

Matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso e Costituzione tedesca*

di Anne Sanders¹

A. Introduzione

Il matrimonio oggi non riguarda soltanto interessi privati; è anche un importante strumento giuridico e politico. La questione di quale sia oggi il significato del matrimonio e se debba essere aperto alle unioni di persone dello stesso sesso è oggetto di dibattito in tutto il mondo. In molti stati, per esempio in Germania e negli Stati Uniti, tali questioni non sono solo dibattute nell'agone politico, ma anche all'interno del diritto costituzionale. In questo articolo ricostruirò lo sviluppo del modo in cui il matrimonio è stato interpretato in relazione alla Costituzione tedesca e discuterò criticamente l'approccio della legge tedesca al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La Corte Federale Costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht, da ora in poi BVerfG) ha celebrato il suo sessantesimo anniversario nel settembre 2011. Dal 1951, la Corte non ha solo avuto una considerevole influenza sul diritto amministrativo e penale, ma anche sul diritto di famiglia. Potrebbe essere sorprendente per un lettore non tedesco comprendere che non tutte le costituzioni includono previsioni riguardo al matrimonio ed alla famiglia nella forma di diritti umani garantiti a tutti. La Legge Fondamentale, comunque, garantisce questi diritti nell'Articolo 6.

**La traduzione italiana è di Giacomo Viggiani, assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Bergamo. Viene pubblicata su autorizzazione dell'Autrice e della German Law Review, che sentitamente ringraziamo, ove è stato pubblicato nel 2012, Vol. 13 No. 08, p. 911 e ss., reperibile in https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No8/PDF_Vol_13_No_08_911-940_Sanders.pdf*

¹Dr. (University of Cologne), M.Jur. (University of Oxford); Associate Professor at Bonn University. Questo articolo ha trovato ispirazione da una relazione pubblicata in onore del 60esimo anniversario della Corte Costituzionale Federale (*Bundesverfassungsgericht*) dove Sanders ha assistito il giudice Dr. Hohmann-Dennhardt ed il suo successore, il giudice Prof. Dr. Britz dal 2009 al 2011. Si veda Anne Sanders, *Das Ehebild des Bundesverfassungsgerichts zwischen Gleichberechtigung, nichtehelicher Lebensgemeinschaft und Lebenspartnerschaft*, in *2 Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Erörtert von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern*, 351 (Sigrid Emmenegger & Ariane Wiedemann eds., 2011). Email: sanders@dauner-lieb.de.

Questo articolo inizia utilizzando un approccio descrittivo. Innanzitutto è presente un'introduzione alla storia della tutela costituzionale del matrimonio in Germania e alla stesura dell'Articolo 6. Successivamente in questo articolo si introduce il lettore alla comprensione del paradigma costituzionale tedesco del matrimonio così come sviluppato nella giurisprudenza della Corte Federale Costituzionale della Germania. Dopo aver integrato questa parte con una breve discussione sull'approccio della Corte rispetto al divorzio, si sottolineerà l'importanza dell'uguaglianza di genere nella comprensione costituzionale e si discuteranno i casi giurisprudenziali riguardanti la coabitazione tra persone non sposate e le unioni civili tra persone dello stesso sesso.

In seguito, l'articolo assumerà un taglio più critico nel valutare le motivazioni offerte dalla BVG e dai commentatori del mondo dell'accademia per negare alle coppie di persone dello stesso sesso la protezione dell'Articolo 6.

Riflettendo sulla giurisprudenza della BVG, si affermerà che il matrimonio non può essere ridotto all'unione eterosessuale finalizzata alla procreazione. Piuttosto il matrimonio deve essere inteso come una formale promessa di mutua responsabilità e supporto, applicabile sia alle coppie di persone dello stesso sesso che a quello di sesso opposto.

B. Le origini della tutela costituzionale del matrimonio

La tutela costituzionale del matrimonio non ha una tradizione molto lunga. Né il *matrimonio* né la *famiglia* sono nominati nelle classiche costituzioni degli Stati Uniti e della Francia; né sono presenti nella Costituzione Tedesca del 1849 (*Paulskirchenverfassung*), la quale non entrò mai in vigore, o in quella del 1850. Le prime costituzioni che timidamente menzionano il matrimonio sono apparse alla fine del XIX secolo².

In Germania il timore che il matrimonio tradizionale potesse dissolversi nei tumulti della Prima Repubblica ha fatto sì che ricevesse una tutela costituzionale. La storia della tutela costituzionale del matrimonio è iniziata in Germania con l'Articolo 119 della Costituzione di Weimar del 1919 (*Weimarer Reichsverfassung*). La seconda parte di questa costituzione includeva, infatti, una sezione chiamata "Diritti e doveri fondamentali di tutti i tedeschi" ("*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*").³ Il primo capo di questa parte, gli articoli 109-118, includeva sotto la rubrica "La Persona" ("*Die Einzelperson*") diritti quali la libertà di espressione, la libertà di circolazione e l'inviolabilità del domicilio. Il secondo capo era

² Dieter Schwab, *Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie*, in *Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*, 893 (Hans Gaul, Walther Habscheid & Paul Mikat eds., 1976).

³ Si veda Friedhelm Köster, *Entstehungsgeschichte der Grundrechtsbestimmungen des Zweiten Hauptteils der Weimarer Reichsverfassung in den Vorarbeiten der Reichsregierung und den Beratungen der Nationalversammlung* (2003).

denominato “Vita di Comunità” (“*Das Gemeinschaftsleben*”) e riguardava la libertà di associazione, il diritto delle comunità locali all’autogoverno, il diritto al voto e le disposizioni relative all’educazione e alla protezione dei minori. Questo secondo capo iniziava, comunque, con l’articolo 119, il quale era dedicato alla protezione del matrimonio e della famiglia. Esso recitava che:

(1) Il matrimonio è protetto in modo particolare dalla costituzione in quanto alla base della vita familiare e della riproduzione e sopravvivenza della nazione. Si fonda sull’uguaglianza tra i sessi.

(2) Proteggere e valorizzare la purezza, la stabilità e l’avanzamento sociale della famiglia è un dovere dello stato. Le famiglie con prole numerosa possono richiedere adeguati sussidi pubblici.

(3) La maternità necessita della protezione e dell’assistenza dello Stato⁴.

La stesura di un tale articolo non potrebbe avvenire oggi. Apparentemente sembra ideato da parlamentari conservatori, i quali temevano che i comunisti, dotati di una grande influenza dopo la rivoluzione del 1918, potessero mettere in pericolo l’istituto del matrimonio e la famiglia tradizionale della classe media⁵. Durante l’assemblea nazionale, comunque, la tutela del matrimonio non fu messa in discussione. La sola questione sollevata fu che le future riforme del regime patrimoniale coniugale avrebbero richiesto una modifica costituzionale. A parte questo aspetto, i parlamentari concordavano sul valore del matrimonio come unità base della società⁶. La tutela della maternità, anche per i figli nati fuori del matrimonio, nell’Articolo 119(3) e l’eguaglianza dei sessi nell’Articolo 119(1), divennero il punto di partenza per le successive riforme del diritto di famiglia⁷. Queste riforme furono il risultato dello sforzo politico sia dei social-democratici che del partito democratico tedesco (DDP) e assicurarono che la tutela del matrimonio potesse conservare sia un lato conservatore che uno progressista.

Oggi, nella Legge Fondamentale del 1949, il matrimonio e la famiglia sono protetti dall’Articolo 6(1)⁸. Esso recita che:

(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 dei genitori ed un loro precipuo dovere. La comunità statale vigila sul modo con il quale essi svolgono la loro funzione.

(3) I figli possono essere separati dalla loro famiglia contro il volere dei genitori o di chi abbia la responsabilità genitoriali solo in forza di una legge, e soltanto nel caso in cui i genitori o chi o di chi abbia la responsabilità genitoriali e

⁴ *Weimarer Reichsverfassung* [wvr] [*Constitution of the Weimar Republic*], Agosto 11, 1919, art. 119 (Ger.).

⁵ Schwab, *supra* note 1, at 895.

⁶ *Id.* at 895–98.

⁷ *Id.* at 904–06.

⁸ Per una riflessione sull’origine di questa previsione, si veda Peter Badura, in *Grundgesetz-Kommentar*, 40–43 (Theodor Maunz & Günther Dürig eds., 44th ed. 2005).

vengano meno ai loro doveri o nel caso in cui, per altri motivi, i figli corrano il rischio di venir trascurati.

(4) Ogni madre ha diritto alla protezione e all'assistenza della comunità.

(5) La legge assicura ai figli naturali le stesse condizioni di sviluppo, fisico e morale, nonché lo stesso status sociale, sanciti per i figli legittimi⁹.

Ci sono delle palesi similarità tra la lettera dell'Articolo 6 della Legge Fondamentale e l'Articolo 119 della Costituzione di Weimar. L'Articolo 6, comunque, fu redatto con un linguaggio meno declamatorio, probabilmente perché la lettera dell'Articolo 119, che includeva "la difesa della nazione", suonava problematico dopo la fine del Terzo Reich.

Come molte previsioni costituzionali, la redazione dell'Articolo 6 fu influenzata dalle orribili esperienze del Terzo Reich. Sotto la dittatura del Terzo Reich, non furono le idee religiose a influenzare l'approccio del governo al matrimonio; piuttosto, fu l'ideologia nazionalsocialista. Il matrimonio fu pensato come istituto giuridico per quelle famiglie con molti figli "di razza sana", che poi potevano essere utilizzati negli eserciti di Hitler e nella colonizzazione dei territori occupati¹⁰.

Il matrimonio e i rapporti sessuali tra ebrei e ariani erano proibiti dal 1938 dalle leggi di Norimberga "per la protezione del sangue e dell'onore tedesco"¹¹. Il divorzio era reso più semplice per permettere al marito e alla moglie di risposarsi e procreare maggiormente¹². Il legislatore concepiva un matrimonio senza prole come inutile per lo Stato e, di conseguenza, voleva rendere il più semplice possibile concluderlo¹³. Durante la guerra, le ragazze gravide venivano date in sposa al padre dei loro figli, anche se assenti o addirittura già morti, mentre un elmetto prendeva il posto dello sposo durante la cerimonia civile. Per rimpiazzare i soldati uccisi durante le operazioni militari, l'introduzione della poligamia dopo la guerra fu seriamente discussa¹⁴.

Dopo la guerra, con l'Articolo 6 si è inteso proteggere la sfera privata del

⁹ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Grundgesetz]* [Gg] [Legge Fondamentale], Maggio 23, 1949, BGBl. I, art. 6 (Ger.).

¹⁰ Si veda Edouard Conte & Cornelia Essner, Fernehe, *Leichentrauung und Totenscheidung: Metamorphosen des Eherechts im Dritten Reich*, in 44 *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 201, 201 (1996); Stephan Meder, *Der Unterhaltsverzicht im Spannungsfeld von Privatautonomie und öffentlichem Interesse*, in *Familie und Recht* 12, 14–15 (1993).

¹¹ *Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* [Legge sulla protezione del sangue Tedesco e dell'onore tedesco], Sept. 15, 1935, RGBL. I at p. 1146 (Ger.).

¹² *Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet* [Legge per l'unificazione delle normative sul matrimonio e il divorzio della regione dell'Austria e del resto del paese], Luglio 6, 1938, RGBL. I p. 807; Meder, *supra* nota 9.

¹³ Si veda Mirja Schmidt, *Abschluss- und Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen* 53 (Aprile 27, 2010) (Prolusione iniziale, Westphalian Wilhelms University of Münster), disponibile presso http://miami.uni-muenster.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-5562/diss_schmidt_mirja_buchblock.pdf; vedi anche Meder, *supra* nota 9.

¹⁴ Conte & Essner, *supra* nota 9.

matrimonio e della famiglia dall'intervento pubblico. Dopo l'esperienza drammatica dello stato totalitario del Terzo Reich, con l'Articolo 6 si è sottolineata l'importanza dell'autodeterminazione e della responsabilità dell'individuo¹⁵.

Comunque, l'Articolo 6 potrebbe anche essere letto come il frutto del desiderio diffuso di tornare alla sicurezza di un ideale focolare dopo la guerra¹⁶. Dopo di essa infatti i politici tedeschi concordavano sul fatto che la famiglia era in profonda crisi. I soldati erano morti in guerra, lasciando vedove e figli orfani. Alcune mogli erano state stuprate e altre si erano rese indipendenti durante la guerra iniziando qualche professione. Ma anche quelle coppie che erano desiderose di un nuovo inizio, incontravano grosse difficoltà: molti erano stati divisi per anni e avevano vissuto diverse e spesso orribili e vergognose esperienze durante la guerra¹⁷. Forse, nel tentativo di ostacolare le crescenti richieste di divorzio e preservare un poco di stabilità, riemerse una nozione religiosa di matrimonio¹⁸. Per esempio, nel 1951, la Corte Suprema Federale Tedesca (*Bundesgerichtshof*), la più alta autorità per quanto riguarda la giustizia ordinaria, reinterpretò la legge sul divorzio redatta nel 1938, la quale autorizzava il divorzio dopo una separazione di tre anni, anche se era stato richiesto a causa di adulterio¹⁹. Il matrimonio, affermò la Corte, era la più intima relazione umana e richiedeva che la coppia stesse insieme per tutta la vita. Solo raramente un divorzio, desiderato dalla parte colpevole, poteva essere moralmente giustificato, anche se la lettera della legge lo permetteva²⁰. È questo il clima politico in cui venne redatto l'Articolo 6 nel 1949.

C. *Marriage Case Law*

Adesso che si è descritta l'evoluzione della tutela del matrimonio nella Costituzione tedesca, possono essere discussi i casi giurisprudenziali della BVG.

I. *Definire e proteggere il matrimonio*

Secondo la costante giurisprudenza della BVG, il matrimonio secondo la lettera dell'Articolo 6 è l'unione, in teoria indissolubile, di un uomo e di una donna relativamente a *tutti* gli aspetti della vita in comune²¹. La famiglia è definita come

¹⁵ Bundesverfassungsgericht [BVerfG – Corte Costituzionale Federale], Caso No. 1 BvL 4/54, Gennaio 17, 1957, 6 BVERFGE 55, 71 (Ger.).

¹⁶ Rolf Gröschner, *Ehe und Familie, Elternrecht, Mutterschutz, uneheliche Kinder* (Art. 6), in 1 *Grundgesetz- Kommentar* n.16–19 (Horst Dreier ed., 2d ed. 2004).

¹⁷ Si veda Margarete Dörr, “*wer die Zeit nicht miterlebt hat. . .*” *Frauenerfahrungen im zweiten Weltkrieg und in den Jahren danach* 32–45 (1998); Kirsten Plötz, *Heimkehrer, die natürliche Ordnung und vollständige Familien*, in *Vaterschaft im Wandel: Multidisziplinäre Analysen und Perspektiven aus Geschlechtertheoretischer Sicht* 57, 57–60 (Mechthild Bereswill, Kirsten Scheiwe & Anja Wolde eds., 2006).

¹⁸ Schmidt, *supra* nota 12, a 53–54.

¹⁹ Bundesgerichtshof [BGH – Corte Suprema Federale], Caso No. 4 ZR 73/50, Gennaio 22, 1951, 1 BGHZ 87 (Ger.).

²⁰ *Id.* a 90–93.

²¹ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 205/58, Luglio 29, 1959, 10 BVERFGE 59, 66 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte

una *onnicomprensiva* comunità composta di genitori e figli, nella quale i primi hanno il diritto e il dovere di prendersi cura e di educare i secondi²². Il termine “onnicomprensivo” (*allumfassend*) non è stato spiegato dalla BVG e sembra significare che nel diritto costituzionale il matrimonio e la famiglia abbracciano tutti gli aspetti della vita umana e sono quindi di centrale importanza.

La BVG ha distinto inizialmente tra diversi aspetti della tutela costituzionale del matrimonio. Per comprendere ciò, può essere utile illustrare brevemente il paradigma teorico dei diritti costituzionali in Germania.

Innanzitutto, i diritti costituzionali in Germania, come in altri stati, proteggono il cittadino contro ingiuste azioni del governo e del parlamento. In questo senso, i diritti costituzionali garantiscono, per esempio, la libertà di esprimere la propria opinione, come nell’Articolo 5, e esercitare la propria religione, come nell’Articolo 4 della Legge Fondamentale. Questa tutela delle libertà individuali è la classica funzione dei diritti umani²³. La protezione del matrimonio in base all’Articolo 6 funziona proprio come un classico individuale diritto umano e offre tutela alla persona contro il parlamento e il governo²⁴. Secondo la giurisprudenza della Corte Federale Costituzionale, l’Articolo 6(1) tutela la libertà di sposarsi con un partner di propria scelta²⁵. Così, una legge che proibisse a certe persone di sposarsi, come accadeva durante il Terzo Reich, la cui legislazione proibiva agli ebrei di sposare gli ariani, sarebbe incostituzionale.

Inoltre, la Costituzione garantisce che due persone possano vivere come coppia sposata liberi dalla pubblica influenza e che possano scegliere, per esempio, se avere figli o se vivere insieme²⁶. La coppia è libera di vivere il matrimonio nella sua declinazione tradizionale, con il marito nella funzione di colui che mantiene la famiglia, o di adottare uno stile di vita dove entrambi i partner guadagnano e possono contribuire equamente alle spese della famiglia²⁷.

A parte la protezione dei diritti individuali, la BVG ha in ogni caso statuito che

Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 245 (Ger.).

²² Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 205/58, Luglio 29, 1959, 10 BVERFGE 59, 66 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 245 (Ger.).

²³ Bernhard Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr—Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, 11 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 457 (1984).

²⁴ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 4/54, Gennaio 17, 1957, 6 BVERFGE 55, 71 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 636/68, Maggio 4, 1971, 31 BVERFGE 58, 67 (Ger.).

²⁵ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 636/68, Maggio 4, 1971, 31 BVERFGE 58, 67 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 719/69, Novembre 14, 1973, 36 BVERFGE 146, 161–62 (Ger.).

²⁶ Gröschner, *supra* note 15, 63–66.

²⁷ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 683/77, Maggio 31, 1978, 3 48 BVERFGE 327, 338 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 5/83, Gennaio 10, 1984, 66 BVERFGE 84, 94 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 105/95, Febbraio 5, 2002, 105 BVERFGE 1, 11 (Ger.).

i diritti costituzionali costituiscono *valori oggettivi (objective Wertentscheidungen or Grundsatznormen)*²⁸. I diritti umani non influenzano soltanto la relazione stato-cittadino, ma anche, stabilendo un sistema di valori, influenza altre aree del diritto, per esempio l'interpretazione del diritto civile²⁹. Secondo la giurisprudenza della BVG, la protezione del matrimonio è un valore fondamentale di questo tipo³⁰.

Inoltre, la tutela costituzionale del matrimonio garantisce l'istituto in sé. Il legislatore non può semplicemente abbandonare il matrimonio a se stesso, ma deve fornire un'adeguata struttura normativa che permetta alle persone di sposarsi e di organizzare la loro vita come coppia³¹. Nel codice civile tedesco, il legislatore ha così creato questa impalcatura normativa per la vita coniugale. Al fine di ottemperare al dovere costituzionale di protezione del matrimonio, il legislatore non deve solo astenersi dal fare alcunché che possa danneggiarlo o indebolirlo, ma deve anche promuoverlo con apposite misure³². Parte della speciale *protezione* che lo Stato riconosce al matrimonio consiste nel dovere di proibire a una coppia sposata di entrare in un altro istituto legalmente vincolante che non sia il matrimonio stesso³³.

Inoltre, l'Articolo 6 funziona come una legge speciale sull'uguaglianza. L'uguaglianza è regolata dall'Articolo 3 della Legge Fondamentale, il quale contiene un principio di uguaglianza generale, come anche alcune speciali

²⁸Tale evoluzione è iniziata con la famosa decisione Lüth. Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 400/51, Gennaio 15, 1958, 7 BVERFGE 198, 205–07 (Ger.); vedi anche Ernst- Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, 29 DER STAAT 1 (1990).

²⁹ Per una introduzione in lingua inglese a questo vasto ambito di studio, si veda Christian Starck, *Human Rights in Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court*, in *Human Rights in Private Law* 97–111 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2003)..

³⁰ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 4/54, Gennaio 17, 1957, 6 BVERFGE 55, 71 (Ger.). vedi anche Theodor Maunz, *Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie* (Art 6 GG), 1 *Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht* (1956) (che descrive il diritto al matrimonio come multidimensionale); si veda anche Martin Burgi, *Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?*, 39 DER STAAT 487, 495–97 (2000).

³¹ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 636/68, Maggio 4, 1971, 31 BVERFGE 58, 67 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 719/69, Novembre 14, 1973, 36 BVERFGE 146, 161–62 (Ger.).

³² Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 4/54, Gennaio 17, 1957, 6 BVERFGE 55, 76 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 498/66 Marzo 18, 1970, 28 BVERFGE 104, 113; Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 248 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Joined Cases 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, and 2 BvR 313/84, Maggio 12, 1987, 76 BVERFGE 1, 41 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 2 BvR 1057/91, 2 BvR 1226/91, Novembre 10, 1998, 99 BVERFGE 216, 231–32 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 1164/07, Luglio 7, 2009, 124 BVERFGE 199, 225 (Ger.).

³³ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvF 1/01, Luglio 17, 2002, 105 BVERFGE 313, 343 (Ger.).

disposizioni contro la discriminazione:

- (1) Tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge.
- (2) Gli uomini e le donne sono equiparati nei loro diritti. Lo Stato promuove la effettiva attuazione della equiparazione di donne e uomini e agisce per l'eliminazione delle situazioni esistenti di svantaggio.
- (3) Nessuno può essere discriminato o favorito per il suo sesso, per la sua nascita, per la sua razza, per la sua lingua, per la sua nazionalità o provenienza, per la sua fede, per le sue opinioni religiose o politiche. Nessuno può essere discriminato a causa di un suo handicap³⁴.

Secondo la BVG, comunque, l'Articolo 6(1) proibisce la discriminazione contro gli sposi, stabilendo l'Articolo 6(1) un'ulteriore norma speciale contro la loro discriminazione al di fuori dell'Articolo 3³⁵.

La tutela costituzionale del matrimonio presenta problemi unici. Altri valori costituzionalmente protetti, come la vita, l'integrità fisica, le opinioni, la religione poggiano le loro fondamenta al di fuori dell'ordinamento giuridico. Anche se il matrimonio può essere visto come un istituto sociale religioso, esso rimane prevalentemente un istituto giuridico. Dalla fine del XIX sec., il matrimonio civile è stato la regola in Germania. Una cerimonia religiosa non ha effetto in Germania e non dà vita a un matrimonio, così come protetto dall'Articolo 6³⁶. Poiché il matrimonio in Germania è così profondamente connesso con l'ordinamento giuridico, l'interpretazione costituzionale dell'Articolo 6 richiede di tenere in considerazione le norme di grado inferiore rispetto a quelle costituzionali. Inoltre, la BVG ha affermato che il paradigma costituzionale del matrimonio va ricostruito seguendo le sue concretizzazioni predominanti, così come espresse dal diritto di famiglia al di sotto del livello costituzionale³⁷. Di conseguenza, l'interpretazione del matrimonio ha luogo all'interno di un'intricata rete composta dal diritto costituzionale, dal diritto di famiglia e dall'opinione pubblica. In aggiunta, la Corte Federale Costituzionale ha statuito che il legislatore è vincolato dall'Articolo 6 quando esercita le sue funzioni in materia di diritto di famiglia³⁸. Il rischio di un

³⁴ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [*Grundgesetz*] [GG] [*Basic Law*], art. 3 (Ger.).

³⁵ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], *Joined Cases* 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, and 2 BvR 313/84, Maggio 12, 1987, 76 BVERFGE 1, 72 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 2 BvR 1057/91, Novembre 10, 1998, 99 BVERFGE 216, 232 (Ger.); si veda anche, Burgi, *supra* note 29, at 497–98.

³⁶ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 245 (Ger.).

³⁷ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 719/69, Novembre 14, 1973, 36 BVERFGE 146, 163 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvF 1/01, Luglio 17, 2002, 105 BVERFGE 313, 345 ¶ 87 (Ger.).

³⁸ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 636/68, Maggio 4, 1971, 31 BVERFGE 58, 69–70 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 78/86, Ottobre 3, 1989, 81 BVERFGE 1, 6–7 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale],

Caso No. 1 BvF 1/01, Luglio 17, 2002, 105 BVERFGE 313, 345, 87 (Ger.);

ragionamento circolare è qui evidente³⁹. Un'interpretazione costituzionale vincolata alla definizione di matrimonio contenuta nel diritto di famiglia previene qualsiasi influenza degna di rilievo sul diritto a essa subordinato. Inoltre, se il matrimonio viene interpretato in questo modo, ciò significa che il diritto costituzionale non può imporre alcuna restrizione al legislatore.⁴⁰ Oltretutto, le Corti e il legislatore possono senza dubbio influenzare l'opinione pubblica sul matrimonio, ma allo stesso tempo, l'opinione pubblica può influenzare il legislatore, e di conseguenza, il paradigma costituzionale del matrimonio.

II. Divorzio

La sezione 1353 (1), del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*—BGB) stabilisce che il matrimonio dura per la vita e tale principio è stato riconosciuto come un principio costituzionale. Il matrimonio, la BVG ha dichiarato, deve essere inteso e accettato da entrambi i partner come un rapporto duraturo, pensato idealmente per durare tutta la vita⁴¹. Un matrimonio pensato come limitato fin dall'inizio non sarebbe quindi un matrimonio in senso costituzionale. Tuttavia, secondo la BVG, la Legge Fondamentale protegge una forma secolarizzata e giuridica del matrimonio, non quella religiosa⁴². Sulla base di questa concezione laica del matrimonio, la BVG ha concluso che i coniugi hanno il diritto al divorzio e a possedere la libertà di risposarsi⁴³; inoltre, la BVG permette il divorzio anche perché altrimenti il matrimonio sarebbe la continuazione forzata di un rapporto di fatto morto e perciò in contrasto con il parere della Corte secondo cui il matrimonio è una relazione vivente. Di conseguenza, anche se una persona divorzia e si risposa più volte, ogni matrimonio è di pari rango costituzionale⁴⁴.

La discussione su di un diritto costituzionale al divorzio porta ad una discussione sull'influenza costituzionale sulla legge che disciplina il divorzio stesso. La BVG ha affrontato questo argomento nella sua decisione del 21 ottobre 1980, dichiarando: “[l]a speciale tutela di cui all'Articolo 6(1) non si limita al matrimonio in buona salute. Anche quando un matrimonio è fallito, può vigere l'obbligo per il legislatore di fornire una legge sul divorzio che tenga conto delle attuali responsabilità reciproche delle parti e prevenga sofferenze insopportabili”⁴⁵.

Bundesverfassungsgericht [BVerfG – Federal Constitutional Court], Caso No. 1 BvL 10/05, Maggio 27, 2008, 121 BVERFGE 175, 193 (Ger.).

³⁹ Gröschner, *supra* note 15, 36.

⁴⁰ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 719/69, Novembre 14, 1973, 36 BVERFGE 146, 161–62 (Ger.).

⁴¹ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 245 (Ger.).

⁴² Si veda *Id.*; si veda anche Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 636/68, Maggio 4, 1971, 31 BVERFGE 58, 82–83 (Ger.).

⁴³ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 636/68, Maggio 4, 1971, 31 BVERFGE 58, 82–83 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 245 (Ger.).

⁴⁴ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 636/68, Maggio 4, 1971, 31 BVERFGE 58, 82–83 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 245 (Ger.).

⁴⁵ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 179/78, Ottobre 21, 1980, 55 BVERFGE 114, 141–42 (Ger.).

Pur riconoscendo che il legislatore ha un ampio potere discrezionale⁴⁶, la BVG ha riconosciuto che l'Articolo 6(1) influenza il diritto all'assistenza fra i coniugi⁴⁷, così come la ripartizione dei contributi pensionistici accumulati durante il matrimonio e il regime patrimoniale coniugale⁴⁸. Se i coniugi non stipulano un particolare contratto matrimoniale, si applica il regime patrimoniale standard detto *Zugewinnngemeinschaft*. Il risultato è che durante il matrimonio, il patrimonio della coppia è tenuto separato, ma al momento del divorzio, i profitti accumulati da ciascun coniuge durante il matrimonio vengono confrontati e condivisi⁴⁹.

III. Il matrimonio e l'uguaglianza di genere

La tensione tra una normativa matrimoniale patriarcale e tradizionale e l'uguaglianza di genere come diritto costituzionale ai sensi dell'Articolo 3 (2) è sempre stata di notevole importanza nella giurisprudenza della BVG relativa all'Articolo 6. In particolare, con le sue prime decisioni, la BVG ha influenzato il diritto di famiglia in modo progressivo⁵⁰.

Anche se le “madri della Legge Fondamentale”, Elisabeth Selbert, Friederike Nadig, Helene Weber e Helene Wessel, le quattro donne che hanno partecipato alla stesura della Costituzione, hanno combattuto per l'inclusione dell'uguaglianza di genere⁵¹ nella Costituzione della Repubblica di Weimar, nella quale si dichiarava che la parità di genere era a fondamento del matrimonio, ciò non ha mai influenzato il diritto di famiglia⁵². L'Articolo 1 (3) della Legge Fondamentale, tuttavia, afferma che i singoli diritti costituzionali vincolano tutti e tre i rami del governo. Quando l'Articolo 6 (1), l'Articolo 3 (2) e l'Articolo 1 (3) della Legge Fondamentale sono entrati in vigore, gran parte del diritto di famiglia tedesco, che era rimasto sostanzialmente invariato dal 1900, avrebbe dovuto essere considerato

⁴⁶ Id. at 141–43.

⁴⁷ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 250 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 5/83, Gennaio 10, 1984, 66 BVERFGE 84, 94 (Ger.).

⁴⁸ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 250; Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 1284/79, Ottobre 21, 1980, 55 BVERFGE 134, 141–42 (Ger.).

⁴⁹ Per una breve introduzione alla legge tedesca sul divorzio, si veda Anne Sanders, *Private Autonomy and Martial Property Agreements*, 59 INT'L & COMP. L.Q. 571, 575–77 (2010).

⁵⁰ Per una riflessione sull'uguaglianza di genere e il diritto di famiglia, si veda Christine Hohmann-Dennhardt, *Gleichberechtigung im Familienrecht*, 1 *Forum Familienrecht* 15 (2006).

⁵¹ Per una breve discussione della storia legislativa del *Parlamentarischer Rat*, si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 205/58, Luglio 29, 1959, 10 BVERFGE 59, 67 (Ger.) e Justice Jutta Limbach *writing extrajudicially* in Margarete Wohlan, *Demokratische Geschlechterverhältnisse im 21 Jahrhundert* 15 (Christine Kammerer ed., 1999). *Neue Forderungen—Alte Herausforderungen, Arbeitshilfen für die Politische Bildung 15 (Bundeszentrale für politische Bildung ed., 1999)*.

⁵² I diritti costituzionali propri di ogni individuo ebbero una efficacia molto limitata nella Repubblica di Weimar e non limitarono il potere del legislatore. Si veda, e.g., Christoph Gusy, *Die Grundrechte in der Weimarer Republik*, 15 *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 163 (1993); Michael Stolleis, *Weimarer Kultur und Bürgerrechte*, in *Weimar und die deutsche Verfassung. Zur Geschichte und Aktualität von 1919*, 89 (Andreas Rödder ed., 1999).

incostituzionale. Il regime patrimoniale in vigore a quel tempo dava al marito il diritto esclusivo di godere e amministrare le proprietà della moglie, proibiva alla moglie di cercare lavoro senza il consenso del marito, e dava al marito l'ultima parola su tutte le decisioni riguardanti i figli della coppia. È stato solo sotto la pressione politica esercitata da queste relatrici, in particolare Elisabeth Selbert e Friederike Nadig, che i loro colleghi maschi hanno convenuto di introdurre la parità di genere come principio costituzionale ai sensi dell'Articolo 3 (2) della Legge Fondamentale. Al legislatore, però, è stato assegnato con l'Articolo 117 della Legge Fondamentale, un "periodo di sospensione" fino al 31 marzo 1953 per rivedere il diritto di famiglia.

Quando il tempo scadeva senza alcuna riforma, la BVG dovette prendere posizione in merito al futuro del diritto di famiglia nella sua decisione del 18 dicembre 1953⁵³. Anche se le decisioni della BVG sono molto meno legate alla persona del redattore rispetto alle decisioni dei tribunali nei sistemi di *common law* come, ad esempio, nel caso della Corte Suprema degli Stati Uniti, è probabile che Erna Scheffler, il primo giudice donna, abbia avuto un ruolo decisivo nella redazione della sentenza unanime della Corte. Erna Scheffler è stata sicuramente uno dei giudici più interessanti del Tribunale costituzionale appena fondato. Era di origine ebraica e aveva trascorso gli ultimi mesi della guerra nascosta in una baracca da giardino a Berlino. Dopo la guerra, prima di diventare un giudice alla BVG, Scheffler era stata attiva nel promuovere una riforma del diritto di famiglia tedesco. Alla Deutscher Juristentag, la Conferenza annuale degli avvocati tedeschi del 1950, presentò una relazione sulle riforme a suo giudizio necessarie⁵⁴. Alla BVG, Erna Scheffler è diventata ben presto un punto di riferimento per le controversie costituzionali in materia di diritto di famiglia.

La BVG ha stabilito che dopo la scadenza del termine previsto dall'Articolo 117, l'Articolo 3 (2) della Legge Fondamentale dovesse essere applicato come legge costituzionale imperativa⁵⁵. Nella Costituzione si era previsto che se il legislatore non fosse intervenuto in tempo, la normativa incostituzionale sarebbe stata da considerarsi nulla⁵⁶. La BVG ha rigettato, inoltre, l'obiezione per cui uguaglianza di genere e tutela della famiglia e del matrimonio sarebbero stati incompatibili⁵⁷. Piuttosto, sotto la Legge Fondamentale, la parità di genere fornisce la base stessa del matrimonio. La Corte ha dichiarato che differenze biologiche, così come alcune differenze funzionali, possono però giustificare normative diverse, ad esempio per proteggere le madri. Tali eccezioni non dovrebbero tuttavia essere

⁵³ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 106/53, Dec. 18, 1953, 3 BVERFGE 225 (Ger.).

⁵⁴ Erna Scheffler, *Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages* 1950 B. 3 (1951).

⁵⁵ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 106/53, Dec. 18, 1953, 3 BVERFGE 225, 239–40 (Ger.).

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Per il ruolo giocato dalla giurisprudenza della FCC in questo ambito, si veda Renate Jaeger, *50 Jahre Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes: Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Durchsetzung des Gleichberechtigungsgebotes*, in *50 Jahre Grundgesetz: Menschen- und Bürgerrechte als Frauenrechte* 21 (Frauen & Geschichte Baden- Württemberg ed., 5th ed. 2000).

considerate ostacoli alla parità tra i sessi, ma piuttosto come un mezzo per la sua attuazione. La BVG ha osservato che “[con] il giusto approccio l’Articolo 3 (2) e l’Articolo 6(1) della Legge Fondamentale non si contraddicono, ma anzi, come intendevano i costituenti, sono destinati a realizzarsi l’uno tramite l’altro”⁵⁸. Fino a quando il legislatore non avesse riformato il diritto di famiglia, i giudici di merito dovevano interpretare le norme pre-costituzionali in un modo tale da prevenire una violazione dell’Articolo 3 (2)⁵⁹. I giudici di merito hanno agito di conseguenza, assumendo la separazione dei beni come nuovo regime patrimoniale predefinito, nonostante il codice civile prevedesse altrimenti⁶⁰. Per consentire alla moglie di partecipare alla ricchezza accumulata dagli sforzi congiunti dei coniugi, i tribunali hanno sostenuto che le coppie avevano dato vita ad accordi taciti⁶¹. Inoltre, i giudici di merito hanno esteso il dovere di assistenza maritale ad entrambi i coniugi⁶² riconoscendo la responsabilità genitoriale in capo ad entrambi i genitori.

Il principio costituzionale della parità di genere è ancora di grande importanza nella giurisprudenza della BVG, soprattutto per quanto riguarda la ripartizione dei diritti patrimoniali e pensionistici al momento del divorzio, come illustrato dalla seguente affermazione in uno dei casi esaminati⁶³: “I diritti pensionistici accumulati durante il matrimonio devono essere considerati come una realizzazione congiunta dei coniugi. Nel rapporto coniugale, il lavoro del marito e le occupazioni casalinghe della moglie sono di pari rango e valore⁶⁴. Nella sua decisione sugli accordi matrimoniali del 2001, la BVG ha nuovamente sottolineato l’importanza della parità di genere nel matrimonio⁶⁵. La Corte ha dichiarato che il matrimonio costituzionalmente protetto crea un rapporto tra pari⁶⁶. Un accordo matrimoniale che potrebbe in qualche modo essere considerato come espressione del predominio di un partner rispetto all’altro, non merita alcuna tutela giuridica; piuttosto, è reso necessario l’intervento dell’autorità giudiziaria a tutela della parte più debole⁶⁷.”

Così, la parità di genere è un elemento centrale della declinazione costituzionale del matrimonio. La parità di genere deve essere sempre rispettata dal

⁵⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 106/53, Dec. 18, 1953, 3 BVERFGE 225, 242–43 (Ger.).

⁵⁹ *Id.* at 243.

⁶⁰ Bundesgerichtshof [BGH – Corte Suprema Federale], Caso No. 5 ZR 97/52, Luglio 14, 1953, 10 BGHZ 266 (Ger.).

⁶¹ Bundesgerichtshof [BGH - Corte Suprema Federale], Caso No. 2 ZR 44/52, Dec. 20, 1952, 8 BGHZ 249 (Ger.); Thomas Herr, *Kritik der Konkludenten Eheinnengesellschaft* 39–60 (2008).

⁶² Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 106/53, Dec. 18, 1953, 3 BVERFGE 225, 242–43 (Ger.).

⁶³ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 105/95, Febbraio 5, 2002, 105 BVERFGE 1, 11 (Ger.).

⁶⁴ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 818/81, Novembre 30, 1982, 62 BVERFGE 323, 330 (Ger.).

⁶⁵ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 12/92, Febbraio 6, 2001, 103 BVERFGE 89, 101, 107 (Ger.).

⁶⁶ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 105/95, Febbraio 5, 2002, 105 BVERFGE 1, 11 (Ger.).

⁶⁷ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 12/92, Febbraio 6, 2001, 103 BVERFGE 89, 101 (Ger.).

legislatore e dai giudici ordinari.

IV. Matrimonio e convivenza

In Germania, nel 2010, l'11,01% delle coppie convive senza sposarsi o registrarsi in una unione civile. Come in altri paesi europei, per esempio in Francia o nei paesi scandinavi, convivere senza essere sposati è socialmente accettato in Germania. L'importanza del matrimonio civile deve essere discussa perché il comportamento dei conviventi spesso non differisce da quello delle coppie sposate. La questione dibattuta è se una convivenza a lungo termine è sufficiente a garantire la tutela costituzionale alla coppia.

Come già accennato in precedenza, secondo la giurisprudenza della BVG, l'Articolo 6(1) della Legge Fondamentale protegge una nozione secolarizzata del matrimonio così come sviluppata nel XIX secolo, che richiede una cerimonia civile, piuttosto che religiosa⁶⁸. La partecipazione ufficiale alla cerimonia di matrimonio è una parte essenziale di questa concezione del matrimonio. La convivenza senza il matrimonio non è un matrimonio in senso costituzionale⁶⁹. Gröschner ha rilevato come sia un risultato paradossale che la libertà costituzionale di concludere e organizzare il proprio matrimonio implichi che il governo, la magistratura ed il legislatore debbano tenersi a una rispettosa distanza da esso, ma che un matrimonio non possa essere concluso senza una cerimonia civile o sciolto senza un ordine del tribunale⁷⁰.

Tuttavia, secondo la BVG, l'Articolo 6(1) non impedisce al legislatore di concedere determinati benefici alle coppie conviventi⁷¹. Come ogni altra formazione sociale che non è protetta da uno speciale diritto costituzionale, la convivenza è tutelata ai sensi dell'Articolo 2 (1), che prevede che ogni libertà possa essere compressa solo per mezzo di una legge proporzionata.

La BVG ha dichiarato che una cerimonia ufficiale di matrimonio eseguita da un funzionario garantisce l'assenza di impedimenti al matrimonio, come pure la pubblicità e la trasparenza dei rapporti giuridici⁷². Inoltre, la giurisprudenza della BVG dimostra che l'assistenza al partner è un aspetto centrale del matrimonio. Se questi doveri di assistenza reciproca sono una parte centrale della comprensione

⁶⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 636/68, Maggio 4, 1971, 31 BVERFGE 58, 82–83 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 245 (Ger.).

⁶⁹ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 3/57, Dec. 16, 1958, 9 BVERFGE 20, 34–35 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Federal Constitutional Court], Caso No. 1 BvR 409/67, Ottobre 7, 1970, 29 BVERFGE 166, 166 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Federal Constitutional Court], Caso No. 1 BvR 684/98, Novembre 11, 2004, 112 BVERFGE 50, 65 (Ger.); vedi anche Peter Badura, *Grundgesetz-Kommentar Art. 6 abs. 1*, 56 (Theodor Maunz & Günther Dürig eds., 37a ed. 2000).

⁷⁰ Gröschner, *supra* note 15 at n.63.

⁷¹ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 1186/89, Aprile 3, 1990, 82 BVERFGE 6, 15 (Ger.).

⁷² Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 409/67, Ottobre 7, 1970, 29 BVERFGE 166, 176 (Ger.).

costituzionale del matrimonio⁷³, e non possono essere modificati a piacere dalle parti, il matrimonio non può essere creato con un atto unilaterale delle parti, ma solo con il coinvolgimento di un'autorità statale. Questo poi spiega anche perché una sola cerimonia religiosa non è sufficiente in Germania, al fine di garantire la tutela di cui all'Articolo 6(1) GG⁷⁴.

Questo, tuttavia, solleva la questione se un matrimonio, come riconosciuto ai sensi dell'Articolo 6, possa essere creato se le parti concordano contrattualmente tutti i doveri e diritti coniugali minimi, anche senza partecipare a una cerimonia di matrimonio. Anche se non vi è alcuna decisione della BVG su questo, la Corte potrebbe decidere in sfavore di una tale unione. A parte il fatto che la monogamia sarebbe più difficile da garantire se si accettassero tali unioni, le parti potrebbero interrompere e modificare il contratto quando vogliono. Solo la partecipazione ufficiale e legale necessaria alla cerimonia del matrimonio e in caso di divorzio può garantire che alcuni diritti e doveri vengono previsti e garantiti in maniera indipendente dalla volontà dei coniugi.

V. Unioni civili e matrimonio

La *eingetragene Lebenspartnerschaft* (*civil partnership*⁷⁵), è un istituto giuridico del diritto di famiglia atto a riconoscere le relazioni tra persone dello stesso sesso⁷⁶. A differenza dei conviventi, i partner dell'unione civile legalizzano la loro unione in una cerimonia civile. Le unioni civili sono state introdotte nel 2001, quando una coalizione tra i socialdemocratici e il partito dei Verdi sotto il cancelliere Gerhard Schröder era al governo.

Secondo la definizione tradizionale del matrimonio come l'unione per la vita di un uomo e una donna, le unioni civili tra persone dello stesso sesso non possono essere considerate matrimoni ai sensi dell'Articolo 6(1), anche se sono perfezionate tramite una cerimonia civile⁷⁷. Tale approccio considera le unioni civili come fondamentalmente diverse dai matrimoni. Due possibili interpretazioni costituzionali potrebbero essere desunte da questa caratterizzazione: le unioni civili possono essere considerate costituzionalmente ammissibili, ma non protette dall'Articolo 6, o potrebbero essere considerate come contrarie all'istituto del matrimonio e quindi come incostituzionali⁷⁸.

⁷³ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 5/03, Febbraio 28, 2007, 117 BVERFGE 316, 327 (Ger.).

⁷⁴ Bundesverwaltungsgericht [BVerwG – Tribunale Amministrativo Federale], Caso No. 1 C 17/03, Febbraio 22, 2005, 2005 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1191, 1192 (Ger.).

⁷⁵ *Civil Partnership* è il termine usato nel Regno Unito. La traduzione letterale di *eingetragene Lebenspartnerschaft* è “partenariato di vita registrato” (*nel seguito “unione civile” NdT*).

⁷⁶ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 1164/07, Luglio 7, 2009, 124 BVERFGE 199, 206, 35 (Ger.).

⁷⁷ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 640/93, Ottobre 4, 1993, 1993 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 3058 (Ger.).

⁷⁸ Si veda, e.g., Badura, *supra* note 7, 58; Burgi, *supra* note 29 at 504–05; Roman Herzog, *Schutz von Ehe und Familie durch die Verfassung*, in *Bitburger Gespräche* 15–16 (*Gesellschaft für Rechtspolitik* Trier ed., 1988).

La costituzionalità dell'unione civile è stata oggetto di accesi dibattiti quando è stata introdotta nel 2001. Coloro che sostenevano che fosse incostituzionale si sono concentrati sulla parola *speciale* nell'Articolo 6(1). La teoria era che se la Costituzione concedeva una protezione *speciale* al matrimonio, nessun altro istituto avrebbe dovuto anche solo lontanamente godere dei benefici e protezioni al matrimonio.

Ci dovrebbe essere quindi una notevole distinzione tra il matrimonio e altri tipi di unione, "*Abstandsgebot*"⁷⁹ come è stato sostenuto⁸⁰. Per combattere tale resistenza e garantire la costituzionalità delle unioni civili, il legislatore aveva introdotto alcune differenze tra il matrimonio e l'unione civile. Fra l'altro, i partner dell'unione civile non avevano il diritto di adottare bambini, non erano trattati come coppia rispetto alla successione e alla tassazione e non avevano diritto alla pensione di reversibilità dopo la morte del partner. Inoltre, il legislatore federale, che ha competenza legislativa per il diritto di famiglia, aveva permesso agli Stati (*Bundesländer*) di scegliere se celebrare la cerimonia dell'unione civile presso notai privati oppure presso l'ufficio pubblico competente per le cerimonie di matrimonio (*Standesamt*). Dal 1° gennaio 2012, tuttavia, le cerimonie di unione civile vengono eseguite in tutti gli stati federali tedeschi presso lo *Standesamt*. Lo stato meridionale del Baden-Württemberg è stato l'ultimo a far celebrare unioni civili e matrimoni nella stessa istituzione pubblica.

Il verdetto della BVerfG sulla costituzionalità dell'unione civile è stato comunque atteso con trepidazione. Nella sua decisione del 17 luglio 2002, la Corte ha dichiarato che l'unione civile è costituzionale, perché è fondamentalmente diversa dal matrimonio. Così, la Corte fa suo il primo dei due approcci sopra menzionati. Il matrimonio rimane l'unione per tutta la vita di un uomo e una donna. Tuttavia, il legislatore è libero di introdurre un'unione giuridicamente riconosciuta per le coppie di persone dello stesso sesso che non possono sposarsi. Il matrimonio non viene danneggiato con l'introduzione di un'unione civile che non è aperta alle coppie eterosessuali⁸¹. Le unioni civili non sono quindi matrimoni, ma relazioni giuridiche riconosciute che non sono in alcun modo in concorrenza con il matrimonio⁸². La Corte ha respinto così la tesi secondo cui la lettera dell'Articolo 6(1) preveda una distinzione significativa tra il matrimonio e altre forme di

⁷⁹ Per una discussione del termine *Abstandsgebot*, si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Federal Constitutional Court], Caso No. 1 BvF 1/01 Luglio 17, 2002, 105 BVERFGE 313, 19–20, (Ger.); vedi anche id. at 125–27 (Papier, C.J., dissenziente); id. at 128–47 (Haas, J., dissenziente).

⁸⁰ Nella letteratura, si trovano anche i termini *Privilegierungsgebot*, il dovere a privilegiare il matrimonio, Detlef Merten, *Eheliche und nichteheliche Lebensgemeinschaften unter dem Grundgesetz*, in *Freiheit und Eigentum, festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag* 615, 619 (Josef Isensee & Helmut Lechler eds., 1999), e *Öffnungs- e Bezeichnungsverbot*, il divieto di aprire il matrimonio ad altre unioni o di chiamare queste ultime matrimonio. Si veda Walter Pauly, *Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs*, 1997 *Neue Juristische Wochenschrift* 1955, 1956 (1997); Burgi, *supra* note 29, at 502–05.

⁸¹ Id. at 346–48, 97.

⁸² Id. at 348, 97.

unione⁸³. Il matrimonio non deve essere discriminato, ma la Costituzione non richiede che le altre unioni siano trattate meno favorevolmente di quanto fa il matrimonio, ha ritenuto la Corte⁸⁴.

Sollevato dalla decisione, il legislatore ha riformato la normativa delle unioni civili per eliminare alcune delle differenze con il matrimonio. Adesso il partner di un'unione civile può adottare il figlio dell'altro partner, ma non possono ancora adottare minori come coppia⁸⁵.

Da allora in poi, la BVG ha progressivamente sottolineato le similarità tra i matrimoni e le unioni civili:

Come i coniugi, i partner di un'unione civile vivono in una relazione a lungo termine legalmente riconosciuta (vedi BVerfGE 124, 199 (225)). Mentre sono in vita condividono il patrimonio e cercano di mantenere il loro concetto di vita comune anche dopo la morte di uno dei partner. Non diversamente dal coniuge, il partner di un'unione civile guadagna non solo per sé, ma anche per l'altro, e, nel caso, per i figli⁸⁶.

La Corte ha affermato che “qui non ci sono più differenze rilevanti tra le unioni civili e il matrimonio per quanto riguarda la loro situazione patrimoniale, le obbligazioni a lungo termine e la cura reciproca l'uno per l'altro”⁸⁷. Nella sua decisione del 6 dicembre 2005, la BVG ha anche fatto un passo ulteriore e ha dichiarato che ogni persona ha il diritto costituzionale a essere tutelato ai sensi degli articoli 2 (1) e 1 (1), della Legge Fondamentale concernenti il diritto alla personalità e la libertà di scegliere la persona con cui stabilire una relazione, ottenendone poi un riconoscimento giuridico tramite il matrimonio o l'unione civile⁸⁸.

Anche dopo che la maggioranza dei giudici della BVG ha deciso la questione se l'Articolo 6(1) richiedesse una distinzione tra il matrimonio e altre unioni, la dicotomia tra matrimonio e unione civile continua a porre un problema di uguaglianza che rimane irrisolto. Alcuni commentatori hanno supposto che la decisione del 17 luglio 2002 abbia fatto sì che i partner di un'unione civile non possano rivendicare un diritto costituzionale a essere trattati come coniugi⁸⁹. La

⁸³ Id. at 348, 98. Per la tesi che le unioni civili violano l'Art. 6 della Legge Fondamentale, si veda Ruper Scholz & Arnd Uhle, “*Eingetragene Lebenspartnerschaft*” und Grundgesetz, 2001 *Neue Juristische Wochenschrift* 393, 396–400 (2001).

⁸⁴ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvF 1/01, Luglio 17, 2002, 105 BVERFGE 313, 348–50 (Ger.).

⁸⁵ Una caso simile è al momento pendente.

⁸⁶ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 611/07, Luglio 21, 2010, 126 BVERFGE 400, 400 (Ger.).

⁸⁷ Id. At 423, 54.

⁸⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 3/03, Dec. 6, 2005, 115 BVERFGE 1, 24–25 (Ger.).

⁸⁹ Friedhelm Hufen, *Staatsrecht* II 268 (2d ed. 2009).

BVG ha respinto questa interpretazione nella sua decisione del 7 luglio 2009⁹⁰. La speciale protezione del matrimonio di cui all'Articolo 6(1) non è sufficiente a giustificare i privilegi del matrimonio rispetto all'unione civile:

Se il trattamento privilegiato di cui gode il matrimonio è accompagnato da un trattamento sfavorevole verso altri tipi di relazione, anche se queste sono paragonabili al matrimonio per quanto riguarda la situazione di vita prevista e gli obiettivi perseguiti dalle disposizioni, il mero riferimento all'obbligo di tutelare il matrimonio non giustifica una tale differenziazione⁹¹.

Nonostante la distinzione tra il matrimonio e l'unione civile sia stata classificata in base al genere e non all'orientamento sessuale, in pratica, la BVG ha ritenuto che la decisione di sposarsi o di stabilire un'unione civile sia indissolubilmente legata all'orientamento sessuale⁹². Così, le leggi relative ai diritti e doveri dei partner dell'unione civile riguardano tipicamente le persone omosessuali⁹³. Poiché le differenze tra matrimonio e unione civile sono quindi basate sull'orientamento sessuale, sono necessarie ragioni molto importanti per giustificarle. In questa decisione la BVG fa riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani (CEDU), che aveva già messo a punto uno scrutinio severo per le disparità di trattamento basate sull'orientamento sessuale⁹⁴. La BVG ha sostenuto che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è paragonabile a una discriminazione sulla base del sesso, della lingua, dell'origine, della razza, tutte vietate dall'Articolo 3 (3) della Legge Fondamentale⁹⁵. In tutti questi casi, le vittime di tale discriminazione non hanno alcuna possibilità di cambiare la caratteristica per cui sono discriminati, anche se volessero.

Nel 2009 e nel 2010, la BVG ha statuito che la disparità di trattamento tra matrimonio e unioni civili nel contesto delle pensioni di reversibilità per i dipendenti del pubblico impiego⁹⁶, così come le tasse di successione⁹⁷, è incostituzionale ai sensi dell'Articolo 3 (1). Il 18 luglio 2012 la prima sezione ha dichiarato i privilegi per le coppie sposate in materia di imposte sull'acquisto di beni immobili incostituzionale⁹⁸. Il 19 giugno 2012 la seconda sezione ha statuito che i benefici per i dipendenti pubblici sposati devono essere forniti anche ai partner

⁹⁰ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 1164/07, Luglio 7, 2009, 124 BVERFGE 199 (Ger.).

⁹¹ Id. at 226, 105.

⁹² Id. at 221, 90.

⁹³ Id. at 222, 92.

⁹⁴ *Karner v. Austria* (No. 40016/98), 2003-IX Eur. Ct. H.R., Luglio 24, 2003. Sull'influenza della decisione in Germania, si veda Lothar Michael, *Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über-) staatlichen Ordnung Legitimation und Grenzen eines Grundrechtswandels kraft europäischer Integration*, 63 NJW 3537 (2010).

⁹⁵ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 1164/07, Luglio 7, 2009, 124 BVERFGE 199, 222, 87 (Ger.).

⁹⁶ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 1164/07, Luglio 7, 2009, 124 BVERFGE 199 (Ger.).

⁹⁷ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Joined Casos No. 1 BvR 611/07 and 1 BvR 2464/07, Luglio 21, 2010, 126 BVERFGE 400 (Ger.).

⁹⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 16/11, Luglio 18, 2012 (Ger.).

delle unioni civili⁹⁹. La decisione della seconda sezione della Corte relativa alla disparità di trattamento tra coniugi e partner dell'unione civile riguardo alla tassazione sul reddito è ancora pendente.

Michael¹⁰⁰ e Hillgruber¹⁰¹ concordano sul fatto che questa interpretazione dell'Articolo 3 (1) in effetti estenda la protezione costituzionale dell'Articolo 6 alle unioni civili. L'approccio della Corte, tuttavia, è stato criticato: se la *speciale protezione del matrimonio* che l'Articolo 6 impone non è sufficiente a giustificare questi privilegi, non rimarrebbe allora più nulla della speciale tutela costituzionale del matrimonio¹⁰².

Grünberger ha riassunto il risultato di questa giurisprudenza in modo conciso dicendo che il matrimonio e l'unione civile sono "separati ma uguali"¹⁰³. Il matrimonio e l'unione civile sono regolati separatamente; tuttavia, la giurisprudenza BVG esige un'uguale protezione. Quando la Corte Suprema degli Stati Uniti ha deciso lo storico caso *Brown contro Board of Education di Topeka*¹⁰⁴, le scuole erano ancora un luogo di discriminazione; allo stesso modo, rimane una questione aperta in Germania su come si svilupperà il rapporto costituzionale tra unione civile e matrimonio. Il resto di questo articolo cercherà di rispondere proprio a questa domanda.

D. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso

La questione se il matrimonio debba o meno essere aperto alle coppie di persone dello stesso sesso è oggetto di accesi dibattiti, non solo in Germania, ma anche negli Stati Uniti. Sempre più paesi consentono infatti alle coppie di persone dello stesso sesso di sposarsi - per esempio, i Paesi Bassi (2001), il Belgio (2003), il Canada (2005), la Spagna (2005), il Sud Africa (2006), la Norvegia (2009), l'Argentina (2010), l'Islanda (2010) e il Portogallo (2010).

La Corte EDU ha concluso in *Schalk e Kopf c. Austria*¹⁰⁵ che siccome meno

⁹⁹ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 2 BvR 1397/09, Giugno 19, 2012 (Ger.).

¹⁰⁰ Michael, *supra* note 97, at 3539–42.

¹⁰¹ Christian Hillgruber, *Anmerkung*, 65 *Juristenzeitung* 41 (2010).

¹⁰² Id. at 42. Per una critica, si veda Sebastian Hopfner, *Lebenspartnerschaft ist gleich Ehe—Verfassungsinterpretation oder Verfassungsänderung?*, *Betriebliche Altersversorgung* 772 (2009); Christian Von Coelln, *Grundgesetz-Kommentar* art. 6, 50 (Michael Sachs ed., 6th ed. 2011). Per una trattazione più approfondita, si veda Michael, *supra* note 97, at 3537; Claus Dieter Classen, *Der besondere Schutz der Ehe—aufgehoben durch das BVerfG?*, 65 *Juristenzeitung* 411, 412 (2010); Claus Dieter Classen, *Die Lebenspartnerschaft im Beamtenrecht, Familie Partnerschaft Recht* [FPR] 200 (2010); Tilman Hoppe, *Die Verfassungswidrigkeit der Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Bereich der betrieblichen Hinterbliebenenrente* (VBL), DVBl 1516 (2009).

¹⁰³ Michael Grünberger, *Die Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Zusammenspiel von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht*, 5 *Familie Partnerschaft Recht* 203, 208 (2010).

¹⁰⁴ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁰⁵ *Schalk & Kopf v. Austria* (No. 30141/04), 2010 Eur. Ct. H.R.

della metà degli Stati firmatari della Convenzione Europea dei Diritti Umani aveva aperto il matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso, gli Stati membri si muovevano ancora all'interno del loro margine di apprezzamento nel non permettere a tali coppie di sposarsi. L'articolo 12 della Convenzione, il diritto a sposarsi, non tutela dunque le unioni tra persone dello stesso sesso¹⁰⁶. Tuttavia, la Corte ha affermato che tali unioni sono protette a norma dell'articolo 8, in relazione al rispetto per la *vita familiare*, oltre alle protezioni previste per la *vita privata*¹⁰⁷. Con una maggioranza di 4 a 3 - i giudici Rozakis, Spielmann, e Jebens dissenzienti - ha però negato il dovere per gli stati firmatari di introdurre nei propri ordinamenti un riconoscimento giuridico per le coppie omosessuali.

Nella parte finale di questo articolo si discuterà il diritto costituzionale tedesco e ci si domanderà se una separazione tra le unioni civili e il matrimonio è necessaria al fine di evitare una violazione dell'Articolo 6(1) oppure no. In questo modo potrebbe essere possibile comprendere definitivamente se il matrimonio nella sua declinazione costituzionale è limitato alle coppie di persone sesso diverso. Se, tuttavia, il matrimonio a norma dell'Articolo 6, non si limita a coppie persone di sesso diverso, le unioni civili sarebbero non solo contrarie all'Articolo 6, ma anzi potrebbero essere costituzionalmente protette in un modo simile al matrimonio. Se questo punto di vista risulta essere corretto, lo status dell'unione civile come distinta dal matrimonio potrebbe effettivamente essere interpretato come una violazione dell'Articolo 6(1). Piuttosto che fornire un'istituzione separata per le coppie di persone dello stesso sesso, la Costituzione potrebbe richiedere che il matrimonio, così come è regolato dal codice civile tedesco, sia aperto alle coppie di persone dello stesso sesso, al fine di evitare discriminazioni.

I. Interpretazione costituzionale

Se tutti gli altri diritti costituzionali della Legge Fondamentale sono presi in considerazione, il concetto di matrimonio di cui all'Articolo 6(1) dovrebbe includere anche le unioni civili. Questo perché tutti gli altri articoli della Legge Fondamentale sono interpretati in modo da garantire a tutti gli stessi diritti, indipendentemente dall'orientamento sessuale di una persona. Un'interpretazione che esclude un gruppo di persone da un diritto costituzionalmente protetto a causa di una caratteristica, simile a quelle di cui all'articolo 3 (3), presuppone un motivo molto stringente. Nonostante questo, la BVerfGE ha deciso che, poiché l'Articolo 6(1) rappresenta una legge speciale per le coppie di persone di sesso diverso, è costituzionale escludere le coppie omosessuali dal suo alveo. Questo argomento, tuttavia, solleva la questione se il matrimonio di cui all'Articolo 6(1) si riferisca soltanto alle coppie di persone di sesso diverso¹⁰⁸.

È vero che, se l'interpretazione della Costituzione tedesca viene ristretta alle intenzioni originali dei suoi compilatori, il matrimonio in senso costituzionale

¹⁰⁶ Id. 54-64.

¹⁰⁷ Id. 94-95.

¹⁰⁸ Kai Möller, *Der Ehebegriff des Grundgesetzes und die gleichgeschlechtliche Ehe, Die öffentliche Verwaltung* 64, 65 (2005).

sarebbe limitato alle unioni tra uomini e donne. Tuttavia, la BVG ha ben presto statuito che quando si interpretano le leggi al di sotto del livello costituzionale, l'interpretazione non può essere limitata alle singole intenzioni storiche del legislatore¹⁰⁹. Sarebbe strano se venissero utilizzate regole diverse per interpretare il diritto costituzionale. Ancora più importante, al momento della stesura della Legge Fondamentale, molte delle leggi allora in vigore sarebbero oggi considerate incostituzionali, il che non dà molta credibilità alle intenzioni dei fondatori. Ad esempio, fino al 1969, gli atti omosessuali consensuali tra uomini adulti erano reato ai sensi del § 175 del codice penale¹¹⁰. Il fatto che i padri e le madri della Costituzione non potessero immaginare un mondo in cui le coppie omosessuali convolassero a nozze come quelle eterosessuali non è una base per limitare la tutela costituzionale delle persone omosessuali

Inoltre, la BVG ha sottolineato l'importanza che i cambiamenti delle opinioni sociali hanno sul concetto di matrimonio. La BVG considera un cambiamento della società e conseguentemente, una variazione del concetto di matrimonio¹¹¹, possibile. Tuttavia, questo approccio è problematico; in primo luogo, perché i diritti costituzionali sono pensati per tutelarsi contro l'opinione pubblica, così come consacrata per esempio nelle decisioni del legislatore democraticamente eletto. In secondo luogo, è difficile stabilire quando tale cambiamento è effettivamente avvenuto. In pratica, tale cambiamento si concluderà quando l'BVG statuirà in una sentenza che il cambiamento si è verificato, il che mostra quanto potere il tribunale si è avocato attraverso l'interpretazione del diritto costituzionale.

Inoltre, la tesi secondo cui l'Articolo 6 dovrebbe essere interpretato nel senso di escludere le unioni civili, perché il pubblico tedesco intende il matrimonio come solo l'unione di un uomo con una donna non è convincente per due ragioni. In primo luogo, in Germania una unione civile è comunemente indicata come "*Homo-Ehe*" o "Il matrimonio per gli omosessuali". Inoltre, quando le celebrità omosessuali stabiliscono unioni civili, i giornali di solito riportano l'evento come "matrimonio". Questo suggerisce un forte collegamento tra le unioni civili e il matrimonio dal punto di vista dell'opinione pubblica. In secondo luogo, seppure dovesse essere accertato in modo attendibile che l'opinione pubblica non ammetta le unioni tra persone dello stesso sesso, il matrimonio rimarrebbe un termine giuridico. Termini giuridici come *contratto*, *proprietà* od *omicidio* non vengono interpretati in base all'idea che ne ha l'opinione pubblica¹¹². In altre parole, l'uomo comune potrebbe pure considerare necessaria una cerimonia religiosa per dare vita ad un matrimonio civile nonostante la BVG consideri che solo il matrimonio celebrato davanti ad un ufficiale dello stato civile sia matrimonio ai sensi

¹⁰⁹ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 2 BvH 2/52, Maggio 21, 1952, 1 BVERFGE 299, 312 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 898/79, Dec. 16, 1981, 59 BVERFGE 128, 153 (Ger.).

¹¹⁰ Dopo 1969, la sodomia consensuale tra uomini era punibile solo se uno dei partner era sotto i 21 anni. Nel 1973, l'età fu abbassata, ed era un reato solo se uno dei partner aveva meno di 18 anni. Nel 1994, speciali fattispecie di reato per i rapporti sessuali omosessuali furono derubricate.

¹¹¹ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 719/69, Novembre 14, 1973, 36 BVERFGE 146, 163 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvF 2/01, Luglio 17, 2002, 105 BVERFGE 313, 345, 87 (Ger.).

¹¹² Möller, *supra* note 112, 66.

dell'Articolo 6.

II. Matrimonio e religione

L'esclusione delle coppie omosessuali dalla protezione del matrimonio rispecchierebbe certamente la tradizione ebraica e cristiana che ha fortemente influenzato lo sviluppo dei valori espressi nella Costituzione tedesca. Tuttavia, una concezione cristiana del matrimonio non può avere un'importanza decisiva nell'interpretazione costituzionale.

Alcuni potrebbero trovare sorprendente questa conclusione, atteso che la BVG tende ad essere più favorevole alla rilevanza delle manifestazioni religiose nella sfera pubblica rispetto alla Corte Suprema degli Stati Uniti¹¹³. Ad esempio, secondo l'Articolo 7 (3), la religione è una materia curriculare nelle scuole pubbliche ed i simboli cristiani sono ammessi nelle scuole, nella misura in cui chi professa una fede diversa abbia la possibilità di richiederne, anonimamente, la rimozione¹¹⁴. Preghiere sono permesse durante l'orario scolastico, a patto che siano state proposte da uno studente o da un insegnante e che tutti gli altri vi partecipino senza esservi costretti¹¹⁵. Inoltre, le Chiese che ottengono uno speciale riconoscimento pubblico hanno il diritto di chiedere alle autorità fiscali di raccogliere alcuni contributi da parte delle persone della loro fede (*Kirchensteuer*).

Tuttavia, la Costituzione deve essere neutrale e non può identificarsi con alcun credo religioso¹¹⁶. Considerare l'idea cristiana del matrimonio come decisiva per l'interpretazione costituzionale contraddirebbe la garanzia costituzionale della libertà religiosa. Secondo la giurisprudenza della BVG, la Legge Fondamentale abbraccia un concetto laico di matrimonio¹¹⁷. Se una concettualizzazione cristiana del matrimonio dovesse diventare decisiva, la costituzionalità del divorzio sarebbe discutibile, soprattutto se si considera la fede cattolica. Inoltre, i matrimoni di coppie non cristiane o non ebraiche non sarebbero protette in alcun modo dalla Costituzione.

¹¹³ C'è qui abbastanza materiale per un confronto tra gli Stati Uniti e la Germania riguardo il ruolo della religione nella sfera pubblica. Si veda Carola Rathke, *Öffentliches schulwesen und religiöse Vielfalt: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik von art. 4 abs. 1 und 2 gg, art. 7 abs. 1 gg und der staatlichen Pflicht zur weltanschaulich-religiöser Neutralität* (2005); Benjamin Vollrath, *Religiöse Symbole: zur Zulässigkeit Religiöser Symbole in Staatlichen Einrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland und den USA* (2006).

¹¹⁴ Questo è il modo in cui il Bundesverwaltungsgericht ha interpretato la famosa questione del crocifisso. Bundesverwaltungsgericht [BVerwG – Tribunale Amministrativo Federale] Caso No. 6 C 18–98, Aprile 21, 1999, 1999 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 3063, 3064 (1999) (Ger.); si veda anche Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 1087/91, Maggio 16, 1995, 93 BVERFGE 1 (Ger.) (la decisione sul crocifisso).

¹¹⁵ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 647/70, 1 BvR 7/74, Ottobre 16, 1979, 52 BVERFGE 223, 237, 239 (Ger.).

¹¹⁶ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 1087/91, Maggio 16, 1995, 93

BVERFGE 1, 16–17 (Ger.).

¹¹⁷ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 245 (Ger.).

Come è stato sottolineato in precedenza, l'importanza della registrazione pubblica della cerimonia di matrimonio è di importanza decisiva per la nozione stessa di matrimonio. Le coppie sono tuttavia libere di partecipare anche ad una cerimonia religiosa ed anche di interpretare tale unione in modo da escludere le coppie omosessuali. Ciò, tuttavia, non fornisce alcun chiarimento in ordine alla costituzionalità delle unioni civili tra persone dello stesso sesso che abbiano celebrato una cerimonia pubblica riconosciuta analoga a quella delle coppie sposate.

III. Genere, sesso e matrimonio

A prima vista, la distinzione tra i sessi, che è al centro della nozione tradizionale di matrimonio come unione di persone di sesso diverso, sembra naturale. La BVG, però, ha deliberato su molti casi concernenti la posizione giuridica delle persone transessuali, riconoscendo in tal modo che il concetto di distinzione tra i sessi è flessibile¹¹⁸. La Corte ha dichiarato che il genere non è necessariamente una categoria biologica che resta fissa per la vita; anzi, esso può cambiare. Le persone transessuali che sentono di non appartenere al genere che la legge e la società gli ha assegnato, hanno il diritto costituzionale di cambiare il loro genere anagrafico e il loro nome¹¹⁹.

In una decisione del 27 maggio 2008, la BVG si è trovata a decidere decidere un caso riguardante una persona transessuale che era stata sposata con una donna per molti anni¹²⁰. La persona transessuale si era sottoposta all'operazione richiesta dalla legge al fine d'essere riconosciuta giuridicamente come donna. Tuttavia, la legge richiedeva che la persona divorziasse prima di cambiare il proprio genere anagrafico da maschio a femmina, al fine di evitare un matrimonio legalmente valido tra due persone dello stesso sesso. La persona transessuale in questione sosteneva nondimeno che l'amore che li univa non era venuto meno e che nessuna forza al mondo avrebbe potuto separarli. La BVG ha sconfessato tale obbligo *de facto* di divorziare, rilevando che, anche se il matrimonio era nato come unione tra un uomo e una donna, esso continuava a godere della protezione costituzionale¹²¹. Per conseguenza, i matrimoni tra persone dello stesso sesso sono ora di fatto possibili se uno dei coniugi è una persona transessuale.

In una decisione dell'11 gennaio 2011, la BVG ha statuito che le leggi che richiedono a una persona transessuale di sottoporsi a un'operazione invasiva e pericolosa per modificare i caratteri sessuali primari prima che possa ottenere di

¹¹⁸ Si veda Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 16/72, Ottobre 11, 1978, 49 BVERFGE 286 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 3/03, Dec. 6, 2005, 115 BVERFGE 1 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL

10/05, Maggio 27, 2008, 121 BVERFGE 175 (Ger.).

¹¹⁹ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 16/72, Ottobre 11, 1978, 49 BVERFGE 286 (Ger.).

¹²⁰ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 10/05, Maggio 27, 2008, 121 BVERFGE 175 (Ger.).

¹²¹ Id. at 198–99.

cambiare sesso è incostituzionale¹²². Ciò significa che se due esperti di psicologia convengono che una persona è convinta in modo permanente di appartenere all'uno o all'altro genere, una persona con genitali maschili può legalmente diventare una donna. Questa donna potrebbe poi sposarsi con un uomo o avviare un'unione civile con un'altra donna. Ciò solleva la questione se una distinzione, come il sesso, che è così flessibile e dipendente dalla percezione individuale, possa giustificare la protezione costituzionale della sola unione di persone di sesso diverso.

IV. Matrimonio e procreazione

Nella tradizione greca e romana¹²³, così come negli insegnamenti cristiani tradizionali, il matrimonio è concepito come cornice giuridica e sociale in cui fondare famiglie e crescere i figli. L'articolo 119 della Costituzione di Weimar recita che: "Il matrimonio è protetto in particolar modo dalla Costituzione come base della vita familiare, della riproduzione e della conservazione della nazione". La Legge Fondamentale non contempla una simile disposizione, probabilmente perché parole come "riproduzione e conservazione della nazione" suonavano inquietanti dopo il 1945. Tuttavia, la dottrina che avalla una nozione di matrimonio ristretta all'unione tra uomo e donna, spesso fa riferimento alla capacità che molte coppie eterosessuali hanno di procreare. Secondo Gröschner, al fine di adempiere ai suoi obblighi costituzionali il legislatore tedesco necessita unicamente di favorire e supportare questa funzione riproduttiva¹²⁴. Il matrimonio, sostiene Von Coelln, è la pre-condizione giuridicamente protetta per la creazione della famiglia¹²⁵. Questa posizione vede il matrimonio come base della vita familiare.

Nella sua decisione del 21 luglio 2010, la BVerfG ha affermato, pur con molta cautela, che la capacità riproduttiva di una coppia sposata può giustificare l'erogazione delle prestazioni che non sono previste per gli appartenenti a un'unione civile.

Nella sua qualificazione come punto di partenza per la nascita delle future generazioni, il matrimonio si differenzia in linea di principio dalle unioni civili. Ciò perché le unioni civili sono limitate alle coppie di persone dello stesso sesso, dove figli cresciuti in comune non possono in linea generale essere scaturiti dal rapporto. Al contrario, il matrimonio, come legame tra partner eterosessuali, può essere il punto di partenza per la nascita di future generazioni. È anche un contesto giuridico privilegiato pensato per la costruzione di una famiglia ed è basato su molteplici disposizioni di legge, a prescindere dalla libertà dei coniugi di diventare o no genitori¹²⁶.

¹²² Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 3295/07, Gennaio 11, 2011, 128

BVERFGE 109 (Ger.).

¹²³ Gröschner, *supra* note 15, 36.

¹²⁴ *Id.* 50.

¹²⁵ Coelln, *supra* note 105, 50.

¹²⁶ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 611/07,

Allo stesso modo, la BVG ritiene costituzionale che l'assicurazione sanitaria pubblica copra i costi della fecondazione in vitro solo per le coppie sposate. La Corte ha dichiarato che la "responsabilità giuridicamente garantita e la stabilità del matrimonio" giustificano una distinzione tra le coppie sposate e quelle non sposate¹²⁷.

Tuttavia, la famiglia come protetta dall'Articolo 6 della Legge Fondamentale, non solo tutela i genitori sposati, ma anche quelli non sposati e i loro figli¹²⁸. Negli ultimi anni, diverse decisioni della BVG hanno parificato i diritti e i doveri dei genitori non sposati con quelli di genitori sposati¹²⁹. Una coppia omosessuale che vive con il figlio di uno dei partner è quindi una famiglia ai sensi dell'Articolo 6(1)¹³⁰. Se si accetta l'analisi della BVG che il matrimonio stabilizza la relazione tra i genitori, che a sua volta garantisce un ambiente sano per i minori, adottati o no¹³¹, si può concludere che una società civile dovrebbe parimenti stabilizzare una relazione omosessuale e quindi aiutare lo sviluppo del minore di una coppia omosessuale che può essere considerata alla stregua di una coppia convivente¹³².

Un altro argomento contro la funzione riproduttiva del matrimonio è che non tutte le coppie sposate vogliono, o sono in grado, di avere figli. La BVG non ha mai affermato, e gli accademici non hanno mai sostenuto, che le coppie sposate infertili non sarebbero tutelati dall'Articolo 6(1). Inoltre, il diritto costituzionale, se permette alla coppia di vivere il proprio matrimonio come ritiene più opportuno¹³³, dovrebbe parimenti proteggerla da qualsiasi pressione o dovere di avere figli.

Tuttavia, secondo Gröschner e altri, ciò non intacca la nozione di matrimonio

Luglio 21, 2010, 126

BVERFGE 400 (Ger.).

¹²⁷ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 5/03, Febbraio 28, 2007, 117 BVERFGE 316, 328–29 (Ger.).

¹²⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 265/75, Giugno 6, 1977, 45 BVERFGE 104, 123 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Casi riuniti 1 BvR 1493/96 and 1 BvR 1724/01, Aprile 9, 2003, 108 BVERFGE 82, 112 (Ger.); Michael, supra note 97, at 3538 ("[L]o status privilegiato che la Costituzione riserva alla famiglia è indipendente da quello che riserva al matrimonio.")

¹²⁹ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 420/09, Luglio 21, 2010, 127 BVERFGE 132 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 9/04, Febbraio 28, 2007, 118 BVERFGE 45 (Ger.).

¹³⁰ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 666/10, 2011 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 988 (Luglio 2, 2010).

¹³¹ Burgi, supra note 29, at 500.

¹³² La seconda sezione ha adottato questa tesi in Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 2 BvR 1397/09, Giugno 19, 2012 (Ger.). Questo articolo non tratta dell'evoluzione dei minori che crescono in una famiglia con genitori omosessuali. Tale questione deve essere risolta da professionisti qualificati.

¹³³ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 683/77, Maggio 31, 1978, 48

BVERFGE 327, 338 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 5/83, Gennaio 10, 1984, 66 BVERFGE 84, 94 (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 105/95, Febbraio 5, 2002, 105 BVERFGE 1, 11 (Ger.).

come unione di un uomo e una donna a fini riproduttivi. Essi sostengono che né la capacità individuale di una persona, né la volontà di una coppia di procreare deve essere considerata in una discussione sulla protezione costituzionale del matrimonio come istituto; ciò che conta è che i minori potrebbero nascere solo in un'unione tra un uomo e una donna¹³⁴.

Questa posizione non ha consistenza¹³⁵. Il matrimonio può effettivamente fornire un quadro giuridico entro il quale creare una famiglia. È opinabile, tuttavia, che questo da solo sia sufficiente a escludere le coppie omosessuali dalla tutela di cui all'Articolo 6. In primo luogo, per sostenere che la protezione costituzionale del matrimonio sia funzionale ad incoraggiare la riproduzione da parte delle coppie coniugate, la nascita dei figli delle coppie sposate dovrebbe essere considerata come un obiettivo costituzionale di una certa importanza. Questo dato, tuttavia, non è riscontrabile, visto che l'Articolo 6(5)¹³⁶ della Legge Fondamentale sopracitata afferma che i minori nati dentro o fuori del regime matrimoniale debbono godere degli stessi diritti e delle stesse opportunità.

Inoltre, se la funzione riproduttiva dei coniugi fosse al centro della definizione costituzionale del matrimonio, sarebbe costituzionalmente lecito impedire di sposarsi a chiunque vuole o non è in grado di avere figli. Tralasciando poi tutti i problemi relativi ai dati personali che le indagini governative sulla volontà o capacità riproduttiva potrebbero causare, una tale definizione del matrimonio consentirebbe al governo di impedire di sposarsi alle donne sopra i sessanta anni. Möller suggerisce sarcasticamente che queste donne potrebbero concludere un "partenariato di vecchiaia", piuttosto che un matrimonio¹³⁷. Inoltre, dovrebbe essere costituzionale escludere dal matrimonio le persone la cui sterilità è nota o che ammettono apertamente di non voler avere figli.

In ogni caso, secondo la giurisprudenza della BVG, la capacità di procreare non è un requisito indispensabile per sposarsi ai sensi dell'Articolo 6(1)¹³⁸. Inoltre, le intenzioni originali dei compilatori della Legge Fondamentale sono oggi difficili da accertare e non devono essere considerate decisive; è però interessante notare che l'assemblea costituente (*Parlamentarischer Rat*) concepì il legame tra genitori adottivi e i loro figli come formante una famiglia. In aggiunta, Theodor Heuss - che è stato il primo Presidente Federale - ha sottolineato che i coniugi senza figli meritano la stessa protezione costituzionale garantita alle coppie sposate con figli. Mentre l'idea di un matrimonio tra due persone omosessuali era inconcepibile all'epoca, l'idea che la tutela costituzionale non dovesse essere limitata alle coppie sposate con prole era già dato per scontata.

¹³⁴ Gröschner, *supra* note 15, 44; Burgi, *supra* note 29, at 499.

¹³⁵ Si veda Möller, *supra* note 112, at 69–70.

¹³⁶ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Grundgesetz] [Gg] [Basic Law] art. 5 (Ger.).

¹³⁷ Möller, *supra* note 112, at 69–70.

¹³⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvR 16/72, Ottobre 11, 1978, 49 BVERFGE 286, 300 (Ger.).

In secondo luogo, se il matrimonio fosse inteso come l'unione di un uomo e una donna a fini riproduttivi, la possibilità di avere un figlio attraverso l'inseminazione artificiale non dovrebbe essere una condizione sufficiente. Gröschner, tuttavia, crede che la fecondazione medicalmente assistita sia protetta come strumento della funzione riproduttiva del matrimonio di cui all'Articolo 6(1) della Legge Fondamentale anche quando si utilizzano spermatozoi e ovuli di altri donatori¹³⁹. Questo approccio risulta però incoerente. Secondo questa teoria, le unioni civili tra donne dovrebbero considerate matrimonio, dato che entrambe le partner possono avere figli con l'aiuto di un donatore di sperma; le unioni omosessuali tra uomini, invece continuerebbero a essere escluse dal matrimonio. Questo risultato, che permetterebbe i matrimoni tra donne, ma non quelli tra uomini, di certo non è accettabile in riferimento agli Articoli 3 (2) e 3 (3), che vietano la discriminazione di genere. Se, tuttavia, è sufficiente che una coppia cresca dei figli adottati per essere considerate famiglia, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non dovrebbe essere considerato un'eventualità impossibile¹⁴⁰.

Se il matrimonio oggi non è né di fatto né di diritto l'unico contesto dove crescere i figli, il concetto di matrimonio deve essere messo in discussione e reinterpretato. Se il fine del matrimonio non è più soltanto fondare una famiglia e crescere dei figli, dobbiamo concentrarci sul rapporto tra i due partner¹⁴¹.

V. Il matrimonio come unione di mutua responsabilità

Se la nozione riproduttiva del matrimonio è respinta, il concetto di matrimonio deve concentrarsi sul rapporto di coppia. Se, invece, la funzione riproduttiva fosse considerata come unico o principale scopo della protezione costituzionale del matrimonio, il legislatore sarebbe libero di abolire tutti i doveri di sostegno reciproco tra i coniugi durante e dopo il matrimonio, poiché non hanno alcuna connessione con la nascita o la crescita dei figli in comune. Ad esempio, l'unica forma di sostegno coniugale che non potrebbe essere abolita sarebbe per il tempo in cui uno dei coniugi divorziati si prende cura dei bambini. Tuttavia, il legislatore potrebbe certamente abolire tutti i diritti relativi agli alimenti per i coniugi divorziati malati o anziani che non hanno alcun minore da accudire. È dubbio, tuttavia, che una tale riforma sarebbe legittima. La BVG ha statuito che il legislatore debba garantire una legislazione che prenda adeguatamente in considerazione la responsabilità personale dei coniugi, anche dopo il divorzio¹⁴². Il risarcimento per eventuali inconvenienti causati dalla crescita dei figli non è stato

¹³⁹ Gröschner, *supra* note 15, 66.

¹⁴⁰ Secondo la legge tedesca, gli appartenenti a una unione civile possono adottare il figli del proprio partner. Il presente articolo non discute la questione se l'adozione debba essere possibile per le coppie di persone dello stesso sesso, così come previsto per le coppie eterosessuali. Tale questione deve essere decisa in base a ciò che è meglio per i minori, che può facilmente significare che l'adozione debba essere aperta ai membri di una unione civile. Un caso di questo tipo è al momento pendente presso la FCC.

¹⁴¹ Michael, *supra* note 97, at 3538.

¹⁴² Bundesverfassungsgericht [BVerfG - Corte Federale Costituzionale], Caso No. 1 BvL 136/78, Febbraio 28, 1980, 53 BVERFGE 224, 250 (Ger.).

però menzionato in questo contesto. Come già accennato, l'organizzazione interna della propria vita coniugale è responsabilità dei soli coniugi. Un ipotetico dovere di avere figli deve pertanto essere considerato incostituzionale e il legislatore non lo potrebbe introdurre se non violando l'Articolo 6 e altri diritti umani. Altri doveri, tuttavia, che sono considerati essere al centro del matrimonio, sono garantiti dall'autorità giudiziaria. I coniugi si possono citare in giudizio l'un l'altro per il sostegno reciproco. Non solo i coniugi, anche le autorità giudiziarie possono convenire in giudizio un coniuge per mancato supporto all'altro, nel caso in cui si rifiutasse di aiutare l'altro nel pagare alcuni contributi. Inoltre, il funzionario che effettua la cerimonia di matrimonio può rifiutare di farlo ai sensi della sezione 1310 (1) del codice civile tedesco in combinato disposto con la Sezione 1314 (2), se è convinto che i membri della coppia non intendano sostenersi a vicenda. Al contrario, non può rifiutare di celebrare il matrimonio ove la coppia dichiari di non volere figli.

Tali limitazioni dei propri diritti personali (l'obbligo giuridico di sostenere finanziariamente il coniuge è una restrizione della libertà negoziale protetta ai sensi dell'Articolo 2(1)), sono giustificate in virtù dell'Articolo 6 e suggeriscono che il dovere di sostenersi vicendevolmente è al centro della nozione costituzionale del matrimonio, mentre la procreazione non sembra esserlo. Questa concezione del matrimonio reca al proprio centro la responsabilità reciproca e giuridicamente garantita dei coniugi. Una tale concezione pone il matrimonio a metà strada fra i diritti costituzionali che vengono esercitati congiuntamente da un gruppo di persone, come la libertà di fondare associazioni¹⁴³ e sindacati, o la libertà di riunione¹⁴⁴, ed i diritti costituzionali dei singoli, come la libertà di parola¹⁴⁵ e la libertà di religione¹⁴⁶, che in sostanza proteggono il libero sviluppo della propria personalità. Il matrimonio a norma dell'Articolo 6 della Legge Fondamentale si trova al centro di questo catalogo, proteggendo lo sviluppo dell'individuo all'interno di una unione tra pari.

Con la celebrazione del matrimonio, due persone creano un rapporto vincolante di mutua assistenza e sostegno che fornisce supporto emotivo ed in parte anche economico. Questo rapporto può, però, essere aperto ad altri, per esempio quando nascono dei bambini o vengono adottati, o quando la coppia offre aiuto e sostegno a parenti o amici in difficoltà. I matrimoni possono diventare centri di solidarietà, che hanno un effetto generale sulla società, indipendentemente dal sesso dei coniugi.

In questa idea di matrimonio non vi sono motivi convincenti per limitare i matrimoni e le tutele costituzionali di cui all'Articolo 6(1) alle persone di sesso diverso. La nozione di matrimonio qui suggerita abbraccia tanto sia le funzioni del matrimonio che quelle dell'unione civile fra persone dello stesso sesso. Per

¹⁴³ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [*Grundgesetz*] [GG] [Legge Fondamentale] art. 9 (Ger.).

¹⁴⁴ Id. at art. 8.

¹⁴⁵ Id. at art. 5.

¹⁴⁶ Id. at art. 4.

conseguenza, per evitare una violazione dell'Articolo 6(1) dovrebbe essere consentito ai partner registrati di sposarsi.

E. Conclusioni

Il matrimonio, ai sensi dell'Articolo 6(1), così come è stato interpretato dalla BVG, si perfeziona soltanto in presenza di funzionari pubblici e dà vita a reciproci diritti e doveri di assistenza. In alcuni casi, l'assistenza continua addirittura dopo il divorzio e non possono essere completamente aboliti da accordi prematrimoniali. Lo spazio protetto di solidarietà reciproca che il matrimonio crea non è solo a beneficio della coppia, ma anche di terzi, come i bambini, i parenti e gli amici in generale. Secondo la giurisprudenza BVG, solo le coppie di persone di sesso diverso possono sposarsi. Tuttavia, questa parte della giurisprudenza della BVG riguardante il matrimonio appare costituzionalmente dubbia. Non ci sono ragioni convincenti contro una cognizione di matrimonio inclusiva anche delle coppie di persone dello stesso sesso assieme a quelle di sesso diverso. La BVG dovrebbe riconoscere tale prospettiva; così facendo non solo risolverebbe tutti i problemi annessi alla necessità di pari tutele, ma porterebbe anche a conclusione l'accettazione di quelle coppie omosessuali i cui membri, diversamente dai meri conviventi, hanno deciso di creare mutui legami giuridici di assistenza e responsabilità.