

L'UGUAGLIANZA DELLA DIFFERENZA

Un focus sull'adozione da parte di coppie dello stesso sesso in Germania a seguito della sentenza del 19 febbraio 2013 del Tribunale federale costituzionale tedesco*

di Andrea Gatti **
(7 novembre 2014)

Sommario: 1. Il contesto socio-politico di riferimento - 2. I precedenti giurisprudenziali prodromici alla pronuncia in oggetto - 3. Analisi della sentenza, profili di fatto e di diritto: il principio di uguaglianza, la tutela della famiglia - 4. Scenari ancora aperti: la mancanza di un "diritto" di scelta dei conviventi registrati ed il ruolo dell'interesse del minore - 5. Le modifiche legislative nel solco dello sviluppo della normativa europea.

1.

La questione dei "diritti" degli omosessuali è un tema che sta guadagnando sempre più consensi trasversali nella politica e nella società in Germania¹. Nell'ordinamento tedesco viene già riconosciuta la facoltà alle cd. coppie eterosessuali conviventi o ai *single* di ogni orientamento sessuale di adottare bambini. Tale possibilità non è ad oggi riconosciuta congiuntamente alle coppie dello stesso sesso, all'interno delle quali i partner possono ad oggi adottare soltanto singolarmente².

Nel "patto di coalizione" firmato ad inizio legislatura, i due partiti di Governo si erano espressamente impegnati a venire ulteriormente incontro alle richieste delle coppie legate da unioni omosessuali, le cd. *Lebenspartnerschaften*, [di seguito LP³], ad adottare quei provvedimenti necessari per la loro tutela ed il loro pieno riconoscimento anche in tema di adozioni⁴. Il mutamento della politica di questi ultimi anni verso una direzione più favorevole alle esigenze di alcune rivendicazioni del mondo omosessuale militante sarebbe stato giudicato, fino a qualche anno fa, quantomeno improbabile. L'inversione di

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 In questo caso l'espressione è usata come ipotesi: la vecchia questione dei diritti speciali si riaffaccia solo nella discussione profana, ma nel dibattito giuridico nessuno vuole riconoscere agli omosessuali diritti differenziati in virtù della semplice omosessualità. In ogni caso, non sempre di diritti si tratta: per restare in tema di adozioni, ad esempio, non esiste (per nessuno) alcun diritto ad adottare o ad essere adottati, come specificato anche in tutte le Convenzioni internazionali al riguardo.

2 E' consentito che una persona adotti un minore e che il suo compagno, successivamente, possa chiedere di assumere la patria potestà sul figlio del partner. E' possibile procedere ai due atti di adozione, vale a dire l'adozione da parte di un partner e la successiva adozione da parte dell'altro, anche nella stessa udienza: la decisione sarà immediatamente efficace ed esecutiva *ex art. 197 Familienverfahrgesetz* in combinato disposto con l'art. 15 comma 2 *FamFG* e art. 173 *ZPO*.

3 Si preferisce questo termine in alternativa a quello di *partnernariato di vita*, che sebbene corrisponda lessicalmente di più all'espressione tedesca (*Lebenspartnerschaft*), appare, oltre che cacofonica, un'inutile complicazione lessicale. La sostanza dell'istituto non cambia, perché, comunque, in Italia non esiste un istituto confondibile. La Legge sulla convivenza è in vigore dal 1 agosto 2001. Pur non equiparando l'unione omosessuale al matrimonio consente facilitazioni come la scelta di un cognome comune, la facoltà di acquisto della cittadinanza di uno dei due partner; in materia fiscale, la considerazione reddituale come coppia, l'inserimento nell'assicurazione malattia del compagno; in materia successoria, l'inserimento nella pensione di reversibilità e i pieni diritti testamentari nei limiti della legittima. Questa legge non consente l'adozione congiunta dei figli. L'adozione del figlio *naturale* del partner da parte del convivente (cd. *Stiefkindadoption*) è stata introdotta con la Legge del 15 dicembre 2004, n. 69 (*Gesetz zur Ueberarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts*) e normata al § 9 della *Lebenspartnerschaftsgesetz* (intitolato *Regelungen in Bezug auf Kinder eines Lebenspartners*).

rotta è stata resa possibile dallo sviluppo della giurisprudenza costituzionale di questi ultimi anni e, in ultima istanza, dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 19 febbraio 2013, alla quale il “patto di coalizione” espressamente si richiama⁵.

In questa pronuncia il Tribunale costituzionale tocca tre aspetti fondamentali in tema di adozione: 1) legittima definitivamente l'adozione successiva (cd. *Stieftadoption*) del figlio biologico del compagno (cioè la possibilità da parte del partner del genitore biologico del bambino, di adottarlo a propria volta); 2) consente l'adozione successiva del figlio adottivo del compagno (che fino alla pronuncia non era ammessa); 3) apre un varco costituzionale per una riforma della disciplina sull'adozione contemporanea e congiunta di entrambi i partner della LP.

2.

La decisione *de qua* si iscrive in un quadro segnato da un forte attivismo del Tribunale federale, il quale non è completamente nuovo all'esame di questioni riguardanti la tutela delle coppie dello stesso sesso. Questi aveva già avuto modo in passato di affrontare incidentalmente l'argomento, in particolare in una sua pronuncia del 2009, con la quale aveva rigettato una richiesta volta a provare l'incostituzionalità della Legge sulle unioni civili⁶. L'impostazione nomofilattica ruotava intorno a due principi: una netta distinzione tra matrimonio e famiglia, da una parte, e il riconoscimento di una sostanziale analogia tra matrimonio e unioni civili dall'altra. Su questa scia sono seguite molte pronunce volte a riconoscere un identico trattamento in materia di diritti successori⁷, di pensione di reversibilità⁸, di reddito imponibile del nucleo familiare⁹, di imposta sull'acquisto di

4 Il contratto (o patto) di coalizione (*Koalitionvertrag*) rappresenta quell'accordo scritto con il quale i due maggiori partiti, CDU/CSU e SPD, nel caso in cui, per forza dei numeri, siano chiamati insieme al Governo del Paese, concordano un programma di massima e si impegnano a rispettarlo. Il *Koalitionvertrag* è un istituto di lungo corso e assai sperimentato nella realtà politica tedesca e poche volte è stato disatteso nei suoi contenuti. Il contratto per la XVIII Legislatura così afferma al paragrafo 4, intitolato *Lebenspartnerschaft – Regenbogenfamilie* [unioni civili-famiglie arcobaleno]: «nelle unioni civili dello stesso sesso vengono vissuti valori che sono fondamentali per la nostra società». Per un maggiore approfondimento dell'istituto v. G. Rizzoni, *I contratti di coalizione nella Repubblica Federale Tedesca tra politica e diritto*, in *Rivista AIC* (www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/i-contratti-di-coalizione-nella-repubblica-federale-tesca-fra-politica-e-diritto), 2014 n. 1 del 7 febbraio 2014 oppure anche U. von Alemann, *Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschlands*, *Bundeszentrale für politische Bildung*, Bonn, 2003.

5 Le citazioni sono tutte rintracciabili all'interno del punto 4 del *Koalitionsvertrag* 2013, intitolato *Contenuti della società: rafforzare le minoranze e migliorare le opportunità*.

6 Ci si riferisce qui all'ordinanza BvL 15/09 del 10 agosto 2009; in particolare al punto in cui quest'ultima afferma che «in virtù del disposto dell'art 6 GG, la posizione giuridica di genitore non deriva solo dall'origine [biologica del figlio], ma da una situazione di responsabilità socio-familiare (*sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft*) e la genitorialità biologica non gode di alcun primato su quella sociale» Si riconosce così la realtà dinamica della famiglia e si separa dunque in tal modo il concetto di famiglia naturale da quella sociale, riconoscendo una pari dignità ad ogni tipo di stato, anche di fatto, che viene in essere. Apparentemente tale concezione non mostra di essere particolarmente distante dall'orientamento della giurisprudenza costituzionale sostenuto fino ad allora. Ma l'innovatività della pronuncia sta nel fatto che dopo di essa, in merito al diritto di adozione, ha trovato la sua legittimazione il principio secondo cui trattamenti differenziati tra matrimonio e LP sono possibili solo in seguito ad una sostanziale e valida giustificazione. Cfr. in proposito anche C. Hillgruber, *Volle Gleichstellung*, in *Juristen Zeitung*, 2010, I, pp. 41 – 44.

7 V. nota 3 e *BVerfG* del 21 luglio 2010, che ha posto fine alla differenza di trattamento tra coppie sposate e partner di vita riguardo al pagamento della tassa successoria e alla divisione patrimoniale, dichiarandola in contrasto con il principio di uguaglianza; tra le altre cose afferma la Corte: «l'aumento patrimoniale in seguito all'eredità si costituisce allo stesso modo per il coniuge così come per il partner».

8 V. *BVerfG* del 7 luglio 2009 che, affrontando una questione in materia previdenziale, stabilisce che anche il partner registrato deve poter usufruire della pensione di reversibilità.

immobili¹⁰ e di retribuzione di impiegati pubblici¹¹ alle coppie conviventi, iniziando così a passare il principio secondo il quale l'eventuale trattamento differenziato tra i due istituti dovesse essere ora pienamente circostanziato¹². L'apertura di alcune prerogative matrimoniali alle unioni registrate realizzava così una sorprendente inversione di prospettiva rispetto all'orientamento precedente che avrebbe avuto un importante riverbero anche in riferimento all'adozione¹³. Fino alla pronuncia in oggetto era permesso al partner di adottare il figlio biologico del compagno. Restava da sciogliere il nodo della adozione del figlio a propria volta adottato dal compagno. E' in questo contesto che si collocano i due ricorsi presentati da due coppie dello stesso sesso ai quali la presente pronuncia ha dato soddisfazione.

3.

Nel primo ricorso la ricorrente chiedeva di essere autorizzata all'adozione del figlio della compagna con cui aveva stretto un'unione civile. Nel caso *de quo* la bambina di origine bulgara non era figlia biologica della donna, bensì da lei adottata. Nel 2008 l'*Oberlandesgericht* Hamm confermava la sentenza di primo grado e non accoglieva la domanda di adozione, con la conseguenza che la donna non aveva diritto ad essere informata dal medico sullo stato di salute della ragazza e non poteva partecipare alle riunioni insegnanti-genitori. Inoltre, in caso di scomparsa della madre si sarebbe corso il rischio che la quattordicenne venisse affidata ad un istituto e non alla compagna, che con la bimba già coabitava in virtù dell'unione. Le ricorrenti impugnavano quindi in ultima istanza. Nel secondo caso, il ricorrente, anch'esso unito in LP, chiedeva di potere adottare il bambino di origini rumene già adottato dal proprio partner. In primo grado la richiesta veniva respinta; l'organo giurisdizionale d'appello di Amburgo annullava però la sentenza e rimetteva la questione di legittimità al Tribunale Federale¹⁴.

9 V. nota 3 e *BVerfG* del 6 giugno 2013: con questa sentenza si è voluto estendere il cd. *Ehegattensplitting*, la divisione a metà dell'imponibile comune da tassare, anche alle LP. Grazie a questo istituto due partner con un reddito individualmente diverso, possono pagare un'aliquota comune inferiore rispetto alla somma matematica dei loro singoli redditi. Da tenere in considerazione anche *BVerfG* del 28 febbraio 2007, § 70, in cui si sono poste le basi di principio per arrivare alla successiva sentenza, avendo il Tribunale riconosciuto che: «Le unioni civili non sono affatto in concorrenza con il matrimonio né possono in qualche modo danneggiarlo; ma anzi deve essere concessa alle coppie dello stesso sesso la possibilità di stabilire un simile rapporto istituzionale di responsabilità e stabilità».

10 V. nota 3 e *BVerfG* del 18 luglio 2012, Az. 1 BvL 16/11.

11 V. *BVerfG* del 19 giugno 2012.

12 Così come sottolineato da F. Brunetta d'Usseaux, *Adozione del figlio adottivo: un nuovo tassello nell'equiparazione tra coppie etero e coppie dello stesso sesso in Germania*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, II, pp. 375 ss.: «se all'inizio ci si chiedeva se fosse costituzionalmente legittimo attribuire all'unione registrata diritti e doveri analoghi a quelli discendenti dal matrimonio, oggi ci si chiede se sia legittimo escludere l'unione registrata dall'attribuzione di diritti già previsti per il matrimonio».

13 La giurisprudenza precedente sosteneva che la regolamentazione discriminatoria fosse non solo consapevolmente prevista dal Legislatore, ma che fosse anche pienamente giustificata dal fatto che essa si fondasse sul "tipo di relazione umana" instaurata attraverso gli istituti di convivenza e non sul sesso della coppia. Nessuna concessione poteva quindi essere rilasciata a meno che la legge non lo prevedesse espressamente. Ci si riferisce in proposito alla sentenza con il quale è stata accertata la costituzionalità delle LP: *BVerfG* del 17 luglio 2002, Az. 1 BvF 1, 2/01, in particolare ai §§ 86 e ss. Adesso, invece, alla concezione sulla differenza strutturale dell'unione civile rispetto al matrimonio, si preferisce porre l'attenzione sull'importanza del divieto di trattamenti discriminatori e sull'interesse del minore.

14 E' norma procedurale di ogni Tribunale tedesco, fin dalla prima udienza, esplicitare apertamente il proprio punto di vista sulla causa, i propri dubbi sulle richieste e le argomentazioni delle parti. Se in Italia questo atteggiamento sarebbe causa sufficiente e immediata di recusazione, al contrario, nel sistema tedesco tutto ciò assicura il buon andamento del processo perché, stimolando un confronto, permetterebbe alla parte nella posizione più debole di convincere il giudice proprio sui punti ritenuti dallo stesso più controversi. Allo stesso modo hanno agito anche in

I parametri da cui muovono i giudici nella lettura dei principi della Legge Fondamentale tedesca posti alla base della questione sono sostanzialmente due: il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 comma 1 GG e la tutela del matrimonio e della famiglia, riconosciuta esplicitamente ai sensi dell'art. 6 comma 1 GG¹⁵. La legge sulle LP era già stata oggetto di un precedente specifico ricorso volto a provare la sua compatibilità con l'istituto matrimoniale¹⁶. I ricorrenti sostenevano che attribuendo alcuni diritti propri del *coniugio* alle unioni si sarebbe spogliato il matrimonio della sua particolare tutela. Il Tribunale di Karlsruhe, respingendo tali argomentazioni, faceva notare come i due istituti restassero due ambiti concettualmente distinti e come le convivenze registrate non incidessero sulla protezione ad esso conferita nell'art. 6 GG poiché il matrimonio continuava (e continua tutt'oggi) ad essere precluso alle coppie dello stesso sesso. L'unione matrimoniale veniva così ulteriormente sancita come un'unione tra un uomo e una donna. Da tale pronuncia il concetto di matrimonio si confermava dunque ristretto nella sua struttura e formulazione. Al contrario le maglie del concetto di famiglia sono andate ad allargarsi con gli anni: per aversi una famiglia è oggi infatti necessaria e sufficiente la sussistenza di una durevole e concreta convivenza in una relazione genitore-figlio¹⁷. Il *single* che adotta un bambino forma quella che, secondo un concetto di nuova evoluzione, si definisce come famiglia sociale¹⁸. L'utilizzazione di questo concetto, nato su spinta della giurisprudenza per rispondere al bisogno di tutela di un minore nato o convivente in un nucleo familiare non tradizionale, impone che la tutela dei soggetti più deboli trovi risposta nell'ambito del diritto di famiglia ed è per questo che anche l'adozione successiva – secondo il parere dei giudici - deve trovare una legittimazione costituzionale: il Tribunale Federale, parte dal presupposto che i concetti di matrimonio e famiglia di cui all'art 6 § 1 GG non necessariamente coincidono e arriva alla conclusione che, proprio in base al disposto dello stesso articolo, debba essere tutelata ogni tipo di famiglia, indipendentemente dal fatto che sia di natura matrimoniale, non matrimoniale o omosessuale, perché questa protezione mirerebbe non tanto a parificare i LP con il matrimonio, quanto a tutelare gli interessi della famiglia generalmente intesa, cioè – appunto – anche quelli dell'unione di due persone regolarmente conviventi con un figlio¹⁹. Tale concezione è peraltro pienamente conforme alla giurisprudenza della Corte EDU, la quale, con la sentenza del 24 giugno 2010 *Schalk e Kopf v. Austria*, ha affermato che anche la relazione tra due persone dello stesso sesso e un bambino rientra pienamente nel concetto di vita familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁰. E' nella considerazione di questo sviluppo del concetto che i giudici pervengono non solo alla conclusione della separazione strutturale tra matrimonio e

questo caso i supremi giudici alla prima udienza del 18 febbraio 2012, chiedendo all'Avvocato dello Stato di provare l'incompatibilità costituzionale dell'adozione congiunta per le coppie omosessuali e lasciando così trasparire il loro convincimento (*ictu oculi*) sulla causa.

15 Art. 3 GG: «Tutti gli uomini sono uguali davanti alla legge»; Art 6 GG: «Famiglia e matrimonio godono di una protezione speciale da parte dell'ordine statale».

16 V. *BVerfG* del 17 luglio 2002, 1 BvF 1/01, 1 e BvF 2/02, entrambi sulle orme di un consolidatissimo orientamento: *BVerfG* del 4 maggio 1971, *BVerfG* del 21 ottobre 1980, *BVerfG* del 26 maggio 1981. Sul punto si veda anche E. Bertolini, *La tutela della famiglia nell'ordinamento tedesco*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2010, II, pp. 578 ss.

17 E tanto più questo vale in presenza di un'unione civile «se il genitore del bambino con il quale questo vive ha fondato un'unione civile, siamo generalmente in presenza di una famiglia». Cfr. i lavori preparatori al LPGesetz in BTDrucks 15/3445, S. 15.

18 Per un approfondimento sul punto si veda *ex multis* L. Santolini, V. Sozzi, *La Famiglia oggetto sociale*, Città Nuova, Roma, 2002.

19 «L' Art. 6 § comma I GG protegge i rapporti familiari anche se non è stato celebrato alcun matrimonio. E' il caso delle società familiari formate dai conviventi registrati [*eingetragene Lebenspartner*] con un bambino che appunto sono tutelate dal diritto di famiglia», così *BVerfG* del 19 febbraio 2013, cit, §100.

famiglia, ma anche della loro sostanziale equiparazione. I privilegi legati al matrimonio, infatti, sottintendono il divieto di trattamenti peggiorativi rispetto ad altre forme di convivenza (soprattutto - come visto - da un punto di vista fiscale), così come la necessità di una sua promozione, ma non pongono il matrimonio in uno stato di concorrenza con le altre forme di convivenza²¹. In sostanza la distinzione tra matrimonio e LP, ma anche tra matrimonio - da una parte - e il concetto di famiglia e di stato genitoriale (*Elternschaft*) - dall'altra - permette il confronto tra questi istituti e, per mezzo del bilanciamento degli interessi in concreto, una certa parificazione funzionale: in caso di conflitto tuttavia, la tutela della famiglia avrà la priorità poiché sarà l'interesse del figlio in questo caso a prevalere. Questa priorità o prevalenza, che non deve né può in alcun modo limitare, cioè pregiudicare i diritti del matrimonio, deve però essere sempre valutata caso per caso e comunque sempre in base al combinato disposto con altri valori costituzionali che entrano in gioco²². Infatti per i giudici di Karlsruhe «la protezione speciale concessa al matrimonio da parte dell'ordinamento statale, non giustifica la privazione dell'adozione di bambini adottati dal partner e che le forme di convivenza diverse dal matrimonio debbano essere dotate di meno diritti. Al contrario sono le limitazioni alla parità di trattamento a dover essere giustificate dietro la sussistenza di valide e tangibili ragioni che permetterebbero tale discriminazione». Dato che - a giudizio del Tribunale di legittimità - tali ragioni non sarebbero state addotte al presente giudizio²³, un trattamento diverso derivante solo dal fatto che la coppia non sarebbe stata sposata, avrebbe comportato un trattamento diverso del bambino convivente nella coppia e avrebbe determinato un'ingiustificabile disparità di trattamento con gli altri bambini. Ecco che in questa prospettiva «la non ammissibilità dell'adozione successiva - come si afferma in sentenza - viola il diritto all'uguaglianza (Art 3 paragrafo 1 GG) sia del partner che del bambino».

Riguardo alla parità tra i partner, l'analisi giurisprudenziale non ha inteso valorizzare (in funzione antidiscriminatoria) una comparazione tra coppie sposate e non, ma piuttosto procedere al confronto tra l'insieme delle coppie omosessuali registrate: ai fini della risoluzione del caso, la disparità di trattamento e l'incompatibilità con il principio fondamentale in esame viene quindi in *esistenza* non tra partner registrato e coniuge sposato, ma tra coppie in cui il partner è genitore naturale del bambino e coppie in cui è genitore adottivo, determinando così uno squilibrio ingiustificato tra i diversi *status*²⁴.

Il bene del figlio, invece, viene preso in considerazione sia da un punto di vista giuridico che emozionale, ovvero sia per quei vantaggi che si imporrebbero al partner in tema di diritto al sostentamento, doveri di educazione e così via, sia per la funzione psicologicamente cementificante che agirebbe sul bambino il sapersi figlio di due persone²⁵. La scelta del *BVerfG* di anteporre il bene del figlio, ovvero una situazione molto

20 Corte EDU del 24 maggio 2010, ric. 30141/04, v. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{). Cfr anche A. Oberto, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. famiglia*, 2010, II, pp. 802 ss.

21 Cfr. *BVerfG* del 19 febbraio 2013 cit., §16 ss.

22 Come rilevato da parte della dottrina, dalla lettura della sentenza emerge che «Il controllo della legittimità [del matrimonio e delle Unioni Civili] secondo gli artt. 3 e 6 GG, può essere fatto solo al fine di trovare una giustificazione [*Rechtfertigung*] ad una prevalenza, ma il matrimonio deve "piegarsi" quando ha a che fare con l'equivalente concetto di famiglia ex art. 6 GG». V. T. Brandt, *Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2013, III, pp. 45- 52.

23 *BVerfG* del 19 febbraio 2013 cit., § 98.

24 *BVerfG* del 19 febbraio 2013 cit., § 27.

25 «L'adozione da parte del partner migliorerebbe la situazione giuridica del bambino in caso di cessazione del rapporto per morte di un genitore o per separazione». In questa ultima eventualità, in particolare, essa creerebbe degli obblighi di assistenza e di alimenti in capo all'altro coniuge e la possibilità «di prendere in considerazione l'attaccamento emotivo del bambino all'altro coniuge ai fini dell'affidamento», così *BVerfG* del 19 febbraio 2013, cit. §

concreta, a considerazione di carattere “strutturale” od esistenziale costituisce l'asse portante della decisione in esame, tuttavia la pronuncia, per non esulare dal *petitum* ma anche per non correre il rischio di un'interpretazione creativa, non si esprime sulla facoltà da parte delle coppie dello stesso sesso di adottare bambini congiuntamente. Su questo punto si limita a raccomandare genericamente al legislatore la modifica di tale situazione e a segnalare che le stesse norme comunitarie che vengono in essere nel caso di specie - gli artt. 8 e 14 Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sul divieto di discriminazione e il rispetto della vita privata e familiare - hanno portato, con il tempo, la giurisprudenza di Strasburgo ad assumere, nella trattazione delle cause riguardanti la possibilità di adozione da parte di singoli o di coppie omosessuali, un orientamento in linea di massima favorevole²⁶. In ogni caso, è bene comunque sottolineare che questo avvicinamento non contempla alcun obbligo di riconoscimento dell'istituto matrimoniale o delle unioni per quegli ordinamenti in cui esse non sono previste²⁷.

4.

Il matrimonio gode dunque ancora di una posizione di vantaggio sulle unioni civili – come dimostra ad esempio il finanziamento nell'accesso ai trattamenti di fecondazione artificiale o, appunto, la facoltà di adozione congiunta – in giustificazione del fatto che è considerato come legame più stabile ovvero come un impegno più “serio” che può garantire, in caso adozione ad esempio, una maggiore stabilità alla crescita del bambino. Resta tuttavia sullo sfondo la posizione della coppia omosessuale che, pur desiderando accedere ad un regime matrimoniale, si vede tale possibilità negata. I giudici costituzionali, con la sentenza in esame, hanno avvicinato le due situazioni in modo talmente stringente da rendere la differenza sempre più di carattere esclusivamente formale. Ma cosa permette di giustificare il residuo trattamento differenziato e fino a dove questo è giustificabile in virtù dell'art. 6 GG? Occorre chiedersi fino a dove esso

85. Della stessa si veda anche il § 33: «Una adozione da parte di entrambi i genitori, li farebbe apparire uguali agli occhi del bambino, mentre il fatto che un figlio adottato da un partner non abbia un legame giuridico con il bambino del compagno potrebbe essere interpretato da questo come rifiuto della sua persona e come dimostrazione di non essere abbastanza importante per essere accettato dal partner del genitore».

26 Interesse del minore e principio di non discriminazione stanno alla base delle decisioni di molta della giurisprudenza della Corte EDU: partendo dai due casi *Frettè v. Francia* (CEDU, III sezione, 26.02.2002 ric 36515/97) ed *E.B. v. Francia* (CEDU, III sezione, 22.01.2008, ric. 43546/02) in tema di adozione da parte del *single* e discriminazione in base all'orientamento sessuale, si giunge a prendere in considerazione il tema dell'adozione da parte delle coppie: in questo contesto, a parte la già citata *Schalk e Kopf v. Austria* è bene tenere in considerazione anche *Gas e Dubois v. Francia*, (CEDU, V sezione, ric. n. 25951/07 del 15 marzo 2010). Queste pronunce contengono alcuni dei fondamenti da cui ha attinto non solo la pronuncia *BVerfG* in oggetto, ma anche una contemporanea sentenza CEDU (emessa lo stesso giorno di quella che stiamo esaminando) che, decidendo su un caso del tutto omogeneo, è giunta alla medesima conclusione dei giudici tedeschi. In *X ed altri v. Austria* i giudici di Strasburgo si sono pronunciati sul complesso tema dell'adozione del figlio adottato di una persona omosessuale (nel caso di specie si trattava di una coppia di donne che chiedeva l'instaurazione di un legame giuridico del minore con entrambe). La Corte ha evidenziato che in Austria il diritto all'adozione successiva di minori era pacificamente riconosciuto alle coppie eterosessuali conviventi e per questa ragione (solo per questa ragione) l'impedimento appariva un'evidente discriminazione. Cfr. *X ed altri v. Austria*, domanda 19010/07, Grande Camera CEDU, 19 febbraio 2013, § 151 «Lo Stato [austriaco] ha ommesso di addurre ragioni particolarmente serie e circostanziate per dimostrare che l'esclusione dell'adozione successive per le coppie dello stesso sesso – nonostante questa possibilità sia riconosciuta per le coppie conviventi eterosessuali, sia necessaria alla protezione della famiglia in senso tradizionale o alla protezione dell'interesse del minore. Questa differenziazione non è compatibile con la Convenzione». Per un approfondimento confronta F. Brunetta d'Usseaux, *Adozione del figlio adottivo: un nuovo tassello nell'equiparazione tra coppie etero e coppie dello stesso sesso in Germania*, cit., p. 379 ss.

27 Ogni Paese nell'esercizio legittimo del suo potere regolatorio, può decidere di riservare il matrimonio alle coppie eterosessuali. Ciò non costituisce alcuna discriminazione (anche indiretta) giacché gli articoli 8 e 14 non impongono di garantire l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali. V. in proposito *Gas e Dubois v. Francia*, cit.

corrisponda ad una reale intenzione di considerare le unioni come qualitativamente diverse rispetto al matrimonio: se in base al citato articolo costituzionale l'equiparazione delle due situazioni è impossibile, allora sarà necessario indagare sul reale (e non solo formale) elemento valorizzatore dell'unione matrimoniale eterosessuale rispetto alle convivenze di persone dello stesso sesso. Al contrario, se si intende parificarle sostanzialmente, allora si renderebbe forse necessario verificare la portata di un'eventuale estensione della tutela del legame matrimoniale anche alle convivenze di natura omosessuale²⁸.

In secondo luogo ci si potrebbe domandare perché all'attenzione del Tribunale sia stata posta solo incidentalmente la questione relativa alle eventuali conseguenze nello sviluppo della personalità infantile del bambino. La pronuncia si riferisce solo a situazioni già in esistenza, ed è su questo presupposto che riconosce il diritto all'adozione successiva: il miglioramento di una condizione in corso di esistenza di bambini già (con)viventi²⁹. L'adozione quindi serve per porre rimedio ad una situazione di disagio già in atto e in discussione restano solo i vantaggi che possono derivare al bambino da un'adozione da parte di entrambi i partner con lui conviventi (prima di tutto l'effetto di stabilizzazione del suo sviluppo psicologico) a prescindere dall'orientamento sessuale della coppia. Ma l'analisi dei giudici si è spinta oltre e nel suo giudizio ha investito anche le capacità e le attitudini dei padri e delle madri omosessuali in rapporto al modello della cd. famiglia tradizionale ad allevare figli. Sotto questo profilo, i giudici costituzionali hanno stimato che i vantaggi derivanti dall'affidamento del minore ad una coppia di natura omosessuale sono pari a quelli che deriverebbero se fosse affidato ad una coppia eterosessuale sposata riportandosi ai risultati di una recente ricerca socio-psicologica in proposito³⁰.

5.

È importante sottolineare che questa pronuncia, mentre riconosce un diritto di adozione successiva al partner, nulla decide espressamente sul tema dell'adozione congiunta, che resta non disciplinata e quindi non consentita. Tuttavia tutto sembra portare ad una prossima regolazione in suo favore³¹: lo stesso *Bundesverfassungsgericht* afferma nel

28 Sulla difficile parificazione *tout court* delle forme di convivenza con il matrimonio si veda G. Cerrina Feroni, *Sul matrimonio tra persone dello stesso sesso. Note di replica a J.F. López Aguilar*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III, 2013, p. XXXVI: «Pur con tutte le ambivalenze del concetto, si può sostenere che nel costituzionalismo contemporaneo esista un'idea di "naturalità" della famiglia che conduce, da un lato, a ritenere la pre-esistenza del fenomeno sociale "famiglia" rispetto al dato normativo e, dall'altro, a pensare alla famiglia, se non unicamente, almeno prevalentemente, come la coppia eterosessuale unita da un vincolo sociale prima che affettivo, finalizzato alla procreazione».

29 «Vengono in evidenza quelle situazioni in cui in un'unione civile si trova un bambino convivente» *BverfG* del 19 febbraio 2013 cit., § 27.

30 Così afferma il Tribunale costituzionale nel § 80 della sentenza in oggetto: «I dubbi per la crescita dei minori derivanti dal loro inserimento in una coppia genitoriale dello stesso sesso sono stati confutati dalla grande maggioranza dei pareri specialistici». Il riferimento è allo studio *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*, a cura di M. Rupp, *Bundesanzeiger Verlag*, Colonia, 2009, ricerca condotta in collaborazione con il *Bayerischen Staatsinstitut für Familienforschung* e il *Bayerischen Staatsinstitut für Frühpädagogik*. Tale ricerca dimostrerebbe non solo l'attitudine di soggetti omosessuali ad essere buoni genitori, ma testimonierebbe anche che la personalità del bambino non verrebbe inficiata dall'essere allevato in una coppia dello stesso sesso.

31 Il gruppo dei verdi al *Bundestag* già nel 2010 aveva richiesto al servizio giuridico del Parlamento la verifica della costituzionalità delle "adozioni omosessuali" congiunte al fine di presentare un progetto di legge in tal senso. E afferma in fondo al documento «Dal 29 Dicembre 2009 si trova alla 1 sezione della Corte Costituzionale un ricorso per regolare questa questione [dell'adozione congiunta – anche se poi, come abbiamo visto, la Corte non decide sul punto] da parte dei conviventi regolarizzati [dello stesso sesso]. Come la corte Costituzionale alla fine deciderà, non è

dispositivo che «se anche in linea teorica non è si è tenuti a dover permettere l'adozione congiunta sulla base della Convenzione [europea sull'adozione dei minori del 1967 che permette l'adozione solo a coppie sposate³²], questo non può in nessun modo costituire una giustificazione costituzionale a tale impedimento». A tal fine rivolge un esplicito sollecito al Governo federale a ratificare la nuova versione del 2008 che permetterebbe non solo l'adozione successiva, ma anche quella congiunta per le coppie firmatarie di una LP³³. Allo stato attuale, in mancanza di tale esplicita facoltà - afferma il Tribunale - deve essere comunque permesso arrivare ai suoi stessi effetti attraverso un'adozione singola e poi un'adozione successiva per tutti i potenziali genitori, biologici o adottivi che siano. Si potrebbe rimproverare la scarsa praticità di tale procedimento, posto che lo stesso è preordinato ad assicurare gli effetti che in astratto sarebbero stati garantiti attraverso il riconoscimento dell'adozione congiunta senza tuttavia che i giudici abbiano adottato una posizione più coraggiosa³⁴.

Nella stessa mancanza di volontà si può inquadrare l'inammissibilità di un ricorso rimesso il 20 marzo 2014 al Tribunale costituzionale dall'*Amtsgericht* di *Schöneberg* riguardante due casi di richieste di adozione congiunta da parte di due coppie di conviventi registrati. Anche in questo caso pare che a giustificare il rigetto - al di là della motivazione ufficiale, la mancanza dei requisiti formali del rinvio - vi sia stata una volontà di non decidere sulla questione e di lasciare tempo alla politica di fare il suo corso³⁵.

La politica infatti si stava già muovendo: sia il gruppo dei Verdi (il 19 febbraio 2014) sia la fazione congiunta CDU/CSU - SPD (il 18 marzo 2014) , sia lo stesso Governo Federale (il 13 marzo 2014), hanno presentato un progetto di legge per la modifica delle leggi sulle unioni civili, sull'adozione e sul diritto di Famiglia³⁶. Mentre il progetto di legge dei *Grünen*

dato sapere, ma sarebbe difficile continuare a sostenere l'attuale stato di ineguaglianza». *Wissenschaftliche Dienste - Bundestag* (relatore Tilman Hoppe), *Gleichstellung Eingetragener Lebenspartnerschaften: gemeinschaftliche Adoption eines fremden Kindes*, WD 3 – 060/10, Berlin, 2010; Ad una conclusione simile era già arrivata la Commissione giuridica del *Bundestag* nel progetto di legge che poi avrebbe condotto all'approvazione della *Lebenspartnerschaftsgesetz*; vedasi A. Hartenbach, *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG*, in *BTDruks*, 2000, 14/4550 S, 6, pp. 5 ss., <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/045/1404550.pdf>.

32 Art 6 comma I Convenzione europea sull'adozione dei minori, del 24 aprile 1967: «*La legislazione può permettere l'adozione soltanto da parte di due persone unite in matrimonio*».

33 *BVerfG* del 19 febbraio 2013 cit, § 18: «È nella potestà della Repubblica federale sia recedere dal trattato del 1967 [...] sia prendere in considerazione il testo così come rivisitato dal Consiglio [europeo] dei Ministri nel 2008, che già molti Stati membri hanno ratificato e che consente l'adozione anche per le coppie unite in LP. La Repubblica federale tedesca potrebbe firmare questo nuovo testo e ratificarlo».

34 Così il *BVerfG* sul punto al § 95: «*Non si deve decidere qui se l'esclusione dell'adozione congiunta - nonostante sia permessa alle coppie sposate - sia costituzionalmente legittima. Comunque il ricorso l'adozione successiva non permette di superare pienamente il divieto di adozione congiunta perché sono due istituti diversi e l'esclusione dell'adozione congiunta non perderebbe comunque i suoi effetti*».

35 L'*Amtsgericht* berlinese, con il *Beschluss* dell'08 marzo 2013 – Az 4 F 172/12 e 24 F 250/12, sosteneva come la differenziazione di trattamento violasse l' art. 1741 comma 2 frase 1 BGB e l'art. 9 comma 6 della Legge sulle unioni registrate nonché gli artt. 3 e 6 GG poiché non sussistevano motivi sostanziali di discriminazione. Riguardo al rigetto per mancanza dei requisiti formali, il provvedimento *BVerfG* del 23 febbraio 2014 – 1 BvL 2/13 afferma nei § 23 e ss. che l'*Amtsgericht* non avrebbe «preso in considerazione tutta la precedente giurisprudenza e letteratura costituzionale sul caso, né tanto più ha fatto della sentenza del 19 febbraio 2013 sull'adozione successiva il presupposto della sua riflessione. Se lo avesse fatto avrebbe visto che i due casi contenevano simili o identici pregiudiziali costituzionali». Il Tribunale di prima istanza non avrebbe quindi potuto chieder all'organo costituzionale di spingersi al di là di quanto espresso nella precedente sentenza.

36 Il progetto CDU/CSU-SPD si trova in <http://www.bundesanzeiger-verlag.de/fileadmin/Betrifft-Recht/Dokumente/edruksachen/pdf/1800841.pdf>; il progetto del *Bundesregierung*, che è stato poi approvato, è rinvenibile in <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/008/1800841.pdf>; per il progetto dei Verdi - il primo ad essere

prevedeva un'equiparazione totale delle due situazioni, a prescindere dall'esistenza di un figlio già convivente nella coppia, andando addirittura oltre a quanto stabilito dal supremo Tribunale³⁷, i disegni della maggioranza si limitavano alla modifica delle disposizioni previste per i coniugi e riguardanti l'adozione successiva attraverso aggiunta delle parole "e i partner di vita"³⁸. È la proposta del *Bundesregierung* ad essere stata approvata il 21 maggio scorso con i voti dell'Unione Cristiana e del partito social-democratico.

La decisione sulla creazione di una nuova forma di famiglia attraverso l'adozione congiunta sembra perciò solo rinviata così come la necessaria modifica costituzionale per introdurla.

** Avvocato.

presentato all'indomani della sentenza - si veda <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/005/1800577.pdf>. Con l'approvazione della legge dei Verdi sarebbe stato abrogato, per contro, anche il divieto per il coniuge di adottare singolarmente un bambino, a maggior riprova che l'obiettivo del testo era quello di equiparare in tutto e per tutto il matrimonio e LP.

37 La pronuncia ha chiaramente precisato che «differenze tra matrimonio e unione registrata, quali la diversa configurazione della possibilità di adozione potrebbe giustificare, in realtà non sussistono. [...] - e che - in particolare le unioni civili sono in egual misura durature e giuridicamente stabili» v. *BVerfG* del 19 febbraio 2013 § 77. Ma tali considerazioni erano state fatte sempre con riguardo al bene del figlio esistente e quindi nella urgenza di porre riparo ad una situazione già in atto. Mentre nel testo dei Verdi l'intenzione sarebbe stata quella di consentire anche la cd. adozione piena (*Volladoption*), vale a dire l'adozione congiunta. «Nessuno ha diritto ad un bambino – si dice nelle motivazioni del testo dei *Grünen* – ma il bambino ha diritto all'amore, alla cura, all'attenzione e alla sicurezza, uguale se proveniente da una coppia sposata o non. Per questo, in materia di adozione, bisogna parificare il diritto dei conviventi registrati a quello dei coniugi». Ci si può chiedere, se fosse passato il testo, quali sarebbero state le ripercussioni in tema di compatibilità con il *Grundgesetz*, in particolare con l'art. 6.

38 In particolare attraverso la modifica dell'art. 22 della legge di applicazione del BGB, il § 9 comma 7 frase 2 della *LPartG* del 16 febbraio 2001, il § 1 comma 1 frase 1 n. 2 della Legge del 5 novembre 2011 sulle adozioni e il § 188 comma 1 n. 1 della Legge sul procedimento in materia di famiglia e di volontaria giurisdizione (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*).