

Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro

di Elena Malfatti*
(5 gennaio 2017)

Erano attese le motivazioni della sent. n. 286/2016, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo il meccanismo che determina, nell'ordinamento italiano, l'automaticità dell'attribuzione del cognome paterno ai figli anche in presenza di una diversa volontà dei genitori; motivazioni tanto attese quanto annunciata la decisione con un comunicato stampa dell'8 novembre scorso, secondo la prassi avviata a Palazzo della Consulta da qualche anno a questa parte, in un numero di casi che rimane peraltro in termini assoluti assai ridotto, contemplando le pronunce presumibilmente ritenute di maggiore impatto, nella pubblica opinione.

Di questa pronuncia, che affronta indubbiamente un tema delicato e capace di influire sulle relazioni familiari, si aspettava il dipanarsi del ragionamento in punto di diritto, per la necessità di affrontare un complesso di norme di vario rango (rinvenuto dalla giurisprudenza civilistica alla base di una disciplina che non prevede espressamente un obbligo di attribuzione del cognome paterno, ed è tuttavia sostenuta da una tradizione di segno opposto) che conduce in effetti la Corte, nemmeno tanto problematicamente, a dichiarare in pratica l'illegittimità di un combinato disposto; come pure veniva affiorando l'esigenza di capire se la Corte avrebbe prediletto un qualche cambiamento nel *modus operandi*, ovvero nell'inquadrare più chiaramente la propria pronuncia nell'orizzonte anche sovranazionale che – sempre più spesso – caratterizza quello che potremmo chiamare il "movimento" giurisprudenziale dei diritti fondamentali. A tale - secondo - specifico profilo saranno dedicate le osservazioni che seguono.

La vicenda dell'attribuzione del cognome paterno, più nota in negativo, come impossibilità di prescegliere per i nuovi nati o comunque vedersi riconosciuto da adulto il cognome materno, se non in ipotesi del tutto particolari, si pone all'evidenza infatti come una tra quelle che hanno registrato in tempi recenti una condanna del nostro Paese da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Cusan e Fazzo c. Italia*, 7 gennaio 2014). In questo senso essa potrebbe accostarsi a vicende altrettanto esemplari, quali quelle che hanno ruotato attorno ad altri diritti rivendicati con successo di fronte ai Giudici di Strasburgo, e che poi sono arrivate "a Roma": ovvero vicende delle quali si è occupata successivamente (e nel senso dell'accoglimento) la Corte costituzionale, in pendenza di giudizi comuni coinvolgenti soggetti versanti in situazione analoga a quella dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo, quali ad esempio la vicenda relativa all'applicazione della *lex (intermedia) mitior* (sent. n. 210/2013, definita dopo *Scoppola c. Italia* (n. 2) del 2009), oppure l'altra riguardante richieste di accesso alla procreazione medicalmente assistita da parte di coppie fertili e però portatrici di gravi patologie geneticamente trasmissibili (sent. n. 96/2015, che segue *Costa e Pavan c. Italia* del 2012).

Ma un tratto ulteriore, che rende (o avrebbe potuto rendere) particolarmente interessante la sentenza qui in commento, è il fatto che già in precedenza, e prima dell'intervento di condanna della Corte europea, la Corte costituzionale si fosse pronunciata su questione in tutto simile che l'aveva tuttavia condotta a un differente dispositivo, ovvero a dichiararne

l'inammissibilità (sent. n. 61/2006), riconoscendo la Corte la sostanza del problema ma richiedendo l'intervento ventilato dal giudice *a quo* un'operazione manipolativa esorbitante dai propri poteri; valorizzandosi dunque, infine, la discrezionalità delle scelte del legislatore. Da tale punto di vista - sull'asse "Roma-Strasburgo e ritorno" - la pronuncia odierna può accostarsi ad una vicenda altrettanto nota dell'ultimo periodo che ha condotto la Corte a un *revirement*, quella dell'accesso alle origini biologiche da parte dell'adottato (sent. n. 278/2013, all'indomani di *Godelli c. Italia* del 2012, con cui la Corte europea a sua volta era intervenuta dopo la sent. n. 425/2005 della Corte costituzionale, dichiarativa addirittura dell'infondatezza); seppur vantando - rispetto a questa - un *quid pluris*, ovvero proprio la coppia Cusan e Fazzo vittoriosa a Strasburgo aveva già "perso" a Roma, perché la questione affrontata dalla Corte costituzionale nel 2006 era stata originata dal giudizio comune che la vedeva parte in causa.

E ancora, un secondo aspetto nevralgico, che la Corte costituzionale avrebbe probabilmente dovuto tenere in considerazione, è il fatto che la condanna in sede europea recasse indicazioni peculiari, esigendo a chiare lettere un mutamento della legislazione e/o della prassi interna al fine di colmare una *défaillance du système juridique italien*: denunciando pertanto un'inadeguatezza ordinamentale e la necessità di porre termine alla violazione contestata - ex art. 46 Cedu - anche nei confronti di soggetti diversi ma che si trovassero nella stessa condizione dei ricorrenti. Da quest'ultimo punto di vista, l'occasione poteva considerarsi assolutamente propizia per ragionare a fondo sulle relazioni - pur "da lontano" - tra i due giudici, costituzionale ed europeo, nella perdurante impossibilità di fruire di un meccanismo di interlocuzione diretta tra giurisdizioni nazionali (comune e costituzionale) e Corte sovranazionale, stante la mancata entrata in vigore del Protocollo addizionale 16 alla Cedu.

Ragionare a fondo, e dunque esplicitare quel passaggio stringato, proprio della sent. n. 210/2013, secondo il quale quando c'è violazione strutturale della Cedu, (persino se non specificata a Strasburgo con le misure generali da adottare) è fatto obbligo ai poteri dello Stato (dunque anche alla Corte) di adoperarsi affinché gli effetti normativi lesivi della Cedu cessino; possibilmente ricollegandolo a uno spunto (potremmo dire, la *pars costruens*) della controversia e altrettanto ben nota sent. n. 49/2015, secondo cui non si può ignorare l'interpretazione della Corte Edu una volta che si sia consolidata (...) corrispondendo a una primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla Cedu, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo.

Non si vuole certo arrivare a sostenere che lo scenario prefigurato avrebbe potuto assomigliare a quello che segue un rinvio pregiudiziale, che con riguardo all'Unione europea funge, come si sa e secondo una fortunata espressione, da strumento "cerniera" tra ordinamenti: non avendo la nostra Corte avviato un vero e proprio dialogo col Giudice europeo di Strasburgo, non stava alla Corte medesima portarne a compimento il ragionamento (come può accadere invece ormai con riferimento alla Corte di giustizia del Lussemburgo, dopo l'ord. n. 207/2012; anche se gli esiti della vicenda Mascolo - tracciati dalla sent. n. 187/2016 - sono sembrati alla più attenta dottrina, nel merito, quanto mai discutibili). Lo impedisce *a fortiori* la diversità delle vicende fattuali dalle quali prendono corpo le decisioni a Strasburgo e a Roma, e anche la diversa sfaccettatura delle richieste portate nelle due sedi, rispettivamente da una coppia di privati cittadini e da un giudice, che non consente evidentemente di alludere alla pregiudizialità in senso tecnico.

Quello che, tuttavia, delude un poco è l'esito complessivo del ragionamento condotto dalla Corte costituzionale che - sempre stando alle metafore invalse tra i commentatori - sembra risolversi praticamente in un "monologo". La Corte, in altri termini, fornisce un impianto, alla propria decisione, che poggia tutto, dal punto di vista formale, sui consolidati parametri degli artt. 2, 3 e 29, comma 2, Cost. (violazione del diritto all'identità personale, irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi), senza che abbia viceversa spazio alcuno l'art. 117, comma 1, Cost., pure invocato dal remittente; non che non venga ricordato l'intervento, in materia, della Corte europea, ma tale richiamo funge da mera *cornice* (l'espressione è adoperata testualmente per ricordare il processo di valorizzazione del diritto all'identità personale anche nel sistema convenzionale, e proprio grazie a *Cusan e Fazzo c. Italia*) che non arricchisce la trama del quadro pennellato dai Giudici della Consulta: sono presenti cioè nel corpo della decisione, sia pure in estrema sintesi, gli argomenti adoperati a Strasburgo, ma infine la censura relativa all'art. 117, comma 1, Cost., è dichiarata assorbita. E la forma prescelta, da questo punto di vista, pare a chi scrive l'aspetto più significativo della decisione.

La Corte cioè rinuncia ancora una volta (lo aveva già fatto con la sent. n. 278/2013) a spiegare più precisamente come le norme convenzionali, veicolate da un preciso intervento di condanna del nostro Paese, siano capaci di animare il parametro degli obblighi internazionali derivanti in special modo dal necessario rispetto della Cedu. Vi è da notare che finora, ed è paradossale, la Corte ha imboccato questa strada nell'unica occasione in cui è giunta a contraddire frontalmente la giurisprudenza di Strasburgo, ovvero con la sent. n. 264/2012 (laddove ha riconosciuto che la disposizione convenzionale "come applicata" dalla Corte europea nel famoso caso *Maggio c. Italia* del 2011 integrasse pianamente l'art. 117, comma 1 Cost., per far prevalere tuttavia interessi costituzionalmente protetti definiti "antagonisti"), o comunque nell'ambito di giudizi chiusi nel senso dell'inammissibilità o dell'infondatezza; mai, invece, nel contesto di sentenze di accoglimento. Così perseverando però, nella pronuncia *de qua*, 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: che cosa è realmente accaduto, nel frattempo, da imporre un capovolgimento di fronte, tramutando la prospettiva della discrezionalità del legislatore in una illegittimità costituzionale non più tollerabile? C'era solo un'esortazione a modificare la legislazione rimasta priva di séguito - come ebbe ad affermare in una sua relazione il Presidente *pro tempore* F. Gallo della sent. n. 61/2006 - che andava ormai sanzionata, o c'era anche, in tutta la sua consistenza, la censura forte di Strasburgo cui dare coerenti sviluppi ed effetti?

Si potrà replicare, spezzando una lancia a favore della sent. n. 286/2016, che il parametro dell'art. 117 era stato invocato in una diversa e più generica prospettiva - precedendo di qualche settimana l'ordinanza di remissione la decisione della Corte europea, non potendo dunque il giudice *a quo* pronosticare con certezza la condanna per l'Italia, e tantomeno le sue specificità - e che pertanto le lenti del rinvio mettevano a fuoco anzitutto le incongruenze ordinamentali interne; come pure, si potrebbe supporre che a pesare siano state le "fughe in avanti" della giurisprudenza e della stessa prassi amministrativa, non raramente incline ad accogliere, sia pure rispetto a soggetti maggiorenni, richieste di attribuzione del cognome materno fuori di quelle particolarissime ipotesi cui già le norme nazionali davano spazio. Ancora, si potrà forse osservare che non è la forma a negare la

sostanza, ma piuttosto la sostanza ad attecchire nelle pieghe dell'argomentazione, e dunque a prevalere, giocando la decisione assunta in sede europea un peso maggiore di quello che le scelte lessicali lascerebbero intendere (a scapito, invero, di un rigore e di una nitidezza che la Corte dovrebbe viceversa vantare per i propri ragionamenti).

Permane, in ogni caso, l'impressione che la Corte non abbia saputo cogliere un'occasione preziosa per far luce piena sulle conseguenze, anche a carico delle proprie motivazioni, delle intervenute condanne a Strasburgo per violazione di norme sostanziali della Cedu, in presenza di una perdurante inerzia del legislatore; per dare cioè, non una gemella, ma una "sorella" alla sent. n. 113/2011, che più coraggiosamente – lo si ricorderà - ha guardato alle conseguenze di sistema recate da condanne per violazione delle norme europee sull'equo processo, fornendo un'indicazione di portata ampia, che travalica l'ipotesi della revisione del processo penale, e che ha consentito, anche di recente, pronunce di accoglimento nell'ambito delle quali l'utilizzo in funzione parametrica dell'art. 117, comma 1, Cost. assume un rilievo centrale (sentt. nn. 97, 109 e 184/2015, 36/2016).

Nella sent. n. 286/2016, invece, lo stesso assorbimento della censura relativa all'art. 117, comma 1, Cost. arriva un po' a sorpresa, seguendo l'andamento della motivazione - la Corte non trova di meglio che distinguere *de facto* la richiesta portata in Europa (attribuire il cognome materno *anziché* quello paterno) da quella che ha determinato la nuova questione di costituzionalità (attribuire *anche* il cognome materno) - e ingenera il dubbio che a prevalere su una diversa linea interpretativa siano stati i timori di ridimensionamento di ruolo della stessa Corte, di apparire all'esterno come una sorta di semplice "terminale periferico" della condanna fioccata a Strasburgo (con ciò sottovalutando forse l'importanza, e l'infungibilità, del dispositivo di accoglimento). Meglio, allora, cavarsela evocando una "cornice" europea per la propria decisione, che risultasse per quello che il linguaggio comune effettivamente suggerisce: un mero sfondo, rispetto a un quadro in cui campeggiano, ancora una volta, la Carta repubblicana, nel primigenio impianto, e la *sua* Corte.

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Pisa