

Roberto Romboli*

La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell’auspicato intervento del legislatore

Abstract

Rispondendo alle domande proposte dalla Redazione, l’A. inquadra il tema sottolineando criticamente alcuni aspetti della decisione 170/2014 che hanno causato problemi applicativi al giudice *a quo*, ma anche con riferimento al problema dei limiti all’attività creativa del giudice, e giunge alla conclusione che l’intervento della Cassazione parrebbe essere andato oltre i limiti consentiti alla “creazione” di diritto da parte del giudice: sia in quanto opera una scelta (relativa ad una disciplina dell’intero *status* della coppia unita in matrimonio, in cui uno dei coniugi proceda ad un mutamento di sesso) che parrebbe doversi ritenere riservata al legislatore, sia perché crea un nuovo istituto, “il matrimonio a termine”, che pure sembrerebbe non spettare all’autorità giudiziaria. Osserva anche che la Cassazione continua a proporre una lettura non pacifica della giurisprudenza costituzionale, intendendo l’art. 29 Cost. come “permissivo” della scelta del legislatore di introdurre o meno in Italia il matrimonio omosessuale.

Responding to the questions made by the Editorial Board, the A. analyses the constitutional decision 170/2014, emphasising some critical aspects which caused problems while interpreting it in court and raised some doubts about the limits of the creative activity of the judiciary. The A. concludes that the Court of Cassation seems to have gone beyond these limits, both because it makes a choice (on the matter of the whole status of a married couple, in which one of the spouses undergoes a sex reassignment surgery) which seems to belong to the lawmaker, and because it creates a new institution, “a terminable marriage contract”, which also does not seem to be within the power of the judiciary. The author also notes that the Supreme Court continues to offer a debatable reading of the constitutional jurisprudence, interpreting the art. 29 of the Constitution as “permissive” of the lawmaker’s decision whether to introduce or not the same-sex marriage in Italy.

1. Risposta alle domande 1, 2, 4 e 7

Una caratteristica della sent. n. 170 del 2014, in tema di c.d. divorzio imposto, era stata senza dubbio quella di aver suscitato in dottrina un interessante dibattito in ordine al “seguito” della, per più versi anomala, dichiarazione di incostituzionalità in essa contenuta.

Le indicazioni per il giudice *a quo* provenienti dai commentatori, sono state infatti assai diversificate e quindi naturale l’attesa per la pronuncia della Cassazione che, riassunto il giudizio dopo la pronuncia del Giudice delle leggi, ha finalmente deciso sul caso concreto.

Le due pronunce, quella della Corte costituzionale e quella della Cassazione, risultano pertanto strettamente connesse per cui, senza ripetere quanto ho già avuto modo di scrivere a proposito della pri-

ma¹, per rispondere al primo blocco di domande ritengo necessario riprendere in sintesi alcuni aspetti della decisione del 2014, che hanno all'evidenza causato problemi applicativi al giudice *a quo*.

Innanzitutto la mancata valorizzazione della specificità del caso. L'andamento della motivazione della sent. n. 170 oscilla tra riferimenti specifici al caso concreto, del tutto particolare — di persona sposata che, successivamente, decide di cambiare sesso e di procedere quindi alla rettificazione degli atti di stato civile — e inquadramento della questione di costituzionalità sollevata nell'ambito della più generale problematica del matrimonio delle coppie dello stesso sesso, già affrontato quattro anni prima (sent. 138/2010).

In una prima parte infatti viene sottolineata la particolarità che pone il caso fuori dal modello matrimoniale e che non può equipararsi all'unione di persone dello stesso sesso.

Subito dopo però la richiesta dei coniugi in discorso che chiedono di poter proseguire, anche dopo la rettificazione, la loro vita comune di coppia, viene inquadrata e parificata ad una di quelle situazioni "specifiche" e "particolari" riguardanti le coppie dello stesso sesso, per le quali la Corte aveva assicurato, nel 2010, di poter intervenire per valutare l'adeguatezza e la proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore.

Ed al fine di far rientrare la situazione *de qua* nelle formazioni sociali garantite dalla Costituzione, richiama di nuovo quanto affermato a proposito delle coppie omosessuali (come forme di comunità, connotate da stabile convivenza tra due persone, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione).

Nella parte finale della decisione e nel dispositivo (sul quale tornerò tra un attimo) la Corte viene invece di nuovo a riferirsi al caso da cui la questione ha preso le mosse, per escludere di poter sostituire un divorzio automatico con un divorzio a domanda, in quanto ciò renderebbe possibile un rapporto matrimoniale contrario alla previsione dell'art. 29 Cost.

La decisione della Corte costituzionale avrebbe, a mio avviso, potuto essere più lineare e comprensibile, se questa avesse valorizzato le specificità del caso, senza voler ricomprendere lo stesso nel più vasto tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso².

La Corte sembra infatti non aver adeguatamente colto la sostanziale differenza tra le due situazioni, la persona regolarmente sposata la quale ritiene, per le ragioni e sulla base dei presupposti previsti dalla legge del 1982, di cambiare sesso, non significa affatto che nella sua vita affettiva successiva debba essere omosessuale, potendo ovviamente essere attratto da persone dell'altro sesso (rispetto a quello acquisito). Come rileva la stessa Corte costituzionale "a colui (o colei) che cambia il proprio sesso non resta impedito di formare una famiglia, contraendo nuovo matrimonio con persona di sesso diverso da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica".

Né le ragioni per le quali due coniugi, di cui uno ha cambiato sesso, decidano di non voler divorziare possono essere ridotte all'esistenza di un rapporto affettivo paraconiugale, potendo essere anche altre e di diversa natura³.

Qualora le due situazioni fossero state tenute distinte, la soluzione sarebbe potuta essere simile a quella della Corte federale tedesca del 2008, pure citata dalla nostra Corte.

In quel caso infatti la legge che escludeva la possibilità di richiedere il mutamento di sesso alle persone unite in matrimonio è stata dichiarata incostituzionale, pur ribadendo che la Costituzione richiede la differenza di sesso ai fini del matrimonio. La Corte tedesca ha infatti valorizzato le particolarità del caso, tanto da non ritenere derogato il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso e, nonostante che già dal 2001 esistesse una legge sulle unioni civili, essa non ha fatto rinvio alla medesima ma, proprio ritenendo la situazione del tutto diversa da quella delle coppie omosessuali, ha chiesto al legislatore di intervenire a dettare una disciplina *ad hoc*⁴.

* Ordinario di diritto costituzionale, Università di Pisa.

1 R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro italiano*, 2014, I 2680 ss..

2 In senso analogo, anche A. D'Aloia, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità "per mancanza di alternative"*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 672 ss.

3 V. le osservazioni di S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro italiano*, 2014, I, 2685 ss.

4 M.M. Winkler, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre*, in *Articolo29*, www.articolo29.it

Le specificità dell'ipotesi in questione, che valgono a distinguerla da quella delle coppie dello stesso sesso, determinano la infondatezza dei dubbi di costituzionalità che alcuni hanno sollevato per disparità di trattamento tra le stesse⁵.

Un secondo dato da sottolineare, il quale pure ha determinato difficoltà nella applicazione della dichiarazione di incostituzionalità contenuta nella sentenza n. 170, è rappresentato dal fatto che la lettura della stessa mostra in maniera abbastanza evidente che la Corte costituzionale ha affrontato e risolto due differenti questioni.

La prima relativa alla legittimità costituzionale della disposizione che prevede, in caso di mutamento di sesso e di rettificazione degli atti di stato civile, l'automatico scioglimento del matrimonio.

La seconda riguardante invece la situazione, in varie occasioni denunciata dalla Corte (e richiamata specificamente dal presidente Gallo nella annuale conferenza stampa sulla giustizia costituzionale nel 2012), di lacuna normativa in ordine ad una disciplina delle unioni civili, tale da garantire il "diritto fondamentale" ad una vita di coppia anche per le coppie del medesimo sesso⁶.

La prima questione è stata dichiarata, implicitamente ma non troppo, infondata, definendo la norma in esame addirittura come costituzionalmente necessaria, mentre la seconda è stata accolta, attraverso una pronuncia additiva di principio, la cui caratteristica, come già ho avuto modo di sostenere (*La legittimità costituzionale del "divorzio imposto"* cit.), è quella di essere priva della "necessaria" parte demolitoria di una norma e di rivolgersi ad una pura e semplice omissione del legislatore, non direttamente collegata alle disposizioni dichiarate incostituzionali.

Dell'anomalo dispositivo della sent. n. 170 ("dichiara l'illegittimità costituzionale degli art. 2 e 4 l. 164/1982, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore", corsivi aggiunti) vale la pena di sottolineare due aspetti.

Il primo concernente l'affermazione secondo cui la sentenza di rettificazione provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili, per cui nessun dubbio la Corte di cassazione avrebbe dovuto nutrire in proposito.

Il secondo è che, a differenza di quanto accaduto in molte circostanze anche recenti, in questo caso la Corte costituzionale non fa alcun riferimento all'attività del giudice allo scopo di individuare le regole di convivenza registrata, tali da tutelare adeguatamente i diritti della coppia.

Spesso infatti proprio la Corte costituzionale ha espressamente invitato il giudice, in una situazione di vuoto o di lacuna normativa ed in attesa dell'intervento del legislatore, a trovare una soluzione, sulla base dei principi generali, per il caso concreto.

Ciò non avviene in questa occasione, nella quale la Corte afferma che "la disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore", il quale è l'unico richiamato nel dispositivo. Anche di questo forse la Cassazione avrebbe dovuto tenere di conto.

A fronte di qualche giudizio fortemente positivo di chi ha sostenuto che, dopo la sentenza della Cassazione in esame, chi si oppone ad una legge sulle unioni civili sa che ciò non è di ostacolo alla introduzione ed alla permanenza in Italia di matrimoni tra persone dello stesso sesso⁷, diversi sono stati i giudizi negativi espressi da quanti hanno definito la pronuncia come un non condivisibile "scatto in avanti"

5 V. Baldini, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it; R. Cataldo, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"*, in AIC, *Osservatorio costituzionale*, www.osservatorioaic.it, 2014, la quale rileva una possibile ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il mutamento di sesso e la conseguente rettifica avvengano prima o dopo del matrimonio.

6 A. Ruggeri, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e...impossibile? (A prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2015, parla in proposito di una "doppia pronuncia".

7 M. Gattuso, *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all'entrata in vigore di una legge sulle unioni civili*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

rispetto alla sentenza della Corte costituzionale⁸, come un “seguito infedele” della stessa⁹ o come decisione che “non può essere condivisa né nella motivazione, né, tanto meno, nelle sue conclusioni”¹⁰.

La procura generale aveva sostenuto che la Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionale una norma inesistente.

La Cassazione non ha ritenuto di poter accogliere questa impostazione, procedendo ad una espressa confutazione della medesima.

La norma dichiarata incostituzionale sarebbe infatti riconducibile proprio alla disposizione relativa al c.d. divorzio imposto, la quale determinerebbe per la coppia una situazione di massima indeterminazione e carenza assoluta di protezione. Proprio questa situazione sarebbe l’oggetto della dichiarazione di incostituzionalità, che verrebbe così espunto dall’ordinamento.

La incostituzionalità quindi non avrebbe colpito una norma mancante, anche se poi si afferma che il meccanismo di caducazione automatica del matrimonio produrrebbe effetti incostituzionali, solo perché in presenza di “un vuoto normativo attuale”.

Sulla base quindi di tali considerazioni la dichiarazione di incostituzionalità è ritenuta pronuncia a carattere autoapplicativo e tale da determinare la inapplicabilità delle norme stesse a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla *Gazzetta ufficiale*.

La quasi ovvia conseguenza dovrebbe pertanto essere quella per cui a seguito della dichiarazione di incostituzionalità la sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi non determina lo scioglimento del matrimonio, fintanto che il legislatore non interverrà ad eliminare l’effetto incostituzionale derivante dalle disposizioni dichiarate incostituzionali.

Tale soluzione discutibile, ma chiara, non pare essere quella seguita dalla Cassazione, la quale evidentemente si accorge che finirebbe così per giustificare, seppure in via transitoria e temporanea, un matrimonio tra persone del medesimo sesso.

La via seguita è infatti quella di escludere il permanere in vita del matrimonio e di “creare” in via giurisprudenziale quella disciplina che il legislatore finora non ha approvato, individuandola in quella che regola i rapporti tra coniugi uniti in matrimonio.

Solo così infatti si può spiegare l’affermazione per cui la Cassazione, in attesa dell’intervento del legislatore che valga a riempire il “vuoto normativo”, deve trovare la regola per il caso concreto.

Di fronte ad una sentenza di incostituzionalità autoapplicativa che esclude, al momento, lo scioglimento del matrimonio, pare evidente che il rapporto tra coniugi continua ad essere regolato dalle stesse disposizioni sul matrimonio: perché mai la Cassazione dovrebbe andare a trovare altrove la regola del caso concreto?

Tale lettura parrebbe trovare una conferma nell’affermazione finale secondo cui ai coniugi (o ex coniugi) vengono riconosciuti “solo” i diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto e “la conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale”.

La norma, ricavata dalle disposizioni impugnate, dichiarata incostituzionale non sarebbe pertanto quella per cui il mutamento di sesso di uno dei coniugi determina lo scioglimento automatico del matrimonio — la quale risulterebbe pertanto sicuramente applicabile — bensì quella relativa alla mancanza di qualsiasi tutela per la coppia, stante il vuoto normativo.

Il matrimonio pertanto, nella specie, risulta sciolto e la soluzione alla dichiarazione di incostituzionalità viene individuata nel riconoscimento alla coppia dello stesso *status* proprio dei coniugi uniti in matrimonio, fintanto che il legislatore non provvederà a dettare una specifica disciplina per il caso. Uno *status* giuridico definito recentemente del tutto eccentrico da I. Rivera¹¹, la quale però ritiene che la Cassazione riconosca la validità del vincolo matrimoniale, pur circoscrivendone i confini alla condizione contingente.

Ritenere diversamente che il matrimonio rimane valido ed è sottoposto alla clausola risolutiva dell’intervento del legislatore che solo produrrebbe lo scioglimento del matrimonio, facendo venir meno la ragione di incostituzionalità delle norme impugnate, equivarrebbe a sostenere che lo scioglimento del matrimonio dovrebbe avvenire sulla base delle norme dichiarate incostituzionali, ma che, a seguito dell’intervento del legislatore, subirebbero un “effetto Lazzaro”, tornando miracolosamente in vigore.

L’effetto di incostituzionalità in questo caso deriverebbe infatti proprio dal previsto scioglimento automatico che, dichiarato incostituzionale, non sarebbe applicabile, dal giorno successivo alla pub-

8 V. Baldini, *Riflessioni a caldo* cit.

9 A. Ruggeri, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale* cit.

10 G. Finocchiaro, *Un’evidente discrasia tra motivazione e dispositivo*, in *Guida al diritto*, 21 maggio 2015, n. 21, 56.

11 I. Rivera, *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di cassazione)*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2015, II, 479.

blicazione della decisione sulla *Gazzetta ufficiale*, ma che, a seguito dell'approvazione di una disciplina delle unioni civili, tornerebbe a svolgere i suoi effetti nel caso di cambiamento di sesso e rettificazione di stato civile di uno dei coniugi.

2. Risposta alle domande 3, 5 e 8

L'aspetto relativo ai rapporti tra il diritto politico e quello giurisprudenziale nel riconoscimento e nella tutela dei diritti è assai complesso e difficilmente sintetizzabile in poche righe.

Volendo limitarmi a qualche cenno di ordine generale, valido ovviamente per il caso di specie, partirei dall'affermazione per cui, essendo l'esistenza di un diritto giurisprudenziale attualmente scontata, il problema è quello di individuare i limiti all'attività "creativa" del giudice.

La stessa Corte costituzionale — la quale, come detto, ha negli ultimi anni alquanto valorizzato l'intervento del giudice anche allo scopo di trovare nell'ordinamento una soluzione al caso concreto, allorché vi sia una apparente lacuna normativa — proprio nella pronuncia sul matrimonio omosessuale ha sostenuto che, nell'interpretare l'art. 29 Cost. e la nozione di matrimonio ivi prevista, non è possibile dare alla stessa certi significati in quanto "non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa", evidentemente non consentita.

Tra i limiti che si pongono chiaramente all'attività interpretativa-creativa del giudice sta certamente la necessità del rispetto del testo normativo e delle regole dell'interpretazione, potendo questo intervenire solo su casi e non per stabilire una disciplina di carattere generale, riservata solo all'intervento del legislatore.

D'altra parte è anche chiaro come il legislatore non possa essere obbligato a farlo, non essendo espressamente sanzionabile l'ipotesi di omissione legislativa e come quella di non intervenire possa rappresentare una precisa scelta attraverso la quale i soggetti politici mostrino di accettare che la regolamentazione della materia sia rilasciata, almeno al momento, al diritto giurisprudenziale.

Il problema dei limiti all'attività "creativa" dei giudici si pone poi in termini ovviamente diversi allorché il legislatore ritenga di non operare una scelta e di non intervenire a dettare una qualsiasi disciplina, rispetto all'ipotesi di un suo intervento.

Nel primo caso si deve ulteriormente distinguere a seconda che il diritto di cui si chiede la tutela trovi un fondamento nel testo costituzionale oppure in un testo avente forza di legge.

Nel primo caso, a meno di non vanificare il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l'esistenza di un diritto costituzionale.

Il secondo caso è costituito invece da quelle ipotesi in cui la Costituzione "consente" una certa soluzione e disciplina, ma non la "imponga", lasciando quindi la realizzazione di un determinato diritto alla sfera della decisione politica ed alle regole della maggioranza parlamentare, alla quale spetterà di valutare l'evoluzione dei risultati della scienza medica, dei costumi, della coscienza sociale ecc.

In tal caso risulta altresì evidente come necessariamente più prudente ed attento dovrà essere l'atteggiamento e l'intervento del Giudice costituzionale e dei giudici comuni nei confronti delle scelte (o non scelte) legislative, mentre nel caso in cui la Costituzione "imponga" (e non solo "consenta") la realizzazione di un diritto, la posizione della Corte costituzionale e dei giudici comuni dovrà essere più decisa e condurre, di norma e quando possibile, alla dichiarazione di incostituzionalità della disciplina "nella parte in cui non prevede", nonché alla applicazione diretta della Costituzione da parte dei secondi.

Nel caso di specie l'intervento della Cassazione parrebbe essere andato oltre i limiti consentiti alla "creazione" di diritto da parte del giudice, in quanto viene ad operare una scelta (quella relativa ad una disciplina relativa all'intero *status* della coppia unita in matrimonio, in cui uno dei coniugi proceda ad un mutamento di sesso) che parrebbe doversi ritenere riservata al legislatore ed a creare un nuovo istituto "il matrimonio a termine" che pure sembrerebbe non spettare all'autorità giudiziaria.

In tanto infatti l'attività creativa del giudice non invade la sfera riservata al legislatore, in quanto risponde alla singola domanda relativa al riconoscimento di uno specifico diritto, senza porsi nell'ottica di dettare una disciplina generale.

In questo senso pareva essersi espressa la stessa Corte costituzionale allorché si era dichiarata nella impossibilità di dettare una disciplina che garantisse il diritto fondamentale alla vita di relazione per le coppie omosessuali, specificando però al tempo stesso di poter intervenire allorché le fossero sottoposte specifiche questioni relative a supposte ingiustificate diversità di trattamento.

3. Risposta alla domande 6

La domanda relativa a quali indicazioni trarre dal comportamento dell'Avvocatura in rappresentanza del ministero dell'interno la quale si è rimessa "alle determinazioni della Corte" richiama l'analogo problema del mancato intervento del Presidente del consiglio dei ministri davanti alla Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi in via incidentale (in occasione della sent. 170 del 2014 il Presidente si era costituito e pronunciato per l'infondatezza).

Il mancato intervento può derivare da varie ragioni e comunque pare chiaramente indicare una sorta di disinteresse o almeno di neutralità del soggetto politico rispetto alla questione da decidere.

In realtà nel rapporto tra il Presidente del consiglio o il Ministro e l'Avvocatura dello Stato, spesso il comportamento processuale da tenere davanti alla Corte o al giudice è deciso interamente dall'Avvocatura, tanto che in alcuni casi abbiamo assistito ad un evidente e clamoroso contrasto tra la posizione sostenuta davanti alla Corte costituzionale e le decisioni prese poi dal consiglio dei ministri. La vicenda processuale pare infatti sovente giudicata fine a se stessa e poco coordinata con il seguito a livello politico (si pensi ai casi in cui il mancato intervento è dovuto alla convinzione che la legge impugnata sia incostituzionale e poi la questione viene dichiarata inammissibile: nessuna iniziativa viene ciò nonostante presa dal consiglio dei ministri).

La decisione però di intervenire o meno nel processo costituzionale è presa direttamente dall'ufficio legislativo della presidenza del consiglio dei ministri e, riterrei, analogamente dovrebbe essersi verificato anche nel caso di specie, da parte degli uffici del ministero dell'interno, il che dovrebbe avvalorare l'ipotesi della volontà di non prendere, al momento, esplicita posizione in un senso o nell'altro rispetto ad un problema che notoriamente divide le forze politiche e che mostra differenziazioni anche all'interno dello stesso partito politico.

4. Risposta alla domanda 8

Non credo si possa ragionevolmente parlare, come pure qualcuno ha fatto, di un conflitto tra le due Corti, anche se indubbiamente, in ordine alla interpretazione dell'art. 29 Cost., la Cassazione pare essere meno legata alla lettura "originalista", seguita dalla Corte costituzionale nel 2010 e poi ribadita nel 2014.

In particolare ricordo come Cass. 15 marzo 2012, n. 4184¹² sostenne che, in considerazione dell'art. 12 Cedu come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la diversità di sesso dei nubendi non può essere ritenuta come requisito minimo indispensabile per la "esistenza" del matrimonio civile ed affermò che la intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro "invalidità", bensì dalla loro "inidoneità" a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano.

In quella occasione la Cassazione fornì una lettura, a dire poco non pacifica, di Corte cost. 138/2010, nel senso che questa avrebbe inteso l'art. 29 Cost. come "permissivo" della scelta del legislatore di introdurre o meno in Italia il matrimonio omosessuale, in linea con quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito dell'art. 9 della Cedu.

Nella presente occasione ritengo che, *mutatis mutandis*, la Cassazione sia nuovamente andata oltre le intenzioni della Corte costituzionale, la quale non aveva affatto dichiarato incostituzionale la norma che determinava lo scioglimento automatico del matrimonio in caso di mutamento del sesso di uno dei due coniugi ed infatti aveva espressamente escluso di introdurre, in queste ipotesi, un divorzio a domanda, limitandosi a dichiarare incostituzionale la mera perdurante situazione di vuoto normativo in materia di disciplina delle coppie omosessuali e quindi una pura e semplice omissione del legislatore.

La Corte di cassazione giunge invece, almeno di fatto, ad ottenere proprio quel risultato che la Corte costituzionale inequivocabilmente aveva dichiarato incostituzionale in quanto in violazione dell'art. 29 Cost., allorché aveva escluso l'esistenza di un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio e soprattutto aveva affermato che, nel caso di specie, il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso si sarebbe posto in contrasto con l'art. 29 Cost.

12 Foro italiano, 2012, I, 2727, con nota di R. Romboli.