

Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?*

di **Elisabetta Frontoni** – *Professoressa associata di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre*

ABSTRACT: The essay examines a recent ruling of the Italian Constitutional Court. The study highlights the relevance of the decision in relation to the long history of children's surname and frames it within the complex relationships between the Constitutional Court and the legislative branch.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una questione che viene da lontano. – 3. La sentenza n. 286 del 2016: una decisione ponte. – 4. Sull'autorimessione della questione di legittimità costituzionale per vizio "più radicale". – 5. Superamento del limite delle rime obbligate o mutamento della coscienza sociale?

1. Premessa

Con l'ordinanza n. 18 del 2021, la Corte costituzionale torna ad affrontare la questione del cognome del figlio a distanza di cinque anni dalla sentenza n. 286 del 2016, l'ultima importante decisione in materia, e lo fa autorimettendosi una questione di legittimità costituzionale.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

In particolare, il giudice costituzionale solleva dinanzi a sé la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 262, primo comma, del codice civile nella parte in cui tale articolo, anche a seguito della pronuncia del 2016, impone che, in mancanza di diverso accordo tra i genitori, il figlio acquisisca il cognome paterno, anziché i cognomi di entrambi¹.

Per comprendere le ragioni che hanno indotto la Corte ad agire come giudice *a quo* è necessario richiamare la pregressa giurisprudenza costituzionale in tema di automatica attribuzione al figlio del cognome paterno e inquadrarla alla luce del cd. seguito delle pronunce costituzionali e dunque dei complessi rapporti tra giudice costituzionale e legislatore.

2. Una questione che viene da lontano

Non è la prima volta, infatti, che la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla questione, oltre che nella già ricordata sentenza n. 286 del 2016, il giudice costituzionale ha avuto modo di occuparsi della automatica attribuzione al figlio del cognome paterno in più occasioni.

A dire il vero, nell'ordinamento italiano non è così semplice rintracciare una disposizione che preveda espressamente che al figlio venga attribuito il cognome del padre, tanto che, per quanto riguarda il figlio nato all'interno del matrimonio, tale disciplina si ricava da un complesso di disposizioni eterogenee che implicitamente la presuppongono². In particolare, secondo quanto ha

¹ Nella sentenza n. 286 del 2016, la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla disciplina del cognome dei figli nati all'interno del matrimonio, ha dichiarato l'illegittimità consequenziale dell'articolo 262, primo comma del codice civile, che disciplina il cognome dei figli nati fuori del matrimonio, nella parte in cui tale articolo «non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno», precisando tuttavia che in caso di mancato accordo «residua la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno, in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità». Cfr. punti 5 e 6 del *Considerato in diritto*.

² Sull'individuazione di questa disciplina cfr. le osservazioni di E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia la Corte si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, in *Giur. cost.*, 2006, 550 e ss. L'autrice si sofferma anche sulla diversa tesi che ritiene che la norma sulla base della quale al figlio viene attribuito il cognome paterno sia il frutto di una consuetudine formatasi nel corso del tempo e mai disattesa. Questa tesi ha incontrato il consenso di una parte della dottrina e della stessa giurisprudenza che in alcune pronunce ha affermato l'esistenza di una norma consuetudinaria che impone al figlio legittimo il cognome paterno. Secondo questa ricostruzione, l'esistenza di tale norma sarebbe desumibile anche dal silenzio serbato dal legislatore nella riforma del diritto di famiglia del 1975, dal quale si dovrebbe ricavare la persistente validità di una norma consuetudinaria talmente radicata nella coscienza e nella percezione collettiva che neppure in sede di riforma dell'ordinamento dello stato civile il legislatore ha ritenuto necessario inserire una previsione esplicita sul punto.

A favore di questa ricostruzione, v., per esempio, F. GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione in "controluce"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 139.

chiarito la stessa Corte costituzionale, si tratterebbe degli articoli 237, 262 e 299 del codice civile, dell'articolo 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e degli articoli 33 e 34 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 L. 15 maggio 1997, n. 127)³.

Della legittimità costituzionale di tale disciplina, evidentemente in contrasto con gli articoli 3 e 29 della Costituzione, si è cominciato a dubitare dagli anni ottanta del secolo scorso⁴.

In due ordinanze dello stesso anno, la n. 176 e la n. 586 del 1988, tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto la questione inammissibile, sottolineando che la disciplina «non contrasta con l'art. 29 Cost., in quanto utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela

³ L'articolo 237 del codice civile, nella versione modificata dal decreto legislativo n. 154 del 2013, prevede che «il possesso di stato risulta da una serie di fatti che nel loro complesso valgano a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela fra una persona e la famiglia a cui essa pretende di appartenere» e in modo specifico dal concorso dei «seguenti fatti: – che il genitore abbia trattato la persona come figlio ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione e al collocamento di essa; – che la persona sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali; – che sia stata riconosciuta in detta qualità dalla famiglia». Per quanto riguarda il figlio nato fuori del matrimonio, l'articolo 262 del codice civile, sempre nella versione modificata dal decreto legislativo n. 154 del 2013, prima dell'intervento additivo della Corte, disponeva che «il figlio assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre. Se la filiazione nei confronti del padre è stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo a quello della madre. Se la filiazione nei confronti del genitore è stata accertata o riconosciuta successivamente all'attribuzione del cognome da parte dell'ufficiale dello stato civile, si applica il primo e il secondo comma del presente articolo»; il figlio può comunque «mantenere il cognome precedentemente attribuitogli, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi». Infine, per quanto riguarda l'adottato, l'articolo 299 del codice civile, prima dell'intervento additivo della Corte, prevedeva che «se l'adozione è compiuta da coniugi l'adottato assume il cognome del marito». Nella stessa direzione, sembrano muovere anche le disposizioni dell'ordinamento dello stato civile. L'articolo 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939 n. 1238 vietava di imporre al bambino il nome del padre vivente mentre gli articoli 33 e 34 prevedono i limiti all'attribuzione del nome e le disposizioni sul cognome. In particolare per quello che in questa sede interessa, l'art. 33 (Disposizioni sul cognome) disponeva che «Il figlio legittimato ha il cognome del padre, ma egli, se maggiore di età alla data della legittimazione, può scegliere, entro un anno dal giorno in cui ne viene a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente, se diverso, ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso, a sua scelta, quello del genitore che lo ha legittimato». Infine, l'articolo 34, che reca limiti all'attribuzione del nome, prevede al suo primo comma che «È vietato imporre al bambino lo stesso nome del padre vivente [...]».

⁴ La scelta del cognome paterno ha un forte valore simbolico dal momento che rappresenta lo strumento che nella società contribuisce ad associare il figlio al padre. Su tale profilo cfr., per tutti, U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione, Art. 262 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna-Roma, 1982, 125 ss. Tale opzione, tuttavia, non consente di dare il giusto rilievo anche in termini sociali alla madre che ha partorito il figlio e ha vissuto in simbiosi con lui per la durata della gravidanza. Su tale effetto del diritto di non rendere visibile la relazione tra madre e figlio, sia consentito rinviare a E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, Napoli, 2019, 73 ss. Allo stesso modo, non sono riconoscibili i legami tra figli che hanno la stessa madre, ma sono nati da diverse unioni, come ha sottolineato I. NICOTRA, *La famiglia in "divenire" dinanzi ad un legislatore "fuori tempo massimo"*, in I. NICOTRA, F. GIUFFRÈ (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, XIX.

dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio»⁵. Tale interesse all'unità «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 (come il prenome) in sede di formazione dell'atto di nascita, bensì esteso *ope legis*»⁶. Nel motivare le ordinanze, il giudice costituzionale ha precisato inoltre che la questione attiene a scelte politiche e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del legislatore che, come tali, non consentono un intervento della Corte⁷.

Nel 2006, a distanza di quasi vent'anni da queste due decisioni, la Corte è tornata a pronunciarsi sulla disciplina del cognome del figlio e anche in questo caso ha adottato una pronuncia di inammissibilità, la sentenza n. 61 del 2006. Tale decisione, nonostante si chiudesse con il medesimo dispositivo, era molto diversa dalle precedenti⁸. Si trattava di una sentenza di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, in quanto il giudice costituzionale rilevava il contrasto con la Costituzione, ma non lo sanzionava per non invadere la sfera di discrezionalità riservata al legislatore. Nel motivare l'inammissibilità, la Corte sottolineava che, nonostante la disciplina censurata rappresentasse ormai un retaggio di una concezione patriarcale, contraria al principio di eguaglianza tra uomo e donna e di parità tra i coniugi all'interno del matrimonio, l'incostituzionalità non poteva essere pronunciata per via dell'esistenza di una pluralità di opzioni possibili tra le quali spettava al legislatore scegliere. Per questo motivo, la sentenza si chiudeva con un monito al Parlamento affinché intervenisse per dettare una nuova disciplina della materia.

Come in molti altri casi, tuttavia, il monito è rimasto inascoltato e così la coppia di coniugi milanesi, attori nel giudizio principale nel corso del quale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale risolta con la sentenza del 2006, si è rivolta alla Corte europea dei diritti

⁵ Cfr. Corte cost., ord. n. 586 del 1988.

⁶ Così, Corte cost., ord. 176 del 1988. Sul limite dell'unità familiare come grimaldello che avrebbe consentito il perpetrarsi della disegualianza all'interno della coppia v., quanto affermarono Nadia Gallico Spano e Maria Maddalena Rossi in Assemblea costituente. Le due costituenti, in risposta a Calamandrei che aveva sottolineato come non possa esserci unità familiare senza disegualianza e aveva osservato che nella tradizione italiana il capo è l'uomo, osservarono che, al contrario, «solo formalmente il marito e padre può essere considerato come il fulcro dell'unità della famiglia, perché in generale è la donna che tiene unita e stretta la famiglia». Ricostruisce tale dibattito M. GIGANTE, *Il dibattito costituzionale*, in M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, 2007, 16 ss.

⁷ Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 176 del 1988.

⁸ Per un commento a tale decisione, cfr. E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia. la Corte si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, cit., 550 ss.; S. NICCOLAI, *Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2006, 558 ss.; I. NICOTRA, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgano il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in *Consulta online*, 16.2.2006.

dell'Uomo per denunciare la violazione da parte dello Stato italiano dell'articolo 8 della Convenzione, che garantisce il diritto alla vita privata e familiare, e dell'articolo 14, che pone il divieto di discriminazione.

La Corte di Strasburgo, con la sentenza Cusan e Fazzo contro Italia del 2014, ha condannato l'Italia, sottolineando, peraltro, come la violazione delle norme della Convenzione non venga compensata dal fatto che ormai anche nel nostro Paese è consentito modificare il cognome dei figli, aggiungendo il cognome della madre, in un momento successivo alla nascita⁹.

3. La sentenza n. 286 del 2016: una decisione “ponte”

Nel 2016, anche la Corte costituzionale italiana è tornata a pronunciarsi sulla questione e, superando il *self-restraint* che aveva caratterizzato la decisione del 2006, ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina che impone al figlio il solo cognome paterno, quantomeno nel caso in cui i genitori siano concordi nell'attribuirgli entrambi i cognomi. Con questa importante pronuncia additiva, il giudice costituzionale ha sanzionato il mancato “seguito” legislativo dato alla decisione del 2006¹⁰, reso ancora più grave dal fatto che, nel frattempo, era stata approvata la riforma dello *status* di figlio, che ben poteva essere considerata come la sede idonea per affrontare anche questa questione¹¹.

⁹ Per un commento di tale decisione cfr. E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?*, in *Consulta online*, 9.3.2014; F. BUFFA, *Nel nome della madre. Prime riflessioni sulla sentenza CEDU, II sez., 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Questione giustizia*, 15.1.2014; G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2014, 738 ss e le note critiche di S. NICCOLAI, *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 453 ss. Sull'evoluzione amministrativa in materia si veda V. DE SANTIS, *Il cognome della moglie e della madre nella famiglia: condanne dei giudici e necessità di riforma. L'unità della famiglia e la parità tra i coniugi alla prova*, in *Federalismi.it*, 1/2017 e sia consentito rinviare anche a E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, cit., 92 ss.

¹⁰ Su questa importante decisione, cfr. E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in www.forumquadernocostituzionali.it, 5.6.2017; S. SCAGLIARINI, *Dubbe certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *Rivista AIC*, 2/2017; A. FUSCO, *«Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, in *Osservatorio AIC*, 3/2017; C. INGENITO, *L'epilogo della automatica attribuzione del cognome paterno al figlio*, in *Osservatorio AIC*, 2/2017; F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019, 149 ss.

¹¹ Su tale profilo, v., tra i molti, M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. dir.*, 2013, 243 ss. e S. TROIANO, *Cognome del minore e identità personale*, in *Jus civile*, 2020, 3, 559 ss.

La sentenza appare riconducibile a quel recente indirizzo giurisprudenziale che vede il giudice delle leggi pronto a superare il limite delle cosiddette rime obbligate, laddove il legislatore rimanga inerte nella tutela dei diritti fondamentali, soprattutto quando l'incostituzionalità sia stata già rilevata, anche se non sanzionata dalla stessa Corte¹². Il nuovo orientamento giurisprudenziale sembra rispondere alle critiche mosse da quella parte della dottrina che più volte ha posto in evidenza come il ricorso alle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, adottate per rispettare la discrezionalità del legislatore, finisca per trasformarsi in una vera e propria "iperprotezione" di quest'ultimo, o meglio della sua inerzia, mettendo in crisi la stessa idea di giustizia costituzionale¹³.

In quest'ottica, il giudice costituzionale censura in modo molto netto il mancato intervento del legislatore che aveva lasciato cadere il monito col quale si chiudeva la pronuncia del 2006, osservando come il protrarsi di tale inerzia, che si risolve in una grave violazione della Costituzione, non appaia più tollerabile. In questa direzione, del resto la Corte aveva trovato una sponda anche nella già menzionata pronuncia della Corte europea che aveva risolto il caso Cusan e Fazzo contro Italia¹⁴.

La sentenza del 2016 rappresenta un passo molto importante nella vicenda del cognome del figlio, tuttavia la pronuncia non ripristina la legalità costituzionale, in quanto, in assenza di accordo tra i genitori, a prevalere è ancora il cognome paterno. Per questa ragione, la Corte chiude nuovamente la pronuncia con un monito a un «indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità»¹⁵.

¹² Su questa recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale v. le ricostruzioni di M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019 e A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 4/2019.

¹³ Sottolineano l'effetto di iperprotezione del legislatore G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2013, 400. Di recente, tale effetto è stato messo nuovamente in particolare rilievo da M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. soc.*, 1/2020, 53 ss. Per Pinardi, le decisioni di illegittimità accertata, ma non dichiarata rappresentano un mancato esercizio della funzione di garanzia costituzionale, in quanto in questi casi la Corte viene meno al suo dovere di accogliere puramente e semplicemente la questione. Cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, 92.

¹⁴ La pronuncia non è stata richiamata nell'ordinanza dal giudice *a quo* perché è stata adottata dalla Corte europea in un momento successivo all'ordinanza di rimessione. Sul ruolo decisivo giocato da questa pronuncia sulla decisione della Corte costituzionale cfr. E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, cit., 1 ss., per una diversa lettura sia consentito rinviare a E. FRONTONI, *Genitori e figli*, cit., 101 ss.

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 286 del 2016.

Al legislatore, inoltre, sarebbe spettato il compito di dettare una disciplina della materia in grado di porre rimedio ad alcuni inevitabili aspetti problematici sorti a seguito della stessa pronuncia della Corte costituzionale¹⁶.

Anche questo nuovo invito a provvedere, tuttavia, è rimasto inascoltato. Nella scorsa legislatura, il Parlamento ha confermato la sua incapacità di giungere alla approvazione di una legge di riforma della disciplina civilistica del cognome dei figli, non completando al Senato il procedimento di formazione del disegno di legge AS 1628, già approvato alla Camera¹⁷.

4. Sull'autorimessione della questione di legittimità costituzionale per vizio “più radicale”

É in questo quadro che deve essere letta l'ordinanza di rimessione del tribunale di Bolzano e la successiva ordinanza di autorimessione della questione di legittimità della Corte costituzionale.

Il tribunale di Bolzano solleva questione di legittimità costituzionale dell'articolo 262, primo comma, del codice civile nella parte in cui, tale articolo, anche dopo l'intervento additivo del 2016, non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio il solo cognome materno.

Nell'affrontare la questione sottopostale, tuttavia, la Corte ritiene che il vero *vulnus* alla Costituzione non sia tanto quello rilevato dal giudice rimettente, quanto piuttosto quello rappresentato dalla prevalenza del cognome paterno in caso di mancanza di accordo. In questa evenienza, come ricorda la stessa Corte “non infrequente”, il padre si trova in una situazione privilegiata rispetto alla madre, perché non ha bisogno del suo consenso per veder prevalere il suo cognome. É tale automatismo, infatti, che risulta lesivo della parità tra madre e padre e della stessa identità del figlio, che dovrebbe essere riconosciuto attraverso la linea paterna e quella materna.

Secondo la Corte, insomma, l'addizione chiesta dal giudice rimettente lascerebbe sopravvivere di nuovo una disciplina incostituzionale e il perpetrarsi di tale situazione di incostituzionalità non

¹⁶ Successivamente alla pubblicazione della decisione, il Ministero dell'Interno ha diramato la circolare n. 7 del 2017 volta a risolvere in via amministrativa alcuni aspetti problematici, quali per esempio l'ordine dei cognomi. A questo proposito, la circolare ha previsto che il cognome della madre segua quello del padre. Secondo la circolare, infatti, si deve considerare che la pronuncia ha avuto riguardo alla trasmissione «anche» del cognome materno, e pertanto «deve ritenersi che le relative novità ordinamentali riguardino unicamente la posposizione di questo al cognome paterno, e non l'anteposizione».

¹⁷ Cfr. il disegno di legge AC 360 e abb.

appare al giudice costituzionale più consentito, pena il venir meno del suo stesso ruolo di garante dei diritti costituzionali.

Per colpire la complessiva disciplina dalla quale si ricava l'automatica attribuzione al figlio del cognome paterno, la Corte ricorre allora al suo potere di autorimessione della questione di legittimità costituzionale.

Come è noto, il giudice costituzionale ha utilizzato questa facoltà in poche significative occasioni, l'ultima delle quali risale al 2014. Con l'ordinanza n. 114 del 2014, la Corte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 31, comma 2, della legge n. 87 del 1953, come sostituito dall'art. 9, comma 1, della legge n. 131 del 2003, ovvero la previsione che, a distanza di dieci anni dalla modifica del Titolo V, ancora consentiva l'impugnazione in via preventiva delle leggi siciliane. Disciplina che la Corte ha dichiarato incostituzionale con la successiva pronuncia n. 255 dello stesso anno, con la quale ha risolto la questione di legittimità costituzionale.

Nel motivare l'ordinanza di rimessione la Corte aveva sottolineato che la questione di costituzionalità sollevata si configurava come «pregiudiziale e strumentale per definire la questione di legittimità costituzionale principale»¹⁸, in quanto, per sindacare le delibere siciliane impugnate dal Commissario dello Stato, il giudice costituzionale doveva prima ritenere ammissibile l'impugnazione in via principale.

Lo stesso argomento della pregiudizialità è richiamato dalla Corte anche nella motivazione dell'ordinanza in commento, ma in quest'occasione appare meno convincente. Più persuasiva, sembra essere la considerazione che «il modo in cui occasionalmente sono poste le questioni incidentali di legittimità costituzionale non può impedire al giudice delle leggi l'esame pieno del sistema nel quale le norme denunciate sono inserite»¹⁹. Anche in altre occasioni, del resto, il giudice costituzionale ha usato il potere di autorimessione per censurare «vizi di legittimità più radicali di quelli evidenziati dal rimettente, il cui esame, dunque, non sarebbe “equi-ordinato” rispetto alla questione proposta dal giudice *a quo*, ma “pre-ordinato”»²⁰. Per chiarire in cosa si sostanzia tale pre-ordinazione può essere utile ricordare il caso dell'ordinanza n. 183 del 1996 seguita dalla sentenza

¹⁸ Cfr. Corte cost., ord. n. 18 del 2021.

¹⁹ Corte cost., ord. n. 18 del 2021.

²⁰ Così, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 109 che richiama diversi casi nei quali la Corte ha argomentato le sue decisioni in modo simile. Cfr., in particolare, le sentenze n. 42 del 1994 (la questione era stata sollevata nell'ord. n. 179 del 1993), n. 141 del 1996 (la questione era stata sollevata nell'ordinanza n. 297 del 1995) e n. 43 del 1997 (la questione era stata sollevata con l'ordinanza n. 183 del 1996).

n. 43 del 1997. In questa pronuncia, la Corte, investita della questione della legittimità costituzionale della previsione secondo la quale l'esonero dal servizio militare per un obiettore totale conseguiva soltanto all'espiazione della pena inflitta per il secondo reato a fronte della concessione di ufficio della sospensione condizionale della pena nel primo giudizio, ha sollevato, e poi dichiarato fondata, la più ampia questione di legittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui quest'ultima non escludeva la stessa possibilità della ripetizione di condanne a carico del medesimo soggetto che persistesse nel rifiuto totale del servizio militare. A porsi in contrasto con la Costituzione, infatti, non era quella particolare ipotesi individuata dal giudice rimettente quanto più radicalmente l'intera disciplina normativa che consentiva una vera e propria "spirale di condanne".

Questo modo di argomentare l'autorimessione della questione evidentemente è espressione di una concezione del controllo di costituzionalità che privilegia l'autonomia del giudizio dinanzi alla Corte rispetto al giudizio principale²¹. In questa prospettiva, la Corte è meno vincolata al rigoroso rispetto del requisito della rilevanza della questione, in quanto a dover prevalere deve essere «l'interesse pubblico o generale alla permanenza in vigore delle leggi non difformi dalla Costituzione»²², un interesse che non deve venire pretermesso per via del modo in cui la Corte è venuta a conoscere della norma.

Non è dunque questo profilo a rappresentare la novità della pronuncia in commento, quanto piuttosto il fatto che la Corte si sia autorimessa una questione che in passato avrebbe definito inammissibile²³.

In questa prospettiva, appare interessante osservare che anche nel 2006 l'addizione richiesta dal giudice *a quo* era volta a consentire ai genitori di comune accordo di attribuire al figlio il cognome della madre anziché quello del padre, ma in quell'occasione la Corte aveva ritenuto la questione

²¹ Sull'autonomia del giudizio davanti alla Corte rispetto al giudizio principale nel quale è sorta la questione di legittimità, cfr. le riflessioni di F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1966, 312 ss; C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.Vv., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 63 ss. In senso contrario a questa ricostruzione v., per esempio, B. CARAVITA, *Appunti in tema di "Corte giudice a quo" (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 291 ss.

²² In questi termini cfr. F. MODUGNO, *Riflessioni, interlocutorie*, cit., 221.

²³ In questo senso v., invece, la ricostruzione di G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11/2021, secondo il quale la stessa autorimessione può essere ritenuta un modo per andare oltre i limiti del processo costituzionale, funzionale al superamento delle "rime obbligate".

fondata, ma inammissibile; mentre, nel 2016, a fronte di una richiesta del giudice *a quo* formulata in termini troppo ampi, aveva optato per una operazione di riduzione/ridefinizione del *petitum* per evitare di doversi pronunciare di nuovo nel senso dell'inammissibilità²⁴. In questo caso, al contrario, decide di affrontare la questione alla radice, autorimettendosi la questione relativa all'intera disciplina del cognome, sembrando in tal modo disposta a superare quel limite della sfera di discrezionalità riservata al legislatore che precedentemente aveva, in modi diversi, tentato di preservare.

A distanza di cinque anni, dunque, a fronte del protrarsi dell'inerzia del Parlamento, la Corte si vede costretta a compiere una scelta più radicale piuttosto che aggiungere un'ulteriore ipotesi derogatoria, come chiesto dal tribunale di Bolzano.

Si tratta di un evidente cambio di passo della giurisprudenza costituzionale, anche perché appare ragionevole pensare, come è avvenuto negli altri casi di autorimessione²⁵, e come lascia prevedere lo stesso modo di argomentare dell'ordinanza, che la questione di legittimità verrà accolta²⁶.

Questa più decisa presa di posizione, come già la precedente del 2016, si iscrive in un orientamento che pare ormai abbastanza consolidato volto a superare il limite delle "rime obbligate", soprattutto a fronte del protrarsi dell'inerzia legislativa²⁷. È la stessa Corte, del resto, che nell'ordinanza richiama il più noto precedente di questo nuovo corso della giurisprudenza costituzionale, il cd. caso Cappato, che la ha vista addirittura impegnata nella creazione di una nuova tecnica decisoria: un'ordinanza di rinvio a data fissa della trattazione della questione seguita da una sentenza additiva con la quale si sanziona il mancato seguito legislativo dato all'invito a provvedere contenuto nell'ordinanza²⁸. Proprio la doppia pronuncia del caso Cappato, tuttavia, se,

²⁴ Il giudice *a quo* aveva chiesto alla Corte di dichiarare incostituzionale la disciplina del cognome nella parte in cui prevede «l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori». La volontà dei genitori poteva portare alle scelte più diverse: doppio cognome, cognome del padre o cognome della madre.

²⁵ Cerri ricorda come la Corte solo in pochissime occasioni abbia dichiarato infondata una questione che si era autorimessa. Cfr. A. CERRI, *Giustizia*, cit., 107.

²⁶ Come è avvenuto nell'ultima ordinanza di autorimessione del 2014, la Corte sembra usare un tono "secco", "risolto" che la porta "ad esporsi circa l'esito della vicenda processuale". Per identici rilievi sulla ordinanza n. 114 del 2014 cfr. A. RUGGERI, *Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane ("a prima lettura" di Corte cost. n. 114 del 2014)*, in *Consulta online*, 2014, 3.

²⁷ Secondo la ricostruzione proposta da Ruotolo, tale limite diventa "relativo" perché, pur rimanendo insuperabile in "prima battuta", può essere superato dalla Corte quando interviene in "seconda battuta" dopo un monito inascoltato da parte del legislatore. Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 664.

²⁸ Su questa tecnica decisoria si è scritto ampiamente, tra i molti, cfr., per i profili di interesse di questo commento, C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità di aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza*

da un lato, ha rappresentato un indubbio tentativo di collaborazione con il legislatore, dall'altro, ha costituito lo strumento per superare il limite del rispetto della sua discrezionalità, cosicché l'inerzia di quest'ultimo ha finito per legittimare un intervento della Corte che "in prima battuta" lo stesso giudice costituzionale aveva ritenuto inammissibile per rispettare l'ambito che la Costituzione riserva all'organo rappresentativo. In una prospettiva secondo la quale altrimenti «vi sarebbe rimedio solo per le ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione e non anche per le inattuazioni della Costituzione (che poi altro non sono che forme omissive di inosservanza della Costituzione)»²⁹.

annunciata, in *Corti supreme e salute*; 2/2019; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova tecnica processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.* 3/2019, 543 ss.; M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza "rime obbligate"*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020; E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020; P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020. Come è noto, la Corte ha utilizzato nuovamente la tecnica inaugurata nel caso Cappato nella successiva ordinanza n. 132 del 2020 relativa alla responsabilità penale del giornalista. Su quest'ultima pronuncia cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3/2020; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, 9.7.2020; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, in *Consulta online*, 6.10.2020; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n.132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7.10.2020; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio AIC*, 5/2020; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020.

La tecnica è stata nuovamente riproposta per risolvere la questione della legittimità del cd. ergastolo ostativo, come sembra emergere dalla lettura della recente ordinanza n. 97 del 2021, anticipata dal comunicato della Corte costituzionale del 15.4.2021.

Sul superamento delle rime obbligate anche senza ricorrere alla tecnica del caso Cappato, oltre agli autori citati nelle altre note, cfr. le riflessioni di D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020 e il lavoro monografico di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 101 ss.

²⁹ Così, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 664.

5. Superamento del limite delle rime obbligate o mutamento della coscienza sociale?

Oltre a quanto si è già detto relativamente alla nuova tendenza in atto nella giurisprudenza costituzionale quando è in gioco la garanzia dei diritti fondamentali, la scelta della Corte di affrontare la questione in maniera radicale può essere stata dovuta anche alla presa d'atto da parte del giudice costituzionale che, paradossalmente, la soluzione “ponte”, di carattere transitorio, individuata nella sentenza n. 286 del 2016, piuttosto che stimolare il legislatore, ha finito per rinforzarne l'inerzia. Alla prova dei fatti, dunque, anche la tecnica della decisione additiva accompagnata da un monito non ha avuto gli effetti sperati.

Assumendo una prospettiva più ampia, si potrebbe inoltre osservare che anche il trascorrere del tempo tra le prime pronunce in materia e l'odierna autorimessione ha giocato un ruolo significativo in questa vicenda.

In un contesto sociale profondamente mutato, la Corte ritiene di poter sollevare una questione di legittimità a dispetto della apparente mancanza delle rime obbligate necessarie per legittimare un intervento additivo che risolva in via definitiva la questione, perché, a ben guardare, la scelta a favore del doppio cognome, se non proprio una rima obbligatoria, secondo una lettura della Costituzione anche alla luce della mutata coscienza sociale, appare quella, tra le diverse possibili, più conforme al dettato costituzionale. Essa garantisce al contempo la parità tra i genitori, affermata dagli articoli 3 e 29 della Costituzione, ma anche il diritto all'identità personale del figlio³⁰. Tale profilo, del resto, aveva costituito un argomento centrale per motivare l'aggiunta della pronuncia del 2016³¹. In particolare, relativamente a questo aspetto, il giudice costituzionale aveva osservato

³⁰ Ragiona ampiamente e problematicamente del rapporto tra giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di cognome ed evoluzione della coscienza sociale il saggio di N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale” interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017. Sul ruolo dell'evoluzione della coscienza sociale nella giurisprudenza sulla famiglia cfr. anche G. SERGES, *Famiglia e matrimonio*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 587 ss. e A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Diritti comparati*, 1/2017. Il tema, più ampio, del rapporto tra Corte, legislatore e coscienza sociale è ripreso da Zanon nel più recente lavoro *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021. Sul rilievo della coscienza sociale tornano di recente anche A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 124 ss. e V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2021, 377 ss.

³¹ Proprio questo aspetto della decisione distingueva la pronuncia della Corte italiana da quella di Strasburgo che, al contrario, aveva censurato in particolare la disparità tra madre e padre che la regola reca con sé. Su questo profilo, sia consentito rinviare a E. FRONTONI, *Genitori e figli*, cit., 101 ss.

che il nome ha una valenza pubblicistica e privatistica costituendo il «punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare», cosicché i criteri di attribuzione del cognome del minore costituiscono «profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.»³². In quest'ottica, lasciare la scelta del cognome del figlio nella disponibilità dei genitori farebbe diventare il diritto all'identità personale di quest'ultimo un diritto fondamentale “condizionato” dal volere dei genitori³³.

In questo quadro, agli occhi della Corte, l'incapacità del legislatore di approvare una legge appare ancora più grave³⁴. La questione del cognome, infatti, non è percepita in modo tanto divisivo, come possono esserlo per esempio quelle definite eticamente sensibili, rispetto alle quali può essere difficile giungere a una mediazione politica e in relazione alle quali il giudice costituzionale avverte il peso del suo intervento e del rispetto della discrezionalità legislativa per la pluralità di opzioni valoriali in campo. Basti pensare alle caute affermazioni contenute nella sentenza n. 221 del 2019, sull'accesso alla PMA da parte di una coppia di donne, volte a ribadire che «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte della [...] Corte, onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza»³⁵. Tali considerazioni portano il giudice costituzionale a dichiarare infondata la questione e a non procedere all'intervento additivo che era stato richiesto dal giudice *a quo*, sottolineando che «la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce in *subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»³⁶. In questi

³² Per entrambe le citazioni cfr. Corte cost., sent. n. 286 del 2016, punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

³³ Per questa espressione cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali*, cit., 3.

³⁴ Come rileva Repetto, quando la violazione dei diritti «è dovuta ad una inerzia del legislatore più che ad un'autonoma decisione di esso e quindi è protratta nel tempo, assume una coloritura ulteriore, [...] di *subita ingiustizia*». Cfr. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 3.2.2020.

³⁵ Così, Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 13.1 del *Considerato in diritto*.

³⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 13.1 del *Considerato in diritto*. In questo senso possono essere lette anche le affermazioni delle due pronunce n. 32 e 33 del 2021, nelle quali la Corte sollecita il legislatore a intervenire preannunciando, in caso di inerzia, un suo intervento, ma non adottando la, ben più efficace, tecnica decisoria inaugurata con il caso Cappato.

casi, infatti, la Corte evita di farsi “avanguardia isolata”³⁷. Al contrario, quando le sue decisioni possono ricevere consenso sociale, per la loro «credibilità tecnica e culturale»³⁸ è spinta a «sconfinare» nella sfera della discrezionalità legislativa³⁹.

Nella vicenda del cognome, dunque, il trascorrere del tempo, unito all’inerzia legislativa, ha reso la percezione del vizio progressivamente più grave e meno tollerabile da parte della Corte anche perché è mutato il contesto sociale nel quale la legge deve trovare applicazione⁴⁰. In una prospettiva che evidenzia come la costituzionalità-incostituzionalità di una legge non sia «un dato istantaneo e aproblematico»⁴¹, ma rappresenti piuttosto un «fenomeno di graduale e graduata conformità-disformità della legge alla Costituzione»⁴².

Alla luce di questa ricostruzione, il cammino della Corte può essere descritto come un progressivo avvicinamento verso il ripristino della legalità costituzionale. Nel 2016, il giudice costituzionale era arrivato a prevedere l’aggiunta del cognome materno in caso di accordo tra la madre e il padre, ora, a fronte del mancato seguito alla sua decisione, è pronto a superare la necessità della concorde volontà dei genitori per imporre l’attribuzione di entrambi i cognomi. La vicenda può dirsi (o forse potrà dirsi, visto che la decisione della Corte potrebbe ancora riservare sorprese) emblematica di come il protrarsi dell’inerzia legislativa abbia trasformato la “supplenza temporanea” della Corte in una “sostituzione definitiva” dell’organo rappresentativo. In un

³⁷ Così ancora N. ZANON, *Corte costituzionale*, cit., 16. Secondo il quale, peraltro, il giudice costituzionale non dovrebbe riempire i vuoti costituzionali, nei quali dovrebbe operare invece la più ampia discrezionalità legislativa. Cfr. N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 95 ss.

³⁸ Così E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 784.

³⁹ Degli “sconfinamenti” della Corte costituzionale nel più recente periodo, offre una lettura molto critica A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss. Morrone sottolinea in particolare che nei rapporti tra giudice costituzionale e legislatore il problema è «che la delimitazione della costituzione è opera anche e, per posizione, soprattutto, dell’attività del giudice costituzionale. Pur senza accogliere la riduzione del diritto costituzionale a giustizia costituzionale, gran parte della materia costituzionale rilevante è opera del suo custode. Qui stanno i rischi di un cortocircuito: ciò che dovrebbe delimitare la legittimazione del giudice non è altro che un prodotto della sua stessa attività (funzionale e istituzionale)». Nella prospettiva accolta da Morrone, la stessa inerzia legislativa non potrebbe essere utilizzata dalla Corte per legittimare il suo intervento in quanto «i vuoti della politica si colmano con la politica non con scorciatoie giuristocratiche». Cfr. 282.

⁴⁰ Sul ruolo, più generale, del contesto nel quale si inseriscono le decisioni della Corte costituzionale cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 61 ss.

⁴¹ Cfr. F. MODUGNO, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 157.

⁴² Così ancora F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 157. Si occupa dell’inerzia legislativa e del trascorrere del tempo un lavoro recente di A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l’incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nella più recente giurisprudenza del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 108.

complesso rapporto tra giudice costituzionale e legislatore che ha visto quest'ultimo costantemente e colpevolmente ritrarsi dall'esercizio della funzione legislativa, cosicché la Corte ha finito per fare «quello che il legislatore le ha lasciato fare o la ha costretta a fare»⁴³.

La vicenda, tuttavia, non può ancora dirsi conclusa. Anche se la Corte perverrà a una soluzione additiva, rimarrà necessario e indifferibile un successivo intervento legislativo volto a disciplinare taluni rilevanti profili della materia e a risolvere alcuni problemi che potrebbero sorgere con la nuova regola della trasmissione di entrambi i cognomi⁴⁴.

A differenza della precedente decisione additiva del 2016, però, in questo caso la strada per il Parlamento sembrerebbe tracciata, non sembrando ormai più possibile incidere in modo sostanziale sulla disciplina del cognome⁴⁵. Più precisamente, non sembrerebbe percorribile la via, da taluni ritenuta particolarmente rispettosa dell'autonomia e della parità, di lasciare ai genitori la scelta di quale dei due cognomi trasmettere⁴⁶. Questa opzione, infatti, soprattutto laddove la Corte dovesse

⁴³ Così R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss. Nella stessa direzione sembrano essere le riflessioni di E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit., 780 che parla di «una linea di confine la cui variabilità si è andata accentuando nel corso del tempo per la presenza di una Costituzione che in ragione del suo progressivo radicamento sociale ha aumentato il suo peso e la sua forza, contrapposta, peraltro, ad un sistema politico che, per le sue crescenti divisioni interne, ha accentuato sempre più i caratteri della sua innata fragilità» e di M. RUOTOLO, *Corte e legislatore*, cit., 53 ss. ID., *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi.it*, 3/2021 che, pur comprendendo le ragioni dell'«attivismo» dell'attuale giurisprudenza costituzionale, si augura un futuro «riposizionamento» della Corte in «una prospettiva di *self restraint* che sia resa possibile da una rinnovata acquisizione da parte del Parlamento del suo ruolo di principale attore nello svolgimento e nella attuazione della Costituzione». Cfr. *Corte e legislatore*, cit. 58. Dei complessi rapporti tra Corte costituzionale e legislatore ragionavano Modugno e Zagrebelsky in due noti scritti degli anni ottanta del secolo scorso cfr. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna 1982, rispettivamente 19 ss. e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, ivi, 103 ss. I due autori sono tornati di recente sul tema in due lavori F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Dir. e Soc.*, 4/2019, 791 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un'introduzione*, in *Dir. e Soc.*, 4/2019, 545 ss.

⁴⁴ A questo proposito, spetterà al legislatore chiarire per esempio quale dovrà essere l'ordine dei cognomi, come pure quale cognome verrà trasmesso nel passaggio tra le generazioni. Per un'analisi delle diverse opzioni, cfr. S. TROIANO, *op. ult. cit.*, 591 ss.

⁴⁵ È il caso di ricordare che, nonostante la Corte si pronuncerà sull'articolo 262 del codice civile, che regola il cognome dei figli nati fuori del matrimonio, tale decisione avrà effetto anche per i figli nati nel matrimonio, in quanto, l'articolo 262 è una delle disposizioni dalle quali si desume la disciplina del cognome dei figli nati dall'unione matrimoniale. Per Scagliarini, al contrario, la Corte aveva tracciato in modo definitivo questa strada già nel 2016. Cfr. S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze*, cit., 11.

⁴⁶ In senso contrario, C. INGENITO, *Un'occasione per superare 'l'anche' nell'attribuzione del cognome. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11/2021, 57 ss. e, parzialmente, anche G. MONACO, *Una nuova ordinanza di 'autorimessione' della Corte costituzionale*, cit., 171 il quale ritiene che con questa decisione la Corte abbia nuovamente sollecitato il legislatore ad intervenire per adottare una soluzione legislativa nelle more del giudizio della Corte, avvisandolo che, in caso di mancato intervento, procederà con la dichiarazione di illegittimità costituzionale. Sottolinea che quella della Corte è una soluzione che offre un ponte al legislatore per

motivare la sua decisione, come ha fatto nel 2016, dando adeguato rilievo all'identità personale del figlio, sembrerebbe essere definitivamente preclusa⁴⁷.

intervenire anche E. Malfatti, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, *Nomos*, 1/2021, 12, secondo la quale «scegliere la via dell'autorimessione può considerarsi, conclusivamente, un'abile manovra della Corte per guadagnare un tempo indefinito e indefinibile, fornendo peraltro al legislatore su un piatto d'argento (per il tramite del dispositivo dell'ord. 18/2021) la soluzione praticamente obbligata, e confidando altresì sulle capacità di quest'ultimo (o del Governo all'uopo delegato) di intervenire prima o poi organicamente in materia».

Propendono per lasciare la scelta del cognome nella disponibilità dei genitori i diversi disegni di legge presentati in questa legislatura (4 alla Camera dei Deputati, cfr. d.d.l. nn. 106, 230, 1265 e 2129, e 3 al Senato della Repubblica, cfr. d.d.l. nn. 170, 286 e 1025). Si tratta di disegni molto simili che cercano di risolvere le diverse questioni che si pongono quando si abbandona il criterio dell'automatismo del cognome paterno. Il disegno di legge n. 106 (che riproduce, con alcune modificazioni e integrazioni, il contenuto del disegno di legge AS n. 1628 approvato dalla Camera dei deputati nella XVII legislatura il 24 settembre 2014, il cui esame si è poi arrestato in commissione al Senato) prevede per esempio l'introduzione del nuovo art. 143-*quater* nel codice civile, ai sensi del quale «I genitori coniugati, all'atto della dichiarazione di nascita del figlio, possono attribuirgli, secondo la loro volontà, il cognome del padre o quello della madre ovvero quelli di entrambi nell'ordine concordato. In caso di mancato accordo tra i genitori, al figlio sono attribuiti i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico. I figli degli stessi genitori coniugati, nati successivamente, portano lo stesso cognome attribuito al primo figlio. Il figlio al quale è stato attribuito il cognome di entrambi i genitori può trasmetterlo al proprio figlio soltanto uno, a sua scelta».

⁴⁷ Come è stato osservato peraltro tale scelta si rivela nella maggior parte dei casi non pienamente rispettosa della parità in quanto «resta altamente probabile che, in una società fortemente impregnata dal privilegio patrilineare, radicato con forza nella tradizione, la maggior parte delle coppie, posta di fronte alla richiesta di compiere una scelta consensuale, continui ad orientarsi – sia pure in modo formalmente condiviso – per la perpetuazione del solo cognome paterno». In questi termini cfr. S. Troiano, *Cognome del minore e identità personale*, cit., 585. L'autore corrobora la sua tesi anche alla luce dei dati di una ricerca recentemente presentata in Germania (di cui ha dato conto la *Suddeutsche Zeitung* del 19 dicembre 2018, *Nur sechs Prozent aller Paare entscheiden sich für den Namen der Frau*, in www.suddeutsche.de)

secondo la quale nel paese nel quale si può scegliere il cognome della famiglia solo «il 6 per cento delle coppie sceglie come nome di famiglia quello della moglie, mentre il 75 per cento sceglie quello del marito, che è quindi quello che, almeno di regola, si trasmette anche ai figli». Cfr. ancora, S. Troiano, *op. ult. cit.*, 585.