

GIOVANNI VARANESE*

*La Germania e il matrimonio tra le persone dello stesso sesso (EheöffnungsG)***

Sommario: 1. La legge sul matrimonio per le persone dello stesso sesso: i prodromi.
– 2. Le modifiche del BGB. – 3. Dalla convivenza registrata al matrimonio.
– 4. Il cammino battuto dal Tribunale costituzionale federale. – 5. Matrimonio, istituto e omosessualità nel firmamento costituzionale.

1. La legge sul matrimonio per le persone dello stesso sesso: i prodromi

Il 30 giugno il *Bundestag* ha approvato il progetto della «legge per l'introduzione del diritto alla conclusione del matrimonio per le persone dello stesso sesso» (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*)¹.

Questa legge è stata accolta come un ulteriore passo avanti dalla comunità LGBT, perché già dal 2001 in Germania il rapporto di convivenza era regolato dal *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* del 16 febbraio 2001, entrato in vigore il 1° agosto 2001 *Lebenspartnerschaftsgesetz* (abbr. LPartG). Quella legge aveva dettato una disciplina giuridica *ad hoc*, la convivenza registrata (*eingetragene Partnerschaft*), che stabiliva effetti giuridici non molto diversi da quelli del matrimonio. All'epoca si scelse un percorso che recentemente anche il legislatore italiano ha in parte seguito con le unioni civili evitando una perfetta equiparazione con il matrimonio codicistico tra uomo e donna.

* Professore Associato di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi del Molise.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *double blind peer-review*.

¹ La legge (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* del 20 luglio 2017) è stata pubblicata nel *BGBI*, I, 28 luglio 2017, p. 2787 ss. Per un primo commento su questo importante provvedimento legislativo v. D. SCHWAB, *Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, in *FamRZ*, 2017, p. 1284 ss.

Con la nuova legge tedesca invece viene data anche alle coppie omosessuali la possibilità di regolare la loro unione con l'istituto del matrimonio ed è significativo che sia stato novellato proprio il § 1353 BGB, dedicato alla «comunione di vita matrimoniale», stabilendo nella prima frase che «il matrimonio viene concluso per la durata della vita da persone di sesso diverso o dello stesso sesso» mentre nel testo originale si leggeva che «il matrimonio viene concluso per la durata della vita».

In realtà la stessa *eingetragene Partnerschaft* era stata creata dal legislatore con la finalità di evitare la discriminazione delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali ed, essendo finalizzata a regolare un rapporto personale di lunga durata, la sua disciplina ricalca ampiamente quella del matrimonio. Tuttavia oltre ad aspetti di mera forma per quanto attiene all'atto di costituzione del vincolo giuridico, restavano ancora delle differenze, certamente non macroscopiche², sulla sostanza del rapporto in materia economica e, soprattutto, nella relazione con i figli.

Sotto questo punto di vista va però sottolineato che il contenuto del nuovo provvedimento legislativo non è radicalmente innovativo, ma sembra piuttosto codificare le soluzioni adottate dalla giurisprudenza, che già da tempo ha equiparato le convivenze registrate al matrimonio, sino a riconoscere il diritto all'adozione del figlio del *partner*, in quella che nel linguaggio comune viene chiamata la *stepchild adoption*.

Tuttavia il problema dell'adozione non riguardava soltanto i soggetti uniti dal vincolo della *eingetragene Partnerschaft* ma, soprattutto, la posizione dell'adottato, che assume un rilievo preminente per la vigenza del principio del *best interest of child*. Senza voler mettere da parte questo aspetto fondamentale nella vita della comunità familiare non c'è dubbio che nel diritto tedesco l'unione familiare di due persone dello stesso sesso assumesse rilevanza tramite un istituto giuridico riservato esclusivamente a loro, una sorta di «piccolo matrimonio» per omosessuali o «matrimonio leggero»³, disegnato sulla falsariga del modello del codice civile.

Se la differente disciplina dell'adozione ha dato la spinta al movimento per la riforma del diritto matrimoniale, non c'è dubbio che le questioni di fondo siano molto più profonde

² G. AUTORINO, *Le unioni civili in Europa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1670.

³ G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali*, Milano, 2007, p. 134.

e toccano da vicino tematiche sulle quali si era già dibattuto sedici anni fa e che allora si pensava di aver risolto in modo adeguato.

In Germania i progetti di legge passano per il *Bundesrat* prima di essere sottoposti al vaglio del *Bundestag*. La camera alta può anche emettere una risoluzione sulla proposta che passa poi alla camera bassa. Ai sensi dell'art. 77 GG i testi legislativi vanno deliberati dal *Bundestag* e ritornano immediatamente al *Bundesrat*. La camera alta può pretendere che venga convocata una Commissione di mediazione (*Vermittlungsausschuss*) composta da membri del *Bundesrat* e del *Bundestag* per elaborare proposte di mediazione nei casi in cui il disegno di legge approvato dalla camera bassa non abbia raccolto il consenso del *Bundesrat*.

Nel 2015 è stato proprio il *Bundesrat* a elaborare un progetto di legge dal quale è emerso l'elevato valore simbolico del matrimonio omosessuale. Ciò è evidente anche negli obiettivi della proposta di legge, là dove si legge che il divieto di matrimonio per le coppie omosessuali rappresenta una «concreta e simbolica discriminazione di persone umane basata sulla loro identità sessuale». In tal senso un contributo alla discussione è stato dato dal referendum irlandese del 22 maggio 2015 con il quale in Eire il matrimonio omosessuale ha superato il vaglio del voto popolare. Anche questo evento ha contribuito a mettere in chiaro che «in considerazione dei mutamenti sociali e del connesso cambiamento della concezione del matrimonio, non ci sono ragioni valide per trattare in modo differenziato coppie omo- ed eterosessuali e continuare a ritenere l'uguaglianza di sesso come impedimento al matrimonio». A ciò si aggiungeva come elemento importante ma non principale il fatto che, nonostante l'introduzione dell'istituto della convivenza registrata, in alcuni settori del diritto tedesco le coppie omosessuali si trovavano ancora in una situazione di svantaggio rispetto al matrimonio «anzi tutto nella disciplina dell'adozione»⁴.

Nella seduta del 30 giugno il Parlamento federale ha fatto propria la proposta di legge elaborata dal Consiglio federale approvandola senza apportare variazioni. Come era da aspettarsi per la genesi del provvedimento, il testo del progetto approvato dal *Bundestag* non ha incontrato il dissenso del *Bundesrat*, che non ha chiesto la convocazione del *Vermittlungsausschuss* e la legge è entrata in vigore tre mesi dopo la pubblicazione il 1° ottobre 2017.

⁴ BR *Drucksache* 18/6665 dell'11 novembre 2015.

2. *Le modifiche del BGB*

La nuova disciplina è molto semplice e non poteva essere diversamente. Con i suoi tre articoli consente che tutta la regolamentazione del codice civile tedesco sul matrimonio possa trovare applicazione anche alle coppie omosessuali. Come ricordato, la novità principale è costituita dall'introduzione dell'inciso che il matrimonio è contratto «da persone di sesso diverso o dello stesso sesso» nella prima fase del primo comma del § 1353 *BGB* ad opera dell'art. 1 della nuova legge.

La stessa previsione ha altresì novellato il § 1309 *BGB* introducendo un nuovo terzo comma che evita che l'uguaglianza di sesso rappresenti un impedimento al matrimonio non solo per i cittadini tedeschi, ma anche per gli stranieri. Infatti in Germania il cittadino straniero può contrarre matrimonio solo se, a norma del primo comma, presenti un certificato di capacità matrimoniale rilasciato dalle autorità nazionali competenti del suo Paese di origine, nel quale si attesti che nulla osta al suo matrimonio all'estero secondo il diritto di quello Stato, oppure se il Presidente dell'*Oberlandesgericht* (Corte di Appello del *Land*) competente lo esonera espressamente dalla presentazione del certificato nel caso in cui ricorra una delle speciali circostanze previste dal secondo comma ai sensi del secondo comma del § 1309 *BGB*. Il nuovo terzo comma del § 1309 *BGB* prevede che il primo comma non vale «per le persone che vogliono contrarre un matrimonio omosessuale e il cui Stato di origine non preveda la conclusione di un matrimonio omosessuale».

Degno di nota è anche l'articolo 2 della nuova legge che prevede che le convivenze registrate esistenti potranno essere trasformate in matrimoni mediante una dichiarazione che dovrà essere rilasciata dinanzi all'ufficiale di stato civile. La legge sulla *Lebenspartnerschaft* del 16 febbraio viene novellata e la Sezione 5, dedicata alla «trasformazione della convivenza registrata in matrimonio», al nuovo § 20a prevede che «una convivenza registrata viene trasformata in matrimonio se le due o i due partner, personalmente l'uno nei confronti dell'altro e alla loro contemporanea presenza, dichiarino di voler condurre insieme un matrimonio per la durata della vita. Le dichiarazioni non possono essere sottoposte a condizione o a termine. Le dichiarazioni producono effetto se sono rese dinanzi all'ufficiale di stato civile». Per

quanto riguarda i diritti e gli obblighi dei partner dopo la trasformazione della convivenza registrata in matrimonio il secondo comma dell'art. 3 stabilisce che resta determinante il giorno in cui si è costituita la convivenza.

La norma di chiusura della nuova legge è contenuta nel terzo comma dell'art. 3 che stabilisce che «dall'entrata in vigore della legge non possono essere più costituite nuove convivenze».

Il riconoscimento giuridico della relazione personale tra omosessuali non si basa più su un istituto *ad hoc* ma avviene con l'estensione del matrimonio anche a persone dello stesso sesso⁵.

Il principio dettato dal legislatore sembra chiaro, ma restano molti punti oscuri, determinati dalla mancanza di coordinamento sistematico della nuova disciplina e imputabile alla fretta con cui il *conditor legis* ha voluto varare la riforma, incorrendo in quelli che sono stati definiti veri e propri «errori redazionali»⁶. Anche il *Lebenspartnerschaftsgesetz* non aveva di certo rappresentato un capolavoro di tecnica legislativa⁷, ma in questo caso il compito era senz'altro più agevole, perché il testo del BGB non poneva grandi ostacoli alla novella. Infatti non parlava di «marito e moglie» ma utilizzava il termine neutro e «politicamente corretto» di «coniugi» ma, ciononostante, non ci si è curati di porre mano a diverse norme del codice che fanno riferimento all'*uomo* e alla *donna* ma che, sono chiaramente applicabili al matrimonio omosessuale a prescindere dal sesso⁸.

La volontà del legislatore dimostra chiaramente che anche in queste ipotesi la terminologia va letta in senso neutrale e che, trattandosi di mere sviste redazionali, non si è in presenza di lacune normative che chiamano in campo l'interpretazione analogica. Tuttavia ci sono altre norme dell'ordinamento, sia federale sia dei *Länder*, che hanno conservato i termini di «marito» e «moglie» o «uomo» e «donna», il che avrebbe reso opportuna una legge che

⁵ Per una sommaria panoramica cfr. D. FERRARI, *Status giuridico e orientamento sessuale*, 2^a ed., Padova, 2016, p. 103 ss.

⁶ D. SCHWAB, *Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, cit., p. 1285 s.

⁷ K. MUSCHELER, *Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft*, Berlin, Bielefeld e München, 2001, p. 87.

⁸ Si riferiscono gli esempi del § 1355, comma 2, BGB, nel quale si stabilisce che i nubendi possano decidere che il cognome coniugale sia quello di nascita dell'uomo e della donna, del § 1362, comma 1, BGB sulla presunzione a favore del creditore che i beni mobili in possesso di uno dei coniugi appartengano al debitore e dei §§ 1363, comma 2, e 1416, comma 1, BGB, che in materia di regime patrimoniale tra coniugi continuano a parlare di patrimonio dell'uomo e di patrimonio della donna.

affiancasse quella sul matrimonio tra persone dello stesso sesso per risolvere le inevitabili incoerenze terminologiche⁹.

3. *Dalla convivenza registrata al matrimonio*

Se il matrimonio tra persone dello stesso sesso prende il posto della convivenza registrata, ciò potrebbe porre il problema della compatibilità con la Costituzione di questa scelta del legislatore.

L'art. 6 della Legge fondamentale tedesca nel suo spirito ricorda molto l'art. 29 della nostra Costituzione e garantisce una particolare tutela del matrimonio e della famiglia¹⁰. Da un punto di vista meramente letterale non c'era alcuna preclusione al fatto che il matrimonio possa riguardare anche persone dello stesso sesso. Al tempo della legge sulla convivenza registrata la questione è stata elusa decidendo di non consentire l'accesso al tradizionale istituto codicistico, ma di crearne uno *ad hoc*. Con la nuova legge sembra che il concetto di matrimonio espresso dal *Grundgesetz* possa essere interpretato senza pregiudizi, ma tenendo conto del mutato contesto sociale e consentendo quindi che abbia pieno valore anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Con il divieto di stipulare nuove convivenze registrate il legislatore esprime chiaramente la scelta di non voler differenziare diverse tipologie di unione ma di volerle trattare tutte allo stesso modo. Se in passato l'obiettivo principale è stato quello di voler por fine ad ogni forma di discriminazione, riconoscendo la tutela giuridica della convivenza tra persone dello stesso sesso tramite una forma istituzionale parzialmente differente da quella matrimoniale, adesso il «matrimonio per tutti» rappresenta una nuova tappa della tutela di queste unioni con una nuova declinazione di un precetto fondamentale che prescrive di «trattare ciò che è uguale in modo uguale e ciò che è diseguale in modo diseguale nella misura della sua

⁹ D. SCHWAB, *Ebeschließung für Personen gleichen Geschlechts*, cit., p. 1286.

¹⁰ Articolo 6 GG. 1) Il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale. 2) La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale e un dovere precipuo dei genitori. Sulla loro attività vigila la comunità statale. 3) I figli possono essere separati dalla famiglia contro il volere dei responsabili della loro educazione solo in base ad una legge, se i responsabili della loro educazione vengano meno ai loro obblighi o se su di loro incomba il rischio di cadere in stato di abbandono per altri motivi. 4) Ogni madre ha diritto alla protezione e all'assistenza della comunità. 5) Il legislatore deve creare per i figli nati fuori dal matrimonio le stesse condizioni di cui godono i figli legittimi per il loro sviluppo fisico e psichico e la loro posizione sociale.

diversità». L'eguaglianza o la differenza di sesso non costituiscono più una ragione di trattamento giuridico differenziato¹¹.

Si tratta di un percorso che si è svolto senza soluzione di continuità come dimostra la vicenda delle adozioni. La legge sulla convivenza registrata non prevedeva la possibilità dell'adozione comune da parte dei conviventi registrati, ma l'ipotesi che nella famiglia vivessero anche dei figli minorenni non era negletta perché era riconosciuto al partner del genitore il diritto di vedere e frequentare il minore, nonché una minima potestà di codecisione.

In un sistema nel quale era possibile adottare individualmente un minore, tuttavia per le coppie unite era prevista (soltanto) l'adozione congiunta. Tale possibilità era preclusa ai conviventi registrati, che non potevano neanche adottare il figlio dell'altro. Per quanto riguarda l'adozione del figlio del partner l'evoluzione è stata più rapida, perché qui c'è una persona che vive già nella nuova comunità familiare, fondata anche da uno dei suoi genitori, mentre è più delicata la questione della *Fremdadoption*, nella quale il figlio è del tutto estraneo alla coppia.

Infatti già con una novella di poco successiva alla legge (*LPartRÜG*)¹² il legislatore ha concesso al partner del convivente la possibilità di adottarne il figlio con il consenso dell'altro genitore naturale e dei servizi sociali, assumendo la piena responsabilità genitoriale¹³.

Se il legislatore ha presto consentito all'adozione nel caso in cui il bambino fosse figlio naturale del partner, il passo successivo è stato fatto dal *Bundesverfassungsgericht* che ha consentito al convivente registrato anche l'adozione successiva di un figlio già adottato precedentemente dal suo partner.

Con la sua decisione del 19 febbraio 2013¹⁴ il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto che il divieto di adozione successiva del figlio già adottato da uno dei conviventi fosse

¹¹ Tale consapevolezza sembra trovare condivisione anche in Italia. V. ad es. M. GATTUSO, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 588, secondo il quale «il mutamento paradigmatico in materia di orientamento affettivo ha portato con sé un radicale cambiamento di prospettiva in ambito civile e costituzionale, con un progressivo slittamento del discorso giuridico sulla questione omosessuale, da questione di libertà (sessuale) a questione di eguaglianza».

¹² *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts*, del 15 dicembre 2004, in *BGBI.*, 2004, I, p. 3396, in vigore dal 1° gennaio 2005.

¹³ C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, in *Famiglia*, 2016, p. 82.

¹⁴ BVerfG, 19 febbraio 2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, in *NJW*, 2013, p. 847 ss. L'importanza di tale decisione è stata colta esattamente da F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 1105 ss, spec. 1116, al quale si rinvia per gli ampi riferimenti.

incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 GG, sia rispetto al matrimonio, nel quale ciascun coniuge può adottare il figlio già adottato dall'altro, sia rispetto al figlio naturale di un convivente, secondo quanto disposto dalla novella del 2005.

Sono state giustamente sottolineate le motivazioni a fondamento della decisione del Giudice delle leggi. In primo luogo, anche nelle convivenze registrate si stabilisce «un rapporto duraturo e sarebbero caratterizzate dall'assunzione della stessa responsabilità di quella assunta con il matrimonio». In secondo luogo, come nel matrimonio, «la protezione e tutela offerte da una convivenza registrata sarebbero idonee a favorire la crescita dei figli». Anzi, l'adozione del figlio del convivente, non pregiudica, ma favorisce il benessere del figlio agevolando la posizione dell'adottato nella nuova famiglia e attribuendogli diritti di mantenimento e di successione nei confronti del successivo adottante. Ma, soprattutto, la decisione è chiara nell'affermare che la particolare tutela che l'art. 6, comma 1, GG, accorda al matrimonio non può essere a fondamento del divieto di adozione del figlio del convivente perché non implica alcun obbligo di «disciplinare altre convivenze diversamente dal matrimonio e di attribuire loro diritti minori»¹⁵.

La Corte costituzionale ha demandato al legislatore il compito di formulare una nuova disciplina per l'adozione del figlio del convivente registrato, puntualmente ottemperato con il *Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner* del 20 giugno 2014¹⁶.

Restava esclusa per i partner dello stesso sesso soltanto l'adozione congiunta di figli estranei alla coppia. Era questo il vero elemento distintivo rispetto al matrimonio e oggi la questione è stata definitivamente superata col nuovo *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*.

È significativo come la sentenza del 2013 abbia considerato il rapporto tra l'istituto del matrimonio e la convivenza registrata. Come si è accennato, quando si è deciso di creare un istituto *ad hoc* in favore delle coppie omosessuali, il dibattito sull'art. 6, comma 1, GG ha

¹⁵ C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, cit., p. 82 s. (il corsivo è aggiunto ai passi della sentenza del *BVerfG* riportati dall'autrice).

¹⁶ C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, cit., p. 83; vedi anche S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 959 s.

avuto un ruolo fondamentale. Certamente si ritenne che il precetto costituzionale di particolare protezione del matrimonio non impedisse la tutela di altre forme di aggregazione familiare. Del pari, il fatto che alle coppie omosessuali fosse precluso l'accesso all'istituto del matrimonio generava una situazione di discriminazione rispetto a quelle eterosessuali, che invece potevano dare alla loro convivenza la forma giuridica prevista dalla legge. Un nuovo istituto di diritto di famiglia sarebbe potuto entrare in concorrenza col matrimonio atten- dendo a quella particolare posizione di tutela imposta dalla Legge fondamentale. Che la disciplina di nuove forme di aggregazione familiari rappresenti di per sé un svilimento dell'istituto tradizionale tutelato dalla Costituzione, è questione di non poco momento, tuttavia resta il fatto che nelle unioni omosessuali aveva poco senso immaginare una concorrenza con il matrimonio, perché riguardava soggetti che non vi avevano accesso.

La sentenza del 2013 ha costituito un importante capitolo dell'attività del Tribunale costituzionale federale, chiamato spesso ad intervenire sul *Lebenspartnerschaftsgesetz*. Questa legge è stata sì modellata sulla falsariga della disciplina del matrimonio contenuta nel BGB, creando una sorta di parallelismo tra i diritti e gli obblighi dei conviventi rispetto a quelli dei coniugi, ma non sono mancate lacune ed elementi di differenziazione¹⁷.

Si è trattato di un mutamento di prospettiva rispetto ai principi espressi subito dopo l'entrata in vigore della legge del 2001 scaturente dalla celebre sentenza *Homo-Ehe* del 2002¹⁸. Allora si trattava di difendere l'esistenza stessa del *Lebenspartnerschaftsgesetz* contro l'opinione secondo cui la particolare tutela accordata al matrimonio dall'art. 6, comma 1, GG avrebbe impedito di attribuire ad altre forme di convivenza diritti analoghi a quelli dei coniugi.

L'art. 6, comma 1, GG non definisce cosa sia il matrimonio e non fa alcun riferimento alla diversità di genere, tuttavia quando è stata varata la legge sulla convivenza registrata era assolutamente radicata la convinzione che le unioni omosessuali non potessero rientrare nel concetto di matrimonio e che pertanto non riguardasse il diritto fondamentale di contrarre

¹⁷ K. MUSCHELER, *Die Reform des Lebenspartnerschaftsrechts*, in FPR, 2010, p. 227 ss.

¹⁸ BVerfG, 17 luglio 2002 - 1 BvF 2/01.

liberamente¹⁹. Così nel 1993, già nella sentenza sulla cd. “Aktion Standesamt” il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che non emergessero profili di illegittimità costituzionale nel diniego degli uffici di stato civile di ammettere le coppie omosessuali a contrarre matrimonio²⁰.

Nella sentenza *Homo-Ehe* la prospettiva era speculare, perché era proprio la programmata diversità del nuovo istituto dal matrimonio ciò che evitava ogni possibilità di conflitto con l’art. 6, comma 1, GG. Questa norma assicura sì una particolare tutela al matrimonio e si poteva anche ritenere che non comprendesse le unioni omosessuali (par. 76), ma nel contempo non conteneva divieti per il legislatore di riconoscere le nuove forme di aggregazione familiare. Queste ben potevano trovare il loro fondamento nei principi di tutela della persona e della dignità, consacrati in particolare dagli artt. 2 e 3 GG, che garantiscono il pieno sviluppo della personalità umana e, al contrario, era proprio la mancata previsione di una protezione adeguata delle unioni omosessuali a far sorgere seri dubbi di costituzionalità (parr. 42 e 88). D’altro canto, l’art. 6, comma 1, GG garantiva una protezione particolare del matrimonio che ben si poteva realizzare con una diversità di trattamento rispetto alle altre formazioni familiari e da ciò se ne deduceva un vero e proprio obbligo di differenziazione per il legislatore (*Differenzierungsgebot*). In sintesi: se la convivenza registrata non è un matrimonio, non viene in rilievo nessuna possibilità di contrasto con l’art. 6 GG. Non c’è neanche nessuna possibilità di erosione del matrimonio tradizionale, posto che il *Lebenspartnerschaftsgesetz* disciplina un istituto destinato a soggetti che non vogliono/possono accedere al matrimonio. Si tratta di strumenti che nella prospettiva del legislatore e del giudice delle leggi non entrano mai in concorrenza tra di loro.

Comunque non va mai perso di vista che scopo precipuo della sentenza *Homo-Ehe* non era quello di attribuire un valore assoluto all’obbligo di differenziazione, che invece era semplicemente strumentale a puntellare il nuovo e rivoluzionario istituto.

Una volta affermata la legittimità costituzionale della *eingetragene Lebenspartnerschaft* si trattava di vedere se, di volta in volta, fossero giustificati i singoli punti che davano vita alla

¹⁹ A. SCHMITT-KAMMLER, sub. art. 6, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, 2. ed., München, 1999, p. 387.

²⁰ BVerfG, 4 ottobre 1993, 1 BvR 640/93, in *NJW*, 1993, p. 3058. Sul contesto nel quale si colloca questa decisione sia consentito il rinvio a G. VARANESE, *La convivenza registrata in Germania. Considerazioni di legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, vol. 2, p. 901 ss.

differenza di trattamento rispetto al matrimonio. Qui non si può fare a meno di cogliere una linea evolutiva che si è tradotta in una sostanziale e progressiva equiparazione tra le due figure. Così, ad esempio, per quanto riguarda il legislatore, Il *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (LPartRÜG)* del 5 dicembre 2004 ha esteso anche ai conviventi registrati la disciplina del fidanzamento prevista nel BGB, importante specialmente per ciò che concerne gli effetti della promessa di matrimonio (obbligo di restituzione dei doni ricevuti, risarcimento del danno per le spese sostenute e le obbligazioni contratte in vista della costituzione della convivenza, cfr. § 1298 BGB).

Ma, soprattutto, in luogo dell'assoluta libertà di scelta, che poteva ricadere anche sulla peculiare *Ausgleichsgemeinschaft*, anche nella convivenza registrata il regime patrimoniale ordinario della famiglia è diventato quello della *Zugewinnngemeinschaft*, esattamente come nel matrimonio, dal momento che l'art. 1 *LPartRÜG* ha novellato il § 6 del *LPartG* stabilendo che per i conviventi valga il regime della *Zugewinnngemeinschaft*, se non hanno stabilito diversamente con un contratto di convivenza ai sensi del § 7 e con l'applicazione delle norme del BGB, ove possibile.

In seguito la legge del 21 dicembre 2007 (*Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts – UändG*, modifiche della disciplina del mantenimento) ha equiparato l'ordine di precedenza degli aventi diritto al mantenimento, richiamando quanto stabilito dal § 1609 BGB.

4. Il cammino battuto dal Tribunale costituzionale federale

Successivamente all'*Omo-Ehe Urteil* la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, soprattutto negli ultimi anni, ha assunto un ruolo di protagonista nel processo di graduale convergenza della convivenza registrata con il matrimonio²¹.

Se in un primo momento è stata negata con ordinanza ai pubblici impiegati uniti in una convivenza registrata la corresponsione degli assegni familiari per il coniuge a carico²², in

²¹ F. SAITTO, «Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in *Ianus*, 4, 2011, p. 109 ss.

²² BVerfG, 20 settembre 2007, 2 BvR 855/06, in *NVnZ*, 2007, p. 693 ss. Poco tempo dopo la Corte di giustizia europea nel caso *Maruko* (Corte giust., 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*) ha affermato che in caso di equiparazione della convivenza registrata al matrimonio la disciplina tedesca in materia di pensione al superstite, la mancata prestazione di reversibilità a favore del partner analogamente a quella prevista il coniuge, avrebbe costituito una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in violazione del diritto comunitario. La Corte tuttavia aveva demandato la valutazione sulla equiparazione allo Stato membro e, puntualmente, il Tribunale

seguito il BVerfG ha cambiato radicalmente il suo orientamento con la sentenza del luglio del 2009²³.

Di lì a poco con la decisione del 21 luglio 2010, la Corte costituzionale ha censurato la diversità di trattamento fiscale relativamente alle imposte di successione e di donazioni nel matrimonio e nella convivenza registrata e che riservava esclusivamente ai coniugi un regime di maggior favore²⁴.

Tale orientamento è stato ulteriormente confermato da due decisioni del Giudice delle leggi del 2012 in tema di assegni per i familiari a carico²⁵ e di disparità di trattamento fiscale tra convivente registrato e coniuge per le mancate agevolazioni sul trasferimento della proprietà fondiaria²⁶. La tappa di arrivo di questo percorso, tutto sommato abbastanza lineare, è rappresentato dalla summenzionata sentenza del 2013 sull'adozione successiva del figlio già adottato da uno dei conviventi, che è stata inserita nel contesto del recente provvedimento legislativo.

In quest'ultima decisione il Tribunale federale ha consentito il pieno accesso all'adozione al convivente omosessuale riconoscendogli in pieno la potestà genitoriale, ha perciò accantonato l'idea della differenziazione tra matrimonio e unione civile per valorizzare il principio di eguaglianza.

Nel dibattito che si è sviluppato in Germania sull'opportunità di mantenere due istituti distinti che svolgevano funzioni analoghe è stato fatto notare come per parte della dottrina ciò potesse considerarsi al più frutto della discrezionalità che non un vincolo posto dall'art. 6 della Legge Fondamentale. Da ciò se ne traeva la conclusione che per consentire l'accesso al matrimonio da parte delle coppie omosessuali non fosse necessaria una revisione costituzionale, ma fosse sufficiente una semplice modifica legislativa della disciplina codicistica del matrimonio²⁷.

costituzionale federale con l'ordinanza del 6 maggio 2008, 2 BvR 1830/06, in *NJW* 2008, p. 2325 ss., ha sostenuto la non equivalenza tra matrimonio e convivenza registrata in materia di maggiorazione per il coniuge a carico nel settore del pubblico impiego.

²³ BVerfG, 7 luglio 2009, 1 BvR 1164/07, in *NJW*, 2010, p. 1439 ss.

²⁴ BVerfG, 21 luglio 2010, 1 BvR 611/07, in *NJW*, 2010, p. 2783 ss.

²⁵ BVerfG, 19 giugno 2012, 2 BvR 1397/09, in *NJW*, 2012, p. 2790 ss.

²⁶ BVerfG, 18 luglio 2012, 1 BvL 16/11, in *NJW*, 2012, p. 2719 ss.

²⁷ Le opinioni sono ben riferite da F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, cit., p. 1132 ss.

Va da sé che con l'approvazione della nuova legge la questione di valutare se il legislatore potesse consentire il «matrimonio per tutti» con legge ordinaria è diventato tema di grandissima attualità soprattutto per i sostenitori di questa opinione²⁸.

Non si è esitato allora a mettere in discussione la legittimità del nuovo § 1353, comma 1, prima frase, BGB, sostenendo che la Legge fondamentale non faccia riferimento ad una figura astratta di matrimonio, che il legislatore potrebbe riempire di qualsivoglia contenuto, ma faccia riferimento ad una struttura fondamentale, che si sostanzia nella relazione tra uomo e donna che, non può essere stravolta con la legge ordinaria e ciò legittimerebbe il ricorso al Tribunale costituzionale federale²⁹.

Tuttavia si è ribattuto che qui non ci sarebbe spazio per una *Verfassungsbeschwerde*³⁰, in particolare qui non ci si potrebbe affatto basare sul fatto che la Legge fondamentale presupponga taluna o talaltra definizione di matrimonio perché «la Costituzione statale non è una legge sulla protezione dei marchi»³¹.

Al momento in cui si prova a fornire un breve affaccio sulla nuova legge sarebbe puro azzardo pronosticare se la Corte costituzionale tedesca verrà effettivamente impegnata sulla questione della costituzionalità della nuova legge. Tuttavia sembra opportuno rilevare che le

²⁸ F. BROSIUS-GERSDORF, *Die Ehe für alle durch Änderung des BGB*, in *NJW*, 2015, p. 3557 ss. Tra le molteplici argomentazioni si possono ricordare, tra l'altro, il fatto che il matrimonio non vada definito dalla Costituzione, che rinvia al potere del legislatore di stabilirne le modalità di conclusione e i contenuti. Anche la genesi dell'art. 6, comma 1, GG deporrebbe a favore di questa interpretazione perché a differenza del suo antecedente storico, l'art. 119, comma 1, della Costituzione di Weimar che stabiliva che «il matrimonio, quale fondamento della vita della famiglia, e del mantenimento e potenziamento della nazione, è posto sotto la speciale protezione della costituzione» invece il costituente di Bonn considera matrimonio e famiglia come due istituti autonomi senza alcun riferimento alla funzione procreativa. Oltre che dalla differenza del testo legislativo questo dato emergerebbe anche dai lavori del Consiglio parlamentare costituente, nei quali furono respinte sia le proposte di concepire il matrimonio come «comunità di vita tra uomo e donna» sia di definire il matrimonio e la famiglia come «fondamenti della società umana», perché si ritiene che ciò non avrebbe consentito di tutelare i matrimoni senza figli, assimilandoli a «matrimoni di seconda classe». Infine tale impostazione sarebbe confermata anche dall'interpretazione sistematica e teleologica dell'art. 6, comma 1, GG resa dalla dottrina e dalla giurisprudenza della corte costituzionale, che non solo non hanno mai ritenuto indispensabile la funzione procreativa ai fini della particolare protezione, ma hanno costantemente tutelato tutte le più varie forme di aggregazione familiare a prescindere dal matrimonio.

²⁹ C. SCHMIDT, „Ehe für alle“ – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch? in *NJW*, 2017, p. 2225.

³⁰ S. MEYER, *Gleichgeschlechtliche Ehe unabhängig vom Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsgemäß*, in *FamRZ*, 2017, p. 1281 ss.

³¹ S. MEYER, *op. cit.*, p. 1283.

due opinioni testé ricordate argomentano entrambe soprattutto sulla garanzia che la Costituzione assicura al matrimonio come istituto, per contestarne ovvero perorarne l'accesso alle coppie omosessuali.

5. *Matrimonio, istituto e omosessualità nel firmamento costituzionale*

Il matrimonio tra omosessuali in Germania, tuttavia, è un tema che induce a non fermarsi alla semplice informazione comparativa sulla approvazione della nuova legge, per cercare di andare oltre il dato meramente testuale di norme che, per la sensibilità degli argomenti toccati, coinvolgono alcuni valori di fondo del diritto di famiglia tedesco.

La particolare protezione con cui l'art. 6, comma 1, GG assegna allo Stato il compito di proteggere il matrimonio e la famiglia assume una latitudine assai ampia nella giurisprudenza costituzionale³². In particolare, dall'art. 6, comma 1, GG vengono dedotti: a) un diritto fondamentale (*Grundrecht*) che tutela in maniera più intensa il diritto generale della personalità *ex art. 2, comma 1, GG nell'ambito della vita privata*³³; b) la protezione del matrimonio e della famiglia come istituti fondamentali dell'ordinamento, che non possono essere svuotati nella loro sostanza dall'ingerenza del legislatore (*Institutsgarantie*)³⁴; c) un principio fondamentale di diritto oggettivo (*Grundsatznorm*) che impone allo Stato un obbligo positivo di proteggere e promuovere il matrimonio e la famiglia intervenendo nei vari settori dell'ordinamento giuridico³⁵.

A partire dalla sentenza *Homo-Ehe* il profilo istituzionale aveva rappresentato l'elemento distintivo del coniugio codicistico rispetto alla convivenza registrata e nella decisione

³² Nella trattatistica più nota v. C. VON COELLN, *sub art. 6*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, 7^a ed., München, 2014, Rn 1 ss., e con la letteratura richiamata alla lett. (A).

³³ Vedi la storica sentenza BVerfG, 17 gennaio 1957, 1 BvL 4/54, in *BVerfGE*, 6 (1957), p. 81.

³⁴ Nella giurisprudenza costituzionale, per es., BVerfG, 18 aprile 1989, 2 BvR 1169/84, in *NJW*, 1989, p. 2195; *JuS*, 1990, p. 59 e *BVerfGE*, 80 (1990), p. 81, chiaramente a p. 92: «l'art. 6, comma 1, della Legge Fondamentale in qualità di garanzia istituzionale salvaguarda il nucleo delle disposizioni che costituiscono il diritto di famiglia, in particolare del diritto civile, nei confronti di una soppressione o di uno stravolgimento essenziale e lo tutela verso provvedimenti dello Stato che mettano a repentaglio le caratteristiche determinanti dell'idea di famiglia che sta alla base della Costituzione».

³⁵ C. VON COELLN, *sub art. 6, cit.*, Rn. 34 ss., con ampi riferimenti. Già *BVerfG*, 17 gennaio 1957, cit., p. 72, aveva affermato che la funzione dell'art. 6, comma 1, GG non fosse soltanto quella di difendere la struttura essenziale del matrimonio e della famiglia, ma che rappresentasse altresì un principio fondamentale che dettasse una scelta valoriale vincolante per tutto il diritto, sia privato che pubblico.

del 2002 il Tribunale costituzionale federale aveva fatto leva sull'idea che gli elementi differenziali potessero continuare a garantire una «particolare tutela» al matrimonio senza tuttavia impedire di regolare le unioni civili in modo non dissimile, istituti diversi aventi tuttavia una disciplina non dissimile. Con la nuova legge è stata riconosciuta l'idea che la etero- o omosessualità non incide sulle caratteristiche essenziali del medesimo istituto.

Ciò induce a una riflessione conclusiva. In primo luogo sembra passare in secondo piano quella distinzione netta tra diritti fondamentali e garanzie istituzionali che traspariva nell'impostazione tedesca del tema e che sembrava risentire della tassonomia tracciata da Carl Schmitt³⁶. I primi hanno un fondamento prestatuale e sono essenzialmente diritti di libertà, ovvero diritti dell'uomo in quanto singola persona che ha di fronte a sé lo Stato e nei quali viene in rilievo «una sfera di libertà del singolo in linea di principio illimitata ed una sfera di intervento dello Stato in linea di principio limitata, misurabile e controllabile»³⁷. Le seconde invece presuppongono delle istituzioni della vita sociali riconosciute dal diritto e lasciano ampio spazio all'intervento della legge, e lo scopo principale della disciplina costituzionale sarebbe quello di renderne impossibile la rimozione da parte del legislatore ordinario³⁸.

I cultori del diritto costituzionale che hanno meglio approfondito queste tematiche ci hanno reso un quadro dettagliato della questione³⁹, ma non c'è dubbio che la dottrina tedesca contemporanea ha cercato di superare queste distinzioni nette per non restare ingessata in rappresentazioni monodimensionali che scavano un solco tra l'aspetto individuale e quello istituzionale⁴⁰. Sotto questo punto di vista assumono un'importanza cruciale i valori di fondo cui l'ordinamento si fonda e non può fare a meno di sottolineare la considerazione che il Tribunale costituzionale federale non si è limitato a una mera giustapposizione dei diversi significati ma «si è pronunciato a favore di un collegamento e di una concorrenza delle diverse “funzioni” di una norma costituzionale, in particolare di quelle di un diritto costituzionale classico, la garanzia d'istituto (e istituzionale), la norma di principio decisiva per i valori»⁴¹.

³⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, p. 212 ss.

³⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 221.

³⁸ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 224.

³⁹ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, 2^a ed, Torino, 2006.

⁴⁰ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 115 ss.

⁴¹ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit., p. 124.

Probabilmente siamo ancora all'interno di un processo, iniziato tumultuosamente a cavallo degli anni Settanta del secolo scorso. Da un lato, i cambiamenti economici e sociali hanno inciso in modo profondo sui modelli preindustriali di organizzazione della famiglia, che erano alla base delle codificazioni⁴². Dall'altro, l'idea stessa che l'unione omosessuale, andrebbe a minare la "famiglia", intesa come cellula fondamentale della società e garante dell'ordine sociale e morale della nazione non è più seriamente sostenibile e «appartiene ormai al passato, avendo da tempo la dottrina chiarito che nel testo costituzionale – e nell'evoluzione attuale del diritto di famiglia – la famiglia costituisce formazione sociale protetta in quanto luogo dove "fioriscono" le personalità individuali. È la persona al centro dell'universo familiare ed è la sua tutela quella che giustifica la protezione del gruppo»⁴³.

Queste affermazioni sono incontestabili ma si può anche aggiungere che nell'esperienza tedesca non c'è bisogno di contestare il profilo istituzionale della famiglia per aprire il matrimonio alla omosessualità. Appaiono lontanissime nel tempo le parole con cui il Tribunale costituzionale federale nel 1959 definiva il matrimonio come «la comunità di vita di un uomo e di una donna, in linea di principio indissolubile, e la famiglia è la comunità che comprende genitori e figli, nella quale nascono in *primis* il diritto e l'obbligo di avere cura e educare la prole. Questo nucleo ordinativo dell'istituto è intangibile per il senso del giusto e la coscienza giuridica»⁴⁴. L'idea di fondo era che i principi portanti del matrimonio e della famiglia derivassero innanzi tutto da strutture sociali extragiuridiche e che entrambi gli istituti fossero stati tramandati sin dai tempi antichi rimanendo intatti nella sostanza. In realtà si tratta di argomenti del tutto superati, come ha riconosciuto non soltanto il legislatore tedesco, e come sembra essere stato riconosciuto anche alle nostre latitudini⁴⁵.

⁴² H. DÖRNER, *Industrialisierung und Familienrecht*, Berlin, 1974, p. 13 ss.

⁴³ G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1773.

⁴⁴ BVerfG, 29 luglio 1959, in *BVerfGE*, 10 (1960), p. 66.

⁴⁵ Vedi ad es. G. FERRANDO, *Il matrimonio gay: Il testimone passa alla Consulta*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1907, per la quale «il riferimento al carattere naturale della differenza di sesso tra gli sposi non sembra argomento convincente: un argomento troppo spesso usato per difendere gravi discriminazioni poi ritenute illegittime, non ultima quella tra uomini e donne ben radicata nel diritto matrimoniale italiano. Né, si può aggiungere, ha attualmente fondamento l'argomento che fa leva sull'assenza della finalità procreativa tipica del matrimonio. Anche in Italia, il matrimonio civile non è più *istituzionalmente* orientato alla procreazione. Dal 1975 l'impotenza non costituisce causa di invalidità del matrimonio se non quando materia di errore in cui sia incorso l'altro coniuge (art. 122 c.c.). Inoltre possono contrarre matrimonio anche le persone che, avendo cambiato sesso, sono inidonee alla generazione e quelle che, a causa dell'età, tale attitudine non hanno più». Si noti che il corsivo è dell'Autrice.

In questo momento storico è evidente che la diversità di sesso non è più percepita come un elemento essenziale della disciplina del matrimonio. Una volta superato questa *impasse* aveva veramente poco senso quello di conservare una disciplina *ad hoc*, ormai sostanzialmente quasi del tutto omologa a quella codicistica.

Il legislatore ha mutato punto di vista e in un'ottica armonizzante l'omosessualità non è più vista come un attentato al nucleo essenziale dell'istituto ma la nuova legge sembra realizzare a pieno il valore della eguaglianza e dà pregnanza di significato al rispetto della dignità umana.

Sotto questo punto di vista viene ribadito ancora una volta che se si caratterizza la Costituzione come un sistema di valori «questi non devono essere interpretati come un firmamento astratto. Questi non vengono imposti alla costituzione e all'ordinamento giuridico dall'esterno oppure dall'alto. *Non hanno la pretesa di essere validi comunque, a priori, senza alcun riferimento allo spazio e al tempo in cui si trovano.* [...] Qualora si volesse imporre un sistema di valori dall'alto, ciò equivarrebbe alla negazione del valore intrinseco e dell'autonomia del diritto»⁴⁶.

Abstract

The contribution concerns the «Ehe für alle» («Marriage for all»), an act of the German family law, created by the federal legislator in 2017, which has the main purpose of legalizing marriage equality for all couples, including same sex couples. These result alone marks a historical turning point after the Act on Registered Life Partnership of 2001. Above anything else § 1353 of the German Civil Code has been changed. This new rule provides that «a marriage is entered into by two people of a different or the same sex for life».

The analysis of the new same-sex marriage deals with a whole series of general problems linked to the birth and entry into force of the new legislation. Although the legislative technique used in the formulation of the provisions raised some concerns, it does not appear that the new same-sex marriage act is contrary in any way to the principle of legal special protection of the marriage by the first paragraph of art. 6 of the German Basic Law.

Camerino, febbraio 2018.

⁴⁶ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit., p. 41 (corsivo aggiunto).