

La giurisprudenza tedesca in materia di *eingetragene Lebenspartnerschaft* tra garanzie d'istituto e *Abstandsgebot*. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana.

di Francesco Saitto *
(17 marzo 2011)

1. Il *Bundesverfassungsgericht* è intervenuto più volte sul tema del “matrimonio omosessuale”. In Germania, infatti, fin dal 2001 una legge, il *Lebenspartnerschaftsgesetz* (*LPartDisBG*), ha introdotto un apposito istituto volto a riconoscere diritti e doveri per le coppie di persone dello stesso sesso che decidono di registrare civilmente la loro unione: le *eingetragene Lebenspartnerschaft*. Il *Leiturtel* in materia è la sentenza *BVerfG*, 1 BvF 1/01 del 17 luglio 2002, la c.d. «Homo-Ehe» (Sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco in materia di matrimonio e famiglia, cfr. R. Zuck, *Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgestes*, in *NJW* 2009, 1499 ss.). Di una certa rilevanza poi appaiono, sul punto, due recentissime ordinanze (*Beschluss*). La prima, del luglio 2010, ha ad oggetto i diritti ereditari dei superstiti di coppie omosessuali registrate (*BVerfG*, 1 BvR 611/07) ed in particolare quegli articoli dell'*Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz* che prevedevano per questi ultimi, fino al 2008, un trattamento tributario diverso da quello previsto per le coppie sposate; la seconda, del gennaio 2011, invece, è in materia di transessualismo (*BVerfG*, 1 BvR 3295/07) e, pur avendo per oggetto il *Transsexuellengesetz* (*TSG*), ha inciso profondamente anche sull'istituto delle *Lebenspartnerschaft*. Peraltro, gli *iter* argomentativi seguiti in queste decisioni appaiono utilmente comparabili con quello della recente sentenza della Corte costituzionale italiana n. 138 del 2010 (Su cui cfr., in questo *Forum*, A. Pugiotto, [Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio](#)).

2. In questa decisione, la Corte costituzionale italiana, infatti, – ed è questa una tra le affermazioni che più ha fatto discutere – ha affermato che «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio» (*Cons. in dir.* 9). Questa statuizione, tuttavia, è preceduta dalla locuzione «in questo quadro». Vanno, quindi, sottolineate le pur caute aperture che i giudici di Palazzo della Consulta hanno operato riservandosi – pur non avendone particolare bisogno – il potere di intervenire per garantire, dove necessario, un trattamento omogeneo ai *partner* di coppie omosessuali rispetto a quelli coniugati (*Cons. in dir.* 8). Inoltre, dal ragionamento della Corte emerge un dato che appare sicuro: il legislatore dovrà intervenire a regolare la materia perché anche alle coppie omosessuali «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (*Cons. in dir.* 8). Ciò, peraltro, potrà essere fatto anche, se ritenuto opportuno, estendendo l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali (l'apertura emerge con una certa chiarezza dal *cons. in dir.* 8 dove i giudici affermano, per giustificare il mancato intervento additivo, che il legislatore nella sua discrezionalità può decidere di riconoscere le coppie omosessuali *non soltanto* estendendo ad esse l'istituto del matrimonio, ma

anche istituendo nuove figure giuridiche). Nulla viene detto a proposito delle coppie eterosessuali non sposate che vorrebbero registrarsi, alle quali, forse, nel caso in cui non volessero contrarre matrimonio, non verrebbe riconosciuta nessuna particolare aspettativa (a parte – *ça va sans dire* – i normali limiti della ragionevolezza). Anzi, quasi si potrebbe pensare che per queste la «non omogeneità» potrebbe significare l'impossibilità di registrare la loro unione in un modo diverso rispetto al matrimonio. Proprio come avviene in Germania, peraltro.

La scelta del legislatore tedesco, infatti, è stata quella di creare un istituto *ad hoc* aperto solo a persone del medesimo sesso e la tecnica di argomentazione seguita dal Tribunale costituzionale, in particolare nella sentenza del 2002, appare particolarmente interessante perché sottolinea proprio questo aspetto con grande forza nel suo *iter* argomentativo.

Un altro punto utile di comparazione, come si darà conto, sembra quello che nella sentenza della Corte è stato visto come l'utilizzo dell'argomento *originalista*. Il *BVerfG*, infatti, per giustificare il diverso istituto previsto dalla legge ordinaria, nella prima delle sentenze che verranno analizzate, per le coppie omosessuali ricorre all'*escamotage* della garanzia di istituto tramite il quale ha, di fatto, rappresentato il matrimonio così come storicamente sviluppatosi e, quindi, come la sola unione tra uomo e donna. C'è da dire che nella costante giurisprudenza del *BVerfG*, sin da una sentenza del 1957 (BVerfGE 6, 55), il matrimonio, come gli altri diritti fondamentali, chiude in sé tre dimensioni: quella liberale di *Abwehrrecht*, ovvero la dimensione di difesa dall'intervento statale, quella istituzionale che assume la forma di una garanzia di istituto e quella per cui il legislatore è positivamente obbligato a favorirne lo sviluppo (*wertenscheidende Grundsatznorm*) (Sulle varie dimensioni dei diritti fondamentali cfr. P. Ridola, *Diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 148 ss.). Proprio la dimensione *istituzionale* è quella che, nella sentenza in commento, solleva un certo interesse in quanto consente al *Bundesverfassungsgericht* di risolvere con una certa facilità il problema di cosa debba intendersi con matrimonio.

Le garanzie di istituto rappresentano la «tendenza del diritto costituzionale a pervadere ambiti in passato ritenuti ad esso estranei ed insieme a considerare determinati settori o istituti della società civile in una prospettiva più esclusivamente riconducibile allo schema dei diritti individuali con carattere di assolutezza» tendendo non solo a dilatare «la sfera delle garanzie, fino a farla coincidere con il riconoscimento che la costituzione ha operato di determinati ambiti di libertà corporativa, sfere di autonomia, istituti giuridici radicati nella tradizione», ma anche «a contemperare la tutela di situazioni soggettive e la salvaguardia di interessi metaindividuali» (così P. Ridola, *Diritti fondamentali*, cit., p. 169 ss. che si sofferma poi anche sulle criticità connaturate alla protezione dei diritti per il tramite delle garanzie di istituto e sulle osservazioni che già Carl Schmitt sollevava in merito alla loro ambiguità). Secondo il Tribunale costituzionale – che lo affermò già nel 1959 – da sempre, quindi, in riferimento alla dimensione istituzionale, il matrimonio è considerato solo «*die Vereinigung eines Mann und einer Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft*» (l'unione di un uomo e di una donna fondamentalmente indissolubile per la vita)(BVerfGE 10, 59 (66)) dato che questo istituto non è mutato nel suo nucleo materiale da come era nei tempi antichi e continua a corrispondere, dunque, a quel diritto tradizionale («Beide Institute [Ehe und Familie] sind von Alters her überkommen und in ihrem Kern unverändert geblieben; insoweit stimmt der materielle Gehalt der Institutsgarantie aus Art. 6 Abs. 1 GG mit dem hergebrachten Recht überein »)

(BVerfGE 10, 59 (66)). Da questo passaggio, peraltro, emerge molto bene, come questa dimensione istituzionale sia strettamente connessa con la teoria del *Wesengehalt* e con i limiti ad essa immanenti della intangibilità del *nucleo essenziale* o del *contenuto immutabile* dei diritti che acquisiscono, per questa via, un vero e proprio *nucleo di valore* (Così, ancora, cfr. P. Ridola, *Diritti fondamentali*, cit., p. 171) che il legislatore non può intaccare. Nel caso di specie, ciò che rappresenterebbe il nucleo essenziale dell'istituto-matrimonio sarebbe, come detto, secondo i giudici di *Karlsruhe* l'unione tra uomo donna.

Prima di analizzare l'interessante e non del tutto lineare giurisprudenza tedesca, è opportuno fare, tuttavia, un'ulteriore premessa. C'è una differenza sostanziale tra la sentenza tedesca del 2002 e quella italiana del 2010 che si ripercuote inevitabilmente anche sull'*iter* argomentativo seguito. La Corte italiana, infatti, si è trovata a dover decidere sull'incostituzionalità del matrimonio come istituto escludente le coppie omosessuali. Il *BVerfG*, invece, nel *Leiturteil* doveva decidere sull'incostituzionalità del *Lebenspartnerschaftsgesetz*. La prospettiva, dunque, appare chiaramente ribaltata.

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

Nella sentenza del 2002, in particolare, i *Länder* ricorrenti sostenevano l'esistenza di un vero e proprio *Abstandsgebot* (obbligo di differenziazione) del legislatore desumibile dall'art. 6 GG, *Abs.* 1 in ragione del quale non solo il legislatore dovrebbe garantire una particolare tutela alla famiglia, ma anche svantaggiare altre forme di convivenza alternative al matrimonio. Da ciò deducevano un motivo di incostituzionalità del *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

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

I giudici hanno poi dovuto valutare se la disciplina della *Lebenspartnerschaft* fosse incostituzionale per violazione dell'art. 6, *Abs.* 1 del GG e in ragione della particolare tutela che questo articolo impone al legislatore nei confronti della famiglia.

Da ultimo, i giudici si sono soffermati sulla legittimità o meno, sotto il profilo della ragionevolezza, del *Lebenspartnerschaftsgesetz* in relazione all'art. 3 GG e al principio di uguaglianza che sarebbe stato violato dall'esclusione degli eterosessuali da questa specifica forma di vita.

In questo breve contributo, interessa soprattutto il secondo dei nodi argomentativi affrontati dal *BVerfG* che assume come parametro, come detto, l'art. 6, *Abs.* 1 GG.

La dimensione di difesa (*Abwehr*), la prima delle tre dimensioni prima descritte che caratterizzano i diritti fondamentali, non è rilevante nel caso di specie. Il Tribunale, dunque, deve valutare se vi sia una lesione delle altre due dimensioni che contraddistinguono il matrimonio così come protetto dall'art. 6 GG. In primo luogo, quindi, i giudici esaminano un'eventuale lesione del matrimonio inteso come garanzia di istituto; poi, una possibile violazione del principio per cui il legislatore deve favorire il matrimonio come *Lebensform* rispetto alle altre, ovvero la dimensione di sviluppo declinata però, in questa circostanza, nella forma di un vero e proprio *Abstandsgebot* (appunto un obbligo di differenziazione) nei confronti delle altre *Lebensformen*.

Nel motivare il loro ragionamento, i giudici affermano che matrimonio e *Lebenspartnerschaft* sono tra loro due istituti molto diversi; forse, si potrebbe dire, con le parole della Corte costituzionale italiana, «non omogenei» (cfr. il punto 88 – dove si legge: «*Die eingetragene Lebenspartnerschaft ist keine Ehe in Sinne von Art. 6, Abs. 1 GG*») e che la *Lebenspartnerschaft* è un vero e proprio *aliud* rispetto al matrimonio. La nuova forma di unione, infatti, resta preclusa alle coppie di sesso diverso. Non sono due istituti dunque in alcun modo in concorrenza. Il Tribunale costituzionale sottolinea con forza che il matrimonio è e può essere solo l'unione tra un uomo e una donna perché solo questa è la forma di vita che, per quanto non vi sia alcuna definizione di matrimonio contenuta in Costituzione, il *Grundgesetz* presuppone (il Tribunale utilizza il verbo *voraussetzen*) quando si riferisce al matrimonio (v. 87 e ss.) e che viene tutelata, nella sua dimensione istituzionale, tramite la garanzia di istituto dall'art. 6 Abs. 1 GG. Ecco che, per questo motivo, il nucleo fondamentale del principio della tutela del matrimonio e, di conseguenza, la garanzia di istituto resta inviolata.

Altro e diverso problema è l'esistenza di un *Abstandsgebot*, che viene però negata dai giudici. Proprio su questo punto, peraltro, viene anche espressa una opinione dissenziente da parte del giudice Haas. Pur avendo ammesso che la garanzia di istituto si applica solo al matrimonio, i giudici sostengono che ciò non esclude che il legislatore possa allargare ad un istituto simile, per quanto diverso, alcuni diritti resisi necessari dall'evoluzione della società (98 e 102), se ciò non comporta uno svantaggio per il matrimonio o se questi diritti non avvantaggiano un'altra forma di vita rispetto al matrimonio stesso (92). Da questo punto di vista, la norma sulle *Lebenspartnerschaft* non viola il principio per cui deve essere riconosciuta una particolare protezione al matrimonio che non subirà alcuna conseguenza da questa legge. I giudici sono quindi molto chiari nell'affermare che l'art. 6 GG non può essere letto come un obbligo di differenziare (in negativo) le altre forme di vita (*Lebensformen*) diverse dal matrimonio.

Sembra dedursi da queste battute come il *BVerfG* ritenga fondamentale, nel ricostruire i motivi in base ai quali giudica la legge compatibile con il *Grundgesetz*, il fatto che le unioni registrate siano aperte solo a persone dello stesso sesso e che per questo motivo rappresentino un *quid* di completamente diverso rispetto all'*Ehe* tutelato all'art. 6 GG. Ma, come accennato, il *BVerfG* va anche oltre e afferma che dalla protezione del matrimonio e della famiglia non è derivabile nemmeno l'obbligo di tutelare meno bene altre forme di vita. Se il legislatore, infatti, istituisse, – sembra dedursi – con un nome diverso, un istituto con gli stessi diritti del matrimonio e, in particolare, aperto alle coppie eterosessuali, ma con meno doveri, questo sarebbe incostituzionale perché un tale istituto verosimilmente svantaggerebbe l'*Ehe* e lo danneggerebbe. Poiché, tuttavia, la *eingetragene*

Lebenspartnerschaft non è un matrimonio con una etichetta falsa, ma è proprio una cosa diversa nella sostanza (103), questo istituto appare del tutto legittimo.

Su questo passaggio si vede, tuttavia, la debolezza dell'argomentazione giuridica che fonda la differenza tra i due istituti sulla base di una garanzia di istituto e proprio su questo profilo basa la sua opinione dissenziente il giudice Haas (138). Se vi fosse infatti un istituto in tutto e per tutto uguale al matrimonio, questo sarebbe legittimo solo a condizione che mantenesse un nome diverso, pur essendo sostanzialmente omogeneo all'*Ehe* per quanto concerne il suo contenuto materiale. A questo punto, perché non chiamarlo matrimonio? Dove sarebbe la vera, sostanziale differenza che caratterizzerebbe i due istituti? Che valore avrebbe il *besonderer Schutz* richiesto dall'art. 6, Abs. 1 per il solo *Ehe*? (su questo punto, cfr. anche Hofmann, in Schimdt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, *Kommentar zur GG*, 11 Aufl. (2008) Art. 6, pp. 18 ss.)

4. Con il *Beschluss* del luglio del 2010, il *BVerfG* ha invece dovuto affrontare un problema in parte diverso, ma che ha dato l'opportunità al Tribunale di chiarire la portata pratica di quanto già affermato nella sentenza del 2002.

Su un problema analogo, il *Bundesverfassungsgericht* si era già espresso, peraltro, nel luglio del 2009 (*BVerfG*, 1 BvR 1164/07) e, con la pronuncia del 2010, ha di fatto consolidato il proprio orientamento in ragione del quale non solo non sarebbe rinvenibile un *Abstandsgebot*, ma anzi di fatto vi sarebbe un vero e proprio *Differenzierungsverbot* (così, critico, Günter Krings, *Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner*, in *NVwZ* 2011, 26 ss.). Nella decisione del 2009, infatti, i giudici di *Karlsruhe* hanno giudicato incompatibile con il *Grundgesetz* una disposizione che prevedeva un differente trattamento pensionistico di reversibilità per chi avesse contratto un matrimonio e chi si fosse legato in una unione civile registrata. Motivo dell'impugnazione nella decisione era, dunque, una violazione del principio di uguaglianza tra coppie omosessuali registrate e coppie eterosessuali sposate e la norma impugnata era stata appunto giudicata incostituzionale perché incompatibile con l'art. 3, Abs. 1 GG.

Nella pronuncia del 2010, il *BVerfG* torna sul problema delle differenziazioni esistenti tra matrimonio e unioni civili registrate. Oggetto della controversia era la legge che prevedeva che i superstiti di una coppia registrata dovessero pagare fino al 2008 (poi la normativa è stata modificata) una tassa ereditaria maggiore rispetto a quella a cui erano soggetti i coniugi di un matrimonio (*Ehe*). Nella decisione in commento, il Tribunale costituzionale federale ha affermato che una normativa di questo tipo violava l'art. 3, Abs. 1 del GG e ha imposto al legislatore di intervenire con legge per sanare tutte quei casi in cui, nel periodo di vigenza della legge, si era consumata una violazione del principio di uguaglianza.

Con queste decisioni si inverte, dunque, rispetto al 2002, la logica del ragionamento. Il *Bundesverfassungsgericht* deve valutare non se vi sia una violazione della dimensione istituzionale del matrimonio o un *Abstandsgebot* nei confronti delle altre *Lebensformen*, ma se è riscontrabile una discriminazione e in che misura. Questa volta il Tribunale deve, quindi, decidere se le differenze tra le due discipline tributarie, previste l'una per il matrimonio, l'altra per le *eingetragene Lebenspartnerschaft*, rispondono o meno al canone della ragionevolezza .

Come già affermato nella decisione del 2002 e nel *Beschluss* del 2009, il Tribunale ribadisce che una discriminazione tra coppie omosessuali ed eterosessuali non può trovare un fondamento ragionevole solo nel fatto che l'art. 6, *Abs.* 1 del GG prevede una protezione speciale per il matrimonio. In ogni caso, il legislatore deve, infatti, sempre agire tenendo conto della giurisprudenza costituzionale sul principio di uguaglianza. A questo proposito, secondo i giudici, l'art. 3, *Abs.* 1 del GG pretende un controllo di costituzionalità in base ad uno scrutinio stretto di *Gleichmaßstab* (n. 78). L'art. 3 GG, infatti, presuppone che davanti alla legge tutti gli uomini siano trattati alla stessa maniera. Ciò comporta anche l'obbligo per il legislatore di trattare situazioni sostanzialmente uguali, in maniera uguale e situazioni sostanzialmente diverse, in maniera diversa (79-80).

I giudici, fatta questa premessa, entrano nel merito delle differenziazioni ammissibili in campo tributario e affermano che le differenziazioni previste per le coppie omosessuali registrate devono essere misurate sia in base al principio di uguaglianza, sia in base al principio di proporzionalità (*Verhältnismaßigkeit*). Uno snodo centrale del percorso argomentativo della corte si rinviene al punto 87 quando i giudici affermano, di fatto, che, siccome *Ehe* e *Lebenspartnerschaft* sono assimilabili sia per la durata del rapporto che è proiettato nel tempo sia per il tipo di vincolo giuridico, è necessario che sussistano motivazioni particolari per giustificare una qualche differenza di trattamento. Non è sufficiente, dunque, – il concetto viene qui nuovamente ribadito – basare un privilegio per il matrimonio solo sul presupposto che questo serva a garantirne una particolare protezione così come richiesto dall'art. 6 del GG, perché il fondamento della differenziazione può e deve essere rinvenuto solo nell'ambito dei principi con cui il *BVerfG* dà attuazione all'art. 3, *Abs.* 1.

Il Tribunale torna, quindi, inevitabilmente, sul problema dell'*Abstandsgebot*. Effettivamente, afferma il *Bundesverfassungsgericht*, l'art. 6 GG protegge particolarmente il matrimonio, ma ciò non vuol dire che la Legge fondamentale garantisca solo questa forma di unione. Questa norma impone senz'altro una scelta di valore vincolante in favore dell'*Ehe* (90), ma per far ciò è compito dello stato evitare qualunque intervento che possa danneggiare o compromettere questo istituto. Alcune norme di vantaggio rispetto ad altre *Lebensformen* possono essere anche ammissibili, ma, affermano i giudici, non in base all'art. 6 GG, *Abs.* 1 e nei limiti in cui la differenziazione introdotta appaia ragionevole ai sensi dell'art. 3, *Abs.* 1.

In definitiva, quindi, nel caso esaminato, il Tribunale afferma che siccome le situazioni sono comparabili e la differenziazione è irragionevole, di per sé il semplice rinvio al compito di difesa del matrimonio non giustifica nessuna differenza (91).

Non c'è dunque nessun conflitto tra art. 3 e art. 6 GG. Il primo trova applicazione senza che possa constatarsi un'incompatibilità con la particolare tutela che l'ordine statale deve riconoscere al matrimonio. Il potere dello stato di ottemperare al suo dovere di proteggere il matrimonio e di renderlo effettivo resta, infatti, totalmente inalterato davanti alla domanda del terzo che vanta una valida aspettativa di un trattamento uguale (*Gleichbehandlungsansprüche*).

5. Da ultimo appare interesse la decisione di gennaio 2011 in materia di transessualismo. Nella sent. n. 138 del 2010, la Corte costituzionale italiana, infatti, distingue il caso di un

transessuale che, una volta cambiato sesso, può contrarre matrimonio da quella di un omosessuale affermando che la «condizione» di un transessuale è «del tutto differente da quella omosessuale». Perché un transessuale possa avere il diritto di contrarre matrimonio è necessario, infatti, secondo la legge italiana, richiamata al *Cons. in dir.* 9 dalla Corte costituzionale, un intervento chirurgico. Era così anche in Germania e la cosa valeva anche in materia di *eingetragene Lebenspartnerschaft* nel caso, opposto, in cui si fosse voluta contrarre un'unione civile con una persona che, ovviamente, prima dell'operazione, era di un altro sesso. Ora qualcosa è cambiato.

Prima di entrare nel merito della decisione del 2011, è opportuno ricordare che una prima eccezione alla rigidità della garanzia di istituto così come ribadita anche nel 2002 per cui il matrimonio sarebbe solo l'unione tra uomo e donna si era avuta già, in un primo tempo, nel maggio del 2008 (BVerfG, 1 BvL 10/05). In questo *Beschluss*, non avente ad oggetto direttamente o indirettamente la materia delle unioni civili registrate, il *Bundesverfassungsgericht* ha avuto modo, infatti, di giudicare incostituzionali quelle norme del *Transsexuellengesetz* che imponevano, come condizione per poter registrare l'avvenuto cambiamento di sesso, il celibato o il nubilato perché altrimenti sarebbe risultato che due persone dello stesso sesso erano sposate. Con questa pronuncia, il *BVerfG* ha imposto al legislatore, dunque, pur lasciando ampio margine alla sua discrezionalità sul come recepire la decisione, di eliminare nella sua assolutezza questo principio ammettendo, collateralmente, che un matrimonio potesse continuare a sussistere tra persone (ormai) dello stesso sesso. In questo modo, il Tribunale ha sicuramente indebolito le fondamenta del ragionamento del proprio precedente del 2002, erodendo i confini della garanzia di istituto.

Il punto più alto di questo processo di erosione tuttora in corso appare, tuttavia, per ora in tutta la sua evidenza nel *Beschluss* del gennaio 2011. Quest'ultima decisione del Tribunale tedesco è particolarmente interessante infatti perché, sia pur restando circoscritta al campo del transessualismo, introduce un ulteriore elemento di complessità, arricchendo la giurisprudenza in materia di *Lebenspartnerschaft* di un ulteriore tassello capace di scardinare la rigidità delle condizioni iniziali costruite sulle fragili basi di una garanzia di istituto. In questo caso – che si differenzia per questo notevolmente dal quello del 2008 a cui si è fatto un breve riferimento – non si trattava di dare la possibilità di mantenere i diritti acquisiti in precedenza contraendo un matrimonio, ma di aprire *ex novo* l'istituto delle unioni civili registrate a persone fenotipicamente di sesso diverso.

Il pronunciamento è scaturito proprio da una *Verfassungsbeschwerde* di un transessuale che aveva optato, ai sensi della legge tedesca sul transessualismo, per la c.d. «*kleine Lösung*» in ragione della quale è possibile, in seguito ad alcuni accertamenti, ma senza operazione chirurgica, cambiare comunque nome e prenderne uno che corrisponda al proprio orientamento sessuale. La decisione appare particolarmente significativa perché, dichiarando incostituzionale il *Transsexuellengesetz* nella parte in cui di fatto imponeva l'operazione chirurgica per poter registrare una eventuale unione omosessuale, il *BVerfG* ha aperto alla possibilità, sia pur eccezionale, che questo istituto sia utilizzabile anche tra persone di sesso fenotipicamente diverso.

Il ricorrente, come detto, era rimasto esternamente uomo eccezion fatta per il nome e si era, di conseguenza, visto rifiutare, in un primo momento, la possibilità di legarsi in una *eingetragene Lebenspartnerschaft* con la sua compagna. Egli, infatti, era un uomo che si

sentiva donna e che era attratto dalle altre donne. Non volendo, però, svelare la sua identità, né essere obbligata a procedere ad un'operazione chirurgica piuttosto delicata, che avrebbe potuto comportare serie conseguenze, la donna (anche il *BVerfG* utilizza il femminile) ha ritenuto lesi alcuni suoi diritti tra cui il diritto al libero sviluppo della personalità e all'inviolabilità fisica in connessione il principio della *Menschenwürde*.

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

È interessante notare come questa rappresenti un'altra importante eccezione alla rigidità della dimensione istituzionale così come ribadita anche nella giurisprudenza del 2002. Infatti, nella pronuncia del 2002 il *Lebenspartnerschaftsgesetz* è stato dichiarato conforme al *Grundgesetz* e compatibile con l'art. 6, Abs. 1 GG perché l'unione registrata era un istituto che in nessun caso poteva ritenersi concorrente al matrimonio, in quanto necessario prerequisito era la differenza di sesso. Persone del medesimo sesso non avrebbero potuto contrarre matrimonio, né persone di sesso diverso una *Lebenspartnerschaft*.

Se già con la pronuncia del 2008, questo principio aveva vacillato nella sua absolutezza, adesso sembra aver definitivamente ceduto, mentre, in parallelo, si riducono sempre più anche le altre differenze tra l'*Ehe* e la *Lebenspartnerschaft* come dimostrano le decisioni sul principio di uguaglianza prima descritte. Certo i giudici tengono a precisare che si deve sicuramente tener conto del fatto che la persona in questione deve sentirsi irreversibilmente donna e, inoltre, di orientamento omosessuale, ma non può non notarsi come, in ogni caso, questa decisione sia una chiara ulteriore eccezione rispetto a quei principi che hanno, in particolare nella sentenza del 2002, rappresentato la principale motivazione che ha spinto i giudici a considerare legittimo il *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

Alla luce di queste recenti decisioni, sembra anche di potersi dire che il caso dei transessuali, non è sempre così «differente» da quella degli omosessuali, come è stato invece sostenuto dalla Corte costituzionale italiana.

6. In conclusione, è da rilevare, dunque, nella storia della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* un'importante inversione di tendenza. Se nella prima sentenza ad impugnare la legge sulle unioni civili erano i *Länder* conservatori con il fine di veder dichiarato incostituzionale l'istituto delle *eingetragene Lebenspartnerschaft* e di restringere le posizioni di tutela riconosciute ai singoli, le ultime decisioni, al contrario, sono pronunciate in conseguenza di *Verfassungsbeschwerden* di persone che ritengono violati i loro diritti, in particolare il principio di uguaglianza e la loro dignità, in connessione con il principio del libero sviluppo della personalità, con l'obiettivo opposto di estendere e ampliare le tutele di chi contrae o vuole contrarre un'unione civile.

In questo quadro, c'è da dire che, pur non sottovalutando l'importanza dell'iniziale forte negazione di un *Abstandsgebot*, sono comunque da salutare con una certa soddisfazione, rispetto alla rigidità della prima giurisprudenza e ai principi in quella sede delineati, i nuovi significativi sviluppi che hanno ridisegnato, di fatto, i confini della garanzia di istituto che proteggerebbe l'*Ehe*. L'istituto giuridico delle *Lebenspartnerschaft*, infatti, si è

notevolmente evoluto grazie all'interpretazione costituzionale del *Bundesverfassungsgericht* e sta lentamente, da un lato, conquistando una piena equiparazione con il matrimonio, da cui presto potrebbe distinguerlo solo il nome, e, dall'altro, arricchendosi di ulteriori sfaccettature, molto problematiche, che hanno sempre di più come punti di riferimento le pietre angolari del sistema di valori del *Grundgesetz*, ovvero l'art. 1 e l'art. 2 GG.

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Siena.