a che vedere con il nome. Fin anche il ri-

normativa parrebbe anche irragionevole rispetto alla propria *ratio*. Analogamente ragiona G. P. DOLSO, *La questione*, cit., 749.

chiamo alla pronuncia *Cusan Fazzo*, peraltro come si è visto soltanto “di cornice”, avviene nella sede meno corretta, poiché il giudice di Strasburgo argomenta solo in riferimento alla parità dei coniugi e non all’identità personale, di modo che la citazione sarebbe risultata più coerente nel punto della motivazione relativo alla violazione degli artt. 3 e 29 Cost.

Nonostante questi dubbi riferimenti giurisprudenziali, l’argomento della Corte fondato sul diritto alla identità personale sembra comunque più convincente di quello basato sulla violazione del principio di eguaglianza, perché ci sembra condivisibile l’affermazione che il nome, indicando l’appartenenza della persona alla comunità familiare in cui cresce e di cui fa parte a pieno titolo, contribuisce alla costruzione fin dalla nascita della sua identità. In questo contesto, appare innegabile che l’attribuzione dei cognomi di entrambi i genitori sia la soluzione astrattamente preferibile²⁸, perché più rispondente alla realtà dell’*id quod plerumque accidit*, fermo restando che, qualora per le imprevedibili vicissitudini della vita il figlio avesse importanti ragioni per non doversi (più) riconoscere in una delle due figure genitoriali, potrebbe sempre utilizzare la previsione normativa che consente la modifica del cognome in un momento successivo, per affermare la sua reale identità, per come storicamente configuratasi, superando quella, per così dire, presunta al momento della nascita.

Ciò precisato, crediamo sia lecito – se non doveroso – porsi comunque l’interrogativo se la tutela dell’identità personale debba pretendere la soluzione del doppio cognome o se proprio la norma sul mutamento del cognome testé citata non possa ritenersi già sufficiente, in un giudizio di bilanciamento²⁹, a rimuovere i casi in cui la persona non si identifichi nel solo cognome paterno, continuando ad utilizzare questa previsione come regola.

Per un verso, infatti, se è vero che il cognome ha la funzione di definire l’identità anche come discendenza ed appartenenza ad una stirpe familiare, proprio la regola tradizionale del patronimico in quanto – piaccia o meno – utilizzata per secoli garantisce maggiormente un sicuro riferimento alle generazioni precedenti, che il doppio cognome, specie a partire dalle generazioni successive, rischierebbe di obliterare³⁰.

Per altro verso, poi, si è già visto come vi sia una funzione pubblicistica del cognome e come la soluzione tradizionale possa apparire, anche a giudizio della Corte europea dei diritti dell’uomo, una regola pratica meritevole di essere ancora utilizzata a tal fine, almeno in linea tendenziale.

Insomma, anche se la soluzione indicata dalla Consulta apparirebbe certamente la più ragionevole laddove si dovesse “partire da zero”, il contesto di riferimento poteva forse indurre ad un giudizio di bilanciamento diverso. Tanto più che – ed è questo un punto della decisione che merita di essere rimarcato con attenzione – ci sembra ormai difficile che il le-

²⁸ Il cognome, infatti, – scrive I. NICOTRA, *La famiglia*, loc. cit. – attesta la relazione che lega il soggetto alla sua storia familiare, anche con riferimento alla linea materna. Per una netta presa di posizione in tal senso cfr. E. PAZÈ, *Diseguali*, cit., 141 ss.

²⁹ Le necessità, allorché si discute dell’attribuzione del cognome, di contemperare, in un’ottica di bilanciamento, gli interessi spesso tra loro confliggenti dell’identità personale e della funzione sociale del nome è affermata da S. WINKLER, *Sull’attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, 521 ss.

³⁰ Spunti in tal senso in M. ALCURI, *L’attribuzione*, cit., 558.

gislatore possa prendere una direzione differente rispetto a quella indicata nel caso in questione dalla Corte, perché, anche se la sentenza precisa in chiusura che l'accoglimento è limitato al caso in cui vi sia concorde volontà dei genitori di attribuire entrambi i cognomi per una stretta e rigorosa applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in realtà le sue affermazioni, formulate in modo così netto, difficilmente ci sembrano compatibili con un diverso regime. Insomma, a nostro avviso, a prendere sul serio l'argomentazione del giudice delle leggi, se è vero che l'attribuzione dei cognomi di entrambe le figure genitoriali è la soluzione che garantisce il diritto del figlio alla piena e completa realizzazione della propria identità personale, dovrebbe ritenersi che *solo* tale modalità di attribuzione (automatica) del cognome sia conforme a Costituzione³¹, dovendosi escludere diverse determinazioni lasciate alla disponibilità parentale³², ammettendosi soltanto che sia lo stesso figlio a poterne poi eventualmente disporre nelle forme e nei modi in cui l'ordinamento già ora lo consente, e in particolare attraverso la successiva modifica del cognome.

3. Una pronuncia piuttosto insoddisfacente

Tirando le somme di quanto detto sinora, viene da chiedersi se davvero la pronuncia in commento, pur animata dalla migliori intenzioni e fondata su almeno un argomento certamente non irragionevole, abbia realmente colto nel segno.

In primo luogo, infatti, si è già visto che per la Consulta sarebbe stato preferibile non pronunciarsi sulla questione relativa al principio di eguaglianza, sia perché crediamo possa dubitarsi nel merito della sua fondatezza, almeno nei termini in cui la questione è stata trattata, sia perché in tal modo essa è giunta ad assumere una decisione non congruente con i suoi precedenti.

In secondo luogo, anche la questione relativa al diritto all'identità personale avrebbe forse richiesto un maggiore approfondimento sulla possibilità di trovare un bilanciamento tra questa situazione soggettiva, certamente meritevole di tutela, e la funzione pubblicistica del cognome, nella forma in cui essa meglio può essere assicurata.

Così che, ad avviso di chi scrive, al giudice delle leggi sarebbe bastato, peraltro – lo ribadiamo – in adesione a quanto esplicitamente richiesto dalla Corte europea, estendere, con una sentenza additiva, la possibilità di aggiungere al patronimico il cognome materno ovvero sostituirlo anche al momento stesso della formazione dell'atto di nascita, secondo la procedura già ordinariamente prevista dall'art. 89 del d.P.R. n. 396 del 2000³³, eliminando così soltanto l'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno. Insomma, la Corte avreb-

³¹ In dottrina, la necessità di scegliere la soluzione del doppio cognome è stata discutibilmente argomentata da G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*, in *Corr. giur.* 2009, 505, anche per la presunta ragione pratica che l'alternativa di lasciare la scelta alla libera determinazione dei genitori apparirebbe gattopardesca, portando a privilegiare il genitore più forte.

³² Salvo magari per la scelta dell'ordine da attribuire ai due cognomi.

³³ Ai sensi del quale chi intende modificare il cognome (anche aggiungendone un altro) deve farne istanza motivata al Prefetto della provincia di residenza od in cui fu formato l'atto di nascita.

be potuto dichiarare la illegittimità della norma ricavabile dalle disposizioni impugnate nella parte in cui non prevede che i coniugi (ma in realtà i genitori *tout court*, grazie alla illegittimità consequenziale successivamente dichiarata) possano richiedere la modifica o l'aggiunta del cognome per il figlio, al momento della nascita, con le modalità previste, in generale, dall'ordinamento vigente.

Così facendo, ferma restando in via tendenziale la soluzione più pratica del proseguimento con la regola del patronimico, sarebbe stata fornita una tutela a tutte quelle ipotesi in cui gli interessi della persona, tra cui *in primis* il diritto alla identità personale del figlio, meritano, in un giudizio di bilanciamento, di essere considerati prevalenti rispetto alla funzione pubblicistica del cognome³⁴. Un quadro ben diverso, dunque, da quello uscente dalla sentenza in commento, che va nella direzione del definitivo superamento della regola vigente, eccedendo, con un bilanciamento non corretto, nel privilegiare il diritto all'identità del figlio.

Peraltro, la soluzione da noi suggerita avrebbe comportato la previsione del controllo prefettizio, ciò che ci pare opportuno al mero fine – secondo quanto già avviene a diritto vivente³⁵ – di verificare la sussistenza di un legittimo interesse a derogare alla regola ed evitare casi, sia pure certamente sporadici, di richieste fondate magari su criteri ben più esplicitamente discriminatori³⁶.

Senza contare, infine, che la pronuncia qui suggerita sarebbe risultata immediatamente applicativa, a differenza di quella adottata dal Collegio. Perché è vero che, alla luce di questa, già oggi i genitori, d'accordo tra loro, possono ottenere l'aggiunta del cognome materno (si badi, *solo* l'aggiunta e non anche la sostituzione, come nella ipotesi qui caldeggiata), ma questa è configurata come soluzione minimale provvisoria in attesa di un nuovamente sollecitato intervento del legislatore. Infatti, la Corte, come abbiamo cercato di dimostrare, sembra considerare una scelta ormai costituzionalmente necessitata quella del doppio cognome, così che il legislatore dovrà pur sempre intervenire per disciplinare la materia onde stabilire, *inter alia*, l'ordine di priorità tra i due cognomi, le modalità di trasmissione alle generazioni future, la unicità della scelta per tutti i figli o la possibilità di effettuare scelte diverse, ecc.³⁷. Con il che resta ancora sul campo una situazione di rilevante (e forse ancora maggiore) incertezza³⁸.

³⁴ Basti pensare, per fare un esempio, al caso del figlio di una persona che, prima della nascita del bambino, si sia scoperto essere un efferato delinquente e sia pertanto interesse dello stesso non essere identificato come discendente di tale padre.

³⁵ Ricordiamo infatti che nella prassi (fin dalla circolare del Ministero dell'Interno 21 maggio 2012, n. 14) ed ancor più nella giurisprudenza amministrativa il rigetto dell'istanza appare come eccezionale, essendo ammissibile soltanto laddove vi siano ragioni ostative legate alla difesa di un pubblico interesse. In tema E. MALFATTI, *Dopo la sentenza*, cit., 8 ss.; R. VILLANI, *L'attribuzione*, cit., 325 ss.; L. TRUCCO, *Quando il nome*, cit., 5 ss.; e C. BATTIATO, *Il cognome*, cit., 9 ss.

³⁶ Come nell'ipotesi verificatasi con la vicenda chiusa dalla sentenza 27 marzo 1979, n. 846, del Consiglio di Stato, riportata da L. TRUCCO, *Quando il nome*, cit., 4, dove il mutamento del cognome era richiesto per il sospetto di appartenenza alla razza ebraica.

³⁷ Per riferimenti comparatistici alle varie opzioni, rinviamo, *ex plurimis*, a G. AUTORINO STANZIONE, *Automomia*, cit., 499 ss.; e V. CARBONE, *La disciplina*, cit., 218 ss.

³⁸ La stessa conclusione veniva raggiunta da G. P. DOLSO, *La questione*, cit., 740, già in relazione alla sentenza n. 61 del 2006, ove al giudice delle leggi sarebbe bastato rispondere al *petitum* rimuovendo l'automatismo nell'attribuzione del cognome, anziché insistere sulla pluralità di soluzioni possibili così da rimette-

Il diverso pronunciamento della Consulta, allora, si spiega forse, da un lato, per la sua volontà di non apparire in qualche modo quale “gregaria” della Corte di Strasburgo, la cui sentenza viene perciò declassata a mera cornice del proprio *decisum*, in luogo di fungere da giustificazione del *revirement*, ma al contempo con l'intenzione di porre in atto misure idonee a rimediare alla «*défaillance*» del sistema giuridico italiano rilevata dallo stesso giudice sovranazionale, assumendo le veci di un legislatore la cui inerzia, protrattasi per un tempo eccessivo, viene così sanzionata. Con la conseguenza, però, di dare vita ad una pronuncia per certi aspetti contraddittoria e comunque tale da lasciare sul campo molte incertezze, la cui soluzione torna ancora una volta a dover passare attraverso l'intervento del legislatore, di modo che l'incoerenza della decisione non pare nemmeno essere servita a risolvere definitivamente la questione.

Un'ultima notazione. Si è rilevato in dottrina³⁹, a proposito della sentenza *Cusan Fazzo*, come la rivendicazione del cognome da parte della madre, motivata sul timore che questo si estinguesse per mancanza di discendenti, contribuisce in realtà a ribadire «l'importanza del cognome per ciò che patriarcalmente è: [...] la storia di una stirpe» di modo che «in primo piano non vengono le ragioni delle donne, ma semmai l'assetto di una società» in cui «le questioni di status, nelle quali la parità di genere, come altre rivendicazioni antidiscriminatorie, tende a ridursi». In effetti, stupisce che da tanti anni si discuta nelle aule giudiziarie di discriminazione, con prese di posizione anche molto dure in dottrina⁴⁰, per quanto concerne una questione a nostro avviso piuttosto formale, quale l'attribuzione del cognome, e che invece non vi sia stata una analoga (o maggiore, come a nostro avviso avrebbe meritato) attenzione per altre ipotesi più gravi e palesi di violazioni sostanziali della parità tra i genitori. Cosa dire, per fare solo un esempio, della disposizione di cui all'art. 316, comma 4, cod. civ., che, in modo del tutto irragionevole e – questo sì – profondamente discriminatorio⁴¹, prevedeva, fino alla modifica del 2013, che in caso di pericolo di grave pregiudizio per il figlio, in caso di disaccordo tra i coniugi, decidesse il padre? Non si trattava forse di una disposizione assolutamente ingiustificata (o meglio, basata su un pregiudizio privo di qualunque fondamento reale e razionale) che affidava al padre il potere di assumere decisioni anche di estrema rilevanza e delicatezza, peraltro con effetti verosimilmente non reversibili? Certo, è probabile che, nei fatti, la norma fosse piuttosto desueta e questo abbia ridotto notevolmente i casi in cui si fosse dato luogo ad una sua applicazione giurisprudenziale, e tut-

re la scelta ad un legislatore rivelatosi in effetti talmente inerte, da non avere ancora regolato la materia a dieci anni di distanza.

³⁹ Da parte di S. NICCOLAI, *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Quad. cost.* 2014, 456.

⁴⁰ Come quelle di E. PALICI DI SUNI, *Il nome*, 552, che parla di «una delle più vistose discriminazioni ordinarie a danno delle donne»; e C. BATTIATO, *Il cognome*, cit., 6, la quale, oltre ad utilizzare la stessa espressione, afferma anche che il concetto di garanzia dell'unità familiare è stato utilizzato per mantenere la posizione di predominanza assicurata al marito, facendo permanere nell'ordinamento «una delle più vistose e irragionevoli disparità di trattamento subite dalle donne».

⁴¹ Di dubbia legittimità della norma in questione parla F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in P. Schlesinger – F. Donato Busnelli (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, Giuffrè, 2006, 208, riportando peraltro diverse ricostruzioni dottrinarie volte a giustificare l'eccezione alla eguaglianza sostanzialmente con l'argomento della prevalente necessità di tutela del figlio.

tavia la stessa permanenza di una siffatta previsione appariva a nostro avviso molto più da avversare che non quella sul cognome del figlio⁴². Insomma, ci pare che talora si assista ad un «approccio burocratico e standardizzato all'eguaglianza, in cui la "parità di genere" si traduce»⁴³ che non sembra giovare molto alla causa che si vorrebbe (e, giustamente, si dovrebbe) sostenere.

⁴² Tra i pochi interventi dottrinari ad avere argomentato per l'irragionevolezza (e la illegittimità) della disposizione cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. 2. Famiglia e successioni*, Milano, Giuffrè, 2005, 333.

⁴³ Così, ancora, S. NICCOLAI, *Il diritto*, loc. cit.