



21 APRILE 2021

Una nuova ordinanza di
"autorimessione" della Corte
costituzionale

di Giuseppe Monaco

Professore associato di Diritto costituzionale
Università Cattolica del Sacro Cuore - Piacenza



Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*

di Giuseppe Monaco

Professore associato di Diritto costituzionale
Università Cattolica del Sacro Cuore - Piacenza

Abstract [It]: La Corte costituzionale torna a sollevare innanzi a sé stessa una questione di costituzionalità, in relazione alla disciplina dell'attribuzione ai figli del cognome paterno. L'ordinanza presenta molteplici profili di interesse, sia con riferimento ad alcuni aspetti processuali del giudizio incidentale - la rilevanza e il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato - sia per quanto concerne i poteri decisorii della Corte, a fronte di una perdurante inerzia del legislatore, già sollecitato a intervenire per modificare, in coerenza con i principi costituzionali, la disciplina normativa di una determinata materia.

Abstract [En]: The Constitutional Court once again raises a question of constitutional legitimacy before itself, in relation to the discipline of attributing the paternal surname to children. The ordinance has multiple profiles of interest, both with reference to some procedural aspects of the trial - the relevance and the principle of correspondence between requested and pronounced - and with regard to the decision-making powers of the Court, in the face of a persistent inaction of the legislator, already urged to change, in line with the constitutional principles, the normative discipline of a given matter.

Parole chiave: autorimessione, Corte costituzionale, giudizio incidentale, cognome del figlio, inerzia del legislatore
Keywords: self-deferring, constitutional court, cross-examination, cognomen of the child, inertia of the legislature

Sommario: **1.** La Consulta solleva questione di legittimità costituzionale innanzi a sé stessa per superare la trasmissione automatica del cognome paterno al figlio. **2.** Corte giudice *a quo*, «pregiudizialità logica» e rilevanza della questione. **3.** Segue: autorimessione e corrispondenza tra chiesto e pronunciato. **4.** L'autorimessione come strumento per contrastare l'inerzia del legislatore, anche in assenza di «rime obbligate».

1. La Consulta solleva questione di legittimità costituzionale innanzi a sé stessa per superare la trasmissione automatica del cognome paterno al figlio

La Corte costituzionale, con la recente ordinanza 11 febbraio 2021 n. 18, torna ad occuparsi della trasmissione del cognome ai figli e, nel caso di specie, della legittimità della norma (art. 262, comma 1, c.c.) secondo cui il figlio nato al di fuori del matrimonio assume il cognome del padre se il riconoscimento viene effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori. Il tema della preferenza per il cognome paterno è già stato affrontato più volte dalla Consulta, che, anche in tempi recenti, ha riconosciuto come la prevalenza del cognome paterno comporti una violazione del principio di uguaglianza morale e

* Articolo sottoposto a referaggio.

giuridica dei coniugi, senza peraltro che tale deroga alla parità dei coniugi trovi giustificazione nella finalità di garanzia dell'unità familiare¹.

In questa circostanza il giudice *a quo* chiede alla Corte di intervenire con un'additiva sull'articolo oggetto della questione, prevedendo la possibilità che, con l'accordo dei genitori, venga trasmesso alla nascita il solo cognome materno; il contenuto normativo da aggiungere sarebbe costituzionalmente imposto, così da riconoscere il rilievo paritario dei genitori nella trasmissione del cognome al figlio. La Corte, a fronte di un simile *petitum*, ritiene che la questione sia strettamente connessa con altra più ampia, concernente la generale disciplina dell'automatica attribuzione del cognome paterno e decide pertanto di sollevare innanzi a sé una questione sempre relativa all'art. 262, comma 1, c.c. nella parte, però, in cui «in mancanza di accordo dei genitori, impone l'acquisizione dalla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori». In questa prospettiva, non si tratta dunque di trasmettere il solo cognome materno in caso di accordo tra i genitori, come richiesto dal giudice ordinario remittente, il che lascerebbe la situazione invariata nel caso di mancato accordo, con attribuzione del cognome paterno; bensì di affrontare proprio l'ipotesi in cui l'accordo non si concretizzi e verificare se in tale circostanza non si debba procedere con l'attribuzione dei cognomi di entrambi i genitori.

La scelta di procedere con un'ordinanza di autorimessione è sempre una decisione delicata, perché incide su aspetti significativi del giudizio incidentale, quali la rilevanza della questione, il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ma anche sui poteri decisori della Corte e quindi sul più generale rapporto del giudice costituzionale col legislatore. Occorre quindi comprendere le ragioni che hanno indotto la Corte a utilizzare questa tecnica, anziché concludere il giudizio eventualmente con una pronuncia di accoglimento e con l'addizione di quanto proposto dal giudice *a quo*.

Nel merito questioni analoghe sono già state affrontate dalla Corte, che nell'ordinanza in esame richiama infatti alcuni suoi precedenti. In particolare in una sentenza del 2006 la Consulta ha già evidenziato come la normativa che assicura la prevalenza del cognome paterno costituisca «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia» e «di una tramontata potestà maritale», non più coerente con il principio di uguaglianza tra uomo e donna². In quella circostanza, peraltro, il giudizio si era concluso con una pronuncia di inammissibilità, perché l'intervento manipolativo richiesto era stato ritenuto esorbitante rispetto ai poteri della Corte, rientrando piuttosto nella discrezionalità del legislatore la scelta tra le diverse

¹ Cfr. la sent. 21 dicembre 2016, n. 286.

² Così la sent. 16 febbraio 2006, n. 61. In precedenza, nel 1988, la Corte, con due distinte ordinanze (nn. 176 e 586) aveva dichiarato manifestamente inammissibili questioni analoghe, sul presupposto che essendo possibili diverse soluzioni rispetto a quella prevista dal giudice *a quo*, la scelta non poteva che essere rimessa al legislatore. In quelle due circostanze, però, la Corte aveva negato che vi fosse una violazione del diritto all'identità personale e aveva altresì giustificato il limite all'uguaglianza dei coniugi, ritenendo che non contrastasse con l'art. 29 Cost., «in quanto utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio».

discipline ipotizzabili. In una successiva pronuncia³ la Corte prende atto che, a distanza di dieci anni, il legislatore non ha ancora introdotto un diverso criterio nell'attribuzione del cognome e che pertanto, nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio, resta preclusa la possibilità di assegnare al figlio il cognome della madre e ciò comporta tanto un'irragionevole disparità di trattamento tra coniugi, non giustificata dall'esigenza di salvaguardare l'unità familiare⁴, quanto un pregiudizio dell'identità personale del minore, il quale, per effetto della normativa contestata, non può essere identificato fin dalla nascita con il cognome della madre. In considerazione quindi delle illegittimità rilevate e della persistente inerzia del Parlamento, la Corte, nella pronuncia del 2016, non dichiara inammissibile la questione, come aveva fatto dieci anni prima, ma la accoglie nei termini in cui era stata prospettata dal giudice remittente. Dichiarò quindi l'illegittimità della norma ricavabile da un complesso di disposizioni - ovvero dagli artt. 237, 262, 299 c.c.; dall'art. 72, co. 1, R.D. n. 1238 del 1939; nonché dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000 - «nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno». Con la medesima sentenza la Corte, in applicazione dell'art. 27 della l. n. 87 del 1953, dichiara in via consequenziale l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, co. 1, c.c.,⁵ norma che si riferisce al figlio nato fuori dal matrimonio e rispetto alla quale è stata nuovamente sollevata questione di costituzionalità che ha portato all'ordinanza n. 18/2021 in esame.

A seguito, dunque, dell'intervento della Corte del 2016 sul primo comma dell'art. 262 c.c., i genitori, di comune accordo, possono trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno. Il Tribunale di Bolzano, con ordinanza del 2019, sottopone alla Corte una differente questione, ritenendo che la norma sia incostituzionale anche nella parte in cui non consente, sempre nell'ipotesi di un comune accordo tra i genitori, la trasmissione al figlio del solo cognome materno. Di fronte a questa richiesta la Corte decide di allargare ulteriormente l'oggetto del proprio sindacato, coinvolgendo l'ipotesi in cui venga a mancare l'accordo tra i genitori. Solleva quindi questione di legittimità innanzi a sé sempre del primo comma dell'art. 262 c.c., proponendo una pronuncia sostitutiva: in caso di mancato accordo tra i genitori la norma sarebbe incostituzionale nella parte in cui prevede l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori.

La Corte argomenta che, qualora si limitasse ad accogliere la questione prospettata dal giudice *a quo*, resterebbe ferma l'assegnazione del cognome paterno ogni qualvolta i genitori non raggiungano un

³ Cfr. la sent. 286 del 2016 *cit.*

⁴ Già in altre circostanze la Corte aveva riconosciuto che l'unità della famiglia si rafforza proprio se viene garantita l'eguaglianza tra i coniugi. Cfr. la sent. 13 luglio 1970, n. 133, con riferimento ad una questione concernente i rapporti patrimoniali.

⁵ In applicazione dell'art. 27, secondo periodo, della l. 87/1953, la Corte dichiara altresì l'illegittimità consequenziale dell'art. 299, comma 3, c.c., nella parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione compiuta da entrambi, di attribuire, di comune accordo, anche il cognome materno al momento dell'adozione.

accordo: in sostanza troverebbe conferma la prevalenza del cognome paterno, in violazione del principio di uguaglianza e del diritto all'identità del minore e quindi in contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, ma altresì con l'art. 117 Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶. D'altra parte, secondo la Corte, la stessa previsione dell'accordo per superare l'assegnazione automatica del cognome paterno non può considerarsi del tutto in linea con l'effettiva parità tra i genitori, in quanto, il padre non avrebbe bisogno dell'accordo per ottenere l'attribuzione al figlio del proprio cognome.

2. Corte giudice *a quo*, «pregiudizialità logica» e rilevanza della questione

Per giustificare l'autorimessione la Corte si appella al «rapporto di presupposizione e di continenza» esistente tra la questione sollevata dal giudice remittente e quella prospettata dalla stessa Corte, così da configurare quest'ultima come «logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni sollevate dal giudice *a quo*».

Tale prospettazione merita qualche approfondimento. Non vi è dubbio che le due questioni siano strettamente connesse: la disposizione contestata è la medesima e le norme utilizzate come parametro dalla Corte sono le stesse individuate dal Tribunale di Bolzano, ciò che cambia è l'addizione proposta. In sostanza la Corte amplia il *petitum*, quando avrebbe potuto accogliere la questione, limitandosi a prevedere l'attribuzione del solo cognome materno in caso di accordo tra i genitori, e soddisfare così la richiesta proveniente dal giudizio *a quo*. Sceglie, invece, di preoccuparsi anche del caso in cui l'accordo non si raggiunga, proponendo in tale circostanza la soluzione ritenuta più adeguata rispetto al principio di parità tra i genitori, ovvero la trasmissione del cognome di entrambi. Nel 2016, in situazione del tutto analoga, si era attenuta strettamente al *petitum* del giudice *a quo*, concentrando il proprio esame sull'ipotesi prospettata in cui vi era un accordo tra i genitori. A distanza di pochi anni ritiene che non si possa più attendere l'intervento del legislatore, già in passato ripetutamente richiamato ai propri doveri, e propone una questione di carattere più generale. Peraltro in sede di decisione la Corte potrebbe ulteriormente allargare la portata della pronuncia, facendo ricorso all'illegittimità consequenziale ai sensi dell'art. 27, secondo periodo, della l. 87/1953, come aveva già fatto proprio con la sent. n. 286 del 2016.

⁶ Cfr. la sent. della Corte di Strasburgo, 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo contro Italia, in cui la vicenda trattata era analoga a quella in discussione innanzi al Tribunale di Bolzano, con richiesta dei ricorrenti, una coppia sposata, di attribuzione del solo cognome materno al figlio. In quella pronuncia la Corte EDU aveva riconosciuto la violazione del principio di non discriminazione, ritenendo che l'attribuzione del cognome paterno e l'impossibilità di derogare a questa regola al momento dell'iscrizione dei neonati nei registri di stato civile, denotasse una discriminazione fondata sul sesso dei genitori.

Come si intuisce, i dubbi riguardano non il merito della questione, bensì la scelta dell'autorimessione. Una prima perplessità concerne la sussistenza del requisito della rilevanza. Del resto l'autorimessione nell'ambito di un giudizio in via incidentale è stata fin da subito oggetto di attenzione sotto questo profilo. Inizialmente la Corte ha sperimentato tale strumento in sede di conflitto di attribuzione⁷ e in questo ambito la contestazione principale era legata al fatto che la Consulta avrebbe assunto nel medesimo processo il duplice ruolo di giudice e di parte.⁸ Perplessità maggiori ha suscitato il ricorso all'autorimessione proprio in sede di giudizio incidentale. Già nella prima ordinanza⁹ è stato subito difficile individuare la rilevanza rispetto al giudizio pregiudicato: in quella circostanza, infatti, la Corte aveva sollevato innanzi a sé stessa questione di legittimità in relazione alla previsione di adempimenti fiscali per la costituzione delle parti nel giudizio costituzionale, previsione che non aveva alcun legame con l'oggetto della questione proveniente dal giudice remittente¹⁰. Se meno problematiche sono apparse in linea teorica le ipotesi di autorimessione con riferimento a norme che la Corte potrebbe essere chiamata a utilizzare nel giudizio come parametro, oppure di carattere processuale¹¹, dubbi sull'effettiva rilevanza della questione sono stati prospettati¹² rispetto ad ordinanze con cui la Corte ha sollevato questione di

⁷ Cfr. l'ord. 9 aprile 1960, n. 22, secondo cui non sarebbe accettabile che proprio la Consulta fosse tenuta ad applicare leggi incostituzionali o, in alternativa, a disapplicarle, senza avviare il meccanismo per l'eventuale eliminazione delle leggi in questione con effetti *erga omnes*.

⁸ In tal senso le critiche di M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 412 ss. In senso positivo cfr. invece F. PIERANDREI, *Appunto a proposito del rinvio di una questione di legittimità da parte della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1960, I, pp. 1326 ss.; C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice "a quo"*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 212 ss.

⁹ Cfr. l'ord. 12 novembre 1965, n. 73.

¹⁰ Cfr. R. CHIEPPA, *Sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente dalla Corte costituzionale e sulla «gratuità assoluta» degli atti del procedimento avanti la Corte*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 1210; V. CRISAFULLI, *Postilla*, *ivi*, p. 1219.

¹¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Art. 137*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost.*, Bologna-Roma, 1981, p. 243. Con riferimento alla possibile illegittimità della legge delega, quale norma interposta rispetto al decreto delegato oggetto della questione di costituzionalità, si vedano le considerazioni di Crisafulli, incentrate però non tanto sulla rilevanza, quanto sul rispetto dell'art. 27 della l. 87/1953. Cfr. V. CRISAFULLI, *Interrogativi sui criteri di identificazione degli atti «con forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, pp. 720 ss.

¹² Cfr. B. CARAVITA, *Appunti in tema di "Corte giudice a quo" (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, pp. 291 ss., in particolare pp. 315 ss. L'Autore è critico nei confronti di questa tecnica, non tanto perché verrebbe messa in discussione la qualificazione della Corte come giudice, quanto perché, per un verso, nel momento in cui la rilevanza tende a sfumare, non si riesce più a individuare un limite alla discrezionalità della Corte a introdurre questioni di costituzionalità; per altro verso, afferma l'Autore, «dietro questo strumento si nasconde in realtà il fantasma dell'officialità dell'azione, della rottura del principio dispositivo».

costituzionalità delle norme ritenute presupposto di quelle impugnate¹³, oppure costituenti il c.d. *tertium comparationis* nei giudizi instaurati per violazione del principio di uguaglianza¹⁴.

Nell'ordinanza in esame si può evidenziare qualche perplessità rispetto alla rilevanza - sempre che non si voglia attribuire alla nozione di rilevanza un significato differente rispetto a quello consueto, quando sia la Corte a porsi come giudice *a quo*, ipotesi pure avanzata in dottrina¹⁵ - sia nell'accezione di "applicabilità" nel giudizio principale della norma oggetto della questione di costituzionalità¹⁶, sia che la si intenda come "necessaria influenza" di un'eventuale pronuncia di accoglimento rispetto al giudizio *a quo*¹⁷. Nel caso di specie le due questioni, come detto, sono sicuramente connesse, ma non sembra che si possa parlare di

¹³ Cfr. l'ord. 10 ottobre 1975, n. 230. Si veda anche l'ord. 5 luglio 1995, n. 297. In questa circostanza il giudice *a quo* aveva rimesso alla Corte questione di legittimità della disposizione che stabiliva l'incandidabilità per coloro che fossero stati rinviati a giudizio per semplice detenzione di sostanze stupefacenti. La Corte decise di sollevare questione innanzi a sé stessa con riferimento alla stessa disposizione, ma coinvolgendo una norma più ampia, ovvero la previsione della non candidabilità a seguito di un semplice rinvio a giudizio, a prescindere dal reato contestato e quindi in relazione a diversi profili e motivi. La Corte aveva poi accolto la questione con la sent. 6 maggio 1996, n. 141 e con la medesima pronuncia aveva dichiarato altresì l'illegittimità in via consequenziale di altre disposizioni che prevedevano la non candidabilità anche nell'ipotesi di sentenza di condanna non ancora passata in giudicato o di applicazione non definitiva di misure di prevenzione.

¹⁴ Cfr. l'ord. 16 giugno 1970, n. 100 o anche l'ord. 19 giugno 1980, n. 95.

¹⁵ Cfr. L. CARLASSARE, *Riflessioni sulla Corte costituzionale come giudice "a quo" e sui giudizi di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 848.

¹⁶ Cfr. P. CARNEVALE, *"Irrilevanza di fatto e sopravvenuta" e valutazione giudiziale della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1984, pp. 2392 ss. e, in tempi più recenti, ID., *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del Giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 393 ss. Secondo l'Autore solo la rilevanza-applicabilità ha portata universale, qualità che manca alla rilevanza-influenza, ipotizzabile solo per le questioni che portino ad una decisione di accoglimento. Inoltre «la monodimensionalità del requisito della rilevanza circoscritta al solo profilo della applicabilità della norma-oggetto» sarebbe altresì confermata da alcuni indici dell'autonomia del giudizio di costituzionalità (art. 18 N.I.; assenza di parti necessarie; giurisprudenza in tema di irrilevanza di fatto e sopravvenuta).

¹⁷ Cfr. F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, p. 172; G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, pp. 80 ss.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, p. 105; S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 365-366. La giurisprudenza della Corte sembra intendere la rilevanza come stretta pregiudizialità della questione di costituzionalità, escludendo la rilevanza qualora l'eventuale accoglimento della questione sollevata dal rimettente non abbia alcun rilievo nel giudizio *a quo* (ord. 27 dicembre 2013, n. 326). Quindi, «ai fini dell'apprezzamento della rilevanza, ciò che conta è la valutazione che il rimettente deve fare in ordine alla possibilità che il procedimento pendente possa o meno essere definito indipendentemente dalla soluzione della questione sollevata» (sent. 30 aprile 2015, n. 71), sussistendo la rilevanza quando dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione censurata dovesse perlomeno derivare un cambiamento del quadro normativo assunto dal giudice rimettente (sent. 20 maggio 2019, n. 122). La Corte non ha peraltro mancato di evidenziare che, ai fini dell'ammissibilità delle questioni di legittimità in via incidentale, non rilevano gli effetti che un'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale possa produrre per le parti in causa. Cfr. di recente la sent. 4 dicembre 2019, n. 253, in cui la Consulta, dopo avere affermato che per l'ammissibilità della questione è sufficiente che la disposizione censurata sia applicabile nel giudizio *a quo*, precisa che «anche nella prospettiva di un più diffuso accesso al sindacato di costituzionalità (messa in risalto, tra le pronunce più recenti, dalla sentenza n. 77 del 2018) e di una più efficace garanzia della conformità a Costituzione della legislazione (profilo valorizzato, da ultimo, nella sentenza n. 174 del 2019), il presupposto della rilevanza non si identifica con l'utilità concreta di cui le parti in causa potrebbero beneficiare a seguito della decisione (sentenza n. 20 del 2018)» (punto 6 del considerato in diritto).

vera e propria pregiudizialità, nel senso che la soluzione della questione sollevata dalla Corte sia indispensabile per decidere il giudizio di cui era precedentemente investita. In questa circostanza non si tratta di sollevare la questione rispetto al *tertium comparationis* in un giudizio fondato sul principio di uguaglianza e neppure, più in generale, rispetto ad altra norma la cui legittimità debba essere necessariamente valutata in via pregiudiziale, al fine di evitare che la stessa Corte costituzionale sia costretta ad applicare leggi di dubbia costituzionalità; salvo che non si voglia ritenere incostituzionale la norma che deriverebbe per effetto dell'addizione proposta dal giudice *a quo*. Non sembra però che si possa rientrare in un'ipotesi simile, tanto più che un'addizione analoga era stata effettuata proprio dalla Corte nella sent. n. 286 del 2016. La decisione risponde piuttosto alla volontà della Corte di manipolare il testo della disposizione contestata in modo diverso da come proposto, così da consentire l'attribuzione del cognome materno anche nell'ipotesi in cui non si raggiunga alcun accordo tra i due genitori e, quindi, alla volontà di impedire la sopravvivenza di norme illegittime. La scelta effettuata dalla stessa Corte nel 2016, che si era limitata a prevedere un'addizione per consentire ai coniugi o ai genitori di aggiungere, di comune accordo, il cognome materno, oggi non è più ritenuta sufficiente, perché in tutte le situazioni - diverse però da quella da cui ha avuto origine il giudizio - in cui il padre non dovesse prestare il proprio consenso, sarebbe preclusa la possibilità di aggiungere il cognome della madre, in violazione del principio di uguaglianza. Resta il fatto che l'accoglimento della questione sollevata dalla Corte non sembra indispensabile per dare una risposta al Tribunale di Bolzano e per concludere quindi il giudizio *a quo*. Anzi, l'addizione che la Corte propone nell'ordinanza in esame, non soddisfa neppure la richiesta delle parti del giudizio *a quo*, le quali si sono rivolte al giudice ordinario per ottenere l'attribuzione del cognome materno in via esclusiva, mentre la Corte con la nuova questione propone l'acquisizione alla nascita del cognome di entrambi i genitori.

3. Segue: autorimessione e corrispondenza tra chiesto e pronunciato

L'ordinanza in esame, poi, come in generale le ordinanze di autorimessione, pone ulteriori problemi anche rispetto al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, espresso col noto brocardo *ne eat index ultra petita partium*, principio, del resto, strettamente correlato alla rilevanza¹⁸. è pur vero che l'applicabilità di detto principio nell'ambito del giudizio incidentale è stata contestata in dottrina, perché in tale giudizio, si è detto, non ci sarebbe una domanda e neppure un potere dispositivo delle parti.¹⁹ La

¹⁸ Il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato è stato qualificato come «l'altra faccia della rilevanza». Così A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 244.

¹⁹ Così F. SAJA, *Introduzione ai lavori del seminario*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, p. 3; ID., *Significato del divieto di ultrapetizione nel giudizio costituzionale incidentale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Antonino De Stefano*, Milano, 1990, p. 141; F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rass. dir.*

Corte non sarebbe tenuta ad attenersi al *thema decidendum* anche perché, essendo il giudizio incidentale un giudizio a parti eventuali²⁰, non potrebbe avere come scopo essenziale, quello di assicurare il rispetto del contraddittorio per ogni elemento della decisione²¹. Ed il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato viene normalmente letto²² come corollario proprio degli altri due principi sopra richiamati, quello della domanda e quello del contraddittorio, tra loro, peraltro, strettamente intrecciati²³. È anche vero, però, che l'art. 27, prima parte, della l. 87 del 1953 richiama, sia pure con una formulazione poco precisa, il principio *ne eat iudex ultra petita partium*, nel momento in cui stabilisce che la Corte «dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime»: nel giudizio incidentale è l'ordinanza del giudice remittente che identifica il *thema decidendum* e costituisce il "chiesto"²⁴ e quindi il limite entro cui la Corte può muoversi²⁵. La stessa Corte ha fatto implicito e anche esplicito riferimento al principio in questione²⁶, sebbene abbia poi cercato di adattarlo alle peculiarità del giudizio

pubbl., 1966, pp. 312 ss.; L. CARLASSARE, *I diritti davanti alla Corte costituzionale: ricorso individuale o rilettura dell'art. 27 l. n. 87 del 1953?*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, pp. 220 ss.; P. BARILE, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio "a quo"*, cit., pp. 265 ss., secondo il quale, peraltro, nel caso di allargamento del *thema decidendum*, la Corte dovrebbe procedere proprio con lo strumento dell'autorimessione, così da garantire il pieno contraddittorio.

²⁰ Per questa definizione cfr. G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 227. Il giudizio incidentale sulle leggi è stato anche definito un giudizio "senza parti" (così R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985), oppure "a parti non necessarie" (così G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1988, p. 136).

²¹ Così E. CATELANI, *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Milano, 1993, p. 141.

²² Cfr. in tal senso E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, pp. 387 ss.

²³ Cfr. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1953, p. 6; M. NIGRO, *Domanda (principio della)*, II. *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1.

²⁴ Cfr. R. DI MARIA, *Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel giudizio di legittimità costituzionale. L'insopprimibile iato fra giudizio principale e giudizio incidentale*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, pp. 65 ss.

²⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 208 ss., secondo cui il *thema decidendum* è dato dai «termini» della questione indicati nell'ordinanza e cioè dalle disposizioni di legge oggetto del controllo e da quelle che costituiscono il parametro; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004, p. 264, che ricollega il principio in questione alla necessaria garanzia del contraddittorio e a quella dell'incidentalità; M. ESPOSITO, *Sul principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 1127 ss., il quale individua quale ulteriore fondamento del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, accanto ai principi della domanda e del contraddittorio, l'imparzialità del giudice; C. MORTATI, *Sulla corrispondenza fra "chiesto e pronunciato" nei giudizi di costituzionalità* (1959), ora in ID., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, p. 843; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 964 ss.; A. PIZZORUSSO, *Art. 137*, cit., p. 282; G. MONACO, *La concretezza del giudizio sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016, pp. 36 ss.

²⁶ Si veda ad esempio la sent. 4 giugno 2014, n. 155, in cui la Corte richiama espressamente l'art. 27 della l. 87/1953 e precisa che il perimetro dello scrutinio di legittimità costituzionale è definito dai limiti dell'impugnazione, che si evidenziano sulla base dei parametri evocati dall'ordinanza di rimessione o analogamente la sent. 5 dicembre 2018, n. 222. Si può poi ricordare la giurisprudenza che richiede al giudice *a quo*, a pena di inammissibilità, di pronunciarsi chiaramente sul significato giuridico delle norme che egli sottopone al controllo di costituzionalità, in modo da circoscrivere il *thema decidendum* del giudizio incidentale (cfr. la sent. 27 luglio 2020, n. 168); ma anche quella giurisprudenza costante secondo cui l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione e pertanto «non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti sia che siano stati eccepiti ma non fatti propri dal giudice

costituzionale, in considerazione della portata degli interrogativi sollevati dal "caso", manipolando la determinazione del *thema decidendum* alla luce degli interessi costituzionalmente tutelati che volta per volta venivano in rilievo²⁷. In diverse circostanze la Corte ha mostrato di intendere in modo elastico il principio in questione, ma resta il fatto che, come rilevato già in passato da autorevole dottrina, l'estensione al giudizio di costituzionalità della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in collegamento col requisito della rilevanza «bene assolve alla funzione di circoscrivere a quanto strettamente necessario il potere della Corte di provocare la caducazione di leggi o norme di legge»²⁸; in assenza di tale principio il potere della Corte sarebbe «indeterminato nella sua estensione e quindi sterminato»²⁹.

Con l'autorimessione la Corte non si limita a precisare la portata della questione e fuoriesce dai confini tracciati dal giudice remittente. Con l'ordinanza n. 18/2021 si premura di spiegare le ragioni, affermando che «il modo in cui occasionalmente sono poste le questioni incidentali di legittimità costituzionale non può impedire al giudice delle leggi l'esame pieno del sistema nel quale le norme denunciate sono inserite». Si passa quindi dalla questione prospettata dal giudice *a quo*, al sindacato pieno del «sistema» in cui le norme contestate si inseriscono. Non si tratta più di allargare il giudizio per includere una norma la cui applicazione è pregiudiziale rispetto a quella contestata nel giudizio *a quo*, nei limiti in cui ciò è necessario per evitare che la Corte sia costretta a fare applicazione di una norma illegittima; si tratta piuttosto di eliminare un principio generale, perché legato a una concezione patriarcale della famiglia, ormai superata e incoerente col principio di uguaglianza tra genitori e tra uomo e donna, senza però che tale eliminazione sia indispensabile per dare risposta al caso concreto da cui ha avuto origine il giudizio di costituzionalità. Si ripropone dunque il dubbio circa la delimitazione del *thema decidendum* e cioè l'interrogativo se a rilevare siano soltanto la norma impugnata e il parametro, oppure se il *thema decidendum* venga inciso anche dalla modifica della soluzione additiva proposta dal giudice remittente. In tante altre circostanze la Corte ha accolto la questione nei rigorosi limiti in cui le era stata prospettata, attenendosi quindi all'addizione proposta dal giudice *a quo*³⁰, ritenendosi vincolata a tali limiti, e ciò appare coerente con quella giurisprudenza che richiede al giudice *a quo* di specificare il "verso" dell'addizione a pena di inammissibilità

a quo, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze» (di recente cfr. la sent. 31 luglio 2020, n. 186).

²⁷ Cfr. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, p. 262. Cfr. anche G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., IX, Torino, 1994, p. 160. Secondo l'Autore il *thema decidendum* è compiutamente definito nell'ordinanza di rimessione; spetta comunque alla Corte «precisare» la portata effettiva della questione, «senza fermarsi alle espressioni letterali impiegate dal giudice a quo, rimanendo però nei limiti da esso tracciati»; V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Giudizio "a quo"*, cit., pp. 308 ss.; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., p. 243, secondo i quali la situazione normativa è "codeterminata" dal giudice *a quo* e dalla Corte e, sovente, "riplasmata" da quest'ultima.

²⁸ Così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, pp. 378-379.

²⁹ Così F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, cit., p. 964.

³⁰ Così ad esempio la sent. 1 aprile 1992, n. 148, in tema di adozione.

della questione stessa³¹. Con l'ordinanza in esame, invece, la Corte sceglie una strada diversa e mostra evidentemente di intendere il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato in modo meno rigido, con l'obiettivo di «coprire le zone d'ombra del giudizio di costituzionalità»³², assumendo, nella veste di giudice *a quo*, i caratteri di un organo di chiusura del sistema.

4. L'autorimessione come strumento per contrastare l'inerzia del legislatore, anche in assenza di «rime obbligate»

La scelta della Corte, con l'ordinanza in esame, di sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi a sé stessa è strettamente legata alla perdurante inerzia del legislatore, già in passato invitato dalla Consulta ad una sollecita rimodulazione della disciplina. La Consulta avrebbe potuto attendere che la questione fosse sollevata nuovamente nell'ambito di un giudizio in cui i genitori non avessero raggiunto l'accordo sull'attribuzione del cognome al figlio. Ha preferito, invece, non ritardare ulteriormente il proprio intervento e ha affermato che, pur essendo «legittimamente prospettabili soluzioni normative differenziate, l'esame di queste specifiche istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali, non può essere pretermesso, poiché l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia». Ripropone dunque un bilanciamento tra la garanzia della legalità costituzionale da un lato e la discrezionalità del legislatore dall'altro che aveva già effettuato di recente in altre circostanze³³; bilanciamento che viene risolto in favore del primo interesse, sulla scia di quella dottrina che in passato ha rivendicato l'autonomia e l'indipendenza del giudizio di legittimità costituzionale rispetto al giudizio *a quo*, dal quale la Corte si limiterebbe a trarre soltanto lo spunto per poi affrontare una questione di interesse generale, in considerazione di quella che costituirebbe la funzione propria della Corte, ossia assicurare la legalità costituzionale dell'ordinamento giuridico³⁴.

³¹ Per una critica di questa giurisprudenza si veda F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in AA.VV., *Giudizio “a quo”, cit.*, pp. 327 ss.

³² Così F. MARONE, *Sindacato della Corte costituzionale in materia elettorale e coerenza processuale: la strada non coltivata dell'autorimessione*, in *Riv. A.I.C.*, n. 1/2018, p. 11.

³³ Cfr. la sent. 22 novembre 2019, n. 242, sulla "vicenda Cappato", in cui la Corte aveva già affermato che «decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità» (punto 4 del considerato in diritto).

³⁴ Cfr. F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie, cit.*, pp. 221 ss. L'Autore afferma esplicitamente che «l'interesse pubblico o generale alla permanenza in vigore delle leggi non difformi dalla Costituzione, e soltanto di esse, sembra dover prevalere, in ogni caso di ragionevole timore che esso possa restare insoddisfatto» (p. 304); C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio “a quo”, cit.*, pp. 63 ss. L'Autore qualifica il rapporto tra processo principale e giudizio incidentale di costituzionalità in termini di completa autonomia e ritiene che il processo costituzionale non possa essere «la culla delle coerenze processuali» in quanto riguarda l'effettività del sistema di governo nel suo complesso. Sul tema, per posizioni diverse, si veda, a titolo esemplificativo, G. ZAGREBELSKY, *Diritto*

Resta qualche perplessità su un tale bilanciamento, perché il rispetto della discrezionalità del legislatore non sembra costituire un interesse costituzionalmente tutelato alla stregua di altri principi di carattere sostanziale che vengono in rilievo nel giudizio di costituzionalità e che rientrano, eventualmente, in un'operazione di bilanciamento, ma costituisce proprio uno dei limiti fondamentali cui va incontro la Corte costituzionale nello svolgimento della propria funzione di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi. Nel momento in cui tale limite viene sottoposto a bilanciamento, il rischio è che esso possa risultare sempre recessivo rispetto all'interesse alla legalità costituzionale dell'ordinamento, la cui garanzia rappresenta uno degli obiettivi all'origine della Corte costituzionale.

Riagganciandoci al tema della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, se si portasse alle estreme conseguenze l'affermazione sopra richiamata, la Corte potrebbe in generale ritenere non vincolante il parametro individuato dal giudice *a quo*: risponderebbe infatti all'interesse generale e obiettivo alla legalità costituzionale dell'ordinamento il fatto che da esso vengano espunte norme incostituzionali, a prescindere dai profili di illegittimità indicati dal giudice remittente.

Inoltre, diventerebbe ancora più sfumato il confine tra l'attività legislativa propria del Parlamento e l'attività della Corte, rispetto alle sentenze additive pronunciate nei limiti delle c.d. «rime obbligate», perché in tali circostanze, si è soliti osservare, la Corte non crea liberamente la norma, ma si limita a individuare quella già implicita nel sistema³⁵. Se però il rispetto della discrezionalità del legislatore cede di fronte alla necessità di impedire la permanenza nell'ordinamento di norme illegittime, allora rischiano di venir meno i limiti faticosamente costruiti da dottrina e giurisprudenza con riguardo agli interventi manipolativi della Corte.

Negli ultimi anni la dottrina delle «rime obbligate» ha, in realtà, già dato segni evidenti di cedimento, soprattutto nel campo del diritto penale e in particolare con riferimento alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio³⁶. Sono già numerose le pronunce con cui la Corte è entrata nel merito di questioni che fino al 2016 avrebbe dichiarato inammissibili per l'assenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata e lo ha fatto superando esplicitamente tale argomentazione. Secondo la Corte un suo intervento è possibile in presenza di scelte sanzionatorie che si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli, anche nel caso in cui dal sistema legislativo possano trarsi una pluralità di

processuale costituzionale?, in AA.VV., *Giudizio "a quo", cit.*, pp. 105 ss.; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, in particolare pp. 215 ss.

³⁵ Così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 1707; ID., *Lezioni, cit.*, pp. 407-408.

³⁶ Sul tema cfr. D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, n. 2/2021, pp. 5 ss.; V. GIANNELLI, *Dalle rime obbligate al dispositivo "cedevole". Brevi note sugli ultimi approdi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità delle sanzioni penali*, in *federalismi.it*, n. 15/2020, pp. 85 ss.

soluzioni legittime, pure alternative tra loro³⁷. Non vi è dunque inammissibilità della questione nell'ipotesi in cui il giudice remittente abbia individuato nell'ordinamento una «soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata»³⁸. Per giustificare il superamento della precedente e consolidata giurisprudenza la Consulta insiste, da un lato, proprio sull'inerzia del legislatore a fronte di precedenti e pressanti inviti³⁹ e, dall'altro, sull'attinenza della questione a diritti fondamentali, che non possono tollerare ulteriori compromissioni.

Nel caso di specie, che non rientra nell'ambito della proporzionalità della pena, il bilanciamento effettuato dalla Consulta appare meno giustificabile, laddove si consideri che le parti del giudizio *a quo* avrebbero comunque ricevuto adeguata tutela da una pronuncia additiva conforme alla richiesta del giudice remittente e non vi sarebbe stata quindi una compromissione in concreto di diritti fondamentali.

La sensazione è che la Corte abbia voluto incrementare la pressione sul Parlamento, preavvisando che, in caso di ulteriore inerzia dello stesso, potrebbe non solo risolvere la questione prospettata dal giudice *a quo*, ma intervenire sul più generale principio concernente l'attribuzione automatica del cognome paterno, a prescindere da ipotetici accordi tra i genitori. E ciò in considerazione del fatto che le problematiche costituzionali evidenziate nella presente ordinanza sono già state messe in luce in precedenti pronunce in cui è stato rivolto un invito al legislatore a disciplinare la materia. Sembra dunque, come è stato suggerito in dottrina⁴⁰, e in realtà esplicitato di recente dalla stessa Corte, che per la Consulta il limite delle «rime obbligate» operi solo in occasione del primo intervento, ma che in seconda battuta la Corte si ritenga legittimata ad andare oltre le «rime obbligate», accettando l'idea che la discrezionalità del legislatore non possa costituire un limite invalicabile.

La Consulta in questi ultimi anni è alla ricerca di nuove strade per indurre il legislatore a non procrastinare troppo il proprio intervento, come ad esempio in occasione del "caso Cappato"⁴¹. In quella circostanza la Corte aveva evidenziato che i delicati bilanciamenti tra i diversi interessi costituzionali venuti in rilievo

³⁷ Cfr. la sent. 7 dicembre 2018, n. 233. Secondo la Corte ciò che conta, ai fini dell'ammissibilità della questione, è che il giudice *a quo* abbia indicato puntualmente «previsioni sanzionatorie rinvenibili nell'ordinamento che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore, una volta emendata dai vizi di illegittimità adottati, sempre se riscontrati». Analogamente cfr. la sent. 5 dicembre 2018, n. 222, o la sent. 10 novembre 2016, n. 236, in cui si afferma che la valutazione della Corte sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo, per non sovrapporsi alla discrezionalità del legislatore.

³⁸ Così la sent. 8 marzo 2019, n. 40.

³⁹ A maggior ragione, poi, se il legislatore sia intervenuto sul testo della disposizione, senza tenere conto, però, di precedenti moniti della Corte, come ad esempio avvenuto con riferimento alla previsione (art. 131-bis c.p.) di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Cfr. la sent. 21 luglio 2020, n. 156.

⁴⁰ Cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, pp. 59-60. Secondo l'Autore il limite della discrezionalità del legislatore può essere ritenuto solo "relativo" e quindi superabile nel caso in cui l'inerzia del legislatore produca omissioni incostituzionali.

⁴¹ Cfr. l'ord. 16 novembre 2018, n. 207.

sarebbero spettati in linea di principio al legislatore e che in situazioni analoghe la stessa Corte in passato aveva pronunciato l'inammissibilità della questione, accompagnandola con un monito al legislatore affinché si adoperasse per eliminare il rilevato vulnus alla Costituzione. In considerazione, però, della peculiarità della situazione, anziché concludere il giudizio, aveva disposto il rinvio della trattazione ad una nuova udienza, a distanza di circa un anno, sollecitando un intervento *medio tempore* del legislatore per eliminare l'incostituzionalità rilevata e per disciplinare in modo compiuto la materia dell'aiuto al suicidio. In assenza, poi, dell'intervento richiesto, aveva chiuso il giudizio con una sentenza additiva piuttosto complessa, al di fuori di «rime obbligate» e con l'ulteriore auspicio di una sollecita disciplina legislativa conforme ai principi enunciati in sentenza⁴². Un percorso analogo è stato poi seguito in relazione alle sanzioni previste per il delitto di diffamazione a mezzo stampa⁴³. Anche in questa circostanza la Corte, dopo avere evidenziato che il bilanciamento tra libertà di stampa e reputazione della persona attualmente previsto dal legislatore è ormai inadeguato, laddove prevede l'applicazione di pene detentive per il giornalista, ha ritenuto che la rimodulazione dello stesso spetti in primo luogo al legislatore, mentre alla Consulta spetti il compito di verificare *ex post* la compatibilità con la Costituzione delle scelte legislative, rimanendo nell'ambito del *devolutum* e dei limiti che segnano il confine dei suoi poteri decisorii. Proprio in considerazione di ciò, la Corte ha disposto il rinvio dell'udienza, per consentire nel frattempo al legislatore, in uno spirito di leale collaborazione, di approvare una nuova disciplina della materia.

Nel caso di specie il mero rinvio dell'udienza di trattazione non sarebbe soddisfacente rispetto ai desiderata della Corte, che intende rimettere in discussione, come detto, la più generale disciplina dell'attribuzione del cognome e la previsione della preferenza in linea di principio per il cognome paterno. Il risultato è però analogo: la Corte non chiude il giudizio, dichiarando l'inammissibilità della questione con un monito al Parlamento - che potrebbe rimanere inascoltato almeno fino alla prossima questione - oppure accogliendola nei limiti del *thema decidendum* definito dal giudice *a quo*. Il legislatore è piuttosto avvisato che, in mancanza di un pur auspicato intervento, la Corte affronterà la questione nel merito così come da essa stessa formulata, senza particolari ritrosie per la presenza di diverse soluzioni normative astrattamente immaginabili e sebbene nel caso di specie l'intervento del legislatore appaia particolarmente utile, anche solo al fine, ad esempio, di regolare la scelta del cognome per i nati che abbiano fratelli o sorelle maggiori, ai quali è stato già attribuito il solo cognome paterno. La Corte lascia al Parlamento la

⁴² Cfr. la sent. 242 del 2019, *cit.* La Corte anche in questa circostanza è consapevole di avere davanti a sé diverse soluzioni non costituzionalmente vincolate, ma, convinta della necessità di non poter procedere con l'inammissibilità o con l'annullamento secco, ricerca nel sistema vigente i punti di riferimento da utilizzare nelle more dell'intervento del Parlamento. Nel senso che la Corte sia riuscita a individuare una disciplina immediatamente utilizzabile «senza ledere fortemente la discrezionalità del legislatore» si veda S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osserv. cost.*, n. 2/2020, p. 294.

⁴³ Cfr. l'ord. 26 giugno 2020, n. 132.

possibilità di intervenire in prima battuta, ma al contempo avvisa che, in assenza di una nuova disciplina, non si fermerà neppure di fronte al limite della discrezionalità del legislatore⁴⁴.

Non è questa la sede per riaprire il dibattito, in realtà mai sopito, sulla natura della Corte e del giudizio costituzionale, ma non si può non rilevare che l'ordinanza in questione si inserisce in un nuovo e più ampio percorso di ripensamento da parte della Corte tanto dei propri poteri decisori⁴⁵, quanto più in generale degli strumenti del processo, per fronteggiare l'inerzia del legislatore e per evitare il formarsi di zone franche, soprattutto nel campo dei diritti fondamentali. La Corte sembra volersi riappropriare di quella elasticità⁴⁶ nella gestione del processo che le consente di muoversi più agevolmente verso il traguardo della decisione ritenuta volta per volta più ragionevole⁴⁷.

Per quanto concerne la scelta di una soluzione costituzionalmente adeguata in assenza di «rime obbligate», la Corte si impegna nella ricerca, all'interno del sistema legislativo vigente, dei punti di riferimento necessari per dare una risposta adeguata alle esigenze manifestate nel giudizio *a quo*, perché, come enunciato dalla stessa Consulta, l'obiettivo del controllo «non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze»⁴⁸. Il tutto, si ribadisce, a seguito di moniti rimasti privi di ascolto da parte del legislatore e nell'ottica della tutela di specifici e concreti diritti fondamentali, che potrebbero ricevere pregiudizi inaccettabili qualora la Corte optasse per una pronuncia di inammissibilità della questione. D'altra parte anche l'accoglimento secco

⁴⁴ Subito dopo il deposito dell'ordinanza in esame sono state pubblicate due sentenze in tema di procreazione medicalmente assistita eterologa, con cui la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione «per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario», ma al contempo ha dichiarato che «non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia». Così la sent. 9 marzo 2021, n. 32, mentre nella coeva sent. 9 marzo 2021, n. 33, la Corte conclude che «di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistemica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore».

⁴⁵ Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in Riv. A.I.C., n. 2/2019, pp. 644 ss. A tal proposito si possono ricordare anche le pronunce con cui la Corte cerca di incidere sugli effetti delle proprie sentenze. A parte la nota sent. 11 febbraio 2015, n. 10, sui limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale, si può pensare, da ultimo, alla sent. 17 marzo 2021, n. 41, che, se da un lato dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune previsioni concernenti la magistratura onoraria, dall'altro consente l'applicazione della normativa illegittima fino al completamento del riordino della magistratura onoraria stessa (previsto per il 31 ottobre 2025), riconoscendo dunque «una temporanea tollerabilità costituzionale».

⁴⁶ Cfr. D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate*, cit., p. 26, che parla di «estrema elasticità» con cui la Corte maneggia il processo costituzionale, potendo così tenere conto della dinamica dell'ordinamento costituzionale.

⁴⁷ Riecheggiano le riflessioni di Mezzanotte, secondo cui nel giudizio di costituzionalità «si sottopone a una sorta di bilanciamento, espresso, tacito o implicito, tutto quanto ha rilievo ai fini di un esito ragionevole, non importa se processuale o di merito, delle questioni di costituzionalità». Così C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, cit., p. 69.

⁴⁸ Così la sent. 10 novembre 2016, n. 236.

potrebbe favorire la formazione di lacune nell'ordinamento, con conseguenze negative sulla certezza del diritto, nell'attesa che il legislatore intervenga, o comunque sulla protezione di diritti fondamentali, come evidenziato chiaramente dalla Consulta in occasione della "vicenda Cappato". Il timore, però, è che in questo percorso dalle «rime obbligate» ai c.d. «versi sciolti», dalle soluzioni costituzionalmente vincolate - o almeno ricostruite in questi termini - a quelle semplicemente non arbitrarie tra le diverse possibili, non sia sufficiente la precedenza riservata al legislatore per evitare confusione di ruoli e scontri istituzionali. La discrezionalità del giudice costituzionale aumenta⁴⁹ e diviene sempre più difficile l'individuazione di un confine⁵⁰ quando tutto si misura in termini di ragionevolezza e tutto può essere oggetto di bilanciamento⁵¹.

Maggiori perplessità, come visto, suscitano poi altre scelte e argomentazioni dell'ordinanza in esame, con riferimento in generale all'incidentalità del giudizio e in particolare alla rilevanza e alla corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Traspare sempre più una visione dell'attività della Corte orientata *principaliter* alla tutela della legalità costituzionale dell'ordinamento, e quindi nella direzione di una maggiore autonomia del giudizio costituzionale rispetto al giudizio principale. Allontanarsi dagli approdi, per quanto sicuramente non definitivi, cui era giunta la giurisprudenza soprattutto sul requisito della rilevanza e quindi nella definizione del giudizio incidentale, rischia di alterare sostanzialmente quel difficile equilibrio tra le due "anime" della Corte, quella "politica" e quella "giurisdizionale"⁵², ma, come già affermava Pizzorusso, è nel carattere giurisdizionale della Corte «che risiede il miglior possibile presidio della sua indipendenza e della sua funzionalità» e tale carattere è garantito proprio da una disciplina del processo costituzionale che riduca, per quanto possibile, la discrezionalità della Corte⁵³.

⁴⁹ Cfr. D. MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate", benché non "obbligate"*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 696 ss.

⁵⁰ Cfr. A RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 27 novembre 2019. L'Autore esprime il suo dissenso rispetto alla pronuncia e nei confronti della scelta di abbandonare le rime obbligate. L'attività della Corte, nella prospettiva dell'Autore, è divenuta ormai «una vera e propria legislazione rivestita delle candide forme della sentenza», ma «lo snaturamento dei ruoli istituzionali è un prezzo che l'ordinamento costituzionale non è in grado di pagare, dal momento che ne sarebbero fatalmente contagiati gli stessi diritti». Diversamente cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?*, cit., p. 63, secondo cui in queste situazioni il problema vero non è costituito dall'attivismo della Corte e non può essere risolto dai giudici costituzionali, riguardando piuttosto la tenuta del sistema rappresentativo e quindi la «rifondazione del ruolo del Parlamento come organo capace di "mediare per decidere"».

⁵¹ A tal proposito si veda la sent. n. 10 del 2015, *cit.*, punti 7 e 8 del considerato in diritto.

⁵² Cfr. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999, p. 15; p. 78, il quale già evidenziava come il giudizio di ragionevolezza avesse reso sottile il crinale che dovrebbe distinguere la legittimità dal merito della legge e come la linea di separazione tra i due poteri nel giudizio di costituzionalità fosse ancora molto incerta, con equilibri variabili. Sul tema cfr. per tutti R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima politica e quella giurisdizionale. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017, pp. 1 ss.

⁵³ Così A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, p. 149.