

**«PARTICOLARE TUTELA» DEL MATRIMONIO,
PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA E GARANZIA DI
ISTITUTO:
LE UNIONI CIVILI DAVANTI AL TRIBUNALE
COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCO**

Francesco Saitto

*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena*

Il lavoro ricostruisce la giurisprudenza costituzionale in materia di unioni civili in Germania alla luce della concezione tradizionale di matrimonio, tutelato da una garanzia di istituto, che protegge la sola unione di uomo e donna, e garantito in Costituzione da un obbligo, in capo al Legislatore, di «speciale protezione». Attraverso l'analisi delle pronunce del Tribunale costituzionale, viene messo in rilievo come, a partire dalla prima sentenza in materia del 2002, da un lato, si siano lentamente ridotte le differenze che distinguono matrimonio e unioni civili, valorizzando il principio di uguaglianza e negando, anche se non immediatamente, che la «speciale protezione» imponesse un obbligo di differenziazione nella disciplina che regola matrimonio e unioni civili; e come, dall'altro, si sia, in particolare in pronunce in materia di transessualismo, fortemente problematizzata quella garanzia d'istituto che protegge il matrimonio come la sola unione di uomo e donna e che, alla luce della più recente giurisprudenza, sembra rendere la distinzione tra matrimonio e unioni civili più nominalistica che sostanziale.

The present work describes the constitutional jurisprudence on civil unions in Germany in light of the traditional concept of marriage, which in Germany is protected by an institute guarantee, which understands marriage as the union between a man and a woman, and guaranteed by the

Constitution through a duty of «special protection» imposed on the Legislator. Through the analysis of the Constitutional Court's rulings, the article highlights how, since the first ruling on topic issued in 2002, on the one hand, the differences that originally characterized marriage and civil unions have been gradually reduced, relying on the principle of equality and eventually denying that the constitutional requirement of «special protection» necessarily mandated a different legal treatment between marriage and civil unions; and how, on the other, the institute guarantee implied in the qualification of marriage as a legal institution comprising exclusively unions between a man and a woman, has, especially in decisions on transsexualism, become an increasingly complex one, likely to make the distinction between marriage and civil unions more nominalistic than substantial.

Sommario

1. Le Unioni civili e il *Lebenspartnerschaftsgesetz*: il quadro normativo
2. Il Tribunale costituzionale federale: il concetto matrimonio e la sua «particolare tutela»
3. La parabola giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* in materia di unioni civili, «dall'obbligo al divieto di differenziazione»
4. Il *Leiturteil* del 2002 tra garanzia di istituto e «particolare tutela» del matrimonio
5. Se la «particolare tutela» è norma speciale rispetto al principio di uguaglianza: la giurisprudenza tra il 2007 e il 2008
6. La giurisprudenza dopo il 2009 e il “nuovo corso”: il *Bundesverfassungsgericht* torna sul rapporto tra principio di uguaglianza e «particolare tutela»
7. La garanzia d'istituto e le sentenze sul transessualismo
8. Conclusioni e tendenze

1. Le Unioni civili e il *Lebenspartnerschaftsgesetz*: il quadro normativo

In Germania, dal 2001¹, una legge, il *Lebenspartnerschaftsgesetz* (*LPartDisBG*), in parte modificata nel 2004 e nel 2009, ha introdotto un apposito istituto volto a riconoscere diritti e doveri per le coppie di persone dello stesso sesso che decidono di registrare civilmente la loro unione: le *eingetragene Lebenspartnerschaft*.

La legge, divisa in sei sezioni, riserva, nella prima, rubricata «forme e condizioni», questo istituto alle sole persone del medesimo sesso (art. 1), prevedendo che i *partner* non possano essere già sposati o essersi già uniti in un'altra unione civile. È sancito poi che le due persone del medesimo sesso debbano contrarre l'unione civile attraverso un'esplicita dichiarazione con cui affermano contestualmente, davanti ad un soggetto competente, di volersi unire per la vita. L'ufficiale deve chiedere espressamente ai contraenti se vogliono legarsi in questo tipo di unione (*Partnerschaft*) e, alla risposta affermativa di entrambi, la dichiara fondata.

Nella Sezione seconda, vengono regolati gli effetti di tale istituto che, per molti ambiti, rinviano alle norme già previste per il matrimonio dal codice civile tedesco (il *BGB*). In particolare, l'art. 2 prevede che i *partner*, nel contrarre un'unione civile, si impegnano alla cura e al sostegno reciproco, ad una vita in comune e, infine, ad essere responsabili l'uno per l'altro; l'art. 3 disciplina il regime del nome comune, mentre l'art. 5 dispone che i due *partner* si obbligano, attraverso il loro lavoro e i loro beni, a contribuire in modo appropriato alla vita di coppia e dichiara applicabili, a questo fine, alcuni articoli del codice civile per l'unione matrimoniale.

¹ Il testo è disponibile al sito internet: <http://bundesrecht.juris.de/lpartg/>.

L'art. 6 sancisce, anche in questo caso con il richiamo del regime previsto dal codice civile per i coniugi, che il regime patrimoniale della coppia, salvo diversa manifestazione di volontà delle parti (art. 7), sia la comunione dei beni (*Zugewinnngemeinschaft*). L'art. 9 regola lo *status* di eventuali figli presenti al momento dell'unione e l'ultimo comma dispone che un *partner* possa adottare il figlio del proprio compagno o della propria compagna (*Stiefkindadoption*), pur restando presclusa, almeno per ora, l'adozione da parte della coppia². L'art. 11, infine, specifica che il *partner* di una *eingetragene Lebenspartnerschaft* è da considerarsi come un familiare (*Familienangehöriger*). I parenti dell'uno, poi, sono, come

² Per quanto riguarda il profilo delle norme in materia di adozione, cfr. HENKEL, *Fällt nun auch das "Fremdkindadoptionsverbot"*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, 259 ss. il quale, in particolare, sostiene come il divieto per le coppie unite in una *eingetragene Lebenspartnerschaft* potrebbe presto cadere per opera del Tribunale federale e che già l'introduzione della norma che prevede l'adozione dello *Stiefkind* nel 2004 ha rappresentato un'innovazione significativa tanto che, su di essa, è stato anche chiamato a pronunciarsi il Tribunale costituzionale. Nell'ordinanza (*Beschluss*) del 10 agosto 2009 1 BvL 15/09, quest'ultimo ha dichiarato che tale norma non è incompatibile con l'art. 6, comma 2 GG, nella parte in cui due persone del medesimo sesso vengono definiti *genitori (Eltern)*, e con la particolare tutela che viene dalla Legge fondamentale riservata, oltre che al matrimonio, alla famiglia (14).

Sul concetto di famiglia e di matrimonio in Germania, cfr., nella letteratura italiana, BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento tedesco*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2/2010, 578 ss. Per i concetti di matrimonio e famiglia in generale, recentemente, si vedano RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2007, 751 ss., MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti* n. 00 del 2010 e, da ultimo, PEDRAZZA GORLERO - FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio*, in *Dir. Pubbl.* 1-2/2010, 247 ss. In prospettiva comparata, cfr. GATTUSO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in www.forumcostituzionale.it.

nel matrimonio, considerati acquisiti (*verschwägert*) dall'altro³.

La Sezione III regola l'eventuale separazione (*Getrenntleben*) dei due *partner*, anche in questo caso con un rinvio delle norme del codice civile che disciplinano la medesima fattispecie per i coniugi, mentre, nella Sezione IV, la legge prevede (art. 15) tempi e condizioni per poter procedere all'annullamento o risoluzione (*Aufhebung*) dell'unione civile e viene precisato, all'art. 16, che resta comunque fermo il diritto agli alimenti (a regolare la stessa disciplina per il matrimonio sono gli artt. 1313 e ss. del *BGB*⁴). Nella Sezione V sono contenute delle disposizioni transitorie e nella VI, da ultimo, la legge dispone la possibilità per i *Länder* di derogare ad alcune disposizioni di carattere amministrativo.

³ Il codice civile prevede per i parenti di sangue del *partner*, infatti, una disposizione analoga a quella prevista per il matrimonio all'art. 1590 *BGB* stabilendo che anch'essi sono considerati parenti acquisiti o affini (*verschwägert*) dell'altro coniuge. Il diritto di famiglia tedesco distingue, come l'ordinamento italiano, tra legami di parentela di sangue e di parentela acquisita in virtù di un'unione matrimoniale o civile. Sul punto, cfr. E. BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento tedesco*, cit., 580.

Diversa, invece, la qualificazione del rapporto tra i due *partner*, perché a seguito del matrimonio i due *partner* si qualificano coniugi (*Ehegatten*). Questa distinzione non implica più particolari differenze giuridiche sul piano fiscale in quanto è lo stesso *Abgabeordnung*, legge in materia tributaria, (AO) che stabilisce, all'art. 15, che anche i coniugi, come anche altri parenti stretti, sono tra loro da considerarsi *Angehöriger*.

⁴ Il testo del codice civile tedesco è disponibile al sito <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> e anche in lingua inglese al sito http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html.

2. Il Tribunale costituzionale federale: il concetto matrimonio e la sua «particolare tutela»

Il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato più volte sulle problematiche connesse al concetto di matrimonio e su quelle relative al rapporto tra matrimonio (*Ehe*) e unioni civili (*eingetragene Lebenspartnerschaft*)⁵ ed è identificabile, nella ricca giurisprudenza costituzionale, un favore crescente nei confronti delle unioni civili che, nel tempo, ha portato a ridurre sempre più le differenze con l'istituto del matrimonio (*Ehe*). Infatti, se con alcune decisioni è stato sostenuto dal Tribunale che vi fosse per il legislatore un obbligo di differenziazione⁶ (*Differenzierungsgebot*) tra i due istituti, derivante, come si darà conto, dall'art. 6, comma 1 della Legge fondamentale, in seguito si è meglio precisato il rapporto di questa norma con il principio di eguaglianza sancito all'art. 3 GG, tanto che in dottrina si è parlato di un passaggio da un obbligo di differenziazione ad un divieto di differenziazione (da un *Differenzierungsgebot* ad un *Differenzierungsverbot*)⁷. Prima di descrivere, tuttavia, la parabola giurisprudenziale tracciata dal *Bundesverfassungsgericht*, iniziata nel 2002⁸, e attraversata anche da due pronunce della Corte di Giustizia

⁵ Su cui, per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, cfr. ZUCK, *Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgestes*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, 1499 ss.

⁶ In questo senso, come si darà conto, una certa giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* è sembrata individuare nell'art. 6 GG e nella «particolare tutela» (*besonderer Schutz*) in esso riservata al matrimonio e alla famiglia, una plausibile giustificazione ad eventuali differenze che derogassero al principio di uguaglianza, individuando in quella formula un compito «speciale» (*speziell*) rispetto al generale principio di uguaglianza (BVerfG, 2 BvR 855/06 del 20 settembre 2007 (18)). Nello stesso senso, cfr. anche l'ordinanza BVerfG, 2 BvR 1830/06 del 6 maggio 2008.

⁷ KRINGS, *Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2011, 26 ss.

⁸ BVerfG, 1 BvF 1/01 del 17 luglio 2002.

Europea⁹, è necessario dare conto del contesto costituzionale in cui si è inserita la legislazione in materia di unioni civili.

In primo luogo, dunque, si farà riferimento alle norme costituzionali che regolano il matrimonio per poi descrivere, nella giurisprudenza più risalente del Tribunale costituzionale federale tedesco, la loro applicazione. Nella parte successiva, si proverà, poi, a delineare i punti più significativi della giurisprudenza costituzionale in materia di *eingetragene Lebenspartnerschaft* al fine di cercare di tratteggiare, così come risulta nella motivazione della varie decisioni, l'iter argomentativo seguito dal *Bundesverfassungsgericht*, che nel tempo ha non solo assottigliato le differenze tra unioni civili e matrimonio, ma anche fortemente inciso sulla stessa dimensione *istituzionale* del matrimonio.

Norma cardine e pietra angolare in materia di matrimonio e di famiglia è, come detto, l'art. 6 GG che sancisce al comma

⁹ Se ne darà brevemente conto nel prosieguo (*infra*, par. 5). La prima è la nota sentenza *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* del 1 aprile 2008 (procedimento C 267/06), su cui cfr., nella dottrina tedesca, BRUNS, *Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 1929 ss.; LEMBKE, *Sind an die Ehe anknüpfende Leistungen des Arbeitsgebers auch an Lebenspartner zu gewähren*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 1631 ss.; STÜBER, *Was folgt aus „Maruko“?*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2008, 750 ss.; nella dottrina italiana, in particolare anche con riferimenti alla giurisprudenza tedesca, VIOLINI, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte alla sentenza Maruko: un dialogo tra sordi*, in *Quad. cost.* 2009, 410 ss. e COZZI, *Il diritto alla pensione di reversibilità del partner di un'unione solidale registrata: la Corte di Giustizia al bivio tra il divieto comunitario di discriminazione in base all'orientamento sessuale e il diritto nazionale*, in www.forumcostituzionale.it; in lingua inglese, cfr. MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, in *Columbia Journal of European Law* 2009, 37 ss.; la seconda è la recentissima sentenza *Römer* del 10 maggio 2011 (procedimento C-147/08) su cui cfr. NINATTI, *Il caso Römer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, in *Quad. cost.* 3/2001, 693 ss.

1: «Il matrimonio e la famiglia sono oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento statale»¹⁰.

Questa norma è stata definita come «un'utopia tedesca»¹¹ ed è stata interpretata dal Tribunale costituzionale federale, in particolare nella sua giurisprudenza degli Anni Cinquanta, in un modo piuttosto interessante che ha fatto perno sulla dogmatica tedesca dei diritti. Nella costante giurisprudenza del *BVerfG*, infatti, già in una pronuncia 1957¹², il matrimonio, come gli altri diritti fondamentali, chiude in sé tre dimensioni: quella liberale di difesa (*Abwehrrecht*), ovvero la dimensione di difesa dall'intervento statale; quella istituzionale, che assume la forma di una garanzia di istituto, e quella per cui il legislatore è positivamente obbligato a favorirne lo sviluppo (*wertenscheidende Grundsatznorm*)¹³. Proprio sulla dimensione istituzionale, come si dirà, il Tribunale ha fatto leva, nella decisione del 2002, per individuare cosa distingue il matrimonio dalle unioni civili.

Le garanzie di istituto, si è sostenuto, rappresentano la «tendenza del diritto costituzionale a pervadere ambiti in

¹⁰ La traduzione dal tedesco è tratta da CERRINA FERONI (a cura di), *Germania*, in CERRINA FERONI – FROSINI - TORRE (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2009, 125.

¹¹ Così DIEDERICHSEN, *Der besondere Schutz von Ehe und Familie – eine deutsche Utopie*, in *Familie Partnerschaft Recht* 2007, 221. Il termine utopia è stato utilizzato in ragione della difficoltà di delineare cosa si dovesse intendere con questa locuzione e se questa fosse qualcosa di più di una promessa, integrando gli estremi di un diritto effettivamente esigibile (222).

¹² BVerfGE 6, 55. Cfr., sul punto, anche ROBBERS, in MANGOLD – KLEIN – STARK, GG I, Art. 6, *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, Aufl. 5, Vahlen, München, 2005, 675 ss., secondo il quale la particolare tutela si risolve in un obbligo di non svantaggiare ma non in una pretesa attiva, e ZUCK, *Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgestes*, cit., 1499.

¹³ Sulle varie dimensioni dei diritti fondamentali cfr., nella vastissima bibliografia, HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983, trad. it. RIDOLA (a cura di), *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993 e, nella letteratura italiana, RIDOLA, *Diritti fondamentali*, Torino, 2004, 148 ss.

passato ritenuti ad esso estranei ed insieme a considerare determinati settori o istituti della società civile in una prospettiva più esclusivamente riconducibile allo schema dei diritti individuali con carattere di assolutezza» tendendo non solo a dilatare «la sfera delle garanzie, fino a farla coincidere con il riconoscimento che la costituzione ha operato di determinati ambiti di libertà corporativa, sfere di autonomia, istituti giuridici radicati nella tradizione», ma anche «a contemperare la tutela di situazioni soggettive e la salvaguardia di interessi metaindividuali»¹⁴. Per poter comprendere l'*iter* argomentativo seguito dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale in materia di unioni civili, è di particolare rilevanza ricostruire proprio come sia stato interpretato il matrimonio nella sua dimensione istituzionale.

La garanzia di istituto, infatti, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, protegge il matrimonio come la sola unione di due persone di sesso diverso. In particolare, nell'interpretazione del Tribunale costituzionale, il matrimonio è considerato come «l'unione di un uomo e di una donna fundamentalmente indissolubile per la vita»¹⁵ dato che questo istituto, continua il Tribunale, non è mutato nel suo nucleo materiale da come era nei tempi antichi e continua a corrispondere, dunque, a quel diritto tradizionale¹⁶. Da questo passaggio, peraltro, emerge molto

¹⁴ Così RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 169 ss. che si sofferma poi anche sulle criticità connaturate alla protezione dei diritti per il tramite delle garanzie di istituto e sulle osservazioni che già Carl Schmitt sollevava in merito alla loro ambiguità. Sul tema, cfr. anche BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997,

¹⁵ BVerfGE 10, 59 (punto 66) dove si legge, appunto, che il matrimonio consiste in «*die Vereinigung eines Mann und einer Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft*».

¹⁶ Nella sentenza è affermato, infatti, che «Entrambi gli istituti [Matrimonio e Famiglia] sono giunti sin qui da tempi antichi e restano nel loro nucleo immutati; in tal misura corrisponde il contenuto materiale della garanzia di istituto di cui all'art. 6, comma 1 GG con il

bene, come questa dimensione istituzionale sia strettamente connessa con la teoria del nucleo essenziale (*Wesensgehalt*) e con i limiti ad essa immanenti della intangibilità del *contenuto imm modificabile* dei diritti che acquisiscono, per questa via, un vero e proprio *nucleo di valore* che il legislatore non può intaccare¹⁷. Nella sua dimensione oggettiva, nel caso di specie, ciò che rappresenterebbe il “nucleo essenziale” dell’istituto-matrimonio sarebbe, come detto, secondo i giudici di *Karlsruhe*, proprio la differenza di sesso tra i due contraenti.

3. La parabola giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* in materia di unioni civili, «dall’obbligo al divieto di differenziazione»

Alla luce di questa risalente giurisprudenza che ha accolto la possente dogmatica brevemente ricostruita, si può intuire

diritto della tradizione» («Beide Institute [Ehe und Familie] sind von Alters her überkommen und in ihrem Kern unverändert geblieben; insoweit stimmt der materielle Gehalt der Institutsgarantie aus Art. 6 Abs. 1 GG mit dem hergebrachten Recht überein»), BVerfGE 10, 59 (punto 66).

¹⁷ Così, ancora, cfr. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 171. Sul problema della differenza tra nucleo essenziale (*Wesensgehalt*) e garanzia di istituto cfr. anche LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983. L’Autore, dopo essersi soffermato sul dibattito tedesco sulla nozione di *Institutsgarantie* e sul suo significato ed aver sostenuto che, affinché l’istituto dispieghi la propria garanzia, è necessario «che si tratti di un *quid di precostituzionale*, di fisso e tradizionale» (punto 52), afferma che la differenza tra i due istituti consisterebbe nella diversa «logica sottesa alle due garanzie» (53). Il piano della tutela apprestata dal nucleo essenziale inciderebbe «su una sfera intangibile dei diritti», quella della garanzia di istituto sulla «tutela di un sistema di norme» (punto 53). Sul tema, cfr. anche BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, 96 ss. Con riferimento alla dottrina tedesca sul nucleo essenziale (*Wesensgehalt*) e la dogmatica dei diritti fondamentali, necessario il richiamo a HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, cit.

come fosse difficile per il legislatore procedere ad un'estensione del matrimonio per regolare le unioni tra persone dello stesso sesso. Una tale scelta, infatti, avrebbe potuto comportare il concreto rischio di una pronuncia di incostituzionalità. Nonostante ciò, molti sono stati i dubbi riguardanti la legittimità delle norme regolanti le unioni civili che hanno portato il Tribunale costituzionale tedesco a pronunciarsi più volte in materia.

Il *Leiturteil* in materia di unioni civili è la sentenza BVerfG, 1 BvF 1/01 del 17 luglio 2002, il c.d. «Homo-Ehe» *Urteil* (*infra*, par. 4). Ad essa sono seguite, in modo non del tutto lineare, molte pronunce, anche di Tribunali non costituzionali¹⁸. Nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, oltre alle due ordinanze richiamate in precedenza¹⁹ (*infra*, par. 5), sembra opportuno in particolare fare riferimento a tre decisioni rispettivamente del 2009, del 2010 (*infra*, par. 6) e del 2011 (*infra*, par. 7). Nelle due ordinanze già menzionate, rispettivamente del 2007 e del 2008, il Tribunale costituzionale ha sottolineato come la speciale protezione garantita al matrimonio dalla Legge fondamentale permettesse al legislatore di introdurre anche delle differenziazioni in deroga al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 GG.

Le due ordinanze successive, del luglio 2009 e del luglio 2010, hanno rispettivamente ad oggetto il diritto alla pensione di reversibilità e i diritti ereditari del *partner* superstite di un'unione civile registrata ed, in questo secondo caso, quegli articoli dell'*Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz* (diritto tributario delle successioni e

¹⁸ Su cui cfr. MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, cit., 51 ss. Inoltre, per il commento ad una pronuncia del BVerwG (la decisione è del 26 gennaio 2006) a cui è seguita una *Verfassungsbeschwerde* davanti al *Bundesverfassungsgericht*, cfr. STÜBER, *Kein Familienzuschlag für Lebenspartner?*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 1774 ss.

¹⁹ Le già menzionate BVerfG, 2 BvR 855/06 del 20 settembre 2007 e BVerfG, 2 BvR 1830/06 del 6 maggio 2008 (*supra*, n. 6).

delle donazioni) che prevedevano per questi ultimi, fino al 2008, un trattamento tributario diverso da quello previsto per le coppie sposate. Queste ordinanze sono particolarmente interessanti perché, incentrandosi, nuovamente, la loro *ratio decidendi* sul rapporto tra art. 3 e art. 6 *GG*, sembrano chiarire la posizione del *Bundesverfassungsgericht* in materia di unioni civili, riavvicinandola a quella espressa nella decisione del 2002. Il Tribunale costituzionale, superando i propri precedenti in materia, ha, infatti, con queste decisioni ribaltato l'interpretazione dell'art. 6 *GG* come norma speciale. La sesta decisione²⁰, infine, inquadrata nel filone di decisione in materia di transessualismo, del gennaio 2011, pur avendo per oggetto il *Transsexuellengesetz* (TSG), ha inciso anche sull'istituto delle *Lebenspartnerschaft*, in particolare, come si dirà, problematizzando la richiamata giurisprudenza del Tribunale costituzionale sulla dimensione istituzionale del matrimonio.

Alla base delle varie decisioni che verranno analizzate vi sono, dunque, gli artt. 6 e 3 *GG*, ma anche gli artt. 2 e 1 del *Grundgesetz* (*GG*). L'art. 6, comma 1, *GG* impone, come detto, al legislatore di garantire una tutela particolare (*besonderer Schutz*) al matrimonio e alla famiglia. L'art. 3, comma 1, *GG*, invece, sancisce il principio di uguaglianza di tutti gli esseri umani di fronte alla legge. L'art. 2 *GG*, poi, protegge, per quel che rileva ai fini di questo scritto, al primo comma, il libero sviluppo della personalità e, al secondo, il diritto all'integrità fisica. Infine, l'art. 1, comma 1 *GG*, pone, come noto, il fondamentale principio della *Menschenwürde* (dignità umana).

²⁰ BVerfG, 1 BvR 3295/07

4. Il *Leiturteil* del 2002 tra garanzia di istituto e «particolare tutela» del matrimonio

Nella sentenza del 2002, a promuovere il ricorso sono stati alcuni *Länder*²¹ che hanno sostenuto l'esistenza di un vero e proprio obbligo di differenziazione (*Abstandsgebot*) del legislatore desumibile dall'art. 6, comma 1 *GG*, in ragione del quale non solo il legislatore dovrebbe garantire una particolare tutela alla famiglia, ma anche svantaggiare altre forme di convivenza alternative al matrimonio. Da ciò hanno dedotto un motivo di incostituzionalità del *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

Le questioni affrontate sono state fondamentalmente tre. In primo luogo, il *BVerfG* si è interrogato sulla competenza del *Bund* a legiferare in materia di coppie dello stesso sesso e, in particolare, se fosse legittima la procedura utilizzata nel caso di specie in ragione della quale la legge non è stata votata nella sua interezza, ma suddivisa in parti in modo da far passare solo ciò che era strettamente necessario attraverso il *Bundesrat* per il necessario *consenso* o *approvazione* (*Zustimmung*)²². I giudici hanno poi dovuto

²¹ Baviera, Sassonia e Turingia

²² Prima della riforma del 2006, si è calcolato che in oltre il sessanta per cento dei casi, il *Bundesrat* era chiamato, ai sensi dell'art. 77 *GG*, ad esprimere, con voto favorevole, il proprio consenso su leggi approvate dal *Bundestag*. Tale potere, di fatto, consiste in un vero e proprio veto che permane ancora oggi per un'ampia serie di materie indicate in maniera tassativa dalla stessa Legge fondamentale come, per esempio, nel caso previsto dall'art. 73, comma 2 *GG* (che impone l'approvazione del *Bundesrat* per le leggi di cui all'art. 73, comma 1, n. 9 ovvero in materia di «difesa dai pericoli del terrorismo internazionale ad opera dell'ufficio federale di polizia criminale se sussiste un pericolo che investe più di un *Land*, se non è possibile stabilire la competenza dell'autorità di polizia di un *Land* oppure se l'autorità suprema di un *Land* chiede l'intervento dello Stato federale») e di cui all'art. 73, comma 2 *GG*, che impone l'approvazione per le leggi di cui all'art. 73, comma 1, nn. 25 e 27 (ovvero, rispettivamente, in materia di responsabilità civile dello Stato e di status giuridico dei funzionari dei *Länder*, compresi i giudici, dei Comuni e degli altri enti di diritto

valutare se la disciplina della *Lebenspartnerschaft* fosse incostituzionale per violazione dell'art. 6, comma 1 *GG* e in ragione della particolare tutela che questo articolo impone al legislatore in favore del matrimonio. Da ultimo, i giudici si sono soffermati sulla legittimità o meno, sotto il profilo della ragionevolezza, del *Lebenspartnerschaftsgesetz* in relazione all'art. 3 *GG* e, dunque, al principio di uguaglianza.

In questo contributo, interessa soprattutto il secondo dei nodi argomentativi affrontati dal *BVerfG* che assume come parametro, come detto, l'art. 6, comma 1 *GG* perché permette di individuare con precisione la *ratio decidendi* della decisione nella ricostruzione dell'*iter* argomentativo seguito.

La dimensione di difesa (*Abwehr*), la prima delle tre dimensioni descritte in precedenza che caratterizzano i diritti fondamentali, non assume una particolare rilevanza nel caso di specie. Il Tribunale, piuttosto, è chiamato dai *Länder* a valutare se vi sia una lesione delle altre due dimensioni che contraddistinguono il matrimonio così come protetto dall'art. 6 *GG*.

In primo luogo, quindi, i giudici hanno esaminato un'eventuale lesione del matrimonio inteso come garanzia di istituto e, poi, una possibile violazione del principio per

pubblico). La *Zustimmung* è dunque necessaria in una serie di materie rimanendo, nonostante la *Federalismusnovelle*, ancora oggi un passaggio procedimentale obbligato molto frequente per numerose leggi che toccano la competenza dei *Länder* come per esempio in materia finanziaria e fiscale. Particolarmente significativa, tuttavia, è stata, sul punto, la riforma costituzionale del 2006 che è intervenuta con il fine di eliminare la *Zustimmung* per alcune delle leggi che incidono sull'amministrazione dei *Länder*, con la modifica dell'art. 84 *GG*, introducendo l'istituto delle «norme in deroga». Si differenzia dalla *Zustimmung* il semplice veto sospensivo (*Einspruch*) che può essere superato dal *Bundestag* con delle maggioranze qualificate. Sul punto, nella vasta letteratura italiana, cfr. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in CARROZZA - DI GIOVINE - FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 207-209. Cfr. anche MAURER, *Staatsrecht I*, Monaco, Beck, 2010, 546 ss.

cui il legislatore deve favorire il matrimonio come forma di vita in comune (*Lebensform*) rispetto alle altre, ovvero la dimensione di sviluppo declinata però, in questa circostanza, nella forma di un vero e proprio *Abstandsgebot* (appunto un obbligo di differenziazione) nei confronti delle altre forme di vita in comune.

Nel motivare il loro ragionamento, i giudici hanno affermato che matrimonio e *Lebenspartnerschaft* sono tra loro due istituti molto diversi e che la *Lebenspartnerschaft* è un vero e proprio *aliud*²⁵ rispetto al matrimonio. La nuova forma di unione, infatti, resta preclusa alle coppie di sesso diverso. Non sono due istituti dunque in alcun modo in concorrenza. Il Tribunale costituzionale ha sottolineato che il matrimonio è e può essere solo l'unione tra un uomo e una donna perché solo questa è la forma di vita che, per quanto non vi sia alcuna definizione di matrimonio contenuta in Costituzione, il *Grundgesetz* presuppone (*voraussetzen*) quando si riferisce al matrimonio e che viene tutelata, nella sua dimensione istituzionale, tramite la garanzia di istituto dall'art. 6, comma 1 *GG*²⁴. Per questo motivo, il nucleo fondamentale del principio della tutela del matrimonio e, di conseguenza, la garanzia di istituto è stata considerata inviolata²⁵.

²⁵ Il concetto è molto chiaro quando si legge: «Le unioni civili non sono in ragione di tale differenza nemmeno un matrimonio con una falsa etichetta, come viene sostenuto in entrambe le opinioni di minoranza, ma proprio un *aliud* rispetto al matrimonio» («Die eingetragene Lebenspartnerschaft ist wegen dieses Unterschieds auch keine Ehe mit falschem Etikett, wie dies in beiden Minderheitenvoten angenommen wird, sondern ein *aliud* zur Ehe») BVerfG, 1 BvF 1/01 (103). Non è, dunque, un caso se ROBBERS, in MANGOLD – KLEIN – STARK, GG I, ART. 6, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., 684 sostiene che potrebbe essere necessario un cambiamento costituzionale per una equiparazione (*Gleichstellung*) totale, in quanto se le unioni civili sono protette dall'art. 2 *GG*, comunque non lo sono dall'art. 6, comma 1 *GG*.

²⁴ BVerfG, 1 BvF 1/01 (87)

²⁵ Tuttavia, sulle più recenti problematiche sollevatesi a questo riguardo, si tornerà sul finire di questo lavoro (*infra*, par. 7).

Altro e diverso problema è stato affrontato in merito all'esistenza di un obbligo di differenziazione (*Abstandsgebot*), che è stato però, in questa prima decisione, negato dai giudici. Sul punto, tuttavia, il Tribunale tornerà a soffermarsi in gran parte nella sua giurisprudenza successiva, in particolare, interrogandosi sul rapporto tra art. 3 e art. 6 GG. Proprio su questo problema, peraltro, è stata anche espressa un'opinione dissenziente da parte del giudice Haas.

Pur avendo ammesso che la garanzia di istituto protegge il solo matrimonio, infatti, i giudici hanno sostenuto che ciò non esclude che il legislatore possa allargare ad un istituto simile, per quanto diverso, alcuni diritti resisi necessari dall'evoluzione della società²⁶, se ciò non comporta uno svantaggio per il matrimonio o se questi diritti non avvantaggiano un'altra forma di vita rispetto al matrimonio stesso²⁷. Da questa prospettiva, la norma sulle *Lebenspartnerschaft* non viene ritenuta lesiva del principio per cui deve essere riconosciuta una particolare protezione al matrimonio in quanto tale istituto non subirà alcuna conseguenza da questa legge.

Sembra dedursi, dunque, dal suo argomentare, come il *BVerfG* abbia ritenuto fondamentale, nel ricostruire i motivi in base ai quali ha giudicato la legge compatibile con il *Grundgesetz*, il fatto che le unioni registrate siano aperte solo a persone dello stesso sesso che, per questo motivo, rappresenterebbero un *quid* di completamente diverso rispetto al matrimonio tutelato all'art. 6 GG. Come accennato, tuttavia, nella sentenza del 2002, il *BVerfG* è andato anche oltre e ha affermato che dalla protezione del matrimonio e della famiglia non è derivabile nemmeno l'obbligo di differenziare in negativo altre forme di vita in comune. Se il legislatore, quindi, istituisse, – sembra dedursi – con un nome diverso, un istituto con gli stessi diritti del matrimonio e magari aperto anche alle coppie

²⁶ BVerfG, 1 BvF 1/01 (in particolare 98 e 102)

²⁷ BVerfG, 1 BvF 1/01 (92)

eterosessuali, ma con meno doveri, questo sarebbe incostituzionale perché un tale istituto verosimilmente svantaggerebbe il matrimonio e lo danneggerebbe. Poiché, invece, l'istituto delle *eingetragene Lebenspartnerschaft*, come detto, «non è un matrimonio con una etichetta falsa», ma è un *quid* sostanzialmente diverso²⁸, i giudici hanno ritenuto che fosse legittimo.

Su questo passaggio si intravede, già, tuttavia, la debolezza dell'argomentazione giuridica che fonda la differenza tra i due istituti sulla base di una garanzia di istituto e proprio su questo profilo ha fondato la sua opinione dissenziente il giudice Haas²⁹. Se vi fosse infatti un istituto in tutto e per tutto uguale al matrimonio, questo sarebbe legittimo solo a condizione che mantenesse un nome diverso e fosse aperto esclusivamente a persone di sesso diverso, pur essendo sostanzialmente omogeneo al matrimonio per quanto concerne il suo contenuto materiale. A questo punto, essendo la differenza solo nominalistica, si potrebbe anche chiamarlo apertamente matrimonio e non vi sarebbe una vera, sostanziale differenza che caratterizzerebbe i due istituti. In questa prospettiva, però, potrebbe sembrare perdere ogni valore concreto la particolare tutela garantita dall'art. 6, comma 1 per il solo matrimonio.

²⁸ BVerfG, 1 BvF 1/01 103

²⁹ BVerfG, 1 BvF 1/01 (v. i punti 134 e ss.). Nella sua opinione dissenziente, ed in particolare il punto 136 il giudice Haas ha affermato che il legislatore non può eludere le prescrizioni dell'art. 6, comma 1 GG, evitando di utilizzare il termine matrimonio (*Der Gesetzgeber kann sich den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 GG nicht dadurch entziehen, dass er die Bezeichnung "Ehe" vermeidet*) e che il Tribunale costituzionale avrebbe dovuto valutare se fosse comparabile la disciplina delle unioni civili registrate al matrimonio e che, se la risposta fosse stata affermativa, avrebbe dovuto ritenere la legge non conforme all'art. 6, comma 1, GG (137).

5. Se la «particolare tutela» è norma speciale rispetto al principio di uguaglianza: la giurisprudenza tra il 2007 e il 2008

Tra il 2007 e il 2008 il *Bundesverfassungsgericht* è sembrato in parte tornare sui propri passi. Se nel 2002 aveva sancito, infatti, che dal *Grundgesetz* non fosse deducibile alcun obbligo di differenziazione, in due successive pronunce sono riemersi, invece, i problemi che nella prima decisione erano rimasti coperti da un velo di ambiguità e, in particolare, il rapporto tra art. 3, comma 1, il principio di uguaglianza, e il significato del principio della particolare tutela del matrimonio.

In primo luogo, nell'ordinanza del 2007³⁰, pronunciata a seguito di una ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde*), il Tribunale costituzionale è stato molto netto nell'affermare che nel giudicare su eventuali differenziazioni di disciplina tra unioni civili e matrimonio deve essere tenuto in considerazione che l'art. 6, comma 1 *GG* rappresenta una norma speciale, di fronte alla quale non sarebbe applicabile l'art. 3, comma 1. In questa decisione, dunque, si è sostenuto in dottrina, il Tribunale «rianima»³¹ (*wiederbelebt*) il compito di differenziazione, espressamente evocato, che era stato «sepolto» (*beerdigt*) nel 2002³²,

³⁰ Cfr. MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, cit., 47 ss. il quale critica il formalismo di cui soffre questa decisione nella misura in cui il Tribunale afferma che non è rinvenibile una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale perché l'eterosessualità non è il presupposto giuridico del matrimonio, così come l'omosessualità non lo è delle unioni civili («Eine heterosexuelle Orientierung ist keine rechtliche Voraussetzung, um eine Ehe zu schließen, ebenso wenig wie eine homosexuelle Orientierung Voraussetzung für eine Lebenspartnerschaft wäre»). BVerfG, 2 BvR 855/06 (21).

³¹ Così BRUNS, *Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung*, cit., 1930.

³² Ancora BRUNS, *Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung*, cit., 1930.

affermando che questo è incorporato nell'art. 6, comma 1 *GG*³⁵.

Nel maggio 2008, il Tribunale ha confermato tale orientamento³⁴. In particolare, anche in questa decisione il ricorso individuale si incentrava sulla violazione del principio di uguaglianza a causa del diverso trattamento previsto dalla legge per i *partner* delle unioni civili rispetto ai coniugi. In questa ordinanza, peraltro, il Tribunale si è dovuto confrontare anche con la sentenza *Maruko*³⁵ della Corte di Giustizia europea emanata solo il mese precedente. In quella decisione, la Corte di Lussemburgo, nel lasciare formalmente agli Stati il compito di valutare se sono comparabili gli istituti delle unioni civili e del matrimonio, ha affermato che se, nel caso di specie, la risposta alla domanda è affermativa, la disciplina tedesca in materia di pensione di reversibilità, che adottava un regime meno favorevole per i *partner* delle unioni, avrebbe dovuto considerarsi illegittima alla luce del diritto comunitario. Il Tribunale costituzionale federale, negando nel caso di specie questa comparabilità³⁶, ha individuato ancora una volta nell'art. 6, comma 1 *GG* la norma giustificativa per riconoscere una specialità particolare al matrimonio capace di giustificare delle differenziazioni³⁷.

³⁵ BVerfG, 2 BvR 855/06 (18).

³⁴ Sul problematico rapporto tra la sentenza *Maruko* e questa giurisprudenza del Tribunale tedesco, molto critico, MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, cit., 54 ss. Parla, come detto, di dialogo tra sordi, VIOLINI, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte alla sentenza Maruko: un dialogo tra sordi*, cit., 410

³⁵ I principi sanciti in questa decisione, come accennato, sono stati recentemente ribaditi in *Römer v. Freie Hansestadt Hamburg* del 10 maggio 2011 (C-147/08) con ancora maggiore incisività. Sul punto, cfr., nello stesso senso, NINATTI, *Il caso Römer : limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, cit., 693.

³⁶ BVerfG, 2 BvR 1830/06 (13 ss.)

³⁷ BVerfG, 2 BvR 1830/06 (17).

6. La giurisprudenza dopo il 2009 e il “nuovo corso”: il *Bundesverfassungsgericht* torna sul rapporto tra principio di uguaglianza e «particolare tutela»

Il *Bundesverfassungsgericht*, tuttavia, nel luglio del 2009³⁸ è stato chiamato nuovamente a decidere su tale questione per arrivare, questa volta, a risultati diversi. Nell'affrontare il regime della pensione di reversibilità delle unioni civili, oggetto anche della sentenza *Maruko*, il Tribunale ha offerto un'interpretazione che, tornando a posizioni più vicine alla decisione del 2002, ha superato il c.d. *Differenzierungsgebot*.

Il Tribunale si è fermato di nuovo a riflettere, dunque, sul rapporto tra principio di uguaglianza e particolare tutela del matrimonio.

Nella decisione del 2009, il Tribunale costituzionale ha stabilito che le decisioni dei vari tribunali statali che avevano negato il diritto alla pensione di reversibilità equiparata ai coniugi di un matrimonio ai *partner* superstiti di un'unione civile violavano il principio di uguaglianza e, dunque, l'art. 3, comma 1 GG. Nel motivare tale decisione, ha sancito che è necessario applicare uno scrutinio stretto (*strenger Maßstab*)³⁹ per giustificare una diversità di disciplina dato che l'art. 6, comma 1 GG non è motivo sufficiente atto a giustificare un trattamento differenziato⁴⁰. È evidente come questa ordinanza sia in maggiore sintonia anche con quanto affermato nel *Leiturteil* del 2002 e che superi le pronunce del 2007 e del 2008 prima citate.

La decisione in commento, inoltre, appare particolarmente interessante perché svela anche il precedente formalismo sottolineando come eventuali differenze tra i due istituti rischiano di risolversi in una discriminazione basata

³⁸ BVerfG, 1 BvR 1164/07.

³⁹ BVerfG, 1 BvR 1164/07 (85).

⁴⁰ Cfr. MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, cit., 59.

sull'orientamento sessuale⁴¹. Certamente, i giudici hanno ribadito che il matrimonio è sottoposto ad una particolare protezione da parte del *Grundgesetz* e che non è tutelato solo come istituto, ma anche come scelta di valore vincolante (*verbindliche Wertentscheidung*)⁴² per il legislatore, tuttavia questa circostanza non è considerata sufficiente per essere posta a fondamento di una normativa di svantaggio nei confronti di altre forme di comunità di vita (*andere Lebensgemeinschaften*)⁴³.

Il punto viene chiarito in maniera ancora più chiara nella pronuncia del 2010 con cui il Tribunale ha consolidato il proprio orientamento in ragione del quale, come già detto, non solo non sarebbe rinvenibile un *Abstandsgebot*, ma anzi vi sarebbe un vero e proprio *Differenzierungsverbot*⁴⁴. In questa decisione il *BVerfG* è tornato sul problema delle differenziazioni esistenti tra matrimonio e unioni civili registrate. Oggetto della controversia era la legge che prevedeva che i superstiti di una coppia registrata dovessero pagare, fino ad una modifica legislativa intervenuta nel 2008, una tassa ereditaria maggiore rispetto a quella a cui erano soggetti i coniugi in un matrimonio. Nella decisione in commento, il Tribunale costituzionale federale ha affermato che una normativa di questo tipo era in violazione dell'art. 3, comma 1 del *GG* e ha imposto al legislatore di intervenire con legge per sanare tutti quei casi in cui, nel periodo di vigenza della legge, si era consumata una violazione del principio di uguaglianza.

⁴¹ BVerfG, 1 BvR 1164/07 (85 ss.).

⁴² BVerfG, 1 BvR 1164/07 (101).

⁴³ BVerfG, 1 BvR 1164/07 (105).

⁴⁴ Così KRINGS, *Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2011, 26 ss. il quale afferma che «la motivazione del primo senato prepara adesso la strada ad una piena equiparazione del matrimonio con le unioni civili, ignora la disposizione che prevede un ordine di speciale protezione in favore del matrimonio dell'art. 6, comma 1 *GG* e lascia la norma, nel suo riferimento al matrimonio, priva di alcuna implicazione (*leerlaufen*)» (27).

Come già sancito nella decisione del 2002 e nell'ordinanza del 2009, il Tribunale ha ribadito che una discriminazione tra coppie dello stesso sesso e di diverso sesso non può trovare un fondamento ragionevole solo nel fatto che l'art. 6, comma 1 del GG prevede una protezione speciale per il matrimonio.

Il Legislatore – hanno affermato i giudici – deve, infatti, agire sempre tenendo conto della giurisprudenza costituzionale sul principio di uguaglianza. A questo proposito, secondo i giudici, l'art. 3, comma 1 del GG pretende un controllo di costituzionalità in base ad uno stretto *Gleichheitsmaßstab* (scrutinio in base al parametro del principio di uguaglianza)⁴⁵. L'art. 3 GG presuppone, infatti, che davanti alla legge tutti gli uomini siano trattati alla stessa maniera. Ciò comporta anche l'obbligo per il legislatore di trattare situazioni sostanzialmente uguali in maniera uguale e situazioni sostanzialmente diverse in maniera diversa⁴⁶.

Fatta questa premessa, i giudici sono entrati nel merito delle differenziazioni ammissibili in campo tributario e hanno affermato che le differenziazioni previste per le unioni civili registrate devono essere misurate sia in base al principio di uguaglianza, sia in base al principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*). Uno snodo centrale del percorso argomentativo della corte si rinviene al punto 87 quando i giudici hanno sancito che, siccome matrimonio e unioni civili sono assimilabili sia per la durata del rapporto, che è proiettato nel tempo, sia per il tipo di vincolo giuridico, è necessario che sussistano motivazioni particolari per giustificare una qualche differenza di trattamento⁴⁷. Non è

⁴⁵ BVerfG, 1 BvR 611/07 (78).

⁴⁶ BVerfG, 1 BvR 611/07 (79-80).

⁴⁷ Nel passo richiamato (BVerfG, 1 BvR 611/07 (87)) si legge: «*perché, quindi, possa essere considerato legittimo un trattamento diseguale di coniugi e partner di una unione civile nel diritto delle successioni in connessione con l'orientamento sessuale, è necessario giustificare differenze sufficientemente significative tra queste due forme di stabile durata e giuridicamente stabilita unione perché sia legittimo il concreto*

sufficiente, dunque – il concetto viene qui nuovamente ribadito – basare un privilegio per il matrimonio solo sul presupposto che questo serva a garantirne una particolare protezione così come richiesto dall'art. 6 del GG, perché il fondamento di ogni differenziazione può e deve essere rinvenuto e giustificato solo nell'ambito dei principi con cui il BVerfG dà attuazione all'art. 3, comma 1 GG.

Il Tribunale è tornato, così, inevitabilmente, ancora una volta, sul problema dell'obbligo di differenziazione. Effettivamente, ha affermato il *Bundesverfassungsgericht*, l'art. 6 GG protegge particolarmente il matrimonio, ma ciò non vuol dire che la Legge fondamentale garantisca solo questa forma di unione. Questa norma impone senz'altro una scelta di valore vincolante in favore del matrimonio⁴⁸, ma per far ciò è compito dello Stato evitare qualunque intervento che possa danneggiare o compromettere questo istituto. Alcune norme di vantaggio rispetto ad altre forme di vita possono essere ammissibili, ma, hanno proclamato i giudici, nei limiti in cui la differenziazione introdotta appaia ragionevole ai sensi dell'art. 3, comma 1 GG

In definitiva, nel caso esaminato, il Tribunale ha sostenuto che poiché le azioni sono comparabili e la differenziazione è irragionevole, di per sé il semplice rinvio al compito di difesa del matrimonio non giustifica nessuna differenziazione⁴⁹. Questa la *ratio decidendi* delle due ordinanze richiamate che sembrano ricollegarsi idealmente, chiarendone meglio i contorni, al *Leiturtel* del 2002, superando quella che appare, oggi, una parentesi rappresentata dalle decisioni del 2007 e del 2008.

trattamento diseguale» («Da damit die Ungleichbehandlung von Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern im Erbschaftsteuerrecht in Anknüpfung an die sexuelle Orientierung erfolgen kann, bedarf es hinreichend gewichtiger Unterschiede zwischen diesen beiden Formen einer auf Dauer angelegten, rechtlich verfestigten Partnerschaft, um die konkrete Ungleichbehandlung zu rechtfertigen».)

⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 611/07 (90).

⁴⁹ BVerfG, 1 BvR 611/07 (91).

Si può dire, dunque, al termine di un percorso non del tutto lineare, che non c'è nessun contrasto tra art. 3 e art. 6 *GG* secondo il Tribunale costituzionale. Il primo trova applicazione senza che possa constatarsi un'incompatibilità con la particolare tutela che l'ordine statale deve riconoscere al matrimonio. Il potere dello Stato di ottemperare al suo dovere di proteggere il matrimonio e di renderlo effettivo resta, infatti, totalmente inalterato davanti alla domanda del terzo che vanta una valida aspettativa di un trattamento uguale (*Gleichbehandlungsanspruch*).

7. La garanzia d'istituto e le sentenze sul transessualismo

Da ultimo appare di particolare interesse una decisione del gennaio 2011⁵⁰ in materia di transessualismo che sembra riaprire un altro punto critico della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di matrimonio. Se, infatti, come visto, l'elaborazione giurisprudenziale è apparsa concentrarsi prevalentemente sul problema del rapporto tra art. 6 e art. 3 *GG*, è rimasto più sfocato il tema concernente il fatto che il matrimonio possa essere solo, in ragione della garanzia di istituto, l'unione di un uomo e una donna. Anche questo profilo ha subito, tuttavia, alcuni interessanti sviluppi che hanno intaccato il rigido dualismo delineato dal Tribunale costituzionale nel 2002.

Prima di entrare nel merito della decisione del 2011, è opportuno ricordare che una eccezione sostanziale alla rigidità della garanzia di istituto, ribadita anche nel 2002, per cui il matrimonio sarebbe solo l'unione tra uomo e donna, si era avuta già nel maggio del 2008⁵¹. In questa

⁵⁰ BVerfG, 1 BvR 3295/07.

⁵¹ BVerfG, 1 BvL 10/05 del 27 maggio 2008. Si deve ricordare, inoltre, anche l'importante precedente BVerfGE 49, 286, a seguito del quale fu approvato la legge sul transessualismo, in cui il Tribunale sancì il diritto del transessuale operato ad essere riconosciuto dall'ordinamento come

ordinanza, non avente ad oggetto direttamente o indirettamente la materia delle unioni civili registrate, il *Bundesverfassungsgericht* ha avuto modo, infatti, di giudicare incostituzionali quelle norme del *Transsexuellengesetz* che imponevano, come condizione per poter registrare l'avvenuto cambiamento di sesso di un transessuale operato, il celibato o il nubilato, perché altrimenti sarebbe risultato che due persone dello stesso sesso erano sposate. Con questa pronuncia, il *BVerfG* ha imposto al legislatore, pur lasciando ampio margine alla sua discrezionalità sul come recepire la decisione, di eliminare nella sua assolutezza questo principio ammettendo, collateralmente, che un matrimonio potesse continuare a sussistere tra persone (ormai) dello stesso sesso. In tal modo, il Tribunale ha sicuramente indebolito le fondamenta del ragionamento del proprio precedente del 2002, erodendo i confini della garanzia di istituto. Infatti, pur ricostruendo la propria interpretazione e l'*iter* argomentativo della propria decisione in modo tale da

appartenente al nuovo sesso ed essere, dunque, trattato di conseguenza con la possibilità di contrarre eventualmente matrimonio. In particolare, su questo punto, la decisione è chiara nell'affermare che non è la fertilità il prerequisite necessario per contrarre matrimonio, ma la differenza di sesso (54) e che pertanto un transessuale operato ben potrebbe contrarre matrimonio. Cfr, sul punto, anche ROBBERS, in MANGOLD – KLEIN – STARK, cit., 684.

È anche da citare, nel quadro delle decisioni in materia di transessualismo, il più recente *BVerfG*, 1 BvL 3/03 del 6 dicembre 2005, in cui il Tribunale, pur riconoscendo un interesse pubblico nella norma censurata, il cui fine era di evitare che vi fosse l'impressione che due persone del medesimo sesso si potessero sposare (56), ha dichiarato incostituzionale quella norma del *TSG* che imponeva la perdita del nome del nuovo genere al transessuale omosessuale non operato che avesse cambiato nome (*kleine Lösung*) e contratto matrimonio finché non fosse prevista legislativamente la possibilità di contrarre con il proprio *partner* una unione giuridicamente garantita (*eine rechtlich gesicherte Partnerschaft*) (62). Quest'ultima pronuncia, in particolare, si pone in diretto collegamento con la più recente ordinanza del 2011 di cui si darà conto e che ha aperto ai transessuali non operati l'istituto delle unioni civili.

confermare la centralità dell'art. 6, comma 1 GG, nella pronuncia si legge anche che, in ogni caso, l'interesse del legislatore a mantenere il matrimonio come un'unione di uomo e una donna⁵², non può mettere in secondo piano la volontà di una coppia di restare unita anche in seguito ad un evento come il mutamento di sesso⁵³.

Il punto più alto di questo processo di erosione appare, tuttavia, in tutta la sua evidenza nell'ordinanza del gennaio 2011. Quest'ultima decisione del Tribunale tedesco è particolarmente interessante infatti perché, sia pur restando circoscritta al campo del transessualismo, introduce un ulteriore elemento di complessità, arricchendo la giurisprudenza in materia di *Lebenspartnerschaft* di un tassello capace di scardinare la rigidità del dualismo che concettualizza l'istituto del matrimonio come riservato a persone di sesso diverso e quello dell'unione civile come riservato a persone del medesimo sesso. In tale caso – che si differenzia per questo notevolmente sia da quello del 2005⁵⁴, con cui si è aperto l'istituto del matrimonio a persone che sostanzialmente sono di sesso diverso, per quanto con nomi appartenenti allo stesso genere, o da quello del 2008⁵⁵, richiamati in questo paragrafo – si tratta, infatti, di aprire *ex novo* l'istituto delle unioni civili registrate a persone che, eccezion fatta per il nome, sono di sesso diverso e che dunque potrebbero concludere un matrimonio, ma non una unione civile, riservata per legge solo a persone del medesimo sesso.

Il pronunciamento è scaturito proprio da una *Verfassungsbeschwerde* di un transessuale che aveva optato, ai sensi della legge tedesca sul transessualismo, per la c.d. “piccola soluzione” («*kleine Lösung*») in ragione della quale è possibile, in seguito ad alcuni accertamenti, ma senza operazione chirurgica, cambiare comunque nome e

⁵² BVerfG, 1 BvL 10/05 (50).

⁵³ BVerfG, 1 BvL 10/05 (57).

⁵⁴ Cfr. n. 51.

⁵⁵ Cfr. n. 51.

prenderne uno che corrisponda alla propria identità sessuale. La decisione in commento appare particolarmente significativa perché, dichiarando incostituzionale il *Transsexuellengesetz* nella parte in cui di fatto imponeva l'operazione chirurgica per poter registrare una eventuale unione omosessuale, il *BVerfG* ha riconosciuto la possibilità che questo istituto sia utilizzabile anche tra persone di sesso diverso.

Il ricorrente, come detto, era rimasto fisicamente un uomo eccezion fatta per il nome e si era, di conseguenza, visto rifiutare, in un primo momento, la possibilità di legarsi in una *eingetragene Lebenspartnerschaft* con la sua compagna. Egli era un uomo che si sentiva donna e che era attratto dalle altre donne. Non volendo, però essere obbligata a procedere ad un'operazione chirurgica piuttosto delicata, che avrebbe potuto comportare serie conseguenze, ma volendo comunque contrarre l'unione prevista per legge per le coppie del medesimo sesso, la donna (anche il *BVerfG* utilizza il femminile) ha ritenuto lesi alcuni suoi diritti tra cui il diritto al libero sviluppo della personalità e all'inviolabilità fisica in connessione il principio della *Menschenwürde* (dignità umana).

I giudici, a questo proposito, hanno ritenuto che l'obbligo di procedere ad un'operazione chirurgica per poter contrarre l'unione registrata violasse effettivamente quei diritti e ha quindi riconosciuto non compatibile la legge sul transessualismo con il *Grundgesetz* nella parte in cui non permette anche a chi ha optato per la *piccola soluzione* di registrare la propria *Lebenspartnerschaft*.

È interessante notare come questa rappresenti un'altra eccezione alla rigidità della dimensione istituzionale così come affermata anche nella giurisprudenza del 2002. Infatti, nella pronuncia del 2002, il *Lebenspartnerschaftsgesetz* non è stato dichiarato contrastante alla Legge fondamentale e incompatibile con l'art. 6, comma 1 *GG* perché l'unione registrata era un istituto che in nessun caso poteva ritenersi concorrente al

matrimonio, in quanto necessario prerequisite era la differenza di sesso. Persone del medesimo sesso non avrebbero potuto contrarre matrimonio, né persone di sesso diverso una *Lebenspartnerschaft*.

Se già con la pronuncia del 2008⁵⁶, questo principio aveva vacillato nella sua assolutezza, con la decisione del 2011 sembra essere ulteriormente ridimensionato, mentre, in parallelo, si sono ridotte sempre più anche le differenze di disciplina tra il matrimonio e la *Lebenspartnerschaft*, come dimostrano le decisioni sul principio di uguaglianza in precedenza richiamate. Certo i giudici hanno precisato che si deve tener conto del fatto che la persona in questione deve sentirsi irreversibilmente donna e, inoltre, essere omosessuale, ma non può non notarsi come, in ogni caso, questa decisione sia una chiara ulteriore eccezione rispetto a quei principi che hanno, in particolare nella sentenza del 2002, rappresentato la principale motivazione che ha spinto i giudici a considerare legittimo il *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

8. Conclusioni e tendenze

In conclusione, si può rilevare, nella giurisprudenza in materia di unioni civili, che il Tribunale costituzionale ha, nel tempo, offerto un'interpretazione che, salve le eccezioni delle ordinanze del 2007 e del 2008 (*supra*, par. 5), ha visto con un certo favore la disciplina del *Lebenspartnerschaftsgesetz*, confrontandosi con due grandi nodi: in primo luogo, il rapporto tra principio di uguaglianza e particolare tutela riservata al matrimonio e, dunque, sull'esistenza di un obbligo di differenziazione (*Abstandsgebot*) che imponesse non solo un trattamento di favore per il matrimonio, ma anche una normativa che svantaggiasse le altre forme di vita comune; in secondo, il

⁵⁶ La citata BVerfG, 1 BvL 10/05.

progressivo problematizzarsi della nozione di matrimonio come la sola unione di un uomo e una donna che, nel tempo, si è dovuta misurare con situazioni che hanno esposto questa rigidità a molteplici frizioni.

È da rilevare, inoltre, una chiara inversione di tendenza che ha inciso sulle sempre maggiori aperture del Tribunale costituzionale. Se, infatti, nella prima sentenza ad impugnare la legge sulle unioni civili sono stati alcuni *Länder* conservatori con il fine di veder dichiarato incostituzionale l'istituto delle *eingetragene Lebenspartnerschaft* e di restringere le posizioni di tutela riconosciute ai singoli, le ultime decisioni, al contrario, sono state pronunciate in conseguenza di ricorsi individuali di persone che ritenevano violati i loro diritti e le loro libertà, in particolare il principio di uguaglianza, il diritto al libero sviluppo della loro personalità e la loro dignità, con l'obiettivo opposto di estendere e ampliare le tutele di chi contrae o vuole contrarre un'unione civile. Di questo cambiamento, anche sollecitato probabilmente dalla giurisprudenza comunitaria, c'è traccia nelle decisioni del *Bundesverfassungsgericht*.

In questo scenario, c'è da dire che, pur permanendo alcune linee d'ombra, sono da salutare con favore, rispetto alla rigidità della prima giurisprudenza e ai principi, spesso non sempre perspicui, in quella sede delineati, i nuovi significativi sviluppi che hanno ridisegnato, di fatto, i confini della garanzia di istituto che protegge il matrimonio e che hanno portato a negare definitivamente e con chiarezza l'esistenza di un *obbligo di differenziazione*.

In conclusione, l'istituto giuridico delle *Lebenspartnerschaft* si è notevolmente evoluto grazie all'interpretazione costituzionale del Tribunale costituzionale e, se da un lato sta conquistando una piena equiparazione con il matrimonio, da cui presto potrebbe distinguerlo solo il nome, dall'altro, squaderna problematiche nuove, che hanno sempre di più come punti di riferimento le pietre angolari del sistema di valori del *Grundgesetz*, ovvero l'art. 1 e l'art. 2 *GG*.