

Rivista N°: 4/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 21/11/2017

AUTORE: Nicolò Zanon*

CORTE COSTITUZIONALE, EVOLUZIONE DELLA “COSCIENZA SOCIALE”, INTERPRETAZIONE DELLA COSTITUZIONE E DIRITTI FONDAMENTALI: QUESTIONI E INTERROGATIVI A PARTIRE DA UN CASO PARADIGMATICO**

Sommario: 1. Contraddittorio formale e contesto sostanziale del processo costituzionale in tema di diritti della personalità – 2. Il diritto al cognome materno come caso paradigmatico di processo costituzionale con pluralità sostanziale di attori - 3. La “storia” del caso: le ordinanze n. 176 e 586 del 1988, l'emersione di una coscienza sociale in mutamento e il ruolo del legislatore – 4. La sentenza n. 61 del 2006: la Corte interpreta i mutamenti della coscienza sociale ma i suoi poteri sono limitati – 5. La sentenza n. 286 del 2016 – 6. Quando e perché una norma di legge “diventa” costituzionalmente illegittima? – 7. I possibili diversi significati della “inerzia” legislativa – 8. Interazione e integrazione tra parametri costituzionali interni e parametri sovranazionali e internazionali? – 9. Giurisprudenza costituzionale e mutamenti della coscienza sociale – 10. Quando la Corte costituzionale si deve fermare

1. Quando la Corte costituzionale giudica una legge, perché sollecitata a verificare, nel giudizio in via incidentale, se essa in ipotesi leda un diritto fondamentale, lo scenario sostanziale nel quale si svolge il processo è ricco e affollato ben più di quanto non indichino le forme processuali praticate.

Non sempre significativo di tale scenario (di tale *contesto*) è quel barlume di contraddittorio che si può avere in un'udienza pubblica a Palazzo della Consulta, tra la parte o le parti del giudizio principale e l'avvocatura generale dello Stato, integrato da rari interventi di terzi che non erano parti del giudizio *a quo* (senza dire dei casi nei quali il contraddittorio pubblico è assente, poiché, non essendovi parti costituite, l'intervento della sola avvocatura dello Stato comporta che la questione sia trattata in camera di consiglio).

Il contesto sostanziale, che le forme dell'attuale processo costituzionale non sempre afferrano e descrivono del tutto, vede sulla scena la presenza, oltre che delle parti vere e

* Giudice della Corte costituzionale.

** *Contributo pubblicato senza referaggio (art. 7 del Regolamento della Rivista per l'invio e la valutazione dei contributi).*

proprie, di vari altri attori, i quali non potrebbero in radice assumere la qualità di parti, oppure, pur potendola assumere, non ne ottengono che raramente il riconoscimento. Si tratta, ciononostante, di soggetti ben presenti nel contesto che circonda il giudizio della Corte.

Tra questi attori si possono annoverare almeno: la giurisprudenza dei giudici comuni; l'attività del legislatore (attraverso disegni di legge e dibattiti parlamentari); le associazioni di varia natura, che vantano ben precise idee su come dovrebbe essere decisa la questione di legittimità costituzionale; l'opinione pubblica "colta" e la "coscienza sociale" diffusa e i suoi (talvolta pretesi) interpreti.

Sullo sfondo - o in primo piano, in alcuni casi - vi possono essere anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, o la Corte di giustizia dell'Unione Europea, quando si siano già pronunciate su quello stesso diritto fondamentale, nella conformazione che ad esso è data dalle Carte sovranazionali e internazionali¹.

Come è noto, una delle questioni più aperte e critiche del processo costituzionale italiano è quella di rendere il contraddittorio formale maggiormente conforme ai suoi aspetti sostanziali, soprattutto in casi, come quello che si esaminerà in questo scritto, che coinvolgono in radice la vita di relazione e i costumi sociali.

Vi è invece, sul punto, come altrettanto noto, una giurisprudenza estremamente severa e selettiva, che elimina dalla scena qualunque soggetto che non sia stato parte del giudizio *a quo*, salvo possa vantare un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura².

Tuttavia, nessuna chiusura del processo e del contraddittorio formale impedisce di prestare attenzione al contesto reale nel quale le più delicate questioni di legittimità costituzionale

¹ Ciò senza tuttavia dimenticare che mentre una Corte costituzionale, giudicando di una legge in ipotesi lesiva di un diritto fondamentale, deve assicurare una tutela sistemica dell'ordinamento, da un punto di vista oggettivo (si vedano, ad esempio, le considerazioni contenute nella sentenza n. 317 del 2009 della Corte italiana), la Corte europea dei diritti dell'uomo decide un singolo caso e le sue valutazioni valgono entro questo confine. Sicché non è affatto detto che la conformazione del diritto fondamentale ricavabile dalla sentenza europea equivalga alla lettura che di quel medesimo diritto sia svolta da una Corte costituzionale nazionale. Tale differenza strutturale non andrebbe trascurata, anche se è ben noto, e indagato in dottrina, il fenomeno della talvolta evidente connotazione oggettiva della stessa giurisprudenza europea: v. ad es. G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al doppio binario*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2014, 1083 ss.; e i saggi contenuti in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo – Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli 2016.

² Secondo la dottrina più sensibile al tema, l'estensione del contraddittorio si basa sulla necessità di tutelare interessi diffusi, ulteriori a quelli delle parti: così L. D'ANDREA, *L'intervento dei terzi interessati e la tutela degli interessi pubblici, collettivi e diffusi nel giudizio incidentale*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi: atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, 1998, 87 ss. e spec. 107 ss.; dello stesso A., si v. *Verso una 'democratizzazione' del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, in *Giur. cost.*, 1994, 552 ss.

Una prospettiva diversa, orientata tuttavia al medesimo risultato, è quella di far leva sugli *amici curiae*: in questo senso, N. TROCKER, *Note sul contraddittorio nel processo costituzionale delle libertà*, in *Foro it.*, 1989, I, spec. 668 ss.

Per considerazioni critiche sull'approccio eccessivamente severo e selettivo della Corte, con l'auspicio di un'apertura del contraddittorio a soggetti ulteriori, pur in presenza di criteri in grado di limitare l'accesso al giudizio di costituzionalità, V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio*, cit., 4 ss. e spec. 24 ss.; M. D'AMICO, *Le parti del processo a quo costituite e non costituite*, ivi, 27 ss. e spec. 61 ss.; e Id, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991, 312 ss.

zionale vengono affrontate e decise. Ed anzi, l'attenzione a questi aspetti consente di mettere in luce questioni di fondo di diritto costituzionale, viste attraverso il prisma della giustizia costituzionale.

Si può fare riferimento, allo scopo, a qualche caso che assurge ad esempio paradigmatico, non senza aver ulteriormente premesso che ciò di cui qui si ragiona vale soprattutto quando all'attenzione della Corte costituzionale vengano quelli che si definiscono i "nuovi" diritti della persona, o meglio ancora della personalità, quelli che sembrano caratterizzare nel tempo presente la vita di relazione (familiare, sociale, sessuale) di un individuo: cioè i diritti di cui si discute, e sui quali è spesso aperto un dibattito presso le istituzioni rappresentative e nell'opinione pubblica interessata.

2. L'esempio paradigmatico, per contenuto e contesto, al quale ci si riferirà in questa sede è quello del diritto dell'individuo all'identità personale, sotto il profilo del diritto al nome.

Con sentenza n. 286 del 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma implicita, desumibile da un complesso di disposizioni del codice civile e dell'ordinamento dello stato civile, nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.

A qualche incertezza preliminare, per vero, danno spazio le peculiarità del caso, che conducono a interrogarsi su quale fosse (prima della sentenza) il diritto leso e su quale sia (dopo la sentenza) il diritto restaurato nella sua pienezza costituzionale, nonché su chi ne sia il titolare. Giacché sembrerebbe che il diritto in questione consista - più che nel diritto al nome del nato - anche, e forse soprattutto, nel diritto dei genitori di determinare paritariamente il cognome del figlio: quindi, in special modo, nel riconoscimento del diritto della moglie di poter trasmettere (anche) il suo cognome al figlio, eliminando una discriminazione³.

La sentenza, peraltro, non esita a ragionare del riconoscimento di un diritto all'identità personale del minore, cui la normativa vigente non consentiva di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome della madre (in violazione essenzialmente dell'art. 2 Cost); resta, tuttavia, che questo diritto è riconosciuto subordinatamente all'accordo dei coniugi, è insomma un diritto fondamentale "condizionato"; e d'altra parte, proprio con riferimento alla posizione dei coniugi, e in particolare della moglie, la sentenza mette piuttosto in luce una violazione degli artt. 3 e 29 cost., cioè un'irragionevole disparità di trattamento sancita dalla disciplina censurata, nel suo prescrivere la "inderogabile" prevalenza del cognome paterno⁴.

³ Proprio per richiamare il "contesto" sostanziale nel quale la Corte ha deciso, è significativa la circostanza che nel giudizio aveva spiegato intervento l'Associazione Rete per la Parità, che per denominazione e fine statutario si propone proprio la promozione dell'uguaglianza uomo-donna secondo i principi della Costituzione italiana. Con l'ordinanza letta all'udienza dell'8 novembre 2016, la Corte ha però giudicato inammissibile l'intervento dell'Associazione, confermando il proprio consolidato orientamento, per cui la parte interveniente è ammessa al contraddittorio alla sola condizione che l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incida sulla sua posizione tanto quanto sul rapporto oggetto del giudizio *a quo*.

⁴ Sottolineando il passaggio della pronuncia in cui si assume che "La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori", taluno tra i commentatori ha constatato come, a prendere sul serio l'affermazione, il legislatore-

Come che sia, il caso è significativo proprio perché, come si cercherà di chiarire, evoca in modo esemplare quella pluralità di attori e di parti sostanziali, anche se non formali, che talvolta compaiono sulla scena del processo costituzionale o, più correttamente, fanno parte del contesto nel quale la questione di legittimità costituzionale viene decisa.

Per la storia che ha alle spalle, il caso sembra anche paradigmatico di una particolare modalità di intervento del giudice costituzionale, quando sia richiesto di incidere su delicati aspetti che riguardano in profondità il costume e la coscienza sociali, la vita di relazione e familiare: un settore nel quale ogni intervento eteronomo ed autoritativo – tanto più se non proveniente da un legislatore democraticamente legittimato – è assai delicato e rischia di essere (o essere percepito come) incongruo o addirittura arbitrario.

3. La sentenza n. 286 del 2016 ha dunque alle spalle una storia peculiare.

In effetti, la questione relativa alla norma implicita per cui, alla nascita, si ha l'automatica attribuzione al figlio del solo cognome paterno, con impossibilità di una diversa scelta dei genitori, e con negazione al figlio del diritto di assumere anche il cognome materno, venne all'attenzione della Corte già nel 1988, e fu decisa con l'ordinanza n. 176.

Riconosce in quell'ordinanza la Corte che 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 desumibili dall'art. 29 Cost. (unità della famiglia e parità dei coniugi), anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro (a limitare la parità in funzione dell'unità). Ma, essa conclude, «siffatta innovazione normativa – per la quale è stato presentato già nelle passate legislature e riproposto in quella in corso un disegno di legge di iniziativa parlamentare – è una questione di politica e tecnica legislativa di competenza esclusiva del *conditor iuris*».

La Corte definì il giudizio con un'ordinanza di manifesta inammissibilità.

In questa pronuncia il senso dell'auto-limite, e il rispetto per la discrezionalità e la primazia del legislatore, risultano molto marcati. Non solo. La stessa scelta della forma dell'ordinanza, che è di “manifesta” inammissibilità, pare voler sottintendere che la questione sollevata ponga un problema rispetto al quale la Costituzione non è pregiudicante in un sen-

re che volesse intervenire in materia avrebbe mani legate, non potendo che prescrivere l'automatica attribuzione del doppio cognome: così S. SCAGLIARINI, *Dubbi e certezze e sicure incertezze in materia di cognome dei figli*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 10. Come si dice nel testo, la pronuncia non fa però unicamente perno sul diritto all'identità del nato (nei termini indicati), ma argomenta in modo sostanziale anche attorno alla violazione della parità di posizione tra i genitori. E, soprattutto, essa indica quale criticità della disciplina scrutinata la prescritta “*inderogabile prevalenza del cognome materno*”, facendone discendere la considerazione che il minore dovrebbe invece avere la “*possibilità*” di essere identificato sin dalla nascita anche col cognome paterno. Su questi passaggi della decisione v. anche S. LEONE, *Il ruolo dei giudici e della Corte costituzionale nella più recente fase di attuazione del principio costituzionale di parità di genere*, in *La donna dalla fragilità alla pienezza dei poteri? Un percorso non ancora concluso*, a cura di M. D'Amico, S. Leone, in corso di pubblicazione per i tipi di Giuffrè.

so obbligato, bensì aperta a “coprire” varie soluzioni, la scelta tra le quali spetta al legislatore⁵.

Poco tempo dopo, un’analoga questione viene decisa allo stesso modo (ordinanza n. 586 del 1988), con espressioni in parte diverse, che segnalano come l’“evoluzione della coscienza sociale”, richiamata con una certa disponibilità nella ordinanza n. 176 del 1988, non emerge, agli occhi della Corte, in modo così evidente: infatti, il limite alla parità dei coniugi derivante dalla regola censurata viene esplicitamente definito non in contrasto 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».

Anche questa seconda ordinanza rinvia comunque alle scelte del legislatore.

Come noto, tale rinvio risulta vano: nulla accade in Parlamento (e sul significato di questo “nulla” bisognerà ampiamente tornare).

4. A distanza di quasi vent’anni, la questione viene risolta.

Nella sentenza n. 61 del 2006, la Corte fa un evidente passo avanti di natura valutativa. Rimarca che il vigente sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una «concezione patriarcale della famiglia», che affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una «tramontata potestà maritale» non più coerente (si noti il “non più”) con i principi dell’ordinamento e con il valore costituzionale dell’uguaglianza tra uomo e donna.

Ora, come abbiamo appreso dalle precedenti pronunce (e in particolare dall’ordinanza n. 586 del 1988) l’attribuzione automatica del cognome paterno è una deroga alla parità morale e giuridica dei coniugi garantita dall’art. 29 cost., uno di quei limiti che la legge può inserire a tutela dell’unità familiare, come la stessa disposizione costituzionale permette.

L’attribuzione del cognome paterno è tipicamente lo strumento simbolico che segnala all’esterno l’unità della famiglia. Ma, questo è detto nella sentenza del 2006, tale mezzo simbolico, derogatorio alla parità dei coniugi, mostra ormai chiari profili d’irragionevolezza.

La questione sarebbe perciò fondata: e tuttavia, ancora una volta, essa è dichiarata, questa volta con sentenza, inammissibile, perché l’intervento che si invoca con l’ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte.

Infatti, nonostante l’attenzione che il giudice *a quo* aveva posto nel circoscrivere il *petitum*, limitandolo alla richiesta di esclusione dell’automatismo della attribuzione al figlio del cognome paterno alle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà, resta aperta – dice la Corte – tutta una serie di possibili soluzioni, la scelta fra le qua-

⁵ Una significativa scelta del medesimo segno può rinvenirsi, in tutt’altro ambito, nella ordinanza n. 127 del 1989, ove la Corte, in tema di pena prevista per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa al minimo edittale previsto, osservando, tra l’altro, che «se quel minimo edittale e lo stesso disvalore della fattispecie, possono in qualche misura non più corrispondere all’attuale stato della coscienza sociale ed allo spirito informatore della Costituzione repubblicana, compete al legislatore avvertirlo e deciderlo». V. già, sulla medesima questione, con riferimenti analoghi al ruolo e alla responsabilità del legislatore, sentt. n. 109 del 1968, n. 165 del 1972, n. 51 del 1980. E ancora, successivamente, l’ord. n. 323 del 1988. Come si vedrà, l’evoluzione della successiva giurisprudenza in tema di oltraggio presenta ulteriori punti di contatto con il caso affrontato nel testo.

li spetta al legislatore. Né sarebbe possibile, essa conclude, ricorrere ad una sentenza additiva di principio (pur patrocinata dal giudice rimettente) che accolga la questione e domandi ad un futuro intervento legislativo la regolamentazione organica della materia, perché ciò creerebbe un vuoto normativo in un settore che non lo potrebbe tollerare.

È, formalmente, una sentenza di inammissibilità (per discrezionalità legislativa), sostanzialmente è un'incostituzionalità accertata ma non dichiarata, o non dichiarabile: una di quelle sentenze che la dottrina spesso contesta, perché le intende come una rinuncia al compito doveroso della Corte, essendo contraddittorio riconoscere l'esistenza di un vizio della legge senza dichiararne l'illegittimità costituzionale⁶.

5. Trascorrono altri dieci anni. Nulla continua a succedere in Parlamento, e la stessa questione torna ancora alla Corte, che la decide, questa volta accogliendola, con la sentenza n. 286 del 2016 ricordata all'inizio.

Balza agli occhi che un'inerzia legislativa che si trascina dal 2006 (anno in cui il vizio viene segnalato) al 2016 non può che risultare inaccettabile, e questo predominante aspetto sembra spiegare il destino della questione.

Del resto, se nulla di decisivo era accaduto in Parlamento quanto alla disciplina dell'attribuzione originaria del cognome, al momento della nascita (la Corte stigmatizza l'inconcludenza parlamentare lungo un intero paragrafo), nel frattempo qualcosa è accaduto a Strasburgo: la giurisprudenza della Corte EDU ha, in generale, ricondotto il diritto al nome nell'ambito della tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione (in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare) e, in particolare, la sentenza Cusan Fazzo contro Italia del 7 gennaio 2014 (successiva all'ordinanza di rimessione che la Corte affronta) afferma che l'impossibilità per i genitori di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, anziché quello del padre, determina la violazione dell'art. 14 della Convenzione (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 CEDU e deriva da una lacuna del sistema giuridico italiano, per superare la quale «dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nelle prassi italiane».

Dunque, questa volta, la Corte costituzionale accoglie le questioni, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost., cioè ai parametri costituzionali interni. La questione sollevata in riferimento ai parametri convenzionali, veicolati dall'art. 117, comma primo, Cost., è dichiarata

⁶ Sulla categoria della "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" v. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il Problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 80 ss.; dello stesso A., *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. cost.*, 2015, 208 ss., ove soprattutto si nota che la storia dei seguiti legislativi di questo tipo di pronuncia attesta come la Corte rischia così di "favorire il protrarsi dell'inerzia del legislatore, nella misura in cui testimonia, con il suo comportamento - e quindi al di là di qualsivoglia affermazione di segno contrario - che stante l'attuale situazione normativa essa non può (né potrà) procedere all'adozione di una sentenza di accoglimento". Sulla circostanza che queste inammissibilità costituiscano di fatto "una sorta di denegata giustizia costituzionale che ha, come conseguenza, il mantenimento in vita della legge a onta della sua (possibile o addirittura riconosciuta incostituzionalità)", v. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 400.

assorbita. Anche questo non è secondario: vi sono parametri costituzionali interni sufficienti alla bisogna, sembra sottintendere la Corte, e non v'è necessità di ricorrere ad altro⁷.

La Corte afferma che «la piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno» (quando i genitori concordemente lo chiedano). E la famosa norma implicita di cui si diceva viene dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.

6. I tre passaggi ricordati e le correlative pronunce costituzionali - le due ordinanze del 1988, la sentenza d'inammissibilità del 2006, infine la sentenza d'accoglimento del 2016 - possono essere variamente considerati.

Taluno potrebbe ragionare di un caso esemplare di timidezza della Corte, di eccessiva deferenza nei confronti del legislatore, che viene invocato ed atteso (inutilmente) per lunghi anni.

Talaltro invece, potrebbe ritenere che i tre passaggi siano emblematici di una modalità di intervento corretta, soprattutto in un settore così delicato per la vita di relazione e il costume sociale.

Scavare nelle pieghe del caso aiuta ad elaborare un giudizio equilibrato.

In primo luogo, già nelle pronunce del 1988 (soprattutto nell'ordinanza n. 176) vi è la identificazione di una direzione nella quale si muove la coscienza sociale diffusa. Detto meglio: la Corte identifica il verso dei mutamenti della coscienza sociale, ma non si pone alla loro guida, limitandosi a riconoscerne l'emersione. Al tempo stesso, ribadisce che la traduzione in nuove regole di questi mutamenti spetta innanzitutto al legislatore democraticamente legittimato: è questi che ha le "antenne" per captare i mutamenti e tradurli in nuove regole giuridiche. Così, del resto, dovrebbe funzionare la democrazia rappresentativa.

Solo nel 2016, e ben dieci anni dopo la sentenza del 2006 - quella che riconosce ma non dichiara l'esistenza di un vero e proprio vizio di legittimità costituzionale - nella perdurante assenza di un intervento del Parlamento, dopo una condanna di fronte alla Corte EDU che sottolinea l'esistenza di un vizio strutturale del nostro ordinamento, e solo a questo punto, la Corte costituzionale interviene con una sentenza "additiva".

Non sarebbe corretto definire tutto ciò un esempio di eccessiva deferenza al legislatore, o di timidezza, o di lentezza. Tenendo anche presente che l'agenda e i tempi delle ordi-

⁷ Rilievi critici su questa scelta della Corte, anche perché ne conseguirebbe l'indecifrabilità del mutamento di orientamento rispetto alla posizione assunta dieci anni prima, in E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017. Ma forse l'assorbimento del parametro europeo si spiega proprio perché "altri" sono i fattori che hanno determinato il mutamento di prospettiva della Corte costituzionale: in particolare, l'inerzia del legislatore a fronte delle trasformazioni del sentire sociale circa la percepita ricaduta discriminatoria della disciplina.

nanze di rimessione non sono nelle mani della Corte costituzionale, al contrario, parrebbe di avere a che fare con un esempio di equilibrio, un misto di *self-restraint* (è giusto attendere che sia il legislatore a intervenire) ma anche di fermezza (dopo il “monito”, la perdurante inerzia legislativa esige accoglimento della questione di legittimità costituzionale).

La apparente linearità della vicenda non può tuttavia nascondere una serie di problemi formidabili, appunto ricavabili dalle pieghe del caso, che si possono tratteggiare come segue.

Solo nella pronuncia del 2006, si diceva, vi è l'esplicito riconoscimento di una illegittimità costituzionale, cui la Corte dichiara però di non poter rimediare perché le soluzioni possibili sono molte, e non ve n'è una a rime costituzionalmente obbligate.

Nella pronuncia del 1988, invece, in modo sensibilmente diverso, la Corte si era limitata a rimarcare un'evoluzione della coscienza sociale, della quale al legislatore democraticamente legittimato sarebbe toccato prendere atto e dare voce, se lo avesse ritenuto: ma, sembra dire la Corte, anche in assenza di questo intervento, non si sarebbe posto realmente un problema di legittimità costituzionale.

Ecco allora il primo problema: quando e perché, tra il 1988 e il 2006, l'attribuzione automatica del solo cognome paterno diventa costituzionalmente illegittima per contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 cost. (anche se, secondo la pronuncia del 2006, non è possibile farne conseguire una dichiarazione d'illegittimità costituzionale)?

Si deve notare che i parametri di cui la Corte assume la violazione sono parametri “pesanti”: i diritti inviolabili, il principio di uguaglianza in generale, l'eguaglianza dei coniugi nella famiglia fondata sul matrimonio. La sentenza n. 286 del 2016, che infine accoglie la questione, li utilizza tutti e tre.

Quando e perché, sempre tra il 1988 e il 2006, questa tradizione costante del nostro costume familiare – talmente radicata ed evidente che non c'è neppure bisogno di scriverla in una disposizione, che perciò si traduce in una norma implicita desumibile dall'ordinamento dello stato civile - degrada a quello che sbrigativamente può definirsi un automatismo illegittimo?

Si noti che tra i problemi di ammissibilità preliminare affrontati dalla sentenza n. 286 del 2016, uno risultava particolarmente significativo: appunto la circostanza che la regola sospettata d'incostituzionalità non fosse contenuta in una disposizione esplicita ed identificabile, ma fosse stata definita dalla stessa Cassazione come una “usanza consolidata nel tempo”⁸.

Quando e perché, allora, questa usanza consolidata nel tempo diventa costituzionalmente illegittima? E in ragione di quali fattori tale trasformazione avviene?

Quasi d'istinto, il costituzionalista è tentato di chiamare in causa la categoria delle illegittimità costituzionali sopravvenute: operazione per nulla scontata, se solo si considera che in questo caso nessun mutamento formale dei parametri costituzionali o del contesto

⁸ Tra le molte v. Cass., sez. I, 17 luglio 2004, n. 13298; v. anche Cass., sez. I, 22 settembre 2008, n. 23934

legislativo in cui si inserisce la disciplina controllata ha avuto luogo. Pure, si potrebbe argomentare nel senso che anche altri tipi di trasformazioni - non normative - sono idonei a cambiare la valutazione costituzionale, e quindi il destino, di una legge inizialmente legittima⁹.

E la domanda è se una simile idoneità appartenga al radicarsi nella collettività di un 'nuovo sentirÈ, il cui effetto sia, al contempo, quello di aggiornare i significati ricavabili da un principio costituzionale nonché quello di modificare i criteri di valutazione di una scelta legislativa¹⁰.

7. È forse l'inerzia legislativa nell'adeguarsi a tale 'nuovo sentirÈ, e quindi la ritrosia nel modificare la regola tradizionale, a essersi fatta ormai insopportabile? Questo vale certamente dopo il 2006 e dopo le dure parole che segnano la sentenza n. 61: il Parlamento non ha infatti dato seguito ad una implicita ma inequivocabile richiesta di provvedere della Corte costituzionale¹¹.

Ma il problema continua a sussistere per il periodo tra 1988 e 2006. In rapporto a questo pur lungo intervallo di tempo le cose non sono così chiare. Perché mai la cosiddetta inerzia del legislatore deve essere definita tale, con evidente giudizio di valore negativo? Il silenzio del legislatore non poteva equivalere, per quel quasi ventennio, ad una volontà di conservazione di un assetto giudicato non negativamente?

Si incontra qui una questione di carattere generale, che può esser affrontata anche a prescindere, per un momento, dalle circostanze concrete del caso che si sta affrontando.

Un argomento spesso ricorre in dottrina e anche nel discorso pubblico, laddove si ragioni di nuovi diritti e di nuove domande di giustizia che premono alle porte dei tribunali, e rispetto alle quali il legislatore venga accusato di inerzia.

Si sostiene non di rado che tale inerzia legittimerebbe la supplenza giudiziaria nell'affermazione del diritto: giacché, se il legislatore può decidere politicamente di non dar

⁹ In dottrina, d'altra parte, si è anche ragionato, in termini ampi, della illegittimità costituzionale sopravvenuta con riferimento alle ipotesi nelle quali *“una determinata disciplina, conforme al dettato costituzionale al momento della sua entrata in vigore, è diventata incostituzionale solo successivamente, a seguito del sopraggiungere di avvenimenti posteriori”*. Così E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, 140.

¹⁰ Parrebbe ammetterlo S. PANUNZIO, *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV. *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e il 24 novembre 1988, Milano, 1989, 279. L'A., preferendo parlare di *“incostituzionalità progressiva”*, muove proprio dall'assunto che vi sarebbe una *“gradualità”* nell'imporsi dei valori costituzionali: *“quello che trenta, o venti, o dieci, o soltanto un anno fa era uno scarto ancora tollerabile fra la prescrizione legislativa e il valore costituzionale non ancora spiegato, ad un certo punto non lo è più. L'inerzia del legislatore nell'adeguare il sistema non è più tollerabile perché il valore costituzionale viene assunto ormai nella sua assolutezza: e quindi la Corte annulla la legge con esso non più compatibile”*.

¹¹ In proposito v. I. NICOTRA, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgono il suggerimento della Corte per modificare la legge (nota alla sentenza n. 61 del 2006 della Corte costituzionale)*, in *Consultaonline.it*, la quale, proprio a commento della pronuncia, sostiene che *“la formula dell'inaammissibilità costituisca un efficace strumento a disposizione del giudice costituzionale per esercitare un potere di indirizzo nei confronti del legislatore”*.

Il “monito” pare rientrare in quelli che G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 408 chiamano moniti rivolti a sollecitare il legislatore a provvedere (e che non indicano, invece, anche il “modo” in cui questi debba provvedere).

corso alle richieste di giustizia, ciò non sarebbe invece possibile per un giudice, al quale non è mai consentito un *non liquet*.

Vi è in tale argomento una singolare inversione concettuale. Quando si sostiene che il silenzio o l'inerzia del legislatore nell'accogliere il nuovo diritto o il nuovo valore legittimerebbero l'innovazione giurisprudenziale anche *praeter legem* (o addirittura *contra legem*) (senza per ora considerare se ci si riferisca ai giudici costituzionali o comuni: ma sono casi molto diversi), si dimentica la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nell'espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento.

Inoltre, quel che non si decide in sede parlamentare, non per ciò solo va deciso in altre sedi, perché bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare¹².

Applicando queste premesse al nostro caso, a parte l'inadempienza del legislatore durata dieci anni (2006-2016), l'argomento della cd. inerzia legislativa, da solo, non basta a motivare il cambio di paradigma, che è facilmente riscontrabile tra la pronuncia del 1988 e quella del 2006.

8. Proviamo a cercare un'altra spiegazione.

Sono forse la lettura e l'interpretazione dei parametri sovranazionali o internazionali ad esser cambiate, e ad irradiare una influenza decisiva sulla lettura e l'interpretazione dei parametri costituzionali interni? In parte era così, già per lo scenario che si presenta nel 2006: infatti, nella sentenza di quell'anno la Corte valorizza la Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, alcune raccomandazioni del Consiglio d'Europa del 1995 e del 1998 sulla piena realizzazione dell'eguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché alcune decisioni della Corte europea che «vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso nella scelta del cognome».

Quindi è il panorama internazionale che cambia, e in questo panorama la soluzione normativa vigente in Italia sembra presentarsi più isolata.

Più di recente, l'argomento ora in esame vale soprattutto per la sentenza del 2016: nello scenario che ha di fronte il giudice costituzionale, oltre alla colpevole inerzia legislativa, conta la condanna dell'Italia di fronte alla Corte EDU (la sentenza Cusan Fazzo del 2014).

Ci si potrebbe tuttavia chiedere: perché dovrebbe essere la lettura da parte della Corte EDU del significato degli artt. 8 e 14 della Convenzione a determinare modifiche decisive circa il significato, in particolare, dell'art. 29 Cost., sotto lo specifico profilo che qui interessa, cioè il bilanciamento tra unità familiare ed eguaglianza morale e giuridica dei coniugi?

L'interazione o integrazione fra parametri interni e sovranazionali è argomento assai interessante ma anche delicato¹³. L'interazione/integrazione in discorso ha in effetti dei limiti,

¹² Ho già sostenuto questa tesi in N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2015, 928.

che in questo specifico caso sono particolarmente evidenti. Non può essere una fonte internazionale o sovranazionale, neanche la Convenzione EDU, a contribuire a determinare decisamente il significato del testo dell'art. 29 Cost., particolarmente se letto in connessione con gli artt. 2 e 3 Cost. Troppo densa di significati storico-culturali è la nozione costituzionale di famiglia, per ammettere che essa possa risultare conformata – conformata in modo decisivo, si intende - da tendenze giurisprudenziali esterne al nostro ordinamento¹⁴.

Quindi: non basta da sola l'inerzia del legislatore e non bastano da sole le letture evolutive dei parametri convenzionali presenti nella giurisprudenza della Corte EDU.

9. Ci si potrebbe ulteriormente chiedere se non siano piuttosto i (più volte evocati) mutamenti nella coscienza sociale a condurre il giudice costituzionale a interpretare in modo assai diverso dal passato lo stesso art. 29 Cost., sempre in connessione con gli artt. 2 e 3 Cost.¹⁵

In fin dei conti, proprio nel campo dei rapporti tra coniugi vi sono celebri precedenti in cui la Corte si è fatta interprete dei cosiddetti mutamenti sociali, attraverso pronunce di notevole rilievo.

L'esempio più noto è quello della sentenza n. 126 del 1968, relativa all'art. 559 del codice penale, che puniva unicamente la moglie adultera e non il marito che offende il bene della fedeltà coniugale. La Corte costituzionale operò un celebre *overruling* della precedente sentenza n. 64 del 1961, e lo fece proprio richiamando i cambiamenti della «attuale realtà sociale».

Alla luce di questi cambiamenti, disse la Corte, la punizione penale del solo adulterio della moglie, che “prima” l'articolo 29 Cost. poteva legittimare in nome dell'unità familiare (era uno dei limiti all'uguaglianza dei coniugi in nome dell'unità familiare), “è divenuto ora” in contrasto con l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, che la stessa disposizione costituzionale affianca alle esigenze dell'unità familiare.

Nella giurisprudenza costituzionale, del resto, si osserva spesso che il fondamento di ogni deroga al principio di uguaglianza deve essere misurato, in termini di razionalità, con riguardo alle condizioni di fatto oltre che di diritto nelle quali la deroga stessa è chiamata ad

¹³ Nell'ampia dottrina in proposito, sulla possibilità che le norme internazionali condizionino l'interpretazione dei dispositivi costituzionali, v. M. RUOTOLO, *La “funzione ermeneutica” delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 2000, 291 ss.. In riferimento all'epoca successiva alla riforma costituzionale del 2001, con nuovi interrogativi, v. dello stesso A., *L'incidenza della Cedu sull'interpretazione costituzionale. Il caso dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, spec. 3 ss.

¹⁴ Non a caso l'attenzione degli studiosi di giustizia costituzionale si incentra spesso sulla famiglia: cfr. ad es. i saggi riuniti in F. Giuffrè – I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli 2014.

¹⁵ Ha dato una spiegazione in questi termini al cambio di rotta della Corte costituzionale rispetto alla questione dell'attribuzione del cognome M. CARTABIA, *Attuare la Costituzione: la presenza femminile nelle Istituzioni*, in *La donna dalla fragilità*, cit., muovendo dal presupposto che “nel loro continuo sviluppo, la storia e la cultura colorano di significati sempre nuovi i principi consegnati alla Carta costituzionale come elementi fondativi della convivenza. Questa dinamica ha consentito alla Corte costituzionale di imprimere una svolta a una giurisprudenza consolidata, e più volte ribadita, favorendo l'evoluzione di un istituto tradizionale dell'ordinamento civile, alla luce dei principi costituzionali, così come percepiti nella coscienza sociale”.

operare. E poiché tali condizioni sono per definizione soggette a una costante evoluzione, la ragionevolezza della soluzione derogatoria adottata dal legislatore può essere posta in discussione anche secondo un criterio di anacronismo (così, in generale, sentenza n. 223 del 2015).

Questo assunto potrebbe valere anche per le deroghe al principio di uguaglianza dei coniugi in ambito familiare. Si potrebbe insomma dire che la Costituzione, per questi aspetti, si rivela un *living document*, e l'art. 29 Cost. è perciò da interpretare alla luce di - e in accordo con - rilevanti mutamenti della coscienza sociale¹⁶; la Costituzione non è, invece, e non lo è soprattutto il suo articolo 29, un documento normativo le cui disposizioni vanno lette e interpretate alla luce dell'*original public meaning* che esse avevano all'epoca in cui furono approvate.

Tutto a posto, quindi?

Non proprio. Non basta ancora.

Intanto, esistono, come noto, pronunce importanti della Corte costituzionale che hanno mostrato un'esegesi dell'art. 29 Cost. assai meno storicistico-evolutiva di quella che ora si è vista. Le sentenze n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014, in particolare, non sono estranee ad una lettura quasi originalista dell'art. 29 Cost., ad esempio nelle parti in cui la Corte afferma che la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in assemblea costituente¹⁷; che i costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile; che essi tennero quindi presente la nozione di matrimonio del codice civile del 1942, che stabiliva e stabilisce che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso; e che questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa¹⁸.

Ma il punto essenziale è che bisogna intendersi molto bene sul significato dell'espressione "coscienza sociale", particolarmente dal punto di vista di una teoria dell'interpretazione costituzionale (giacché, come è ovvio, il riferimento a questo termine ha una serie notevole di implicazioni per molte altre discipline, che sfuggono alla presente analisi). Senza aspirare a definizioni di dignità teorica risolutiva, andrebbe almeno chiarito sulla

¹⁶ Si avrebbe qui un esempio di quel *living constitutionalism* di cui ragiona O. CHESSA, *I giudici del diritto*, Milano 2014, p. 194. Per la visione in parola, non esiste una verità interpretativa intertemporale e immutabile a prescindere dalle circostanze storiche che condizionano l'interpretazione della sua formulazione. E un'interpretazione deve essere abbandonata non perché si sia rivelata falsa, ma perché è venuto meno ciò che un tempo la rendeva adeguata e corretta.

¹⁷ Osserva C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in F. Giuffrè – I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 2008, 249, che la teoria originalista dell'interpretazione afferma che il testo costituzionale vale per quel che dice, e non può essere forzato per dare copertura a casi che mai furono nella mente dei costituenti.

¹⁸ Sulla polivalenza ambigua dei riferimenti originalisti nelle sentenze sull'art. 29 Cost., cfr. le osservazioni di F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 34 ss. Sulle tecniche argomentative utilizzate dalla Corte costituzionale nei giudizi in cui sia invocato l'art. 29 Cost. di notevole interesse è lo studio di I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla 'natura delle cose'*, Torino, 2012.

base di quali dati e presupposti possano essere scorti e interpretati i mutamenti della coscienza sociale¹⁹, particolarmente quando la finalità di questa indagine sia, appunto, l'interpretazione di disposizioni costituzionali che fungono da parametri di riferimento per la validità di norme legislative.

Quando la posta in gioco è l'interpretazione delle disposizioni costituzionali, se tutto potesse risolversi lasciando fare alle convinzioni (alla coscienza "individuale"!) dei giudici che di volta in volta compongono un collegio, se fosse concesso alla loro "soggettività" di farsi direttamente interprete della coscienza "sociale" e dei suoi mutamenti, le ragioni di perplessità sarebbero molteplici.

Intanto, sarebbe direttamente la Corte a farsi interprete di questi mutamenti, scavalcando il legislatore, che in un sistema democratico-rappresentativo dovrebbe essere la prima "antenna" sensibile a registrarli. Un legislatore che, lo si ricorda ancora, se non ritiene di procedere a tale "registrazione", magari a dispetto delle convinzioni o delle inclinazioni della maggioranza degli interpreti e dei commentatori dei commentatori, potrebbe avere qualche serio motivo per non farlo.

Del resto, se fosse solo questione, per i giudici della Corte, di farsi interpreti privilegiati e diretti dei mutamenti della coscienza sociale, e se solo questo legittimasse il cambiamento di significato delle disposizioni costituzionali, non sarebbero allora del tutto infondate le critiche mosse a questa prospettiva dalle dottrine originaliste, non solo statunitensi²⁰.

Per eventualità del genere, tale dottrina formula alle Corti costituzionali o supreme due "capi d'accusa".

Il primo, di far dire alla Costituzione e alle leggi non quel che esse realmente affermano – nel significato in cui le parole utilizzate dai testi erano comunemente intese all'epoca in cui quei testi sono stati approvati – ma quel che i giudici vogliono o vorrebbero che tali testi dicano (con tanti saluti, sostengono gli originalisti, alla stessa rigidità della Costituzione²¹).

Il secondo (e questa è per vero critica che prescinde dalle posizioni originaliste), di chiudere, con una pronuncia definitiva con effetti *erga omnes*, lo stesso processo democratico, che si sviluppa nelle forme di un dibattito pubblico, aperto nella società e magari presso le stesse istituzioni rappresentative²².

¹⁹ Dal punto di vista della giustizia costituzionale, sulle difficoltà di accertamento, anche attraverso appositi mezzi istruttori, della coscienza sociale e delle sue evoluzioni, v. da ultimo anche E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017/1, 30 giugno 2017, 7.

²⁰ Sul punto cfr. almeno i saggi contenuti in F. Giuffré – I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.

²¹ Dal punto di vista della teoria dell'interpretazione costituzionale, un'efficace discussione di questi aspetti in C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 258-259.

²² Quest'ultima critica è ampiamente presente nelle opinioni di minoranza nel caso *Obergefell vs Hodges*, pronuncia n. 14-556 del 26 giugno 2015, in cui la Corte Suprema USA impone a tutti gli Stati della Federazione, quale diritto fondamentale di livello federale, l'estensione del *same-sex marriage*. Per i due "capi d'imputazione", nell'ambito della dottrina originalista statunitense, cfr. ad es. A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Laws*, Princeton, 1997; A. SCALIA – B. A. GARNER, *Reading Laws, The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul 2012.

Insomma, una solida teoria delle Corti costituzionali quali interpreti dei mutamenti della coscienza sociale non può certo acconciarsi a (e accontentarsi di) ripetere il celebre motto: *The Constitution is what the Judges say it is*.

“Coscienza sociale” è definizione che contiene un riferimento a qualcosa di oggettivo. A ben vedere, anzi, identificare e interpretare la coscienza sociale e i suoi mutamenti è il contrario dell’arbitrio individuale di un singolo, o di quello di un collegio. Proprio perché sociale e collettiva, la coscienza è diffusa e oggettiva, e deve pur consistere di indici che dovrebbero essere a loro volta oggettivabili in dati identificati e rintracciabili. A sua volta, l’espressività di tali dati nell’indicare una evoluzione in una certa direzione dovrebbe essere chiara e razionalmente argomentabile.

Comprendere quali siano questi dati, ovviamente non è semplice. E si devono fare i conti con l’osservazione per cui una Corte costituzionale non può certo essere descritta e considerata alla stregua di un organo rappresentativo, che “registra” le tendenze politiche, sociali e culturali prevalenti in un qualche “corpo sociale” di riferimento.

Esistono, tuttavia, indici che “riempiono” il contesto nel quale il giudice costituzionale decide, e che dovrebbero essere afferrabili a prescindere dal contributo che a questo scopo sia fornito dal contraddittorio che si svolge in un’udienza pubblica di fronte alla Corte, come si diceva all’inizio.

In via di esemplificazione, si può pensare che si tratti di indici svariati, interni ed esterni all’ordinamento nazionale, meglio se compresenti: progetti di legge pendenti nelle istituzioni rappresentative nazionali (la stessa sentenza n. 286 del 2016 si riferisce ad una «intensa attività preparatoria di interventi legislativi»), informazioni derivanti dal diritto straniero e comparato, norme (anche di *soft-laws*) sovranazionali e internazionali, raccomandazioni, orientamenti giurisprudenziali precedenti della stessa Corte costituzionale (che magari sono rimasti “sottotraccia”), tendenze dottrinali autorevoli, persuasive e condivise.

Oltre a ciò, un elemento decisivo per segnalare il mutamento della coscienza sociale è la presenza di numerose e concordanti ordinanze di rimessione che sollevano questioni di legittimità costituzionale (e che perciò indicano chiaramente una “direzione”). Se ne trova una efficace conferma nella vicenda giurisprudenziale relativa al delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, per certi versi analoga, per sviluppo, a quella relativa alla trasmissione del cognome.

In un primo tempo²³, investita della questione di legittimità costituzionale sull’irragionevole severità del minimo edittale del reato in esame, la Corte afferma che l’eventuale disvalore percepito dalla coscienza sociale, in relazione al minimo edittale di pena previsto, o alla stessa fattispecie, comporta che sia il legislatore ad avvertirlo e quindi a intervenire. Ma, in un secondo momento, il giudice costituzionale decide di provvedere direttamente, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale (sentenza n. 341 del 1994).

La scelta della Corte è assistita, tra l’altro, dalla seguente affermazione, assai importante ai nostri fini: «Ulteriore sintomo della definitiva affermazione, nella coscienza sociale,

²³ V. i riferimenti a tali pronunce *supra* alla nota n. 5.

della convinzione della palese incongruenza della previsione sanzionatoria impugnata è dato dall'atteggiamento dei giudici di merito che, nel ritenere la norma incriminatrice dell'oltraggio volta a colpire una gamma estremamente vasta di comportamenti, compresi quelli di tenue o minima offensività, per di più in riferimento ad una platea notevolmente estesa di soggetti passivi, hanno continuato ad avvertire il disagio di essere tenuti a dare risposte sanzionatorie manifestamente eccessive, tanto da continuare a investire questa Corte di ripetute questioni di costituzionalità»²⁴.

Quindi, i giudici *a quibus*, o meglio le loro ordinanze di rimessione, quali “antenne” della Corte costituzionale nella identificazione dei mutamenti rilevanti, per l'interpretazione costituzionale, della coscienza sociale? È perfettamente nella logica del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, giudizio accentrato ma ad iniziativa diffusa.

Con la precisazione che non sarebbero gli unici indicatori, ma le concordi ordinanze di rimessione si collocherebbero accanto alla misurabile presenza degli altri indici di cui si è ragionato.

10. L'oggettività, la chiarezza e l'espressività degli indicatori in questione comportano un corollario importante: se si ha evidenza che il dibattito pubblico resta aperto, che la coscienza sociale non esprime mutamenti in una chiara direzione, ma anzi è divisa, non dovrebbe essere questione per una Corte costituzionale di farsi avanguardia isolata.

Il dibattito pubblico - specie se ha ad oggetto questioni delicate, o addirittura quelle che si definiscono “scelte tragiche” - non andrebbe “chiuso” a colpi di sentenze di accoglimento.

Se ne trova un efficace esempio nella pronuncia n. 84 del 2016 della Corte costituzionale, che dichiara inammissibili, perché in materia esiste discrezionalità del legislatore, le questioni di legittimità costituzionale relative alla disposizione della legge 40 del 2004, che fa divieto assoluto di donare embrioni umani alla ricerca scientifica sperimentale, ancorché si tratti di embrioni soprannumerari non impiantabili. Una sentenza d'inammissibilità sostenuta dall'esplicita constatazione, con enumerazione di argomenti e contro-argomenti, dell'esistenza sul punto di un conflitto in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi.

La Corte non dovrebbe essere, dunque, “avanguardia isolata”?

Si è consapevoli che esistono obiezioni anche a questa conclusione. La prima di esse risiede negli stessi artt. 136 e 137, ultimo comma, della Costituzione, che prefigurano una Corte che, essa sola nell'ordinamento costituzionale, decide, e perciò *deve* decidere, in via definitiva.

Ma è proprio la costruzione delle condizioni che permettono questa decisione definitiva ad essere in questione: e i casi qui proposti, con le loro implicazioni, potrebbero risultare

²⁴ L'incidenza che l'evoluzione della coscienza sociale ha avuto sulla Corte costituzionale, in relazione all'esito di questa pronuncia, a fronte della inerzia del legislatore nel coglierla, è messa in luce da G. FIANDACA, in *Foro it.*, 1994, I, 2588.

significativi a questo fine. Al fine, cioè, di contribuire alla costruzione di una teoria della giustizia costituzionale che sappia tenere in equilibrio le ragioni, da un lato, della superiore razionalità della *iuris-dictio* delle Corti supreme o costituzionali, e, dall'altro, le permanenti, fortissime ragioni democratiche della *legis-latio*, in contesti peraltro segnati da una sempre maggiore complessità e da frequenti interazioni e incontri, ma anche scontri, fra ordinamenti, fonti, Carte, Corti e culture.

Contesti, si aggiunga, che rendono problematica qualunque spensierata identificazione del verso di marcia di quella "coscienza sociale" che inevitabilmente accompagna le decisioni dei giudici.