

La Corte costituzionale sul cognome dei figli e l'effetto *matrioska*¹

Mirzia Bianca

Sommario: 1. *L'effetto matrioska della sentenza della Corte costituzionale 131/2022. Il diritto di famiglia nel sistema del diritto civile.* – 2. *Riflessioni di merito* – 3. - *Riflessioni di metodo* – 4.- *Qualche osservazione de jure condendo*

1. *L'effetto matrioska della sentenza della Corte costituzionale 131/2022 e il suo impatto sul ruolo del diritto di famiglia nel sistema del diritto civile*

La lettura della decisione della Corte costituzionale del 31 maggio 2022, n. 131, sull'attribuzione del cognome dei figli produce un effetto *matrioska* in quanto l'interprete è sollecitato a continue e nuove riflessioni che si svelano alla sua attenzione.

Oltre alla questione del cognome dei figli, oggetto della decisione, emergono nuove e tante sollecitazioni sia di merito che di metodo, alcune di portata più circoscritta, altra di portata più generale e dal respiro sistematico. Per questa ragione anche nel titolo di questo scritto ho voluto usare la metafora della *matrioska* per rendere l'idea di un continuo flusso di sollecitazioni che si mostrano via via all'interprete.

La prima sollecitazione attiene chiaramente all'oggetto della decisione, e quindi al problema dell'attribuzione del cognome paterno. Qui si intrecciano riflessioni di vario ordine e tipo, dal definitivo superamento di una concezione patriarcale che è stata la cifra di tante stagioni del diritto di famiglia², di cui la questione del cognome rappresentava l'ultima e non indifferente epifania, alla parità tra uomo e donna all'interno della famiglia

¹Dedico questo scritto a mio Padre, che tanto ha dedicato al diritto civile e in particolare al diritto di famiglia, riservando a questo ramo del diritto civile l'uguale tecnicismo che ha riservato a tutte le questioni di diritto. Il presente scritto è l'integrazione di M. BIANCA, *La decisione della Corte costituzionale sul cognome del figlio e il diritto di famiglia mobile. Riflessioni sulla funzione della Corte costituzionale nel sistema di effettività dei diritti*, in *Giustizia Insieme*, 13 luglio 2022.

²Sulle stagioni del diritto di famiglia, sia consentito un rinvio a M. BIANCA, *Il diritto di famiglia e il ruolo del giurista nelle diverse stagioni*, in *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi 'di fatto'*, *Scritti in onore di M. Paradiso*, a cura di M. Cavallaro, F. Romeo, E. Bivona, Margherita Lazzara, Torino, 2022, 118 e ss.

e alla constatazione della persistenza di residue autorità familiari³, alla riflessione di diritto civile generale sul nome quale veicolo di individuazione del diritto all'identità del figlio, sia nella società tutta che nel ristretto ambito della comunità familiare. Queste riflessioni ne disvelano altre, come lo stretto legame tra diritto di famiglia e costume⁴ che ha reso e rende tuttora il diritto di famiglia un diritto mobile, in continuo movimento. Questo stretto legame con il costume è evidenziato nella materia dell'attribuzione del cognome.

Nella famiglia fondata sul matrimonio l'attribuzione del cognome paterno è stata espressione della potenza di una regola consuetudinaria che nel corso del tempo ha sfidato e reso inutile anche la presenza della norma scritta, tanto appariva scontato che nella famiglia fondata sul matrimonio il cognome di famiglia fosse solo e unicamente quello di chi (il marito e il padre) allora veniva considerato il capofamiglia. Ma questa decisione evoca anche riflessioni di metodo⁵, come la constatazione dell'ineludibile applicazione del principio di effettività, anche da parte della Corte costituzionale, come è evidenziato dal mutamento dell'orientamento in questa materia, anche a norme invariate del codice civile.

A queste sollecitazioni se ne aggiunge un'altra, a mio parere di grande valore sistematico.

Questa decisione apre e risolve positivamente il quesito in ordine al ruolo del diritto di famiglia e della sua considerazione quale parte pulsante del diritto civile. Per tanto tempo e tristemente talvolta anche oggi e, fortunatamente, solo da alcuno, si considera il diritto di famiglia quale un diritto ancillare rispetto al diritto civile, una sorta di metadiritto a metà tra l'etica e il diritto, cui sono sottratte le categorie dogmatiche del diritto civile generale.

Tale pregiudizio è stato smentito dal corso della storia. In primo luogo, nomi di grandi e illustri civilisti del passato come Angelo Falzea, Francesco Santoro Passarelli, Alberto Trabucchi, Luigi Mengoni, Antonio Cicu e altri, hanno dedicato pagine importanti e significative al diritto di famiglia.

³In generale sulle autorità private, tra le quali vengono ricomprese quelle familiari, tv. l'opera di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977 pubblicato in *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, Milano, 2002, 47 e ss. Di recente l'opera è stata ricordata in P. Sirena-A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca*, Roma, 2018.

⁴V. § 2 del testo.

⁵V. il § 3 del testo.

In secondo luogo, molte evoluzioni del diritto civile generale sono partite proprio dagli istituti del diritto di famiglia. Basti pensare alla tutela aquiliana del credito che è nata dalle riflessioni sulla lesione degli obblighi nei confronti del convivente, al danno non patrimoniale che, nelle decisioni della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, ha trovato i più recenti sviluppi proprio con riferimento alle lesioni dei diritti familiari, al principio di meritevolezza degli interessi che ha trovato applicazione anche nell'ambito dei patti e dei negozi familiari.

In terzo luogo, va sottolineata la progressiva ed accentuata professionalizzazione degli operatori che praticano il diritto di famiglia⁶, professionalizzazione che sta portando i suoi frutti anche a livello processuale⁷. Questa decisione contribuisce a segnare e a completare questo percorso. Come emergerà più chiaramente nelle pagine che seguono, la questione del cognome del figlio apre diversi scenari che sono propri del diritto civile generale.

Il nome e in particolare il cognome è il segno di riconoscimento della identità della persona, non tanto e non solo nell'ambito familiare, quanto nell'ambito sociale e professionale. Il cognome e la resistenza della regola del patronimico è quindi una questione che tocca i diritti fondamentali della persona, tra i quali devono essere annoverati, oltre al diritto all'identità familiare, anche il diritto alla memoria⁸, perché portare un certo cognome significa appartenere ad una famiglia e ricordarne l'esistenza. Per questo negare l'attribuzione del cognome materno significa, come giustamente rilevato dalla Corte, rendere invisibile la persona e la sua famiglia di origine. La questione non è quindi e solo quella della parità tra uomo e donna, ma in generale è l'assegnazione del ruolo che ogni persona umana svolge nella società e che la identifica come tale e per quello che rappresenta. Ciò è abbastanza chiaro quando il cognome è simbolo della ignominia del capostipite, ma tale ragionamento vale anche in positivo, perché portare un certo cognome può essere simbolo di fierezza e di responsabilità e comunque è un codice identificativo di generazioni che va oltre l'identità della singola persona.

Questa decisione, quindi, contribuisce alla costruzione di un evoluto diritto

⁶V. M. BIANCA, *Il nuovo processo di famiglia: la seconda puntata della riforma della filiazione e il migliore interesse del minore*, in questa rivista n. 3/4 del 2021.

⁷In questo senso va indicata la direzione della recente Riforma Cartabia dedicata al processo di famiglia.

⁸ Per questo aspetto si rinvia allo scritto di R. LIFRIERI, in via di pubblicazione sulla rivista *Famiglia*.

delle persone che pone al centro del dibattito l'uomo e i suoi diritti fondamentali. In questo senso è decisione che concorre ad individuare nel diritto di famiglia un osservatorio privilegiato del diritto civile generale delle persone.

2. Riflessioni di merito

Fatta questa prime riflessioni, posso passare ad alcune questioni di merito. Con questa decisione che a ragione è stata definita 'storica'⁹ e, aggiungerei, rivoluzionaria, la Corte costituzionale ha finalmente portato a termine un lungo percorso costellato da vari interventi della stessa Corte¹⁰, interventi della dottrina¹¹ e plurimi tentativi del legislatore¹², tra cui un progetto del legislatore della Riforma della filiazione che fu fermato per ragioni finanziarie¹³, volto ad eliminare la diseguaglianza derivante dalla attribuzione del cognome al figlio, diseguaglianza disegnata da un complesso di norme, alcune di diritto effettivo, altre, come detto, derivanti dalla norma scritta, tutte volte alla costruzione di un cittadella inespugnabile che nel corso del tempo ha sempre assicurato l'attribuzione al figlio del cognome paterno.

È curioso rilevare che questa regola palesemente discriminatoria ha trovato applicazione nei confronti di tutti i figli (nati nel matrimonio, adottivi, nati fuori del matrimonio), con una patologica applicazione del principio di unicità dello stato di figlio. Per ragioni di sintesi, in luogo di dar conto dei vari passaggi procedurali che emergono facilmente dalla lettura della

⁹ V. M. A. IANNICELLI, *La scelta del cognome da attribuire al figlio deve poter essere condiviso dai genitori*, in *Famiglia*, 30 aprile 2022.

¹⁰ Sui vari interventi della Corte costituzionale, v. M. A. IANNICELLI, *Al figlio deve essere attribuito il cognome di entrambi i genitori (salvo diverso loro accordo): la Corte costituzionale anticipa il legislatore*, in *Famiglia*, 2022, 375 e ss.

¹¹ V. tra gli altri i numerosi contributi di S. TROIANO (in CM. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; 296 e ss.; in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 1412; in U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, 263 e ss.; nota a C. cost. n. 18 del 2021, in *Ngcc.*, 2021, 598 e ss; in *Tratt. Zatti*, Padova, 2018, 125 e ss.); G. BALLARANI, in *Dir. Fam e pers.* 2018, 741 e ss. Vari scritti dedicati a questo tema sono contenuti in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 16 bis, junio 2022, *Estudioso de derecho privado en homenaje al Profesor Cesare Massimo Bianca*, Coordinadores: Mirzia Bianca y José Ramón de Verda y Beamonte e in particolare gli scritti di M. A. IANNICELLI, B. AGOSTINELLI, M. CAVALLARO e V. BARBA.

¹² Per una accurata analisi dei vari progetti di legge che sono stati presentati in Parlamento, rinvio a M. A. IANNICELLI, *Al figlio deve essere attribuito il cognome di entrambi i genitori (salvo diverso loro accordo): la Corte costituzionale anticipa il legislatore*, cit.

¹³ L'idea di provvedere ad una regolamentazione del cognome del figlio fu una scelta che si palesò già nella Commissione Bindi ma che tuttavia fu fermata dall'allora Ministro dell'Economia per la paura di un eccessivo dispendio di spese.

decisione¹⁴, è utile palesare al lettore quale è il principio di diritto che la Corte applica ai figli nati fuori del matrimonio, ma che estende ai figli adottivi e ai figli nati all'interno del matrimonio. Il principio è che debba attribuirsi al figlio sia il cognome della madre sia il cognome del padre, nell'ordine stabilito dalla coppia. In caso di disaccordo sull'ordine è previsto l'intervento del giudice. Al fine di attribuire il cognome di un solo ramo genitoriale (materno o paterno) è invece necessario l'accordo della coppia. La soluzione della obbligatorietà del doppio cognome supera l'impianto patriarcale, mentre l'ordine della collocazione dei cognomi è lasciato all'accordo¹⁵. In luogo dell'accordo, forse sarebbe stato preferibile un criterio oggettivo come l'ordine alfabetico, come previsto in qualche progetto di legge, anziché lasciare ai genitori una scelta che potrebbe portare a qualche soluzione conflittuale, con il rischio di un intervento discrezionale del giudice. In ogni modo tale principio di diritto è di immediata applicazione ai nuovi nati e ai procedimenti pendenti per l'attribuzione del cognome ed è stato oggetto di una recente circolare del Ministero dell'interno¹⁶.

La decisione è non solo storica ma direi rivoluzionaria perché muta all'improvviso il paradigma culturale, di costume, nonché normativo che ci ha accompagnato per secoli e che ha determinato anche le scelte sull'attribuzione del cognome dei nostri figli. È vero che la decisione si pone nel solco di un percorso evolutivo segnato da varie decisioni della Corte costituzionale e della giurisprudenza che gradualmente hanno smantellato la regola patriarcale e da vari tentativi del legislatore conditi dalla riflessione della dottrina, ma oggi l'interprete ha la sensazione della definitività e quindi dell'inizio di una nuova era.

In definitiva, questa decisione porta contestualmente alla distruzione dell'ultima cittadella dell'autorità privata familiare¹⁷ e patriarcale¹⁸ e alla

¹⁴Per questi rinvio alla bella nota di commento di M. A. IANNICELLI, *op ult cit.*

¹⁵Per alcune riflessioni critiche sulla previsione dell'accordo, v. G. LUCCIOLI, *Brevi note sulla sentenza n. 131 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Giustizia Insieme* del 13 luglio 2022.

¹⁶V. al riguardo la Circolare n. 63 del 1° giugno 2022.

¹⁷Sulle autorità private, v. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977 pubblicato in *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, cit., 47 e ss.

¹⁸Sulla famiglia patriarcale nel periodo dei codici preunitari, v. le parole di P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, 2002: "...la fissità della famiglia, la continuità attraverso il tempo del suo patrimonio e il conseguente privilegio dei maschi sulle femmine erano altrettanti strumenti di quello sforzo di pietrificazione della società italiana e di irrigidimento programmatico delle sue frontiere di classe che corrispondevano a una tendenza profonda della Restaurazione nostrana, difesa di un mondo agricolo e signorile, di un'antica borghesia patriarcale, di artigiani corporativi cittadini, contro i fermenti dissolventi della nuova etica 'industriale' e liberale".

costruzione di una nuova concezione della famiglia, in cui l'unità è il frutto dell'uguaglianza e in cui l'identità del figlio si costruisce sull'eguaglianza dei genitori. L'attribuzione del cognome paterno e quindi il patronimico è stata nella famiglia fondata sul matrimonio una regola talmente radicata nel costume e nelle consuetudini familiari da essere norma di diritto effettivo¹⁹, implicitamente ricavabile da un complesso di disposizioni.

Nel codice civile del 1865, mentre la regola dell'attribuzione alla moglie del cognome del marito è contenuta nella norma (art. 131) che afferma che “il marito è il capo della famiglia: la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome, ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza”, l'attribuzione del cognome paterno del figlio non è mai esplicitata, ma è desumibile quale regola implicita da altre norme come quella sul possesso di stato (art. 172) tra i cui fatti volti a provarlo è incluso “che l'individuo abbia sempre portato il cognome del padre che egli pretende di avere”. La posizione autoritaria del marito nei confronti della moglie si desume anche nel rapporto genitori-figli e nella definizione della potestà allora solo *maritale*. Sempre nel codice del 1865 la regola del patronimico trova, invece, espressione con riferimento ai figli allora chiamati naturali nella regola (art. 185) che “prevede che il figlio naturale assume il nome di famiglia del genitore che lo ha riconosciuto, o quello del padre, se è stato riconosciuto da entrambi i genitori”.

Nel codice civile del 1942 si riproduce il medesimo schema normativo, per cui la regola del patronimico trova piena espressione riguardo ai figli nati fuori dal matrimonio con una disposizione che riproduce sostanzialmente il contenuto di quella del codice del 1865.

Con riferimento ai figli nati nel matrimonio, la prevalenza del cognome paterno continua ad essere regola implicita desumibile da un complesso di disposizioni. L'unica novità nei rapporti di coppia si ha con la riforma del 1975 che, in considerazione della avvenuta parificazione della posizione della moglie a quella del marito, introduce il nuovo art. 143-*bis* del codice civile che prevede che “la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze”. Questa norma, pur nel limitato effetto di prevedere la facoltà di aggiunta al proprio del cognome maritale, evidenzia una sicura emancipazione della donna all'interno della famiglia. Con riferimento al

¹⁹Così viene definita da C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1.*, 6° ed., Milano, 2017, 373.

cognome dei figli, invece, nonostante si sia registrata nel corso di ottanta anni dalla emanazione del codice civile una progressiva parificazione delle figure genitoriali e un abbandono di quella che un tempo era denominata *patria* potestà, con una progressiva rilevanza dei diritti fondamentali del figlio, compreso quello all'identità, la regola del patronimico è rimasta sempre in vigore, nonostante vari tentativi della giurisprudenza e del legislatore di modificarla.

Come si è già accennato, con riferimento alla Riforma della filiazione il progetto di introdurre una nuova regola che prevedesse l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori fu fermata dall'allora Ministro dell'economia preoccupato di dover impiegare eccessive risorse finanziarie per la modifica dei codici fiscali.

Questo curioso scollamento tra avanzamento del sistema con l'attuazione del principio costituzionale di uguaglianza e del principio di non discriminazione contenuto nelle Carte internazionali²⁰ e il mantenimento della prospettiva patriarcale nella trasmissione del cognome, evidenzia come sia riduttivo e banale limitare la portata del dibattito ad un problema di genere e di uguaglianza tra i componenti della coppia, dato che la progressiva parità tra la donna e il marito non ha portato nel tempo a rimuovere questa regola.

Occorre quindi chiedersi se dietro la regola del patronimico ci sia qualcosa di più. Come qualcuno ha detto²¹, forse il mantenimento di questa regola è servito a compensare l'incertezza della paternità, rispetto alla regola per cui *mater semper certa est*. Quello che è certo è che la rimozione di questa regola assume una portata dirompente non solo in termini giuridici, ma anche in termini culturali. Le origini del patronimico nella Bibbia ebraica e nell'antica Grecia e l'onomastica hanno costruito un sistema di cognomi che è stato costruito anche in base al patronimico e che spesso era lo strumento per assicurare la discendenza da uno stesso casato. Dal nome del Pelide Achille (figlio di Peleo) dell'antica Grecia, l'esperienza di altre popolazioni come la tradizione irlandese e scozzese si caratterizza per l'anteposizione del suffisso gaelico O' o del suffisso Mac per indicare la discendenza da una stessa famiglia. Anche molti cognomi italiani sono stati costruiti

²⁰Sull'attribuzione del cognome paterno l'Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione del principio di non discriminazione, v. Corte EDU con sent. 7 gennaio 2014, Cusan Fazzo c. Italia (ric. n. 77/07)

²¹V. E. BELLISARIO, *Nomen omen. La fine della regola del patronimico*, in *Giustiziacivile.com*, 4 maggio 2022.

proprio sulla base del patronimico, come Di Giovanni, Di Matteo, etc. Inoltre, in Italia, fino al XVII secolo, molte persone aggiungevano al proprio cognome quello del nonno o dell'ascendente.

Questa secolare tradizione patronimica riservata unilateralmente alla discendenza paterna, salve poche eccezioni in Nord Europa che si caratterizzano per una tradizione matronimica, ha tracciato una prassi culturale in cui il cognome era uno strumento di trasmissione del casato, della discendenza e quindi era uno strumento asservito prevalentemente agli interessi patrimoniali della Grande Famiglia. L'attuale abbandono di questa tradizione culturale porta ad una riconquista della discendenza che non è più intesa, come in passato, in senso patrimoniale, ma declinata in senso non patrimoniale, come espressione della identità della persona e della sua appartenenza alla comunità familiare²².

Nella decisione che si commenta, dopo un passaggio molto significativo sul valore del nome e del cognome quali strumenti di espressione e della costruzione anche futura della identità, mi hanno colpito alcune parole della motivazione che proprio nella regola patriarcale vedono l'obliterazione della figura femminile e della sua discendenza: *“La selezione, fra i dati preesistenti all’attribuzione del cognome, della sola linea parentale paterna, oscura unilateralmente il rapporto genitoriale con la madre. A fronte del riconoscimento contemporaneo del figlio, il segno dell’unione fra i due genitori si traduce nell’invisibilità della donna”*. In questo significativo passaggio della motivazione della decisione si coglie la sua portata rivoluzionaria, che non è riducibile semplicisticamente ad una questione di non discriminazione, ma ci proietta in una nuova stagione in cui la nuova dimensione non patrimonialistica della discendenza significa appartenenza ad una comunità di idee, di valori, di sentimenti, che non è giusto riservare ad un solo ramo genitoriale, perché sono beni comuni del figlio e con esso devono essere condivisi.

Non possono al riguardo condividersi le riflessioni critiche a questa decisione di parte della dottrina che ha rilevato che la tutela dell'identità del minore viene a configurarsi 'cedevole'²³.

²²Per una prospettiva privatistica della discendenza, v. M. A. IANNICELLI, *op ult cit.*

²³M. SESTA, *La cedevole tutela dell'identità del figlio nelle nuove regole dell'attribuzione del cognome*, in *Giustizia Insieme* 13 luglio 2022, così testualmente: “A bene vedere, infatti, in forza della regola enunciata dalla sentenza, i genitori sono riconosciuti arbitri della decisione di imporre al figlio il cognome di entrambi oppure quello dell’uno o dell’altro, senza che - in tale ultima ipotesi - sia previsto alcun tipo di apprezzamento e di sindacato dell’interesse del minore, che passivamente subisce una scelta

L'identità del figlio oggi, a differenza di ieri e grazie a questa decisione della Corte costituzionale, è il risultato dei due rami genitoriali (materno e paterno) e non del solo ramo paterno. Tale tutela non può dirsi 'cedevole' neanche nel caso in cui i genitori decidano di comune accordo di attribuire il cognome solo paterno o materno. Deve infatti al riguardo sottolinearsi come nel passato la regola del patronimico non poneva affatto il problema della identità del figlio, dato che l'automatismo dell'attribuzione del cognome paterno recideva in radice ogni discussione e azzerava del tutto ogni pretesa in ordine alla attribuzione di una identità alternativa. Possono invece condividersi le riflessioni in ordine al fatto che la deroga al doppio cognome dovrebbe essere eccezionale e subordinata ad una valutazione del migliore interesse del minore, anche con la nomina di un curatore speciale²⁴. D'altra parte, immaginare un parere del figlio o una valutazione di terzi in ordine al suo migliore interesse sarebbe improponibile perché significherebbe posticipare il momento di formazione della sua identità ad un momento successivo alla sua nascita, con tutti i problemi che questa scelta comporterebbe.

3. Riflessioni di metodo

Come ho già accennato nelle premesse, l'importanza di questa decisione non si coglie solo con riferimento al merito, ma anche al metodo.

Il percorso delle decisioni della Corte costituzionale sul problema dell'attribuzione del cognome paterno evidenzia l'importante funzione della Corte costituzionale quale organo istituzionale deputato anche al controllo e all'adeguamento della norma giuridica ai cambiamenti della società e del costume, secondo l'applicazione del principio di effettività e della massima *ex facto oritur ius*²⁵.

Questa specifica funzione della Corte costituzionale contribuisce insieme

comportante la perdita del cognome di uno dei rami familiari. Tenuto conto che l'interesse del figlio – in questo caso addirittura riguardante la propria identità personale e familiare - assume per principio generale carattere superiore, non ci dovrebbe essere spazio per una siffatta deroga di natura potestativa in capo ai genitori alla regola dell'attribuzione di entrambi i cognomi”.

²⁴Così M. SESTA, *op ult cit.*

²⁵ V. al riguardo C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 787 ora in *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, cit., 189 e ss. Il tema era stato da Lui trattato già precedentemente nel saggio: *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobenas*, vol. II, Pamplona, 61 e ss. e ora in *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, cit., 35 e ss.

alla dottrina e al legislatore a costruire il diritto di famiglia come un diritto *mobile*, in quanto la fissità della regola giuridica viene compensata dalle diverse interpretazioni che vengono date nel corso del tempo, in ragione della mobilità della società e del costume²⁶.

Se si legge il testo delle varie decisioni della Corte costituzionale in materia di attribuzione del cognome del figlio, si nota come, in ragione della diversa regola del costume, le stesse argomentazioni sono state utilizzate in senso difforme.²⁷ In particolare, con riferimento al principio di unità della famiglia, nel 1988 (decisione n. 176, redattore Luigi Mengoni) si afferma che “la mancata previsione della facoltà per la madre di trasmettere il proprio cognome ai figli legittimi e per questi di assumere anche il cognome materno, non contrasta né con l'art. 29 Cost., in quanto viene utilizzata una regola radicata nel costume sociale, come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio né con l'art. 3 Cost., in riferimento ai figli adottivi, poiché la preclusione vale anche per questi ultimi, secondo la corretta interpretazione dell'art.27, L. n. 184/1983”.

In un'altra decisione della Corte costituzionale, sempre del 1988 (n. 586, redattore Saja), si legge che “*nell'interesse alla conservazione dell'unità familiare (art. 29 Cost.), il cognome dei figli legittimi deve essere prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia, in guisa che a questi sia esteso ope legis e non già scelto dai genitori in sede di formazione dell'atto di nascita (come il prenome)*”. In una successiva decisione del 2016 (n. 286, redattore Amato), si avverte un decisivo cambiamento di rotta e si legge che “*la diversità di trattamento dei coniugi nell'attribuzione del cognome ai figli, in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, poiché la perdurante mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome - lungi dal garantire - contraddice, ora come allora, quella finalità di salvaguardia dell'unità familiare (art. 29, secondo comma, Cost.), individuata quale ratio giustificatrice, in generale, di eventuali*

²⁶Sia consentito il rinvio alla mia relazione tenutasi al Convegno del CSM tenutosi a Roma nei giorni 20 e 21 giugno 2022 dal titolo *Nell'ottantesimo del codice civile. Giurisprudenza e dottrina a confronto*. In particolare, la mia relazione è stata dedicata al libro I del codice civile, nella parte riguardante i rapporti familiari.

²⁷Questo approccio metodologico della Corte è evidenziato da N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, con riferimento all'abrogata disposizione sull'adulterio della moglie.

deroghe alla parità dei coniugi". Le medesime argomentazioni sono contenute nelle più recenti decisioni della Corte costituzionale (n. 18 del 2021, Redattore Amato) compresa questa che qui si commenta in cui si afferma che *"l'unità si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità"*.

La lettura dei passaggi delle varie decisioni della Corte costituzionale evidenzia come, a norme giuridiche pressoché invariate, la Corte abbia dato nel tempo diverse interpretazioni, contribuendo a rendere mobile il diritto di famiglia e ad asservirlo alle mutate esigenze della società e del costume.

4. Riflessioni de jure condendo

Volendo trarre alcune conclusioni, può dirsi che anche con questa decisione la Corte costituzionale ha svolto una funzione suppletiva del legislatore e promozionale della legalità costituzionale.

In particolare, si apprezza il dinamismo della Corte costituzionale che non aspetta passivamente l'intervento del legislatore ma, prendendo atto del naufragio delle numerose proposte di riforma legislativa, *"non può esimersi dal rendere effettiva la legalità costituzionale"*²⁸.

Si apprezza inoltre la funzione di indirizzo del legislatore, in quanto la Corte si fa carico di indicare al legislatore le note più delicate di una futura regolamentazione, che sono il rischio di un effetto moltiplicatore in ragione della successione verticale tra le generazioni e l'esigenza di apprestare regole che consentano di realizzare un risultato uniforme per tutti i figli.

La regolamentazione non sarà opera facile in quanto occorrerà trovare un giusto equilibrio tra la conservazione del principio di parità e l'esigenza di assicurare un sistema efficiente che possa dare piena attuazione al principio identitario senza portare a diseconomie di spesa e a complessità eccessive. Adesso la palla spetta al legislatore e l'auspicio è che l'intervento sia tempestivo e improntato al medesimo equilibrio e alla medesima ragionevolezza che hanno ispirato la Corte costituzionale in questa bella decisione.

²⁸Così testualmente in motivazione.