



LOREDANA MURA*

IL RITARDO ITALIANO NELL'ADATTAMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE EDU N. 77/07 SULLA TRASMISSIONE DEL COGNOME MATERNO

SOMMARIO: 1. L'annoso dibattito sulla trasmissione in Italia del cognome materno ai figli e la sentenza della Corte EDU n. 77/07 del 7 gennaio 2014. – 2. I ricorsi davanti alle autorità nazionali: dalle Corti territoriali alla Corte di Cassazione. – 3. *Segue*: Il ricorso davanti alla Corte Costituzionale e la problematica attuazione del principio generale di eguaglianza nell'ordinamento italiano. – 4. *Segue*: L'accoglimento della domanda al Ministro dell'Interno e la perdurante violazione dei diritti fondamentali da parte dello Stato italiano. – 5. Il ricorso alla Corte EDU e i motivi della sua ricevibilità: la rilevata incongruenza fra il *petitum* del ricorso e la risposta degli organi nazionali. – 6. *Segue*: La sentenza della Corte EDU n. 77/07 di condanna dello Stato italiano per violazione del principio CEDU di non discriminazione (anziché di quello di eguaglianza). – 7. Il principio di eguaglianza e i suoi rapporti con il principio di non discriminazione alla luce del caso in esame: la questione del carattere “inderogabile” dei principi fondamentali. – 8. *Segue*: La questione del carattere non “direttamente applicabile” dei principi generali del diritto. – 9. L'attuazione della sentenza della Corte EDU n. 77/07 nell'ordinamento italiano: l'effettiva opportunità di un intervento legislativo e la sua portata. – 10. *Segue*: Il grado di adattamento dell'ordinamento italiano alla sentenza della Corte EDU n. 77/07 nella proposta di legge n. C 360 del 20 marzo 2013 (c.d. Garavini) al vaglio del nostro Parlamento.

1. L'annoso dibattito sulla trasmissione in Italia del cognome materno ai figli e la sentenza della Corte EDU n. 77/07 del 7 gennaio 2014

Il tema della trasmissione del cognome materno ai figli è, da tempo, oggetto di dibattito nel nostro Paese: a più riprese nelle nostre aule parlamentari si è discusso di come regolare questo particolare settore di rapporti in modo consono ai principi che connotano la struttura e le finalità del nostro ordinamento senza, però, raggiungere un'effettiva soluzione¹. La regola del patronimico, che tuttora regola la materia, appare infatti in stridente contrasto con il principio di eguaglianza, come pure con altri principi di rango costituzionale – quali il principio dell'unità familiare e dell'autonomia privata dei coniugi – che risultano connotare il nostro diritto di famiglia e il nostro ordinamento nel suo

* Ricercatrice di Diritto internazionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Brescia.

¹Per uno sguardo ai diversi progetti di legge presentati nelle scorse legislature si rinvia al sito del Parlamento italiano: <http://www.parlamento.it/home>.

complesso. Talché allo stato attuale risulta impedita alla madre la possibilità di trasmettere ai figli esclusivamente il proprio cognome così come, invece, consentito al padre.

In questo contesto, di per sé già sintomatico si è inserita la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Corte EDU) del 7 gennaio 2014 n. 77/07² che, ai problemi testé evidenziati, ha aggiunto quello riguardante l'incompatibilità della normativa attualmente applicata in Italia con i principi stabiliti dalla relativa Convenzione.

Detta pronuncia avrebbe dovuto indurre lo Stato italiano ad adottare le misure necessarie per riparare l'illecito Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU) ma, tuttavia, così non è stato perché il nostro Paese non si è ancora adeguato a tale sentenza e rischia, perciò, di incorrere in una sanzione internazionale.

Deve sicuramente osservarsi che, già all'epoca della sua pronuncia, la sentenza della Corte EDU n. 77/07 è stata oggetto di polemiche e divisioni, anche fra i giudici della stessa Corte³. In questo senso, ha colpito⁴ la scelta della Corte di Strasburgo da un lato, di fondare la condanna del nostro Stato sul principio europeo di non discriminazione, in una logica che non è apparsa direttamente rispettosa del principio di eguaglianza; e, dall'altro, di non aver dichiarato l'incompatibilità della norma sul patronimico con il diritto CEDU ma, viceversa, di averne chiesto semplicemente l'eliminazione dei suoi effetti discriminatori nei confronti della donna. Ciò, peraltro, in contrasto con la giurisprudenza italiana – in particolare, quella costituzionale – che aveva ripetutamente auspicato l'adozione di una misura d'impronta paritaria in sostituzione della norma sul patronimico. La pronuncia della Corte EDU è stata ulteriormente criticata⁵ per non avere adeguatamente motivato le censure mosse al comportamento illecito del nostro Stato e le modalità relative alla sua riparazione: a fronte di una condanna esplicita e inequivocabile nei confronti di quest'ultimo, la Corte infatti sarebbe stata parca di indicazioni sotto i profili indicati⁶.

Diventata esecutiva, ormai più di un anno fa, il 7 aprile 2014, la sentenza della Corte EDU n. 77/07 resta, a tutt'oggi, inattuata: anziché contribuire a sciogliere un difficile nodo giuridico del nostro ordinamento, essa sembra averlo ulteriormente aggrovigliato.

In questa sede, dunque, ci si propone di ripercorrere le tappe del lungo *iter* processuale seguito dalla coppia *Cusan-Fazazzo* in modo tale da ricostruire i fatti di causa e, per altro verso, valutare (anche nell'ottica di un confronto) i singoli esiti processuali al fine di comprendere fino in fondo quali siano i valori violati dal nostro Stato e, quindi, gli orientamenti che esso dovrà adottare per rimediare a tali violazioni.

A tal fine, prima di prendere in esame il ricorso alla Corte EDU, si passeranno in rassegna le numerose istanze presentate dalla coppia *Cusan-Fazazzo* alle autorità italiane. Basti

² Corte EDU, sentenza del 7 gennaio 2014 n. 77/07, *Cusan et Fazazzo c. Italie*, divenuta esecutiva il 7 aprile 2014, in <http://www.echr.coe.int>

³ Si v. l'opinione dissidente del giudice Popovic allegata alla sentenza della Corte EDU di cui si tratta (sulla quale si v. ulteriormente, *infra*, par. 7).

⁴ Cfr. sul punto M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome ai figli in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'Affaire Cusan e Fazazzo c. Italia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 222 ss. spec. pp. 244-245; C. PITEA, *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza Cusan e Fazazzo c. Italia e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento interno*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, p. 225 ss., spec. p. 229.

⁵ Per questa critica v. M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome* cit., spec. pp. 229-231, 240 ss.

⁶ Sul punto, invero, la dottrina qui richiamata (M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome ai figli*, cit., p. 229-231) ha osservato che la Corte avrebbe fatto meglio ad adottare una c.d. *arrêt pilot* ai sensi dell'art. 61 del suo Regolamento (anziché, come, poi è accaduto, una c.d. *faux* ou *quasi-arrêts pilot* ex art. 46 del proprio Regolamento) che le avrebbe consentito da un lato, di determinare meglio le riforme necessarie al nostro Paese per colmare «la *défaillance du système juridique italien*» e rimuovere la causa dell'illecito CEDU e, dall'altro, di prevenire l'«*introduction d'autres requêtes analogues*» e accelerare l'*iter* di quelle già presentate.

solo accennare al riguardo che, ai sensi dell'art. 35 della Convenzione, i privati sono legittimati ad agire davanti alla Corte EDU solo nel caso in cui abbiano preventivamente esperito tutti i *local remedies* idonei a dimostrare, in modo inequivocabile e definitivo⁷ il mancato adeguamento dello Stato interessato agli obblighi della Convenzione che si pretendono violati (c.d. principio del previo esaurimento dei rimedi interni). Nel caso di specie si avrà modo di accertare che si tratterà di rimedi tanto di carattere giurisdizionale quanto di natura non giurisdizionale.

2. I ricorsi davanti alle autorità nazionali: dalle Corti territoriali alla Corte di Cassazione

Posto che non sia necessario, in questa sede, rievocare dettagliatamente i diversi passaggi del lungo *iter* processuale seguito dai coniugi *Cusan-Fazazzo* davanti alle nostre autorità nazionali, basti accennare al fatto che nei giudizi davanti alle Corti territoriali (Tribunale di primo grado e Corte d'Appello di Milano) la norma sul patronimico è stata classificata come una norma di natura consuetudinaria che il legislatore nazionale non aveva ritenuto di dover modificare neppure in sede di riforma dell'ordinamento dello Stato civile.

Solo successivamente – a partire dall'ordinanza della Corte di Cassazione del 17 luglio 2004, n. 13298 – si è affermato che la norma che nel nostro Paese consente la perpetuazione del cognome paterno non costituisca una «consuetudine». Secondo la Cassazione, precisamente, «la Corte d'Appello nel ritenere l'esistenza di una consuetudine [...] non ha esaminato la ricorrenza delle condizioni perché un uso siffatto possa assumere quel valore normativo, come fonte del diritto, che ne giustifichi l'applicazione con forza di legge». A parere della Consulta, infatti, la consuetudine «quale strumento di formazione spontanea del diritto, postula una reiterazione e continuità di comportamenti conformi ad una medesima regola da parte della *generalità dei consociati* nella convinzione della loro doverosità» (corsivo aggiunto). Elementi quelli ora indicati che, secondo la medesima Corte, «non sono certamente riscontrabili nella vicenda dell'attribuzione del cognome paterno, *segnata da un'attività vincolata dell'ufficiale dello stato civile*, a fronte della quale *la volontà ed il convincimento dei singoli dichiaranti non trovano alcuno spazio*». D'altro canto, nell'opinione della Corte «una consuetudine nel senso indicato, ove ravvisabile, dovrebbe considerarsi *contra legem* [...], per il suo evidente contrasto con le norme del 1975 [...] e sarebbe quindi suscettibile di *disapplicazione diretta da parte del giudice*» (corsivo aggiunto) e di qualunque altra «autorità giudiziaria che sia chiamata a farne applicazione, non rientrando dette norme tra le leggi o gli atti aventi forza di legge per i quali è devoluto il giudizio di legittimità alla Corte Costituzionale».

A parere della Consulta, pertanto, la *norma* che impone la trasmissione del cognome paterno nel nostro ordinamento non è una consuetudine bensì una «regola dello Stato». Questa è «chiaramente desumibile dal sistema, in quanto presupposta da una serie di

⁷ Secondo la dottrina, per *decisione interna definitiva* (come, ad esempio, una sentenza) deve intendersi non semplicemente una decisione passata in giudicato, bensì una decisione che non possa essere più soggetta a gravame e che, quindi, *esaurisca* le possibilità di ricorrere ulteriormente ai rimedi interni. Sul carattere “definitivo” del comportamento dello Stato ai fini del “previo esaurimento dei ricorsi interni” v. G. COHEN-JONATHAN, J.F. FLAUS e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *De l'effectivité de recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2006; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

disposizioni regolatrici di fattispecie diverse [...] che non ha trovato corpo in una disposizione espressa, ma che è pur presente nel sistema e lo completa, *della cui vigenza e forza imperativa non vi è ragione di dubitare*» (corsivo aggiunto). In virtù di questa norma – che si configura come una «traduzione in regola dello Stato di un'usanza consolidata nel tempo» – «il cognome del figlio legittimo non si trasmette dal padre al figlio, ma si estende ipso iure da quello a questo» (corsivo aggiunto).

A ben guardare, più che il problema dell'inadeguato inquadramento della norma sul patronimico fra le consuetudini, la Corte di Cassazione sembra sollevare indirettamente, quello dell'inadeguatezza della definizione corrente di “consuetudine”⁸, posto che una norma che costituisce un “fatto” per l'ordinamento non può, solo per effetto della sua reiterata applicazione (ancorché ad opera di un pubblico ufficiale), considerarsi “espressione” del suo sistema giuridico delle fonti, perché ciò sarebbe in contrasto con i meccanismi che regolano la produzione giuridica di un ordinamento sovrano e, quindi, con il principio che considera il potere sovrano dello Stato come unica fonte della propria produzione normativa⁹.

In realtà, l'obiettivo di fondo del ragionamento della Corte è quello di «sollevare di ufficio la questione di legittimità costituzionale della norma così individuata [...]». Perciò, dopo avere riscontrato il carattere giuridico del patronimico e, nondimeno, la sua contrarietà ai principi fondamentali del nostro ordinamento, essa dichiara la necessità di devolvere ogni questione sulla sua legittimità alla Corte costituzionale. D'altro canto, la

⁸ La definizione di consuetudine costituzionale, riferita dalla nostra Corte di Cassazione, trova riscontro nella dottrina dominante: a titolo esemplificativo v. (anche con riferimento alla sua distinzione dalla convenzione costituzionale) Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; F. GALLO, *La consuetudine grande sconosciuta*, in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Gallo.pdf>; P. GIOCOLI NACCI (a cura di), *Il rapporto tra Parlamento e Governo nella consuetudine e nella prassi*, Padova, Cedam, 1995; G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, p. 12 ss.; C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I. Premesse generali*, Napoli, Jovene, 1992; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970. In senso critico rispetto all'orientamento dominante G. RIVOSECCHI, *Ritorno al diritto non scritto? A proposito di un contributo allo studio della consuetudine*, in <http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/Rivosecchi3.pdf>, spec. p. 9 nota 46. Secondo l'approccio prevalente, ora ricordato, la “consuetudine costituzionale”, pur rientrando a pieno titolo fra le “fonti del diritto”, trarrebbe fondamento da un'attività ascrivibile alla “generalità dei consociati”. A differenza, pertanto, delle altre fonti di diritto, la consuetudine costituzionale deriva la sua origine da un fatto, anziché da una situazione di diritto e, quindi, non costituisce l'esercizio di una funzione sovrana dello Stato-Istituzione – così come regolata dalle norme sulla produzione delle fonti dell'ordinamento e sui loro rapporti di antinomia – ma è espressione della volontà normativa dello Stato-Comunità. Sotto questo profilo, netta appare la differenza fra la consuetudine interna e la consuetudine internazionale: quest'ultima si qualifica come un'attività dei soggetti primari della comunità internazionale che agiscono sul piano internazionale in veste di enti di governo e, più propriamente, di organizzazioni che esercitano la loro sovranità, all'interno e all'esterno del proprio ordinamento. Sulla consuetudine internazionale v. recentemente E. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: the Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 126 ss.; P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, 30 ottobre 2014, <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1108>; P. FOIS, *Le organizzazioni internazionali e la formazione del diritto internazionale contemporaneo. Il ruolo degli Stati membri*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 241 ss.; Y. GOUET, M. CARDUCCI, *La consuetudine nel diritto costituzionale interno e internazionale*, Lecce, 2007; L. GRADONI, *La Commissione del diritto internazionale riflette sulla rilevanza della consuetudine*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 667 ss.

⁹ In generale, su tale principio e, quindi, sulla fondamentale relazione fra la norma giuridica e il potere normativo dello Stato v. H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. LOSANO, Traduzione di M. Torre, Torino, Einaudi, 1985 e, più recentemente, N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, in *Riv. int. fil.*, 1981, p. 562 (secondo cui «il concetto di produzione giuridica non può fare a meno del concetto di potere. [...] Norma e potere sono due facce della stessa medaglia»).

Cassazione non può ignorare che sul tema della trasmissione del cognome materno esiste un consolidato indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale che nega ai coniugi, categoricamente, di scegliere il cognome da attribuire ai figli e, quindi, impedisce la disapplicazione della norma sul patronimico. Solamente, «ritiene il Collegio che il lungo periodo trascorso dalle richiamate pronunce della Corte costituzionale [...]» e le altre ragioni indicate «richiedano una rinnovata valutazione della conformità della norma denunciata agli artt. 2, 3 e 29 comma 2 Cost.».

La Suprema Corte si concentra, quindi, sui motivi di incompatibilità costituzionale della norma impugnata con le norme di rango costituzionale. Con riferimento, innanzitutto, al contrasto con l'art. 2 Cost. la Corte afferma che il diritto all'identità personale, da esso regolato, rientra «tra i diritti che formano il *patrimonio irretrattabile* della persona riconducibili al catalogo cui l'art. 2 Cost. offre tutela costituzionale» che, in primo luogo, deve essere «*garantito*, nell'ambito di quella formazione sociale primaria che è la famiglia (così Corte Cost. 2002 n. 484; 1988 n. 183), *nella duplice direzione del diritto della madre di trasmettere il proprio cognome al figlio e di quello del figlio di acquisire segni di identificazione rispetto ad entrambi i genitori* e di testimoniare la continuità della sua storia familiare anche con riferimento alla linea materna» (corsivo aggiunto).

Per quanto concerne, poi, il contrasto con l'art. 3 Cost., la Cassazione mette in evidenza che «l'attribuzione automatica e indefettibile ai figli del cognome del marito si risolve in una *discriminazione* ed in una violazione del principio fondamentale di *eguaglianza e di pari dignità*, che nella legge di riforma del diritto di famiglia trova espressione e sostanza sia con riferimento ai rapporti tra i coniugi [...] sia con riguardo alla relazione con i figli [...]» (corsivo aggiunto).

Con riguardo, infine, all'incompatibilità con il principio di *unità della famiglia* enunciato all'art. 29, 2° co. Cost. it., la Corte osserva che «il necessario *bilanciamento* tra l'esigenza di tutela dell'unità familiare, cui è riconosciuta copertura costituzionale, e la piena realizzazione del principio di eguaglianza *non appare correttamente perseguibile attraverso una disposizione così marcatamente discriminatoria*» qual è quella sul cognome paterno, «tenuto anche conto che – come la Corte Costituzionale ha avuto occasione di affermare già nella remota sentenza n. 133 del 1970¹⁰ con riferimento ai rapporti patrimoniali tra i coniugi – *è proprio la diseguaglianza a mettere in pericolo l'unità familiare che al contrario si rafforza nella misura in cui i rapporti tra i coniugi siano governati dalla solidarietà e dalla parità*» (corsivo aggiunto). Con questo, la Corte non esclude affatto che il principio di eguaglianza fra i coniugi possa subire restrizioni per esigenze legate al rispetto dell'unità familiare. Piuttosto, sostiene che «il limite all'eguaglianza dei coniugi a tutela dell'unità della famiglia possa trovare giustificazione costituzionale *solo in presenza di particolari situazioni* che rendano indispensabile una *specifica previsione normativa*» e che, tuttavia, non potrà «essere mai ancorata al *criterio del sesso di appartenenza* del coniuge designato, non tollerando il principio di cui all'art. 3 Cost., né le varie convenzioni internazionali sui diritti umani cui l'Italia ha aderito, discriminazioni basate sul genere» (corsivo aggiunto).

La Corte aggiunge infine che «*l'esplicazione* del fondamentale principio costituzionale di eguaglianza non possa arrestarsi in presenza di inconvenienti pur seri, *peraltro suscettibili di essere agevolmente risolti in via legislativa*» (corsivo aggiunto) come quelli determinati dall'abbandono della regola di “immediata e automatica” applicazione del patronimico.

¹⁰ Il riferimento è, esattamente, alla sentenza del 24 giugno 1970, n. 133.

Un assunto, quello ora accennato (fatto proprio, come vedremo¹¹, anche dalla giurisprudenza della Corte EDU), denso di significati e implicazioni circa il fatto che la rimozione di alcuni parametri normativi (come, il patronimico) possa rivelarsi assai difficile al punto che questi vengano ad assumere una “resistenza” e un “valore” “di fatto” superiori a quelli dei principi fondamentali di cui costituiscono la violazione.

3. Segue: *Il ricorso davanti alla Corte Costituzionale e la problematica attuazione del principio generale di eguaglianza nell'ordinamento italiano*

Sulla scorta dell'ordinanza di rimessione della Cassazione, la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla vicenda dei coniugi *Cusan-Fazzo* con sentenza 16 febbraio 2006, n. 61 con la quale ha dichiarato «inammissibile le questione di legittimità costituzionale» sollevata dalla Cassazione. Essa non ha negato affatto l'incompatibilità del patronimico con il diritto (interno e internazionale) vigente. Al contrario, ha rimarcato che «a distanza di diciotto anni» dalla sua precedente giurisprudenza «l'attuale sistema di attribuzione del cognome» basato sulla regola dell'automatica trasmissione del cognome paterno costituisce il «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'eguaglianza tra uomo e donna» (corsivo aggiunto) e con «il vincolo – al quale i maggiori Stati europei si sono già adeguati – posto dalle fonti convenzionali e, in particolare, dall'art. 16. comma 1, lettera g) della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979 [...] che impegna gli Stati ad assicurare “gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome ...”». Nemmeno, continua la Corte, può dimenticarsi che la norma impugnata contrasta «con una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso nella scelta del cognome [...]».

Tuttavia, secondo la Suprema Corte, l'intervento «che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una *operazione manipolativa* esorbitante dai poteri» che le sono propri. Nonostante, infatti, «l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il *petitum*, limitato alla richiesta di esclusione dell'automatismo della attribuzione al figlio del cognome paterno *nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà*, viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni [...]» (corsivi aggiunti) (punto 2.3) «la scelta tra le quali non può che essere rimessa al legislatore» (punto 2, 3° cpv.).

Per queste ragioni «e tenuto conto del *vuoto di regole* che determinerebbe una caducazione della disciplina denunciata, non è ipotizzabile, come adombrato nella ordinanza di rimessione, *nemmeno* una pronuncia che, accogliendo la questione di costituzionalità, demandi ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia» (corsivo nostro).

Dal ragionamento della Corte sembrerebbe discendere che il “vuoto” normativo derivante dalla censura della norma sul patronimico provocherebbe conseguenze che, nel pensiero della Corte, sono meno tollerabili delle *violazioni* stesse dei principi fondamentali (nella specie quello di eguaglianza e non discriminazione) che essa produce.

¹¹ *Infra*, par. 9.

In definitiva se la Cassazione considera il patronimico, non una consuetudine, ma una norma appartenente al nostro sistema giuridico e perciò ritiene di non poter procedere alla sua “disapplicazione”, la Corte costituzionale, invece, considera il patronimico una norma illegittima, contraria alla nostra Costituzione ma, tuttavia, “incensurabile” e “irremovibile”.

Alla luce di questa sentenza, dunque, la norma sul patronimico assume *di fatto* il valore e il rango di una norma “superiore” dell’ordinamento anche rispetto alle altre sue norme fondamentali; insuscettibile, in quanto tale, di essere disapplicata o rimossa, quantomeno al fine di ripristinare la legalità violata.

Si osservi che il limite ora evidenziato, risulta derivare nella concezione della Corte, più che dalle qualità intrinseche della norma sul patronimico, da quelle del principio di eguaglianza, tali da renderne problematica la sua applicazione pratica. In sostanza, il problema che si prospetta non è tanto l’esistenza della norma illegittima che, senza possibilità di scelta, prescrive la trasmissione del cognome paterno quanto, soprattutto, il carattere generale e indeterminato del principio di eguaglianza che, configurandosi come un ostacolo alla sua diretta e pratica applicazione, rende necessario e inevitabile l’intervento normativo dello Stato (ovvero del «*conditor iuris*»).

Quella ora delineata costituisce un’interpretazione invero assai rigida del principio di eguaglianza da parte della Corte costituzionale (giustificata, peraltro, dall’esigenza della stessa Corte di non invadere campi rientranti nell’altrui competenza istituzionale) ma che non manca, tuttavia, di fornire alcuni spunti – rinforzati anche da un richiamo ai precedenti giurisprudenziali nella materia – utili per orientare il nostro legislatore nella determinazione del regime applicabile alla trasmissione del cognome.

Il Giudice delle leggi nel richiamare, in particolare, l’ordinanza n. 176 del 1988 sostiene che 1) «oggetto del diritto dell’individuo alla identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, *non è la scelta del nome*, ma il *nome per legge attribuito*, come si argomenta dall’art. 22 della Costituzione in relazione all’art. 6 cod. civ.» (Considerato in diritto, punto 2.1, 2° cpv.); inoltre, che 2) con riferimento «all’interesse alla conservazione dell’unità familiare tutelato dall’art. 29», «questo sarebbe *gravemente pregiudicato* se il cognome dei figli nati dal matrimonio *non fosse prestabilito fin dal momento dell’atto costitutivo della famiglia*» (*ibidem*) laddove 3) «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all’evoluzione della coscienza sociale, *sostituire la regola vigente* in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio *con un criterio diverso, più rispettoso dell’autonomia dei coniugi*, il quale concili i due principi sanciti dall’art. 29 della Costituzione» cioè quello dell’eguaglianza fra i coniugi e dell’unità della famiglia «*anziché* avvalersi dell’autorizzazione a limitare l’uno in funzione dell’altro» (*ibidem*).

Tali affermazioni, a ben guardare, sembrano avallare l’idea che il diritto al cognome rappresenti, nel nostro ordinamento, un eminente interesse pubblico che occorra garantire con la legge ma la cui tutela, tuttavia, non è incompatibile con il riconoscimento di uno spazio all’autonomia dei genitori in ordine alla scelta del cognome da trasmettere; per altro verso, che l’interesse statale all’unità familiare risulterebbe compromesso ove l’autonomia dei coniugi fosse illimitata e, pertanto, questa dovrebbe rendersi manifesta al momento della costituzione del vincolo familiare e riconnettersi ad esso; infine, che la predeterminazione del cognome «distintivo dei membri della famiglia» debba basarsi sul giusto temperamento dei principi di eguaglianza dei coniugi e di unità familiare (ex artt. 3 e 29 Cost.), evitando che uno prevalga a scapito dell’altro.

Di tutta evidenza, le parole della Corte gettano lumi sugli spazi di manovra a disposizione del nostro legislatore in vista di definire la disciplina della materia rendendola un sistema organico e integrato con il nostro diritto di famiglia. Su tali affermazioni si avrà modo di ritornare allorché passeremo ad analizzare le proposte di legge al vaglio del nostro Parlamento verificando se queste, fra l’altro, tengono conto delle indicazioni emerse dalla giurisprudenza costituzionale ora esaminata.

4. Segue: *L'accoglimento della domanda al Ministro dell'Interno e la perdurante violazione dei diritti fondamentali da parte dello Stato italiano*

La coppia *Cusan-Faz zo* non si   limitata a percorrere le vie giurisdizionali per avanzare le proprie richieste ma, in piena sintonia con il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni (come ricordato *supra*, parr. 1 e 2), ha seguito anche quelle non giurisdizionali.

Successivamente alla sentenza del 16 luglio 2006 della Corte di Cassazione – che ha rigettato la domanda presentata dai coniugi *Cusan-Faz zo* sulla base della decisione della Corte Costituzionale – il 31 maggio 2011 infatti, la coppia di coniugi avanzava richiesta presso il Ministero dell'Interno ai sensi dell'art. 84¹², D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 per ottenere l'autorizzazione a completare il cognome dei loro figli legittimi con l'aggiunta del cognome materno a quello paterno, gi  attribuito alla nascita. Nemmeno questo rimedio per  ha soddisfatto l'esigenza della coppia di interrompere l'automatismo del cognome paterno per trasmettere ai figli il solo cognome materno.

Il Prefetto, infatti, con decreto 14 dicembre 2012 si   limitato ad autorizzare l'*aggiunta* del cognome materno a quello paterno in ossequio al citato art. 84, senza perci  eliminare gli effetti discriminatori della regola del patronimico che consentono l'automatica trasmissione del cognome paterno ma non permettono la trasmissione del *solo* cognome materno, nemmeno laddove questo corrisponda alla reale volont  dei coniugi richiedenti. In tal modo lo Stato italiano, non solo ha consentito in termini di "aggiunta" la trasmissione del cognome materno, ma ha limitato la realizzazione di questa possibilit  *solo* in un'epoca successiva alla nascita del figlio, per di pi  subordinandola alla presentazione di un'apposita richiesta contenente l'esposizione di "validi motivi" indispensabili per accoglimento della stessa. *Ad abundantiam*, il nostro Stato ha negato valore ad uno strumento, l'accordo coniugale, che invece costituisce uno dei capisaldi del nostro diritto di famiglia.

In tal modo, l'attivit  prefettizia ha contribuito a rendere "definitiva"¹³ ai sensi dell'art. 35 CEDU 1  co. la condotta illecita dello Stato italiano, consentendo altres  di evidenziare il problema (cruciale nella causa in esame) relativo all'incongruenza delle risposte date dalle autorit  italiane rispetto al quesito posto dai coniugi ricorrenti. Un problema questo che era gi  emerso in sede d'esame della sentenza n. 61 del 2006 della Corte costituzionale¹⁴ ma che, nel ragionamento della stessa Corte costituzionale,   apparso oscurato dal difetto di diretta (o immediata o automatica) applicazione del principio di eguaglianza che ha reso impossibile la soluzione del detto quesito per via giurisdizionale e imposto l'intervento normativo dello Stato.

In realt , si avr  modo di accertare che il principio di eguaglianza, seppur costituisca una norma dai contorni sfumati e indefiniti, da un lato, introduce un *valore fondamentale* suscettibile di immediata applicazione nel nostro ordinamento che *trova un limite unicamente*

¹² Articolo successivamente abrogato dal D.P.R. 13 marzo 2012, n. 54 "Regolamento recante modifica delle disposizioni in materia di stato civile relativamente alla disciplina del nome e del cognome prevista dal titolo X del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. (12G0076)" (G.U.R.I., n. 108 del 10 maggio 2012).

¹³ Al riguardo v. *supra*, nota 7.

¹⁴ V. *supra*, par. 3. Per ulteriori approfondimenti v. *infra*, par. 5.

nell'esistenza di interessi (altrettanto) meritevoli di tutela nel nostro ordinamento (e, quindi, nelle norme che li concretizzano); e, dall'altro, costituisce un parametro di legalità al quale sono tenute ad uniformarsi tutte le altre norme dell'ordinamento. E' peraltro in forza di questo principio che si è giunti alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di varie norme del diritto statale, anche in materia di parità di genere¹⁵, senza, peraltro, che a ciò fosse d'ostacolo, il «vuoto di regole» (accusato nella sentenza costituzionale n. 61/2006) che, inevitabilmente, una siffatta decisione comporta, né la possibilità che questo fosse suscettibile di ledere la discrezionalità del legislatore nella materia.

Sarà pertanto necessario soffermarsi sui caratteri e il contenuto che questo principio assume, non solo nel nostro diritto interno ma anche in quello CEDU, nonché sui rapporti che esso stabilisce con gli altri principi giuridici che assumono rilevanza nel settore di cui si tratta.

Prima, tuttavia, di svolgere questo tipo di analisi, conviene completare il quadro dei ricorsi promossi dalla coppia *Cusan-Fazzo* con l'esame della sentenza della Corte EDU affinché se ne possano apprezzare i contenuti, anche nei termini di un confronto con quelli prodotti dai ricorsi davanti alle istituzioni italiane.

5. Il ricorso alla Corte EDU e i motivi della sua ricevibilità: la rilevata incongruenza fra il petitum dei ricorrenti e la risposta degli organi nazionali

È opportuno premettere che la Corte EDU è un giudice (e, precisamente, un arbitro¹⁶) investito dagli Stati contraenti della risoluzione delle controversie suscettibili di sorgere fra gli stessi in merito all'interpretazione e all'applicazione della relativa Convenzione (art. 32), anche in vista di sanzionarne le sue violazioni. Nella prima fase della procedura davanti a sé, tuttavia, la Corte EDU non è ancora chiamata ad esercitare questa sua competenza e, quindi, a procedere all'accertamento di un eventuale inadempimento della CEDU. Trattandosi, infatti, di un organo comune¹⁷, abilitato a ricevere ricorsi sia da soggetti internazionali (nella specie, gli Stati parti della CEDU), sia da privati (persone fisiche e giuridiche) la Corte EDU, in questa fase procedurale appare chiamata a verificare i *motivi di ricevibilità del ricorso* e, quindi, ad accertare la legittimazione ad agire davanti ad essa dei ricorrenti, nel caso concreto, soggetti privati.

Fra i requisiti del ricorso che, a questo scopo, la Corte procede ad accertare figurano, innanzitutto, quelli previsti all'art. 34 CEDU che subordina la presentazione del ricorso da

¹⁵ V. le sentenze del 9 aprile 1975, n. 87 e del 28 gennaio 1983, n. 30 sulla trasmissione della cittadinanza anche da parte della madre. La citata giurisprudenza costituzionale è stata recepita dalla normativa italiana in vigore nella materia (L. 91/92, recante "Nuove norme sulla cittadinanza") che attualmente consente l'acquisto della cittadinanza italiana anche da parte dei figli di madre italiana purché nati a partire dal 1° gennaio 1948, in ossequio al principio secondo cui le decisioni di accoglimento delle eccezioni di legittimità costituzionale hanno efficacia retroattiva a far data dalla entrata in vigore della Costituzione italiana.

¹⁶ Sull'arbitrato internazionale si v. U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, in *Digesto disc. pubblicistiche*, I, 1987, p. 338 ss; J.-M. VULLIEMIN, *Jugement et sentence arbitrale*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1990; Société Française pour le Droit International, *La Juridictionnalisation du Droit International*, Colloque de Lille, Paris:Éditions Pedone, 2003.

¹⁷ Sul concetto di organo comune, qui preso a riferimento, v. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, pp. 421-422; G. CARELLA, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, Napoli, 1965, p. 165; M. CASTELLANETA, *La cooperazione tra Stati e i tribunali penali internazionali*, Bari, 2002, p. 358.

parte dei privati alla circostanza che essi agiscano in qualità di «vittima» in conseguenza di «una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli». In altre parole, il privato deve essere direttamente leso («vittima», appunto) dall'inosservanza degli obblighi CEDU da parte del proprio Stato. L'art. 34 disciplina, dunque, il nesso causale fra la posizione «di fatto» del ricorrente e il comportamento illecito dello Stato dando ad esso «giuridica rilevanza»¹⁸ con la conseguenza di attribuire al privato uno *status* giuridico internazionale (nella specie una legittimazione ad agire) che, in linea di principio, non avrebbe. L'esercizio di un siffatto «diritto individuale» costituisce, quindi, l'oggetto di uno specifico obbligo pattizio, stabilito dal citato art. 34, che gli Stati contraenti si sono impegnati non solo a riconoscere ma, altresì, «a non ostacolare con alcuna misura» ai sensi del medesimo art. 34.

Sotto il profilo in esame viene altresì in rilievo l'art. 35 CEDU. Oltre a prevedere – come si è già avuto modo di chiarire¹⁹ – il principio del «previo esaurimento dei ricorsi interni» e la data di scadenza della presentazione del ricorso individuale, l'art. 35 CEDU al 2° co. lett. b) subordina l'ammissibilità di quest'ultimo ad ulteriori condizioni e requisiti fra le quali, innanzitutto, il necessario carattere di *novità* del ricorso: questo, in realtà, non deve avere precedenti nella giurisprudenza della Corte e, pertanto, non deve essere sostanzialmente identico ad un caso di violazione degli obblighi CEDU già sottoposto alla sua competenza («salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno»).

L'art. 35, ulteriormente, al 3° co. lett. b) chiede che il ricorrente abbia subito «un pregiudizio importante». Ai sensi di questo articolo, quindi, non basta che le parti si siano rivolte a tutte le istituzioni nazionali competenti senza ottenere il soddisfacimento delle proprie richieste e che, quindi, possano considerarsi «vittime» del comportamento anti-giuridico dello Stato, ma occorre altresì che quest'ultimo abbia causato ad esse un «*pregiudizio importante*», eventualmente anche finanziario. Si tratta cioè della previsione del danno individuale e diretto derivante dall'inadempimento statale, cui la CEDU, all'art. 35, 3° co., lett. b), subordina la ricevibilità del ricorso individuale.

Nell'esaminare il ricorso *Cusan-Fazžo*, la Corte EDU ritiene che tutti i (tre) requisiti sopra indicati siano soddisfatti e, pertanto, ne dichiara la ricevibilità. Nella circostanza, essa respinge tre ordini di eccezione avanzati dal Governo italiano: ciò che le consente di inquadrare meglio il ricorso e, quindi, di mettere in evidenza l'accennata incongruenza fra il *petitum* proposto dai ricorrenti e i rimedi offerti dalle autorità italiane per soddisfarlo.

In quest'ottica, la Corte respinge la prima eccezione del Governo italiano secondo cui il ricorso non è ricevibile perché i ricorrenti hanno ottenuto soddisfazione delle loro richieste da parte dello Stato e, pertanto, non rivestono la qualità di «vittime» ai sensi dell'art. 34 CEDU: secondo il Governo, infatti, lo Stato italiano ha posto rimedio ad una situazione di potenziale inadempimento del proprio ordinamento rispetto alla Convenzione autorizzando i richiedenti «*par le préfet de Milan, à ajouter, pour tous leurs enfants mineurs, le nom de famille de la mère (Cusan) au nom de famille du père (Fazžo)*» (§ 29). La Corte obietta, al riguardo, che le parti non abbiano perso la qualità di «vittime», osservando che «*une décision ou une*

¹⁸ Sul concetto di «rilevanza giuridica» e sulla sua distinzione da quello di «efficacia giuridica» sia consentito rinviare al nostro *Il diritto internazionale privato italiano nei rapporti con il diritto internazionale, europeo e straniero*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. pp. 32-38.

¹⁹ *Supra*, parr. 1 e 2.

mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de "victime"» a meno che «des autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention» (§ 31). Nel caso di specie, tuttavia, le autorità italiane «se sont bornées à autoriser, environ treize ans plus tard, un changement de nom en se fondant sur l'article 84 du décret présidentiel n. 396 de 2000» (§ 32) (enfasi aggiunta) il quale non ha, però, soddisfatto la richiesta dei ricorrenti poiché essa «n'a pas consisté en l'attribution du seul nom de famille de la mère, comme les requérants le souhaitaient [...], mais en un simple ajout du nom de la mère à celui du père» (§ 32) (enfasi aggiunta). La Corte, nel precisare con esattezza la varietà e la portata dell'attività illecita dello Stato italiano rispetto agli obblighi CEDU, riesce dunque a mettere bene in evidenza la *mancata corrispondenza* fra la richiesta dei ricorrenti con i rimedi offerti dalle autorità italiane per la sua soddisfazione.

In secondo luogo, la Corte respinge l'eccezione del Governo italiano secondo cui «les requérants n'ont subi aucun préjudice important au sens de l'article 35 § 3 b)» (§ 34) della Convenzione avvalorando, per contro, le ragioni sostenute sul punto dai ricorrenti. Questi ultimi, sebbene confermino di non avere «subi aucune préjudice important au sens de l'article 35 § 3 b)» della Convenzione, nondimeno affermano «avoir subi une atteinte à l'un de leurs droits fondamentaux, à savoir le droit au nom, qui relève de la notion de "vie privée" au sens de l'article 8 de la Convention, et une discrimination basée sur le sexe». La Corte accoglie, quindi, anche quest'ultima controdeduzione osservando al riguardo che, benché il ricorso «ne semble pas comporter d'enjeu financier», tuttavia «l'importance subjective de la question paraît évidente pour les requérants» (enfasi aggiunta) dato che essa appare diretta a contrastare la «décision» statale «refusant d'attribuer a Maddalena le nom de famille de sa mère» (§ 37) e che la medesima sia stata promossa senza successo «jusqu'au bout» con ogni mezzo difensivo, prima di approdare davanti alla Corte EDU (*ibidem*).

Infine, la Corte ritiene che il ricorso «soulève des questions de caractère générale non encore résolues par la Cour et susceptibles d'intéresser toute personne se trouvant dans une situation comparable à la leur» (par. 35, 2° co. lett. b) (enfasi aggiunta). In questo senso, la Corte osserva che il ricorso in oggetto costituisce «la première affaire de ce type que la Cour est appelée à examiner en ce qui concerne l'Italie et une décision de la Cour sur cette question de principe guiderait les juridictions nationales»²⁰ (§ 39) (enfasi aggiunta) conformemente a quanto richiesto dall'art. 35, 2° co. lett. b). Anche il requisito relativo alla "novità" della richiesta presentata, secondo la Corte, appare dunque soddisfatto. E' per altro verso in questo contesto, di riconoscimento del carattere di "novità" del ricorso, che la Corte EDU ha modo di ribadire l'incongruenza fra il *petitum* proposto dai ricorrenti e le risposte ad esso fornite dalle Istituzioni italiane, posto che le parti chiedono, non tanto il riconoscimento della trasmissione di entrambi i cognomi – così come riconosciuto dallo Stato italiano – bensì, *del solo cognome materno*.

La Corte, in definitiva, nella fase procedurale in esame non solo ha dichiarato ammissibile e istruito la causa, ma ha altresì introdotto qualche primo spunto indicativo delle violazioni della CEDU commesse dal nostro Stato e delle attività necessarie per eliminarle.

Queste prime indicazioni saranno successivamente completate dalla stessa Corte EDU con il dispositivo della sentenza che condanna l'Italia per inadempimento e che sarà oggetto di trattazione nelle pagine che seguono.

²⁰ Sul principio del *ne bis in idem* nella CEDU v. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, 2002, p. 157 ss.

6. Segue: *La sentenza n. 77/07 di condanna dello Stato italiano per accertata violazione del principio CEDU di non discriminazione (anziché di quello di eguaglianza)*

Una volta esaminate le ragioni che hanno indotto la Corte EDU a ritenere il ricorso *Fazžò-Cusan* ricevibile e ad ammettere che ricorressero i presupposti necessari per avviare una procedura di inadempimento internazionale a carico dello Stato italiano, occorre ora considerare le ragioni che hanno portato la Corte a pronunciarsi per una condanna del nostro Stato per violazione dei propri obblighi convenzionali CEDU e, specificamente, del principio di non discriminazione *ex art. 14 CEDU*²¹ da solo e in combinato con l'art. 8 CEDU²², ma non anche (come, invece, chiesto dai ricorrenti) del principio di eguaglianza fra i coniugi *ex art. 5 del Protocollo 7*²³ da solo o in combinato con l'art. 14 CEDU.

Ai fini sopra richiamati, la Corte prende in esame, innanzitutto, l'art. 14 CEDU sul "Divieto di discriminazione" che si pretende violato dall'Italia. Al riguardo, essa osserva che essendo l'art. 14 una norma che «*complète les autres clauses normatives de la Convention et des ses Protocoles*», essa «*n'a pas d'existence indépendante*»²⁴, bensì «*il vaut uniquement pour la "jouissance des droits et libertés" qu'elle garantissent*» (§ 54). La detta norma, pertanto, a parere della Corte, «*il ne saurait à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses*» (*ibidem*) (enfasi aggiunta). Ad integrazione dell'art. 14 il giudice europeo, quindi, richiama l'art. 8 CEDU sul "Diritto al rispetto della vita privata e familiare". Seppure quest'ultima norma, «*ne contient pas de disposition explicite en matière de nom*», tuttavia, secondo la Corte può ritenersi che il precetto dell'art. 8 in esame sia esteso anche alla protezione del «*nom d'une personne*» nell'ambito della «*vie privée et familiale de celle-ci*» (§ 55). Secondo la Corte, dunque, «*l'objet de la requête entre donc dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention*» e «*l'article 14 trouve dès lors à s'appliquer*» (§ 57).

In relazione, poi ai profili sostanziali dell'art. 14, la Corte osserva che con il concetto di «discrimination» in esso enunciato «*s'entend du fait de traiter de manière différente, sans*

²¹ Art. 14 CEDU «*Divieto di discriminazione*. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

²² Art. 8 CEDU «*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

²³ Art. 5 Protocollo 7 CEDU «*Eguaglianza fra i coniugi*. I coniugi godranno dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civilistico tra loro, nelle loro relazioni con i loro figli, in caso di matrimonio, durante il matrimonio e dopo la fine del matrimonio stesso. Questo articolo non impedirà allo Stato di adottare le misure necessarie per la tutela degli interessi dei figli».

²⁴ Il passaggio riportato nel testo – che denota il carattere di "dipendenza" dell'art. 14 dalle altre norme CEDU – appare in contrasto con quello, immediatamente successivo, nel quale la Corte precisa che «*Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, Van Raalte c. Pays-Bas, 21 février 1997, § 33, Recueil 1997-I; Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, § 22, Recueil 1998-II; et Zarb Adami c. Malte, no 17209/02, § 42, CEDH 2006-VIII)*» (§ 54). In realtà, tale contraddizione si spiega col fatto che l'art. 14 – seppure dotato di un precetto obbligatorio, distinto e proprio – ha carattere strumentale e, in quanto tale, è destinato ad essere completato a mezzo di norme ulteriori (c.d. di attuazione) ai fini della sua piena efficacia (per questi aspetti v. ulteriormente *infra*, par. 8).

justification objective et raisonnable, *des personnes se trouvant en la matière dans des situations comparables*» (*Willis c. Royaume-Uni*, no 36042/97, § 48, CEDH 2002-IV) (§ 58) (enfasi aggiunta). Ciò non significa che «*toute différence de traitement*» costituisca «*automatiquement violation de cet article*» (*ibidem*) e sia, pertanto, illegittima; al contrario, la circostanza secondo cui «*des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel, et que cette différence est discriminatoire*» (*Ünal Tekeli*, précité, § 49, et *Losonci Rose et Rose*, précité, § 71) (§ 58) deve essere accertata caso per caso. Precisamente, secondo la Corte «*une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable*»; tuttavia, non basta, continua la stessa Corte, che la differenza di trattamento persegua «*un but légitime*» posto che «*l'article 14 est également violé s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" [...]*» (§ 59). In definitiva, secondo la Corte, «*l'article 14 n'empêche pas une différence de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention (voir, parmi d'autres, G.M.B. et K.M. c. Suisse (déc.), no 36797/97, 27 septembre 2001, et Zarb Adami, précité, § 73)*» (§ 60).

La Corte, dunque, lascia intendere da un lato, che l'art. 14 non sia una norma né autonoma, né autosufficiente, bensì abbia un valore complementare rispetto ad altre norme CEDU e diventa pertanto applicabile, solo in combinazione con una di queste; dall'altro, che esso non abbia carattere assoluto, nel senso che *non vieta qualsiasi forma di discriminazione*, bensì solo quei trattamenti differenziali «*dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable*» (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 82, série A no 94) (§ 60) e, pertanto, non siano né oggettivi, né ragionevoli e proporzionati al fine da raggiungere.

Sul punto la stessa Corte riconosce che «*les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement juridique*» (*Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 42, Recueil 1996-IV) (§ 61) (enfasi aggiunta); tuttavia, essa afferma che «*la décision finale quant à l'observation des exigences posées par la Convention appartient à la Cour*» (§ 61). Essendo, infatti, la CEDU «*avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme*» è alla Corte che spetta il compito di «*tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible d'apparaître quant aux normes à atteindre*» (*Ünal Tekeli*, précité, § 54; *Zarb Adami*, précité, § 74; et *Losonci Rose et Rose*, précité, § 74) (§ 61)²⁵. In altre parole, la libertà internazionale degli Stati non è

²⁵ Su questa linea, oltre alla giurisprudenza richiamata nella sentenza in esame, si v. altresì l'Arrêt *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n. 46295/99, § 68, CEDH 2002-IV secondo cui «68. Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre (voir, parmi d'autres, les arrêts *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, série A no 184, p. 14, § 35, et *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], no 27238/95, § 70, CEDH 2001-I). Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les droits pratiques et effectifs, et non théoriques et illusoire. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration». 69. Des considérations similaires s'appliquent à l'évolution de la situation et au consensus qui se dégage dans l'ordre juridique interne de l'Etat contractant mis en cause. Si aucune distinction importante ne peut être établie au niveau des faits entre la présente espèce et l'affaire *Wynne*, la Cour, eu égard aux changements importants qui se dessinent dans l'ordre national, se propose de réévaluer, "à la lumière des conditions d'aujourd'hui", quelles sont l'interprétation et l'application de la Convention qui s'imposent à l'heure

illimitata”, al contrario trova un limite negli obblighi CEDU così come accertati e interpretati dalla Corte di cui si tratta nell’esercizio della sua competenza.

Quanto alle ragioni che attestano l’effettiva violazione dell’art. 14 in combinato all’art. 8 da parte dello Stato italiano, secondo la Corte la legislazione italiana, nell’ammettere la regola «*selon laquelle les “enfants légitimes” se voient attribuer à la naissance le nom du père*» (§ 62) viola il principio di non discriminazione stabilito nella CEDU, in quanto la medesima legislazione «*ne prévoit aucune exception à cette règle*» in favore della donna (enfasi aggiunta) (§ 62). È vero, aggiunge la Corte, che «*le préfet de Milan a autorisé les requérants à compléter le nom de Maddalena par l’ajout d’un autre nom (celui de sa mère – paragraphe 22 ci-dessus)*» tuttavia «*il faut distinguer la détermination du nom à la naissance de la possibilité de changer de nom au cours de la vie*» (enfasi aggiunta) (*ibidem*)²⁶.

A causa del descritto comportamento dello Stato italiano, secondo la Corte, «*des personnes se trouvant dans des situations similaires, à savoir l’un et l’autre des requérants, respectivement père et mère de l’enfant, ont été traitées de manière différente. En effet, à la différence du père, la mère n’a pas pu obtenir l’attribution de son nom de famille au nouveau-né, et ce en dépit de l’accord de son époux*» (enfasi aggiunta) (§ 63). «*Seules des considérations très fortes*» – che, tuttavia, non ricorrono nel caso di specie – «*peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe* (Willis, précité, § 39 ; Schuler-Zraggen c. Suisse, 24 juin 1993, § 67, série A n. 263; et Losonci Rose et Rose, précité, § 80)» (§ 64).

La Corte EDU conclude, pertanto, che lo Stato italiano, nell’imporre «*que le nom attribué soit, sans exception, celui du père, nonobstant toute volonté différente commune aux époux*» (§ 67), ha operato una discriminazione basata sul sesso, in quanto tale contrastante con gli obblighi CEDU (§ 68).

L’illegittimità riscontrata dalla Corte, tuttavia, non è riferita “alla regola sul patronimico nella sua interezza bensì limitatamente ai suoi effetti discriminatori. La Corte osserva, in tal senso, che «*la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux “enfants légitimes” peut s’avérer nécessaire en pratique et n’est pas forcément en contradiction avec la Convention* (voir, mutatis mutandis, Losonci Rose et Rose, précité, § 49)», ma che è tuttavia «*l’impossibilité d’y déroger lors de l’inscription des nouveau-nés dans les registres d’état civil*» ad essere «*excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes*» (§ 67) (enfasi aggiunta) e, dunque, a violare la CEDU. La norma sulla trasmissione del cognome paterno potrebbe, dunque, ritenersi legittima ove prevedesse un’eccezione tale da consentire anche alla madre la possibilità di trasmettere al figlio in esclusiva il proprio cognome.

E’ a questo punto che la Corte dichiara che «*En égard à la conclusion à laquelle elle est parvenue sous l’angle de l’article 14 combiné avec l’article 8 de la Convention, la Cour ne juge pas nécessaire de rechercher s’il y a eu aussi violation de l’article 14 combiné avec l’article 5 du Protocole no 7, ou de cette dernière disposition prise isolément*» (enfasi aggiunta) (§ 73). Potrebbe sembrare, a prima vista, che la Corte, con questa dichiarazione, abbia voluto lasciar intendere che la causa in esame sia sottratta alla sfera di influenza del principio di eguaglianza. Ad un attento esame, però, ciò non è corretto e per ben due ordini di motivi: non solo la causa in oggetto rientra, astrattamente, a pieno titolo nel campo di disciplina di tale principio ma, inoltre, questo è quanto concretamente detto dalla stessa Corte EDU nelle sue argomentazioni.

actuelle (voir l’arrêt Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978, série A no 26, pp. 15-16, § 31, et les arrêts ultérieurs). Nella sentenza Tyrer c. Royaume-Uni, da ultimo richiamata, la Corte ha cura di ricordare che «*31. la Convention est un instrument vivant à interpréter – la Commission l’a relevé à juste titre – à la lumière des conditions de vie actuelles*».

²⁶ Sull’argomento v. *amplius* quanto detto *supra*, par. 5.

Quest'ultima, infatti, da un lato, ha ritenuto che la mancata osservanza dell'«*égalité entre les époux*», da parte della legislazione italiana, «*en matière de détermination du nom des enfants légitimes*» lamentata dai coniugi ricorrenti (in contrasto l'art. 5 del Protocollo n. 7 «*seul ou lu en conjonction avec l'article 14 de la Convention*»), «est lié a celui examiné ci-dessus et doit donc aussi être déclaré recevable» (§ 72) (enfasi aggiunta). Dall'altro, ha ritenuto di non dover procedere all'esame della causa al prisma dell'art. 5 sul principio di eguaglianza, non perché questo fosse “inconferente” o “non attinente”, bensì perché non «nécessaire» in virtù della «conclusion à laquelle elle est parvenue sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention» (§ 73). In altre parole, l'esame della causa alla luce di queste due ultime norme è apparso di per sé sufficiente ed esaustivo per dare fondamento alla pronuncia di condanna dell'Italia, rendendo superflua la ricerca di un ulteriore fondamento di questa in base al principio di eguaglianza.

Per altro verso, il ricorso al principio di non discriminazione anziché al principio di eguaglianza, si giustifica con l'obbligo a carico della Corte di non pronunciarsi su questioni che sono state già oggetto del suo giudizio e che, effettivamente, sono state affrontate – come si dirà fra poco – nell'ambito dei suoi precedenti giurisprudenziali, puntualmente richiamati nella causa in esame.

Quest'ultimo aspetto consente di passare al secondo ordine di motivi segnalato, dato dal fatto che nell'inquadrare il caso di specie alla luce dell'art. 14, la Corte lo ricollega espressamente alla sua precedente giurisprudenza sul principio di eguaglianza²⁷, chiarendone il significato e la *ratio* anche in relazione al caso di specie. In tal senso essa afferma che: «*Dans toutes ces affaires, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. Elle a notamment rappelé l'importance d'une progression vers l'égalité des sexes et de l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille*» (enfasi aggiunta) (§ 66). E', quindi, sul presupposto della giurisprudenza così richiamata che la Corte conclude di non poter «*que parvenir à des conclusions analogues dans la présente affaire, où la détermination du nom de famille des «enfants légitimes» s'est faite uniquement sur la base d'une discrimination fondée sur le sexe des parents*» (§ 67).

Per tutte le ragioni fin qui evidenziate, la Corte EDU – a differenza delle Corti interne – pronuncia la sua condanna sul principio di non discriminazione anziché su quello di eguaglianza.

Si osservi, però, che nella visione della Corte di Strasburgo l'applicazione del principio di eguaglianza alla causa *de quo* non soltanto non è esclusa ma è collegata a filo doppio a quella del principio di non discriminazione, secondo quanto accade, generalmente, negli ordinamenti statali. E ciò indipendentemente dal fatto che la portata di questi due principi non coincida con quella dei loro omologhi vigenti negli Stati membri e che (come ricordato nel corso del presente paragrafo) il loro accertamento e interpretazione rientrino esclusivamente nella competenza della Corte EDU.

²⁷ In particolare, nella sentenza *Ünal Tekeli c. Turquie* del 16 novembre 2004, (Requête no 29865/96), la Corte «*vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe. Deux rappels en premier lieu que la progression textes du Comité des Ministres, la Résolution (78) 37 du 27 septembre 1978 sur l'égalité des époux en droit civil, ainsi que la Recommandation R (85) 2 du 5 février 1985 relative à la protection juridique contre la discrimination fondée sur le sexe, en sont des principaux exemples. Ces textes appellent les Etats membres notamment à éliminer toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille. Cet objectif a été également énoncé lors de travaux de l'Assemblée parlementaire (paragraphe 19-22 ci-dessus) et le Comité européen de la coopération juridique (paragraphe 23-27 ci-dessus)*» (§ 59). Secondo la Corte, inoltre, «*A l'échelle internationale, les développements au sein des Nations unies quant à l'égalité des sexes se dirigent dans ce domaine spécifique vers la reconnaissance du droit pour chaque conjoint de conserver l'usage de son nom de famille original ou de participer sur un pied d'égalité au choix d'un nouveau nom de famille (paragraphe 23-27 ci-dessus)*»; «*Par ailleurs*» continua la Corte «*la Cour constate qu'un consensus se dessine au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe quant au choix du nom de famille des époux sur un pied d'égalité*» (§§ 60-61).

Le osservazioni fin qui svolte mettono ben in evidenza il complesso significato e le peculiarità del principio di eguaglianza anche in rapporto al principio di non discriminazione. Conviene pertanto soffermarsi su questi aspetti, posto che il loro approfondimento, come vedremo a breve, si rivelerà particolarmente utile in sede di valutazione delle prospettive di esecuzione della sentenza della Corte EDU nel nostro ordinamento e le modalità normative con cui ciò dovrà concretamente avvenire.

7. Il principio di eguaglianza e i suoi rapporti con il principio di non discriminazione nel diritto vigente alla luce del caso in esame: la questione del carattere "inderogabile" dei principi fondamentali

Come si è visto al paragrafo precedente, la Corte EDU nel condannare per inadempimento lo Stato italiano ha fatto leva sul principio di non discriminazione, anziché o non anche su quello di eguaglianza, dando adito all'idea che quest'ultimo non rientri fra le clausole convenzionali violate dall'Italia e, quindi, che la causa *de quo* prescinda del tutto dal suo campo di applicazione²⁸. Su questa scorta, essa ha altresì riconosciuto una certa legittimità alla norma italiana sul patronimico ventilando l'ipotesi che l'attuale formulazione del principio di non discriminazione renda ammissibile l'esistenza di misure discriminatorie del tipo di quella impugnata. E ciò a differenza delle Corti interne (*in primis*, della nostra Corte Costituzionale), le quali, viceversa, pur non arrivando a disapplicare o censurare la norma sul patronimico (e, quindi, ad accogliere il ricorso) ne hanno nondimeno dichiarato la contrarietà al nostro principio di eguaglianza laddove questo vieta di "discriminare la donna rispetto all'uomo" in termini generali e, quindi, anche in materia di trasmissione del cognome ai figli. Anche, il Prefetto di Milano, come si è detto (*supra*, par. 5), in sede di revisione degli atti anagrafici è sembrato porsi in un'ottica ricognitiva della parità fra i coniugi laddove ha riconosciuto alla madre il diritto di "aggiungere" il proprio cognome a quello paterno e non ha ritenuto, invece, di doverle attribuire un diritto, analogo a quello del padre, di trasmettere in via esclusiva il proprio cognome. In definitiva, se le autorità italiane si sono pronunciate seguendo una logica paritaria (che non ammette discriminazioni) e, su queste basi, hanno considerato illegittima la norma sul patronimico senza, tuttavia, arrivare a censurarla (e quindi ad accogliere il ricorso); viceversa la Corte EDU ha mostrato di orientarsi verso soluzioni non discriminatorie (e meno espressamente egualitarie) che, accogliendo il ricorso, hanno lasciato spazio e legittimità ad un diritto differenziato suscettibile di riconoscere un certo valore e una sua validità anche alla norma discriminatoria impugnata, che impone il patronimico.

Una situazione paradossale, quella ora descritta, che non ha mancato di manifestarsi come tale nemmeno in seno alla Corte EDU, portando uno dei suoi membri – il giudice Popovic – a dissentire dal resto del collegio giudicante osservando che la norma da esso raccomandata, che imporrebbe la trasmissione del cognome materno a scapito di quello paterno, verrebbe a configurarsi come non meno discriminatoria (e, dunque, illegittima) di quella impugnata. Secondo il giudice Popovic, precisamente: «*si le nom de famille du père avait été remplacé par celui de la mère [...] il y aurait eu entre les requérants une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention*» (§§ 51-52). D'altro canto, conclude il giudice Popovic, se la logica discriminatoria che rende ammissibile la trasmissione esclusiva di un solo cognome

²⁸ Sotto gli aspetti in esame cfr. la critica alla Corte EDU svolta da M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome*, cit., p. 229.

(paterno o materno che sia) fosse corretta, e quindi compatibile col diritto vigente, allora l'ordinamento della Spagna dovrebbe considerarsi non conforme alla CEDU, posto che prevede la trasmissione dei cognomi di ambedue i genitori senza la possibilità che l'uno possa prevalere sull'altro, nemmeno in caso di accordo fra i diretti interessati. *Ergo*, la norma raccomandata dalla Corte EDU nella sentenza in esame sarebbe in contrasto con i principi CEDU.

In realtà, la posizione del giudice Popovic – che ricalca quella del nostro Governo, per la quale v. *supra*, par. 5 – non risulta trovare un fondamento alla luce né del caso in esame né, più in generale, della prassi applicativa del principio di eguaglianza e dei suoi rapporti con il principio di non discriminazione.

Innanzitutto, si è visto (*supra*, par. 6), che la stessa Corte di Strasburgo nella sentenza in esame attribuisce valore *fondamentale* al principio di eguaglianza ritenendo «non necessario» esaminare la causa sotto il profilo della sua compatibilità con tale principio (e, quindi, con l'art. 5 Protocollo 7) e ciò non tanto perché irrilevante e non inerente alla causa *de quo* quanto, invece, perché «*pas nécessaire*» ovvero superfluo poiché assorbito, nel suo ragionamento, dall'esame «*ci-dessus*» dell'art. 14 CEDU sul principio di non discriminazione. Quasi ad indicare che quest'ultimo, pur costituendo un principio avente «*portée autonome*» sia, tuttavia, strettamente collegato al principio di eguaglianza.

La Corte però dimostra di volere andare anche oltre questo assunto fondamentale, raccordandosi in tal senso al dibattito che ha caratterizzato sul piano nazionale il significato e il contenuto del principio di eguaglianza. In effetti, nel suo ragionamento il principio di non discriminazione, oltre che concorrere alla definizione del principio di eguaglianza, attribuisce ad esso dei limiti. Più esattamente, il principio di non discriminazione garantisce che il “trattamento eguale”, prescritto dal principio di eguaglianza, si attui specificamente in relazione alle situazioni ed alle categorie di soggetti in esso indicate (e che, sul piano statale, risultano essere più vulnerabili perché storicamente oggetto di trattamenti oppressivi, persecutori ovvero deteriori rispetto a quelli – privilegiati – attribuiti ad altri soggetti).

Si dice²⁹, in proposito, con riferimento al nostro ordinamento che il principio di eguaglianza risulti precisato dal principio di “non discriminazione”; anzi, che il principio di eguaglianza nasca, nel nostro ordinamento, in funzione “antidiscriminatoria”, nel senso che esso incorpora nel suo precetto il significato e le finalità del principio di “non discriminazione”. Si osservi, però che il divieto di discriminazione, tanto sul piano nazionale quanto sul piano CEDU, non è assoluto e illimitato ma si riferisce, unicamente, ai fattori ovvero alle categorie soggettive con esso tutelate dal legislatore, con la conseguenza che esso non preclude affatto una diversa disciplina per le situazioni che esulano dal suo ambito di applicazione. Nel precisare il significato e la portata del principio di eguaglianza in senso antidiscriminatorio, dunque, il principio di non discriminazione manifesta il suo stesso limite precettivo legittimando, al di là di questo, l'adozione di trattamenti discriminatori³⁰. Vale in proposito osservare che la particolarità di questo principio sul piano CEDU, dipende non solo dal fatto che la sua formulazione è accolta in una norma separata e autonoma da quella dell'eguaglianza ma, altresì, dalla circostanza che il ventaglio

²⁹ Così A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, pp. 162-164, 174-175.

³⁰ Per ulteriori approfondimenti sugli aspetti in argomento, ci permettiamo di rinviare al nostro *Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di assicurazioni*, in *St. integr. eur.*, 2011, pp. 555 ss., spec. pp. 558-561.

di fattori cui è indirizzata la sua tutela diverge e, per certi versi, amplia quello stabilito sul piano nazionale, nei limiti evidentemente concordati dagli Stati contraenti.

Una siffatta ricostruzione del principio di eguaglianza in combinato col principio di non discriminazione, oltre che dall'analisi scientifica e dottrinale³¹, emerge anche dal dato giurisprudenziale. La nostra Corte costituzionale in particolare, fin dalle sue prime pronunce³², ha affermato che il principio di eguaglianza nel nostro ordinamento «comporta che, se situazioni uguali esigono uguale disciplina, situazioni diverse possono richiedere differenti discipline».

Il principio di eguaglianza vieta dunque le discriminazioni; ma un tale divieto, tuttavia, non è tassativo. Al contrario, nel prevedere che «situazioni diverse richiedono differenti discipline»³³ il principio di eguaglianza in funzione antidiscriminatoria ammette *eccezioni* e, più propriamente, *deroghe* al proprio precetto, mostrandosi, così, aperto ai valori della “differenza”, della “specialità” e, quindi, della “discriminazione”³⁴.

Nell'autorizzare *deroghe* al suo divieto, il principio di eguaglianza detta, al contempo, le modalità e le condizioni attraverso le quali esse possono essere validamente adottate. Occorre ricordare, al riguardo, che il principio di eguaglianza, oltre che una norma autonoma chiamata a disciplinare una categoria assai vasta di fattispecie è, altresì, un criterio ordinatore delle fonti dell'ordinamento e, in tal senso, un parametro di valutazione della legittimità delle leggi che opera secondo la nota teoria del *tertium comparationis*³⁵.

Secondo questa teoria, il principio di eguaglianza può essere derogato a mezzo di un trattamento differenziato o discriminatorio purché, tuttavia, questo non sia irragionevole e non proporzionato agli scopi da raggiungere. Più concretamente, il diritto *discriminatorio* non può introdurre trattamenti arbitrari (siano essi *preferenziali* o *pregiudizievole*) nei confronti di alcuni soggetti dell'ordinamento posto che questi costituirebbero vere e proprie violazioni del principio generale di eguaglianza. Ai fini della sua validità, pertanto, il trattamento discriminatorio e, quindi, il diritto di *deroga* (o diritto speciale) che lo introduce dovrà essere giustificato dall'esigenza di promuovere, proteggere o valorizzare situazioni – ovvero valori, interessi, obiettivi – che non possono ragionevolmente e adeguatamente essere protette a

³¹ Tali evidenze scientifiche e i necessari riferimenti dottrinali sono stati riportati nel nostro *Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea* cit., p. 555 ss. al quale sia consentito ancora una volta rinviare.

³² V. innanzitutto nel senso indicato Corte costituzionale, la sentenza del 9 luglio 1958, n. 53 secondo cui non «si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che *il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso considera e dichiara diverse*». Ancora più netta di quella ora accennata appare la successiva sentenza n. 15 del 1960 che recita «al fine di valutare se una legge sia o meno in contrasto con il principio di eguaglianza non basta accertare che la stessa non sia in contrasto con i precetti inderogabili posti nel comma 1 dell'art. 3 Cost., giacché detto principio è violato anche quando la legge, *senza un ragionevole motivo*, faccia un trattamento diverso ai cittadini che di trovino in eguali situazioni». Da ultimo v. inoltre Corte costituzionale, sentenza del 7 ottobre 2009, n. 262, punto 7.3.2.2. (anche in relazione alla derogabilità del principio di eguaglianza).

³³ Così Corte costituzionale, sentenza del 7 ottobre 2009, n. 262, punto 7.3.2.2. (cit. alla nota precedente).

³⁴ In questo senso si esprimeva, emblematicamente, la Corte costituzionale nella sentenza n. 3 del 1957 laddove affermava che il principio di eguaglianza «non va inteso nel senso che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale».

³⁵ Per la teoria del *tertium comparationis* si rinvia al suo Autore L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'uguaglianza*, Milano, 1965). Sul principio di eguaglianza come strumento di controllo e razionalità dell'ordinamento e, in particolare, come limite, formale e sostanziale, al potere legislativo dello Stato v. altresì A. MOSCARINI, *Principio costituzionale*, in *I Diritti costituzionali*, Torino, 2001, 162; S. BARTOLE, *L'elaborazione del parametro* cit., 35 ss.; G. MOSCHELLA, *Principio di specialità* cit., 13-14.

mezzo del diritto generale (quello cioè che si prefigge di derogare). Ciò, del resto, è quanto affermato dalla nostra stessa Corte costituzionale allorché ha osservato che «un trattamento differenziato potrebbe ritenersi “ragionevole” in quanto diretto a realizzare *altri e prevalenti valori dell’ordinamento*» (corsivo aggiunto)³⁶.

Visto in quest’ottica, il principio di eguaglianza viene a coincidere con il più generale “principio di proporzionalità e ragionevolezza”³⁷, in virtù del quale l’attività normativa del legislatore non deve essere arbitraria, sproporzionata e ingiustificata. Non diversamente dalle altre, anche le leggi speciali – incluse quelle che derogano l’eguaglianza – non si sottraggono al giudizio di ragionevolezza e sono vietate nel caso in cui non abbiano in questo un valido fondamento³⁸.

Su questa linea sembra inequivocabilmente collocarsi anche la sentenza della Corte EDU. La Corte EDU considera, infatti, l’auspicata estensione alle donne della norma che consente agli uomini la trasmissione *esclusiva* del proprio cognome, come l’oggetto di una misura eccezionale, che deroga al diritto comune. Essa in tal senso rimprovera allo Stato italiano di non avere previsto nella sua legislazione – nei termini di un’*«impossibilité d’y déroger»* – *«aucune exception»* alla regola sul patronimico che, pertanto, costituisce una norma *irragionevole e arbitraria*, che viola il precetto di eguaglianza e il suo divieto di non discriminazione fra i coniugi. Secondo la Corte EDU, dunque, la norma sul patronimico non è una norma del tutto contraria all’ordinamento CEDU, bensì unicamente nella misura in cui non ammette le donne, *al pari degli uomini*, a trasmettere in via *esclusiva* il proprio cognome ai figli. La mancata previsione dell’“eccezione femminile” (con la sistematica attribuzione del patronimico) quindi, viene in rilievo nella materia, nei termini di violazione del principio di eguaglianza tanto come norma di diritto generale (che sancisce la parità coniugale e genitoriale), quanto come parametro di legittimità delle leggi (che, secondo lo schema del *tertium comparationis*, autorizza solo trattamenti derogatori dell’eguaglianza che siano obiettivi e proporzionati al fine da realizzare).

Una volta accertato il significato del principio di non discriminazione (e della sua incidenza sul principio di eguaglianza, anche in vista di determinarne la sua deroga) sul quale la Corte EDU ha fondato la sua pronuncia, resta ora da chiarire perché quest’ultima non abbia chiesto la (diretta) applicabilità delle norme (CEDU) violate dall’Italia e se un siffatto comportamento possa essere assimilato a quello tenuto dalle stesse giurisdizioni nazionali interpellate, in particolare, dalla Corte costituzionale. E’ vero, infatti, che la Corte

³⁶ Così Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 2010, n. 138.

³⁷ Circa il fatto che oggi il principio di ragionevolezza costituisca un principio distinto e autonomo dell’ordinamento v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, secondo cui: «Nato nell’ambito dei giudizi sul principio di eguaglianza, oggi il principio di ragionevolezza - nessuno lo dubita - si è dal primo emancipato [...] si potrebbe dire che oggi il principio di ragionevolezza è utilizzato come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte». Sulla stessa linea M. G. MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 77/2010, p. 9, in http://aei.pitt.edu/13704/1/militello_n77-2010int.pdf.

³⁸ Sulla necessaria rispondenza della deroga ai requisiti di “proporzionalità” e “ragionevolezza” v. Corte Costituzionale (Servizio Studi), *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee, Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese*. Roma, 25-26 ottobre 2013, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_QuadernoStudi_Roma2013.pdf.

EDU, nel pronunciare la condanna dell'Italia per «*violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention*», ha inteso subordinare l'applicazione di tali principi ad un apposito intervento del legislatore italiano allineandosi, in tal senso, alla Corte costituzionale italiana sia pure, come si è accennato, con motivazioni del tutto differenti. E' proprio su questi argomenti che ci si intende soffermare nelle pagine che seguono.

8. Segue: *La questione del carattere non "direttamente applicabile" dei principi generali del diritto*

Quanto finora detto sul principio di non discriminazione e sui suoi stretti rapporti con il principio di eguaglianza, non spiega (almeno non del tutto) l'altra delle questioni che qui rilevano e che riguarda l'applicabilità (e, più precisamente, la "diretta applicabilità") alla causa *de quo* dei principi di cui, la giurisprudenza fin qui esaminata, ha accertato la violazione: nella specie il principio di eguaglianza e quello di non discriminazione. Si tratta, in realtà, di un problema che trascende il caso concreto, venendo ad interessare tutte le fattispecie suscettibili di rientrare nella sfera di applicazione di un principio generale – come, appunto, quelli in esame – che per caratteristica propria mancano di chiarezza e precisione e, pertanto, necessitano di interventi volti a colmare tali lacune. Del resto, si è visto che, oltre e prima ancora della Corte di Strasburgo (che ha chiesto all'Italia l'adozione di un diritto discriminatorio che fosse anche rispettoso dell'eguaglianza dei coniugi), esso ha riguardato le Corti italiane che, pur inquadrando il ricorso nella sfera di influenza del principio di eguaglianza, ne hanno, nondimeno, dichiarato l'inapplicabilità o, meglio, la non "diretta applicabilità" al caso concreto a causa delle peculiarità (formali e materiali) riguardanti il suo precetto. In particolare, la Corte costituzionale italiana ha ritenuto che l'eguaglianza, benché principio fondamentale del nostro ordinamento anche in materia di cognome, renda necessaria l'adozione di una normativa *ad hoc* volta a consentirne l'effettiva applicazione.

Viene allora spontaneo domandarsi: se il principio di eguaglianza (e il suo corollario dato dal principio di non discriminazione) rappresenta un cardine del nostro, come anche del diritto CEDU – al punto da costituirne un elemento costitutivo e qualificante, talché la sua applicazione appare incontestabile e generalizzata – perché le istituzioni (nazionali e internazionali), anche nel caso *de quo*, non ne dispongono ma, al contrario, ne rinviando l'applicazione?

La risposta, a questa ulteriore domanda, va ricercata ancora una volta alla luce del significato e della portata che assume il principio di eguaglianza da solo e in combinato col divieto di discriminazione, negli ordinamenti vigenti e, fra questi, nel nostro e in quello CEDU.

Nel ricollegarci, in proposito, alle osservazioni svolte al paragrafo precedente, occorre qui ricordare che l'interpretazione e l'applicazione del principio di eguaglianza si sono rivelate uno dei più nodi giuridici più delicati e controversi degli ordinamenti giuridici e politici attuali, fra i quali quello del nostro Paese.

In tale contesto è emerso che il principio di eguaglianza pur essendo una norma di carattere fondamentale abbia, nondimeno, un contenuto generico e indeterminato che ne rende spesso problematica l'applicazione alla prassi. Nel linguaggio giuridico corrente, le tipologie di norme che rientrano in questa definizione sono varie, come varie pure sono le loro denominazioni: fra le più comuni, quella di norma *di principio o programmatica, norma di*

*base, norma-quadro, norma cornice, norma non self-executing, non direttamente applicabile, non automatica, formale, strumentale, di rinvio, a fattispecie aperta, interposta ecc.*³⁹. Secondo un'interpretazione diffusa⁴⁰, le norme così definite appaiono accomunate dal fatto di essere portatrici di una disciplina giuridica minima ed essenziale che, tuttavia, non consente loro di essere autonome e autosufficienti nella regolamentazione della prassi: a tal fine, pertanto, esse necessitano – sempre e comunque – di un intervento normativo volto a favorirne la concreta esecuzione. Proprio a causa del contenuto carente che le rende inapplicabili e, quindi, inidonee a svolgere i loro effetti in relazione al caso concreto, le norme in oggetto sono state considerate prive di portata *precettiva* ovvero norme di basso tenore normativo, di carattere obbligatorio incerto, della cui “efficacia giuridica” occorre quantomeno dubitare⁴¹. La mancanza di applicabilità e, meglio, di “diretta applicabilità” della norma del tipo in esame è stata, dunque, considerata un indice della sua mancanza di efficacia giuridica (o di obbligatorietà, precettività, giuridicità).

A questo tendenzioso orientamento interpretativo – piuttosto diffuso, anche sul piano internazionale, come quello CEDU – vale obiettare che lo scarso grado di definizione di una norma (tale da renderla, nel caso di specie, generale, programmatica, *non self-executing* ecc.) non è, di per sé, idoneo a determinarne l'efficacia e la forza giuridica; né costituisce, in quanto tale, un ostacolo alla sua concreta applicazione. In proposito, vale ricordare che la giuridicità di una norma non deriva necessariamente dal particolare atteggiarsi dei suoi elementi costitutivi (forma, contenuto, durata, ecc.) e, nel caso di specie, dal grado di precisazione del suo precetto. Il valore giuridico di una norma, viceversa, è una qualità di questa (e, quindi, di ogni suo elemento) che discende dal suo essere esercizio legittimo della funzione (normativa) di un ordinamento sovrano che, come tale, la riconosce come parte integrante del suo sistema delle fonti⁴². Per altro verso, *l'applicabilità* di

³⁹ Sull'inquadramento di queste categorie normative (e dei loro effetti): a) nel diritto internazionale v.: A. BLECK-MANN, *Self-executing treaty provisions*, in *Enc. Public int. Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 2000, p. 374 ; L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali, Gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 1974; V. DI COMITE, *Le sovvenzioni e le misure compensative nell'organizzazione internazionale del commercio*, Cedam Padova, 2009, p. 89 note 56 e 57; IWASAWA, *The Doctrine of self-executing Treaties in the United States: a critical analysis*, in *Virg. Jour. Int. Law*, 1986, p. 627; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, CEDAM, 2002, p. 542; L. MURA, *I modelli e le tecniche di accordo utilizzati dalle Regioni alla luce delle indicazioni della prassi*, in *Diritto@Storia*, 2007/6; b) nel diritto UE v.: S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002 ; G. BRAGA, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo*, in E. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Giuffrè Milano, 2006, p. 327; R. KOVAR, *L'immediateté du droit communautaire*, in *Juris Classeurs*, 1991, fasc. 432; R. MASTROIANNI, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3503 e ss.; S. PRECHAL, *Directives in EC law*, Oxford, 2005, p. 226 e ss.; c) nel diritto italiano: v. A. ANZON, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, in <http://www.constituzionalismo.it/articoli/158>; V. BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quad. cost.* 2005; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (Tutela multilivello)*, in *Enc. del diritto*, 2011, p. 384; V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche della Costituzione in La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952; A. D'ALOJA, *Le «quote» tra eguaglianza sostanziale ed “eguaglianza apparente”*. *Noterelle su uno spunto di Rosanna Tosi, (25 gennaio 2003)*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/685.pdf

⁴⁰ In proposito si rinvia *supra*, alla dottrina riportata alla nota 39, sub c).

⁴¹ A questa linea di pensiero va ricondotta la distinzione fra norme precettive e norme programmatiche elaborata dalla dottrina costituzionalista italiana (per un saggio della quale si rinvia, *supra*, alla nota 42)

⁴² Sulla relazione fra «potere» e «atto-fonte» e le anomalie (ovvero i vizi di legittimità) suscettibili di riguardare tale relazione v. A. ANZON, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, cit. *supra*, alla nota 39.

una norma dipende non dalla sua *efficacia* (con la quale, pertanto, non si identifica⁴³) quanto, invece, dalla sua idoneità a regolamentare effettivamente i casi della prassi.

Una volta entrata in vigore, quindi, la tipologia di norme in esame (*programmatica, formale, non self-executing*, ecc.) al pari delle altre fonti giuridiche dell'ordinamento, deve essere considerata efficace e, in linea di principio, applicabile alla prassi: in tal senso, conviene qui ricordare, al seguito di un'autorevole dottrina⁴⁴, che «non esista principio, anche generalissimo, dal quale l'interprete non possa comunque ricavare delle applicazioni concrete, magari dal solo punto di vista della forza abrogativa (*vis abrogans*) del medesimo principio».

La stessa Corte costituzionale italiana ha avuto occasione di pronunciarsi sul tipo di norme in oggetto nel nostro ordinamento per attestarne il valore giuridico, alla stregua delle altre fonti di legge, ai fini del sindacato di costituzionalità: più specificamente, essa ha osservato che «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso»⁴⁵.

Anche la Corte EDU ha avuto occasione di soffermarsi sul carattere e il valore della categoria di norme in esame nella CEDU: nella stessa sentenza qui presa in esame, essa ha

⁴³ La tendenza a far coincidere il concetto di applicabilità con quello di efficacia diretta si fa storicamente risalire alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con la sentenza *Van Gend & Loos*, C-26/62 del 5 febbraio 1963 in *Racc.*, p.1, cui ha fatto seguito (anche con riferimento al principio del primato comunitario che su questa equivalenza poggia le sue basi) la sentenza *Costa c. Enel*, C-6/64 del 15 luglio 1964. Sui tentativi di distinzione dei due concetti nello stesso ambito comunitario v. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2012, 7 ed., p. 173 ss.

⁴⁴ Così B. CONFORTI, *Diritto internazionale cit.*, p. 314.

⁴⁵ Così Corte Costituzionale, sentenza del 5 giugno 1956, n. 1 (G. U. 14/06/1956). Sulla tesi che contrappone le norme precettive alle norme programmatiche v. anche Corte cost. sentenza del 15 gennaio 1969, n. 1; sentenza del 23 maggio 2003, n. 196; in senso contrario, tuttavia, la sentenza del 29 novembre 2004, n. 379 secondo cui, a date norme dell'ordinamento, «per il loro *valore di principio*, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore *programmatico* nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di *integrazione* e di *interpretazione* delle norme vigenti».

Con particolare riguardo, poi, a quello specifico filone normativo c.d. delle «norme di conflitto, vale ricordare la sentenza del 26 febbraio 1987, n. 71; la sentenza 10 dicembre 1987, n. 477; nonché la sentenza 4 luglio 2006, n. 254. Sul merito, così recita la sentenza del 26 febbraio 1987 n. 71: «Non può, comunque, essere condivisa la tesi che, argomentando dalla supposta "neutralità" delle norme di diritto internazionale privato, perviene a negare la stessa configurabilità di un contrasto di esse con gli imperativi costituzionali in argomento (e, in definitiva, con qualsiasi altro). Nella formulazione dei criteri per l'individuazione della norma (interna o straniera) applicabile – formulazione che è l'oggetto suo proprio – la norma di collisione, anche se prescinde dal modo in cui gli interessi tipici coinvolti nel rapporto sono concretamente regolati dalla norma stessa, nondimeno può ispirarsi a principi (o valori) sottesi alla disciplina civilistica interna dell'istituto ovvero ad altri principi (o valori). Orbene, in entrambi tali casi, la norma di collisione adotta una scelta di ordine normativo, che non può non confrontarsi con le scelte di fondo a livello costituzionale rispetto alle quali assuma rilievo il principio (o valore) cui essa si ispira. Del resto nella giurisprudenza di questa Corte non si è mai dubitato della configurabilità di questioni di legittimità costituzionale anche in altri casi nei quali, al pari di quello delle norme di collisione, la norma denunciata non ha la funzione di regolare direttamente rapporti (ad esempio là dove sia impugnata una legge-delega nei principi o nei criteri direttivi con essa enunciati, cfr. sentenze n. 158/85 e n. 226/76): casi nei quali il sindacato si attua proprio verificando la compatibilità fra il principio (o valore) implicito, o addirittura espresso, nella norma impugnata e un principio (o valore) costituzionale».

in proposito osservato che l'art. 14 CEDU «complète les autres clauses normatives de la Convention et des ses Protocoles» e, in tal senso, «il vaut uniquement pour la “jouissance des droits et libertés” qu’elles garantissent» (par. 54). «Certes» aggiunge la Corte «il peut entrer en jeu même sans un manquement à leur exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s’appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l’empire de l’une au moins des dites clauses» (enfasi aggiunta).

Quanto fin qui rilevato, dimostra per un verso, che le norme caratterizzate da un precetto vago, generico o indeterminato non sono dotate di minor forza giuridica rispetto alle altre e, per altro verso, che esse non sono necessariamente inapplicabili alla prassi, dato che i casi in cui questo si verifica sono decisamente più ridotti di quelli ipotizzati e, nella maggior parte dei casi, appaiono risolvibili in sede interpretativa, con un approccio ermeneutico di tipo evolutivo da parte dell’operatore giuridico⁴⁶.

Nei rari casi in cui questo non appaia sufficiente e la norma resti insuscettibile di pratica applicazione si renderà necessario il ricorso ad una norma supplementare cui talora la stessa norma *non self-executing* può fare esplicito rinvio⁴⁷. La norma supplementare o più propriamente “norma di esecuzione” (o di attuazione), nel fornire alla norma *non self-executing* quella componente materiale che ad essa faceva originariamente difetto, consente ad essa di ricevere concreta ed effettiva esecuzione. Questo procedimento normativo che prende avvio con la formulazione della norma di principio e si completa con l’adozione della norma di esecuzione, benché articolato in due fasi (una primaria e l’altra secondaria) presenta tuttavia carattere unitario, venendo a configurarsi come l’espressione della *medesima volontà normativa* dello Stato. Esso si rivela utile e vantaggioso per disciplinare situazioni che non potevano essere previste al momento della formulazione della norma di principio, consentendo di adattarne il contenuto alle peculiarità del caso concreto. Poiché la norma di esecuzione presuppone l’esistenza di un principio cui è preposta a dare attuazione, va da sé che è da questo che essa trarrà la sua fonte di legittimazione e che prevarrà in caso di antinomia fra le stesse. Questa circostanza, peraltro – come vedremo meglio in sede di analisi della normativa sul cognome attualmente soggetta all’esame del nostro Parlamento – favorisce l’utilizzo della delega nell’esercizio della funzione normativa, con il coinvolgimento di organi dello Stato che non ne sono titolari⁴⁸.

Coerentemente con quanto ora visto, anche il principio di eguaglianza può rendere necessaria l’adozione di una normativa di attuazione ai fini della propria effettività. In particolare, può accadere che la sua formale enunciazione, così come espressa sulla carta, possa non soddisfare le esigenze di regolamentazione della prassi e, di fatto, essere fonte di diseguaglianza anziché di eguaglianza. L’apporto materiale fornito dalla misura supplementare, in tal caso, avrebbe lo scopo di evitare che l’eguaglianza si limiti ad essere un principio *formale e astratto* dell’ordinamento anziché un valore *effettivo e reale*.

Quello fin qui visto, d’altro canto, risulta essere l’approccio seguito tanto dalla Corte EDU quanto dalla nostra Corte costituzionale allorché hanno richiesto alle istituzioni

⁴⁶ D’altro canto, la stessa Corte EDU afferma di avere adottato «une approche dynamique et évolutive» per interpretare le norme della CEDU – quest’ultima definita, non a caso, come un «instrument vivant à interpréter»: in proposito, v. *supra*, nota 25.

⁴⁷ Il CONFORTI (*Diritto internazionale*, cit., p. 312) restringe a tre, le ipotesi di norme internazionali *non direttamente applicabili*: 1) «al caso in cui una norma attribuisca semplici facoltà agli Stati»; «al caso in cui [...] non esistono gli organi o le procedure interne indispensabili» all’applicazione di una data norma; quando l’applicazione di una norma «comporti particolari adempimenti di carattere costituzionale».

⁴⁸ Per ulteriori approfondimenti sugli aspetti fin qui accennati sia consentito rinviare al nostro *Gli accordi delle Regioni con i soggetti esteri e il diritto internazionale*, cit., p. 29.

italiane di procedere all'attuazione delle rispettive pronunce giudiziali, adattando il nostro ordinamento al contenuto delle stesse e, soprattutto, dei principi su cui esse risultano fondate. Le motivazioni che sorreggono le richieste delle due Corti, tuttavia, appaiono estremamente diverse.

Se per la Corte costituzionale italiana, infatti, la necessità di ricorrere ad un'apposita normativa supplementare (con conseguente rinvio al legislatore per la sua adozione) è dipesa dalla asserita genericità e incompletezza del principio di eguaglianza che non consentirebbe all'operatore giuridico di individuare le modalità relative alla sua attuazione in materia di trasmissione del cognome, diversamente stanno le cose per quanto concerne la Corte EDU.

Con riguardo a quest'ultima, infatti, va detto che la mancanza di diretta applicabilità del principio di non discriminazione da essa richiamato – e, conseguentemente, la decisione di rinviare allo Stato italiano l'adozione di norme finalizzate a favorirne l'attuazione – non è venuta a dipendere *tanto* dalla presunta genericità e incompletezza del medesimo principio *quanto*, invece, dalla linea di netta *separazione* (e di non derivazione) esistente fra l'ordinamento CEDU, cui appartiene il detto principio, e l'ordinamento italiano nel quale il detto principio è chiamato ad essere attuato; e ciò, anche a prescindere dall'indicazione (più o meno dettagliata) data dalla Corte EDU al nostro Stato circa il contenuto materiale che la norma nazionale richiesta deve necessariamente assumere per rimediare all'illecito CEDU. Va precisato, in proposito, che non esiste una clausola (né nel sistema CEDU, né il quello degli Stati che ne fanno parte, incluso quello italiano) che preveda la *diretta applicabilità* delle norme e sentenze CEDU negli ordinamenti nazionali che ne fanno parte e, quindi, l'*automatico adattamento* di questi ultimi ad esse⁴⁹. Resta, pertanto, nella piena sovranità del legislatore nazionale (nel caso di specie quello italiano) disporre l'adozione e, quindi, l'applicazione nel proprio ordinamento di norme richieste dai propri obblighi internazionali, anche di fonte giurisprudenziale, come quelle previste dalla sentenza della Corte EDU n. 77/07. Piuttosto, la circostanza che quest'ultima – in adesione alle richieste dei ricorrenti – sia entrata nel merito della disciplina (nazionale) chiamata a regolare la materia, come vedremo fra poco (*infra*, par. 11), crea un vincolo nei confronti del legislatore italiano, spingendolo a non fermarsi agli aspetti generali nella sua definizione, ma a scendere negli aspetti specifici e di dettaglio della stessa.

9. Le prospettive di attuazione della sentenza della Corte EDU nell'ordinamento italiano: l'effettiva necessità e l'esatta portata di un intervento legislativo parlamentare

⁴⁹ Sul significato dell'art. 117 Cost. it. come attributivo alle norme CEDU del valore di “parametri interposti di costituzionalità delle leggi”, la dottrina (sulla scorta delle note sentenze della Corte costituzionale n. 347 e 348 del 2007) è infatti pressoché unanime: oltre alla dottrina qui già citata (M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome*, cit., p. 241-243; C. PITEA, *Trasmissione del cognome*, cit., p. 230) si v. anche: M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 349 ss.; U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss. (nonché in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, II, p. 1425 ss.); C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, in *I Diritti dell'uomo*, 2007, n. 3, p. 50 ss.

Una volta ricostruiti i caratteri e le finalità del principio di eguaglianza anche nei suoi rapporti con il principio di non discriminazione e il loro fondamento nel diritto interno e in quello CEDU, appare opportuno passare a verificare le modalità e i contenuti che dovranno necessariamente caratterizzare l'intervento del nostro legislatore soprattutto al fine di consentire al nostro ordinamento di adeguarsi alla sentenza della Corte EDU n. 77/07.

In proposito, sarà necessario stabilire: 1) innanzitutto, se la norma sul patronimico così come legittimata dalla sentenza n. 77/07 CEDU debba essere considerata, in continuità con il passato, la *norma generale* (ovvero la “base legale”⁵⁰) della materia, rispetto alla quale la norma sul matronimico verrebbe a rappresentare l’“eccezione” applicabile solo ai casi specifici sottratti al suo campo di applicazione. In questo contesto, si tratterà di stabilire quindi il giusto equilibrio fra la disciplina di ispirazione “paritaria” richiesta dalla nostra Corte costituzionale, e la disciplina di ispirazione “discriminatoria” richiesta dalla Corte EDU.

In subordine, sarà opportuno capire 2) se e in che misura il diritto applicabile (generale e speciale) così individuato, debba essere adottato a mezzo di un atto legislativo e, in questo caso, se esso rientri inderogabilmente nella competenza del Parlamento (come lascia intendere la nostra Corte costituzionale, ma non anche la Corte EDU) o, invece, potrebbe costituire oggetto di intervento da parte di un altro organo dello Stato.

Sarà infine interessante valutare 3) come, il regime applicabile così individuato, possa essere conciliato con gli altri principi vigenti nella materia, in particolare con il principio dell'identità personale (art. 22 Cost. in relazione all'art. 6 c.c.; art. 8 CEDU), il principio dell'unità familiare (art. 29 Cost.; art. 8 CEDU), il principio dell'autonomia privata (dei coniugi) (art. 144 c.c.; art. 8 CEDU) a cui ambedue le Corti menzionate hanno fatto riferimento. In particolare, si tratterà di capire se l'interesse pubblico che sottende inequivocabilmente la materia debba essere inteso in termini assoluti o, al contrario, lasci spazio al riconoscimento dell'interesse privato, con la conseguente libertà dei coniugi di concordare il cognome da trasmettere ai figli.

1) Sotto il primo profilo, conviene subito osservare che la Corte EDU, nel ritenere che la norma sul patronimico possa essere compatibile con il diritto vigente (nazionale ed europeo), subordina, tuttavia, questa possibilità ad una modifica integrativa della stessa da parte dello Stato italiano che riconosca anche alla moglie il diritto, uguale a quello del marito, di trasmettere in via esclusiva il proprio cognome ai figli. Una circostanza questa che, nell'attribuire alla norma sul patronimico gli opportuni requisiti di obiettività e ragionevolezza, ne eliminerebbe il carattere discriminatorio vietato dalla CEDU (*ex art. 14*) trasformandola in una vera e propria “norma di sistema”. In tal senso, nel consentire la trasmissione di uno soltanto, anziché di entrambi i cognomi parentali, la norma sul patronimico al pari di quella (omologa) sul matronimico viene a qualificarsi nei termini di un diritto *derogatorio* del divieto di discriminazione contenuto nell'art. 14 CEDU, e cioè di un diritto che esula dall'ambito applicativo di quest'ultimo.

Sotto quest'ultimo profilo, si è visto che la Corte EDU non ha affatto ritenuto che il principio di eguaglianza fra i coniugi (*ex art. 5* del Protocollo CEDU) fosse estraneo alla causa *de quo*, ma lo ha considerato assorbito nei termini stabiliti dall'art. 14 CEDU. Quest'ultimo, in effetti, impone un'eguaglianza senza discriminazioni, salvo che queste non siano legittime e proporzionate al fine da raggiungere. Nell'accogliere dunque la novità

⁵⁰ Così Corte EDU, sentenza n. 77/07, par. 46.

dell'istanza promossa dai ricorrenti la Corte EDU ha inteso obbligare l'Italia, in sede di condanna, a rispettare il principio di non discriminazione (ovvero il principio di eguaglianza in funzione non discriminatoria) che consente di derogare il suo precetto allorché si tratti perseguire (ex art. 14 CEDU⁵¹) altri valori meritevoli di tutela, fra i quali sicuramente figura il diritto dei genitori di concordare la trasmissione in via esclusiva del proprio cognome ai figli⁵². Va da sé che se i presupposti per l'applicazione di una siffatta misura eccezionale vengono meno, sarà il principio generale di eguaglianza a riprendere vigore nella regolamentazione della materia.

2) Occorre ora passare ad accertare se la disciplina della trasmissione del cognome rientri nella riserva di legge attribuita al Parlamento italiano e se, dunque, essa richieda obbligatoriamente l'intervento di quest'ultimo. Vale la pena osservare, in proposito, che se la Corte EDU nella sentenza n.77/07 ha posto dei limiti allo Stato italiano indicando *specificamente* il contenuto della normativa che questi (ovvero i suoi organi *lato sensu*) è tenuto ad adottare per ottemperare agli obblighi CEDU⁵³, diversamente, invece, la nostra Corte costituzionale ha lasciato al legislatore (e a nessun altro organo statale) la massima *discrezionalità*⁵⁴ senza addentrarsi nei dettagli della disciplina che questi era tenuto ad adottare nel rispetto del dettato costituzionale: nelle argomentazioni della Corte nazionale, infatti, è prevalsa la circostanza che la regolamentazione organica della materia comporta una «pluralità delle opzioni prospettabili, la scelta tra le quali *non può che* essere rimessa al legislatore» (corsivo aggiunto)⁵⁵.

In realtà, se è vero che l'*iter* finora seguito nei tentativi di regolamentazione della materia è sempre stato quello parlamentare tuttavia, non è affatto azzardato ritenere che l'intervento normativo richiesto, tanto a livello nazionale quanto europeo, avrebbe potuto essere attuato anche da un organo diverso dal Parlamento e, quindi, con un atto equiparato alla legge o anche diverso da questa.

In particolare, l'Esecutivo avrebbe potuto disciplinare, almeno in parte la materia, anche con un atto di rango inferiore alla legge (es. un decreto o un regolamento amministrativo), in tempi molto più rapidi rispetto a quelli richiesti per l'adozione di una legge ordinaria⁵⁶.

⁵¹ Sul punto v. *supra*, par. 6 in commento ai §§ 66, 72-73 della sentenza della Corte EDU n. 77/07.

⁵² Così sentenza della Corte EDU 77/07, § 67.

⁵³ V. *supra*, par. 6. La Corte al riguardo ha riscontrato una «*défaillance du système juridique italien, selon lequel tout "enfant légitime" est inscrit dans les registres d'état civil avec comme nom de famille celui du père, sans possibilité de dérogation même en cas de consensus entre les époux en faveur du nom de la mère*»; talché la *Cour estime que de des réformes dans la législation et/ou la pratique italiennes devraient être adoptées afin de rendre cette législation et cette pratique compatibles avec les conclusions auxquelles elle est parvenue dans le présent arrêt*» (enfasi aggiunta).

⁵⁴ Salve le indicazioni, non vincolanti, riferite *supra*, par. 3.

⁵⁵ Va qui ricordato che il convincimento della Corte costituzionale italiana, nel senso testé indicato, è apparso netto e costante con la sua precedente giurisprudenza: prima del 2006, nell'ordinanza 176 del 1988 essa affermava che la disciplina della materia avrebbe richiesto «un'operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte» e nell'ordinanza n. 586 del 1988 che la «regolamentazione organica della materia [...] è una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del *conditor iuris*».

⁵⁶ E' lo stesso principio di eguaglianza, all'art. 3 Cost., a non ritenere indispensabile l'intervento parlamentare ai fini della sua materiale attuazione. Il 2° comma di questo articolo (c.d. eguaglianza sostanziale), a ben guardare, definisce genericamente come un «compito della Repubblica» l'attuazione del 1° comma (c.d. eguaglianza formale) del medesimo articolo. Più esattamente l'art. 3, 2° comma recita: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

La stessa Corte costituzionale avrebbe potuto *agevolare* un tale risultato: sia adottando una sentenza additiva diretta ad introdurre, anche solo in via provvisoria, i *criteri* cui gli Uffici di Stato civile avrebbero dovuto attenersi per attuare la parità fra i coniugi nella trasmissione del cognome in attesa di un più organico intervento normativo dello Stato; sia valorizzando l'autonomia di scelta genitoriale in assenza della quale si renderebbe nuovamente applicabile la regola del patronimico; sia, infine, anche solo dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma del patronimico in modo da creare le condizioni di "necessità e di urgenza" volte ad assicurare che l'intervento normativo da essa richiesto potesse essere realizzato in tempi rapidi e certi.

Oltre dunque, a consentire il ripristino della legalità violata nel nostro ordinamento, anche in vista di conformare la materia ai principi del vigente diritto di famiglia, la scelta di una di queste soluzioni avrebbe sicuramente evitato l'illecito e la condanna internazionali⁵⁷.

Allo stato attuale, le condizioni di necessità e urgenza che legittimerebbero un intervento governativo risultano dettate dall'esigenza di aderire in tempi quanto mai stretti alla sentenza della Corte EDU n. 77/07⁵⁸.

Nel dettaglio, un tale intervento normativo potrebbe articolarsi su due livelli normativi: il primo volto ad attuare il principio generale di eguaglianza attraverso la "rimozione degli ostacoli" (ai sensi del 2° co. dell'art. 3 Cost.) esistenti alla sua concreta applicazione (nella specie, la rimozione del patronimico) e l'individuazione del *criterio* (ad esempio, quello alfabetico) che in modo neutrale renda effettiva la parità genitoriale nella trasmissione del cognome ai figli; il secondo diretto ad introdurre una disciplina speciale che, in deroga al principio di eguaglianza, possa consentire il perseguimento di altri *interessi* ritenuti meritevoli da parte dell'ordinamento.

3) Quest'ultimo aspetto ci consente di passare all'esame del terzo degli argomenti accennati in premessa al presente paragrafo, attinente al fatto che la definizione di una disciplina organica della materia in esame, non può prescindere da un corretto temperamento di tutti gli *interessi* in gioco. In particolare, il generale principio di eguaglianza deve essere necessariamente temperato con gli altri principi fondamentali dell'ordinamento.

Nel caso di specie si tratterebbe di conciliare gli interessi (pubblici e privati) che vengono in rilievo nella materia attraverso un temperamento del principio di eguaglianza (art. 3 Cost. it.; art. 14 CEDU)⁵⁹ con il principio dell'unità familiare (art. 29 Cost.)⁶⁰, dell'autonomia privata e familiare dei coniugi (art. 144 c.c.)⁶¹ e del diritto

⁵⁷ Come ha sostenuto la dottrina (v. per tutti M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli; un'occasione perduta della riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 3, p. 248) lo Stato fino ad oggi ha perso più di un'occasione per regolare adeguatamente la materia.

⁵⁸ La dottrina tuttavia, mette in luce l'utilità di «rimettere nuovamente la questione al vaglio della Corte costituzionale» (così C. PITEA, *Trasmissione del cognome*, cit., p. 229), affinché sia questa a far valere «il contrasto tra una determinata norma interna e le norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte europea [...] alla luce dell'art. 117, co. 1, Cost.» (così M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome*, cit., p. 241).

⁵⁹ Per il testo dell'art. 3 Cost. v. *supra*, nota 57.

⁶⁰ Art. 29 Cost.: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

⁶¹ Art. 144 c.c. (Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia): «I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa [29 Cost]. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato». Per una interpretazione dell'art. 144 c.c. come fondante l'accordo fra i coniugi v. M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome*, cit., p. 237; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*,

all'identità personale dei singoli (art. 22 Cost.; art. 6 cc.)⁶².

Da un lato, infatti, è incontestabile che lo Stato, anche in virtù dei vincoli internazionali, debba garantire il diritto di entrambi i genitori a trasmettere il proprio cognome in condizioni di parità anche tramite il riconoscimento, in questo contesto, di un ruolo alla loro libertà di iniziativa (o autonomia privata); dall'altro, è parimenti indiscutibile che lo Stato sia tenuto a garantire il diritto di ciascun figlio alla propria identità personale anche *indipendentemente* dalla posizione dei propri genitori al riguardo. Trattandosi infatti di un diritto personalissimo e, quindi, irrinunciabile della persona umana, il diritto all'identità personale e, quindi, al cognome gode nel nostro Paese del più alto riconoscimento costituzionale ed è, pertanto, compito dello Stato dare ad esso la massima tutela.

Per altro verso, il diritto di ciascuno dei coniugi di trasmettere ai figli il proprio cognome anche in via esclusiva (e, per converso, il diritto dei figli all'identità personale) deve trovare un adeguato bilanciamento nella tutela del principio costituzionale dell'unità familiare previsto dall'art. 29 Cost.

In proposito va sommariamente ricordato che la tutela dell'unità familiare non potrebbe attuarsi in contrasto con i valori attuali del nostro ordinamento, ovvero secondo logiche e modelli familiari anacronistici e ormai superati, come quello patriarcale di cui il patronimico è una chiara espressione. L'unità familiare, in definitiva, non può costituire il pretesto per disconoscere i diritti (es. la parità) che ciascun membro della famiglia (nella specie la moglie, ma anche i figli) hanno conseguito in virtù del dettato costituzionale o per introdurre limiti ingiustificati alla loro libertà di scelta. Diversamente, il principio di unità della famiglia verrebbe ad assumere un rilievo preponderante e ingiustificato in contrasto con le linee del nostro ordinamento⁶³.

Un volta accertata l'opportunità e il contenuto dell'intervento normativo dello Stato per disciplinare la materia e adeguarsi al diritto CEDU, conviene ora passare ad esaminare la strada attualmente seguita dal nostro Stato per realizzare un siffatto obiettivo. In particolare, si tratterà di esaminare la proposta di legge al vaglio del nostro Parlamento, per stabilirne i tratti caratterizzanti e verificarne il grado di rispondenza agli *standard* normativi, nazionali e internazionali, fin qui analizzati: nella specie, si tratterà di esaminare la proposta di legge C. 360 c.d. "Garavini" del 20 marzo 2013 – che, mesi or sono, ha superato positivamente l'esame della Camera ma resta ancora in attesa di iniziare il suo *iter* in Senato.

10. Segue: *Il grado di adattamento dell'ordinamento italiano alla sentenza della Corte EDU n. 77/07 nella proposta di legge n. C 360 del 20 marzo 2013 (c.d. Garavini) al vaglio del nostro Parlamento*

Giuffré, Milano, 2009, p. 37, nota 57 secondo cui «Il passaggio dal modello di famiglia c.d. "monocratico", incentrato sull'attribuzione di poteri autoritativi al marito, a quello basato sulla posizione paritaria dei coniugi, ha determinato, quale logica conseguenza, l'introduzione della regola dell'accordo nel governo della famiglia. L'art. 144 c.c. contiene "un generale riconoscimento della volontà negoziale dei coniugi per tutto quanto attiene alle determinazioni rilevanti nel campo del diritto della famiglia».

⁶² Art. 22 Cost. «Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome». Art. 6 c.c. (Diritto al nome) «Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito. Nel nome si comprendono il prenome e il cognome. Non sono ammessi cambiamenti, aggiunte o rettifiche al nome, se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati».

⁶³ Circa l'esigenza di interpretare il principio dell'unità familiare non in senso assoluto e autoreferenziale, bensì in sintonia con gli altri interessi e valori dell'ordinamento, si rinvia alla giurisprudenza della Corte Costituzionale citata *supra*, par. 2 (il riferimento in particolare è alla sentenza del 24 giugno 1970, n. 133).

Si è già avuta l'occasione di osservare⁶⁴ che la disciplina sull'attribuzione del cognome ai figli è stata ripetutamente sottoposta al dibattito del nostro Parlamento senza, tuttavia, che questo abbia mai sortito l'adozione di un testo normativo.

In questo lungo e tortuoso filone del dibattito parlamentare, che finora non ha mai superato il vaglio delle due Camere, s'inserisce la proposta di legge che qui ci si propone di esaminare. Si tratta del disegno di legge n. C 360 del 20 marzo 2013 (c.d. "Garavini" dal nome del suo primo firmatario) presentata in forma di Testo Unico⁶⁵ (d'ora in avanti DDL). Tale DDL reca il titolo "Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli" e ha ottenuto l'approvazione della Camera lo scorso 24 settembre per essere successivamente assegnato al Senato il 3 ottobre (A.S. n. 1628) dove, da allora, attende ancora di essere discusso.

Nel disciplinare la materia in modo organico e articolato, tale DDL utilizza tutte le tecniche normative (di tipo attuativo e derogatorio del principio di eguaglianza e non discriminazione) esaminate al paragrafo precedente⁶⁶. Per altro verso, esso costituisce un apprezzabile tentativo di temperamento armonico dei diversi interessi in gioco.

Il DDL Garavini, contenente "*Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli*", consta di 7 articoli modificativi del codice civile, il primo dei quali riguarda l'"Introduzione dell'articolo 143-quater del codice civile, in materia di cognome del figlio nato nel matrimonio" e reca il titolo di "Cognome del figlio nato dal matrimonio". Esso condensa in un unico precetto la parte sostanziale della disciplina della materia, nel proposito di conformarsi alla giurisprudenza nazionale ed europea sopra esaminata e di rispettarne, in tal senso, i principi fondamentali di cui si è accertata la violazione: quello dell'eguaglianza e

⁶⁴ *Supra*, par. 1.

⁶⁵ Il DDL in parola (per il testo del quale v. <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44852.htm>), infatti, è stato approvato dalla Camera dei deputati lo scorso anno in un testo risultante dall'*unificazione dei disegni di legge d'iniziativa dei deputati* GARAVINI, ROBERTA AGOSTINI, FONTANELLI, CAPUA, DI LELLO, BLA□INA, BOSSA, CARELLA, CAUSI, CENNI, CIMBRO, COCCIA, CRIVELLARI, D'INCECCO, FABBRI, GIANNI FARINA, FEDI, FLORIO, GASPARINI, GINOBLE, GIULIANI, GNECCHI, GOZI, IORI, LATTUCA, MAESTRI, MALISANI, MALPEZZI, MANZI, MARTELLA, MARTELLI, MARZANO, MATARRESE, MATTIELLO, MOGHERINI, MORETTI, OLIVERIO, PALMIZIO, PELUFFO, PIAZZONI, Salvatore PICCOLO, PORTA, QUARTAPELLE PROCOPIO, RAMPI, Francesco SANNA, VALIANTE, VELO e VERINI (360); NICCHI, DI SALVO, DURANTI, PANNARALE, BOCCADUTRI, FAVA, KRONBICHLER, LACQUANTI, LAVAGNO, MARCON, MELILLA, QUARANTA, SCOTTO e ZAN (1943); CARFAGNA e BERGAMINI (2044) (V. Stampati Camera nn. 360, 1943 e 2044) *del disegno di legge presentato* dal Presidente del Consiglio dei ministri (LETTA), dal Ministro della giustizia (CANCELLIERI), dal Ministro degli affari esteri (BONINO) e dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali con delega alle pari opportunità (GIOVANNINI) (V. Stampato Camera n. 2123) *e dei disegni di legge d'iniziativa dei deputati* GEBHARD, ALFREIDER, PLANGGER e SCHULLIAN (2407); FABBRI (2517) (V. Stampati Camera nn. 2407 e 2517) Trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 26 settembre 2014.

⁶⁶ Il DDL S. 1628, di cui si tratta, è reperibile sul sito del Parlamento italiano: www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44021.htm. Inizialmente l'11 gennaio 2014 il Consiglio dei Ministri, su proposta del suo Presidente Enrico Letta ha approvato un disegno di legge affinché l'ufficiale di stato civile potesse procedere con l'iscrizione del cognome materno all'atto di nascita solo in caso di accordo tra entrambi genitori. In caso contrario, ad avere l'ultima parola sarebbe stato il padre. Tale provvedimento non è mai entrato in vigore bensì è stato rinviato al Parlamento dove si è discusso, per la prima volta alla Camera, il 16 luglio 2014. L'approvazione unanime in Commissione Giustizia della Camera ha consentito, infatti, all'on. Michela MARZANO, in veste di prima firmataria, di essere la relatrice del correlativo disegno di legge in Parlamento. Dopo la discussione dei primi 3 emendamenti, che hanno raggiunto la maggioranza, però, il disegno di legge si è bloccato e per una volontà trasversale ai tutti i partiti che siedono in Parlamento ne è stata rinviata la votazione ad una data da determinarsi. L'iter è ripreso dopo l'estate, alla riapertura dei lavori parlamentari, ricevendo infine il parere favorevole della Camera verso la fine dello scorso settembre.

non discriminazione fra i coniugi; quello dell'autonomia di scelta del cognome dei figli da parte dei genitori; quello dell'unità familiare nella determinazione del cognome dei figli; quello relativo all'identità personale del figlio (come espressione dell'autonomia del figlio, anche dalle scelte genitoriali).

Il 1° comma dell'art. 1 del DDL in esame, testualmente recita: «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 quello di entrambi nell'ordine *concordato*» (corsivo aggiunto).

Si tratta di una norma – quella ora riferita – che, nella *ratio* della proposta di legge in esame, assume sicuramente un'importanza cruciale venendo, emblematicamente, a rappresentare il perno su cui ruota l'intera disciplina della materia. Essa introduce l'istituto dell'accordo fra i coniugi come strumento chiave per la determinazione del cognome parentale da trasmettere ai figli. Il comma in commento costituisce un'adeguata risposta alla sentenza della Corte EDU n. 77/07 che ha richiesto l'introduzione di una misura istitutiva di un diritto alla madre, analogo a quello già attribuito al padre, di trasmettere ai figli in esclusiva il proprio cognome sulla base di un accordo coniugale. Si tratta di una norma che nell'allontanarsi – in modo ragionevole e obiettivo – dalla regola dell'eguaglianza, valorizza sicuramente la volontà coniugale in perfetta linea con il vigente diritto di famiglia.

Nonostante, la priorità data dalla proposta di legge alla norma in questione, tuttavia, essa non costituisce l'unica e nemmeno la più importante norma chiamata a regolare la materia; così come, del resto, l'autonomia di scelta dei coniugi – posta a suo fondamento – non costituisce né l'unico, né il più importante principio preso a riferimento dal DDL di cui si tratta.

Il 2° comma dell'art. 1 di quest'ultimo infatti recita: «In caso di *mancato accordo* tra i genitori, al figlio sono attribuiti *i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico*». Nell'impianto e nella logica complessiva del DDL in oggetto, il 2° co. dell'art. 1 ora esaminato costituisce, invero, una norma di carattere generale che (ri)acquista efficacia, e quindi torna ad essere applicabile, in caso di mancato funzionamento della norma “eccezionale” sull'autonomia genitoriale prevista al comma precedente.

Per quanto, dunque, l'accordo fra i coniugi resti l'espressione più alta e significativa dell'uguaglianza morale e civile dei coniugi e della loro raggiunta unità familiare – in sintonia con tutto il nostro diritto di famiglia – tuttavia l'eventualità che questo di fatto possa mancare (o perché i coniugi non abbiano trovato un punto di convergenza o, più semplicemente, perché abbiano voluto rinunciare alla loro autonomia ed affidarsi alla legge) non può lasciare spazio ad un “vuoto normativo”. Basti qui ricordare, al riguardo, che l'attribuzione del cognome, oltre che l'oggetto di una scelta dei genitori, costituisce parte integrante del diritto di ogni individuo alla propria identità personale ed è, dunque, meritevole della più ampia protezione da parte dello Stato.

Fin qui, il corposo art. 1 del DDL in esame appare alquanto indicativo dello sforzo adoperato per il raggiungimento dell'auspicato equilibrio fra i diversi principi e valori in gioco e, quindi, per l'adattamento agli *standard* normativi garantiti dal nostro come anche dal diritto CEDU. Uno sforzo, quello ora menzionato, di cui è sicuramente espressione anche il successivo 3° co. dell'art. 1 in esame che recita: «I figli degli *stessi genitori coniugati*, nati successivamente, portano *lo stesso cognome attribuito al primo figlio*».

Al riguardo va detto che la norma in questione nel prescrivere, *ope legis*, l'unitarietà del cognome da trasmettere ai figli, si allinea alla disciplina di massima vigente in altri Paesi

europei⁶⁷. Essa pone, evidentemente, un limite alla libertà di scelta dei coniugi in ordine al cognome da dare ai figli che, pertanto, appare destinata ad esprimersi, una volta per tutte, alla nascita del primogenito. Può anche aggiungersi, in proposito, che il 3° co. dell'art. 1 DDL in esame, nel limitare la libertà dei coniugi introduce un modello di tutela dell'interesse familiare (che potrebbe, nei fatti, essere in contrasto con la volontà dei coniugi) incentrato sui figli anziché sull'intero nucleo familiare (e, tantomeno, sul rapporto matrimoniale). Un dato, quello ora rilevato, che risulta essere confermato dal DDL in esame nella parte⁶⁸ in cui estende ai figli nati fuori dal matrimonio il regime ora esaminato per i figli nati durante il matrimonio.

In questo senso, il contenuto del comma in esame mostra sicuramente di discostarsi dalle indicazioni date a riguardo dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 61 del 2006⁶⁹, secondo la quale «l'interesse alla conservazione dell'unità familiare, tutelato dall'art. 29, secondo comma, della Costituzione, [...] sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia» cioè con l'atto di matrimonio. Nel concentrare l'attenzione sulla prole (anziché sull'intero nucleo familiare o, esclusivamente, sui coniugi), il 3° co. dell'art. 1 in esame appare altresì discostarsi dal nostro diritto di famiglia che ancora prevede l'art. 143 bis c.c. sul «*Cognome della moglie*»⁷⁰ secondo cui «La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze». È vero che l'interpretazione corrente di questo chiaro residuo della famiglia patriarcale attribuisce alla moglie la facoltà, e non l'obbligo, di assumere il cognome del marito. È altrettanto vero, per contro, che la norma in esame sia pienamente in contrasto con gli

⁶⁷ Si tratta, invero, di una tendenza normativa diffusa che, tuttavia, non è esente da eccezioni. Cfr. sul punto la *Nota informativa sintetica numero 10*, prodotta il 27/05/2009 dal Servizio Biblioteca – Ufficio Legislazione straniera della Camera dei deputati (<http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/NIS16010.htm>) che contiene i passaggi essenziali delle normative che regolano la trasmissione del cognome, attualmente vigenti in alcuni Paesi europei. Essa, tuttavia, con riguardo al Regno Unito, dopo aver riferito che «l'attribuzione del cognome ai figli non è regolata da specifiche disposizioni, ma è rimessa all'autonomia dei genitori investiti della *parental responsibility*», rileva che «al momento della registrazione della nascita, al figlio può essere attribuito il cognome del padre, della madre oppure di entrambi i genitori; è altresì possibile, benché non frequente nella prassi, l'assegnazione di un cognome diverso da quello dei genitori. In caso di adozione o di riconoscimento del figlio naturale, è consentita, con il consenso di entrambi i genitori o per effetto di un provvedimento giudiziale, la modifica del cognome al momento della formazione del nuovo atto di nascita». Per altro verso, con riguardo alla Spagna si osserva (*ibidem*) che in questo Paese «vige la regola del “doppio cognome”, per cui ogni individuo porta il primo cognome di entrambi i genitori, nell'ordine deciso in accordo tra di essi. In caso di disaccordo, è attribuito al figlio il primo cognome del padre insieme al primo cognome della madre. *Una volta maggiorenne, si può proporre istanza per invertire l'ordine dei cognomi*».

⁶⁸ Nell'assimilare le famiglie di fatto, che non hanno contratto matrimonio, a quelle che invece lo hanno contratto, il DDL in esame al 1° comma dell'art. 2 (*Modifica dell'articolo 262 del codice civile, in materia di cognome del figlio nato fuori del matrimonio*) recita: «1. L'articolo 262 del codice civile è sostituito dal seguente: «Art. 262. – (*Cognome del figlio nato fuori del matrimonio*). 1. Al figlio nato fuori del matrimonio e riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori si applicano le disposizioni dell'articolo 143-*quater*. 2. Se il riconoscimento è fatto da un solo genitore, il figlio ne assume il cognome. 3. Quando il riconoscimento del secondo genitore avviene successivamente, il cognome di questo *si aggiunge* al cognome del primo genitore. A tale fine sono necessari il consenso del genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento e quello del minore che abbia compiuto i quattordici anni di età»; «6. In caso di più figli nati fuori del matrimonio *dai medesimi genitori*, si applica quanto previsto dall'articolo 143-*quater*, terzo comma» (corsivo aggiunto) che, come si è visto poc'anzi, prevede l'unicità del cognome per tutti i figli nati dalla stessa coppia di genitori.

⁶⁹ V. *supra*, par. 3.

⁷⁰ Art. 143-bis c.c. («*Cognome della moglie*»): «La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze».

obblighi CEDU così come chiaramente risulta, per analogia, nella stessa sentenza n. 77/07. Questa, infatti, nel richiamare i suoi precedenti giurisprudenziali in materia di cognome, cita la sentenza *Ünal Tekeli c. Turquie*, del 16 novembre 2004⁷¹ che aveva ad oggetto proprio una norma del diritto turco, analoga al nostro 143 bis c.c., che vieta alla donna sposata – ma non anche all'uomo sposato – di portare esclusivamente il cognome posseduto prima del matrimonio. Nel dichiarare la contrarietà della norma turca, testé ricordata, al diritto CEDU la Corte ha osservato che «*l'obligation faite à la femme mariée, au nom de l'unité de la famille, de porter le patronyme de son mari, même si elle peut le faire précéder par son nom de jeune fille, manque de justification objective et raisonnable*» (*ibidem*, §§65); e inoltre che «*si l'unité de la famille peut être manifestée par le choix du patronyme de l'époux comme nom de famille, elle peut aussi bien être manifestée par le choix de celui de l'épouse, ou par un nom commun choisi par le couple (Burghartz précité, § 28)*» (*ibidem*, § 65) (enfasi aggiunta).

Per dare coerenza all'intero sistema – e rimuovere anche questo ulteriore punto di contrasto della nostra normativa con la CEDU – sarebbe pertanto opportuno che il DDL in esame integrasse, quantomeno una rettifica della norma in questione al fine di eliminarne gli effetti discriminatori e riconoscere sia al marito che alla moglie, su un piano di parità, la facoltà di aggiungere il cognome del coniuge al proprio in virtù di un accordo coniugale. Vale ripetere in proposito usando le parole della Corte EDU, così come espresse nella sentenza n. 77/07, che «*la tradition de manifester l'unité de la famille*» che come tale trae fondamento soltanto nell'accordo fra i coniugi «*à travers l'attribution à à tous ses membres du nom de l'époux ne pouvait justifier une discrimination envers les femmes (voir, notamment, Ünal Tekeli, précité, §§ 64-65)*» (*Ibidem*, § 66).

Tornando all'esame del 3° co. dell'art. 1 DDL Garavini, va qui citata la sua ulteriore disposizione che così recita: «Il figlio al quale è stato attribuito il cognome di entrambi i genitori può trasmetterlo al proprio figlio soltanto *uno, a sua scelta*» (corsivo aggiunto). Si è già avuto modo di osservare (*supra*, nel presente paragrafo) che il DDL in questione si mostra – come nel caso in esame – alquanto rispettoso del diritto al nome, non solo perché consente al figlio di acquisire segni di identificazione rispetto a ciascun ramo genitoriale, ma altresì in quanto riconosce allo stesso il diritto alla propria identità personale in quanto distinta dalla sua identità familiare. Potrebbe pertanto essere apprezzabile che la disposizione dell'art. 1, norma testé menzionata, tesa a riconoscere una certa autonomia al figlio maggiorenne ai fini della *trasmissione*, a sua volta, del cognome ai propri figli potesse essere ulteriormente e vantaggiosamente estesa ai casi di *modifica* da parte del figlio del cognome che gli è stato attribuito alla nascita senza la necessità, come invece disposto dalla legislazione vigente, di presentare all'autorità competente una richiesta motivata e subordinata a numerosi requisiti: ciò rappresenterebbe un significativo allontanamento da quella logica inutilmente restrittiva, collegata alla società patriarcale, nella quale il cognome era destinato a perpetuarsi nel tempo, trasmettendosi di generazione in generazione con margini di scelta del tutto residuali per il singolo.

Un commento merita, infine, in questa sede l'art. 7 del DDL di cui si tratta. Questo articolo, infatti, rappresenta una clausola finale volta a disciplinare la portata e i tempi di attuazione delle modifiche introdotte dal DDL in esame alla materia dello stato civile, a decorrere dall'adozione di un apposito regolamento. Questo articolo – dopo aver rimarcato al suo 1° co. che «1. Le disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 3 si applicano alle dichiarazioni di nascita rese *dopo l'entrata in vigore del regolamento emanato ai sensi dell'articolo 5 e alle*

⁷¹ *Affaire Ünal Tekeli c. Turquie*, 16.11.2004, §§

adozioni pronunciate con decreto emesso successivamente all'entrata in vigore del regolamento medesimo. 2. Le disposizioni dell'articolo 4 si applicano alle dichiarazioni rese all'ufficiale dello stato civile dopo l'entrata in vigore del regolamento emanato ai sensi dell'articolo 5» – al suo 3° co. stabilisce che «3. Il genitore del figlio minore nato o adottato *prima* dell'entrata in vigore del regolamento emanato ai sensi dell'articolo 5 può domandare all'ufficiale dello stato civile che al cognome del figlio *sia aggiunto il cognome materno*, secondo la procedura stabilita dal regolamento medesimo. Sono necessari il consenso di entrambi i genitori, salvo che uno di essi non sia più vivente, e del figlio minore qualora abbia compiuto il quattordicesimo anno di età». A ben guardare, l'articolo in questione stabilisce un regime differenziato fra i figli nati (o adottati) dopo e quelli prima della riforma in esame della cui legittimità – ovvero ragionevolezza e obiettività – è lecito dubitare. Esso in effetti appare immotivatamente discriminatorio nei confronti delle coppie che hanno registrato i figli prima dell'entrata in vigore della riforma veicolata dal DDL in esame, che non hanno la possibilità di concordare il cognome da trasmettere ai figli ma, unicamente, di aggiungere il cognome materno a quello paterno attribuito automaticamente alla nascita.

Vale la pena in proposito richiamare un passaggio della citata sentenza *Ünal Tekeli c. Turquie* del 16 novembre 2004 che significativamente recita «67. *La Cour ne sous-estime pas les importantes répercussions qu'un changement du système, à savoir le passage d'un système traditionnel de nom de famille basé sur le patronyme de l'époux à d'autres systèmes, permettant soit à chacun des époux de garder son nom patronymique, soit au couple de choisir librement un nom de famille commun, aura inévitablement dans la tenue des registres d'état civil. Cependant, elle considère qu'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément au nom qu'elles ont choisi (voir, mutatis mutandis, Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], no 28957/95, § 91, CEDH 2002-VI)*» (*ibidem*, § 67).

L'auspicio è, dunque, che il dibattito sul DDL in oggetto riprenda al più presto il suo corso e che, in tal senso, esso possa raccogliere e riflettere adeguatamente tutte le più alte e sentite istanze del nostro tempo.