

Problema
constituționalității
deschiderii căsătoriei
pentru cuplurile de
același sex

Raport de expertiză pentru
Friedrich-Ebert-Stiftung

PD Dr. Friederike Wapler,
Universitatea Frankfurt am Main

**FRIEDRICH
EBERT**
STIFTUNG

Forum Politik
und Gesellschaft

Problema constituționalității deschiderii căsătoriei pentru cuplurile de același sex

Raport de expertiză pentru Friedrich-Ebert-Stiftung

PD Dr. Friederike Wapler,
Universitatea Frankfurt am Main

Cuprins

Cuvânt înainte __ 4

1. Introducere __ 6

Definiții __ 7

2. Evoluția regimului parteneriatului domestic în Germania __ 8

2.1 Decizia Curții Constituționale Federale din anul 1993: căsătoria este comunitatea unor persoane de sex opus __ 8

2.2 Introducerea parteneriatului domestic înregistrat în anul 2001 și schimbările legislative din anul 2005 __ 8

2.3 Egalitatea de tratament între parteneriatul domestic și căsătorie în jurisprudența Curții Constituționale Federale __ 9

2.4 Tratamente inegale persistente și demersuri actuale de reglementare __ 10

3. Comunitățile dintre persoane de sex opus/de același sex în dreptul statelor europene __ 11

4. Comunitățile dintre persoane de același sex în dreptul internațional și european __ 12

4.1 Reglementări legale europene __ 12

4.2 Protecția comunităților dintre persoane de același sex în Convenția Europeană a Drepturilor Omului __ 13

4.3 Comunitățile dintre persoane de același sex în documente internaționale privind drepturile omului __ 14

5. Noțiunea căsătoriei în Constituție __ 15

5.1 Sugestii oferite de istoria apariției art. 6 alin. 1 GG __ 16

5.2 Funcția de model orientativ a căsătoriei și consacarea acestei funcții în Constituție __ 17

- 5.3 Căsătoria ca model orientativ: viziunea constituțională conservatoare vs. cea emancipatoare __ 18
- 5.4 Importanța deosebirii de gen pentru noțiunea constituțională a căsătoriei __ 23
 - Constatări empirice: schimbarea în practică a formelor de conviețuire în Germania __ 23
 - Funcția identică a căsătoriei și a parteneriatului domestic __ 25
 - Căsătoria, forma cea mai de încredere pentru educația copilului? __ 26
 - Alte interese publice față de căsătorie __ 28
 - Gen, identitate de gen, orientare sexuală – categorii fluctuante __ 29
 - Argumentul de drept comparativ __ 30

6. Deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex sub aspectul egalității de tratament (Art. 3 alin. 1 GG) __ 31

7. Posibilități și recomandări de acțiune __ 33

- 7.1 Contururile unei noțiuni plurivalente a căsătoriei __ 33
- 7.2 Deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex – căi de realizare __ 34
 - Definiția căsătoriei – o comunitate de viață de durată, încheiată între două persoane de același sex sau de sex opus __ 35
 - Abrogarea parteneriatului domestic și reglementări tranzitorii __ 35
 - Alte modificări necesare __ 36

8. Concluzii __ 37

Bibliografie __ 39

Abrevieri __ 42

Cuvânt înainte

Din fericire, în zilele noastre nimeni nu mai este obligat să se căsătorească. Unii însă își doresc să o facă – iar în prezent nu pot.

Din anul 2001 există Legea parteneriatului domestic, care permite persoanelor de același sex să-și formalizeze relația. Deși în decursul anilor, pe calea ocolită a jurisprudenței a avut loc o apropiere continuă între așa-numitul parteneriat domestic pentru cuplurile de același sex și căsătoria pentru cuplurile heterosexuale, anumite diferențe persistă totuși. Acestea pot fi, pe de-o parte, abordate individual prin intermediul dreptului constituțional, urmând foarte probabil a fi eliminate. Pe de-altă parte, legiuitorul ar putea prelua inițiativa de a face accesibilă căsătoria pentru cuplurile de același sex. Având în vedere misiunea politică de reglementare ce-i revine legiuitorului – și nu Curții Constituționale Federale - această din urmă opțiune ar fi desigur metoda mai potrivită.

Dar în dezbateră privind deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex se tot aude că ar exista probleme de constituționalitate. Este oare posibil ca în cele din urmă legiuitorul nici să nu aibă dreptul de a legifera în această materie? Sau să fie nevoie pentru acest lucru de o majoritate parlamentară aptă să modifice constituția?

De această chestiune se ocupă prezentul raport de expertiză al Dr. Friederike Wapler. Plasând formulările constituționale privind căsătoria într-un context istoric și ținând cont de evoluțiile actuale în dreptul european și de acordurile de drept internațional aplicabile Germaniei, argumentația sa acoperă întreg spectrul juridic relevant. În plus, autoarea așază analiza juridică în contextul cercetărilor sociale empirice pe tema „formelor familiei în Germania”.

Deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex are o relevanță și pentru domeniul „secundare”, aflate în afara sferei constituționale – raportul ține seama și de aceste aspecte. Este vorba în special de reproducerea asistată medical și de regimul adopțiilor.

Legiuitorul ar fi bine sfătuit să ia în calcul reglementări legale inclusiv pentru aceste domenii. În privința regimului adopțiilor pentru cuplurile de același sex, cea mai recentă decizie a Curții Constituționale Federale referitoare la adopția succesivă a indicat deja calea de urmat. În ceea ce privește reproducerea (asistată medical) este însă în continuare nevoie de reglementări fundamentale, atât pentru cuplurile de sex

opus cât și pentru cele de același sex. Este desigur o temă delicată pentru societate, dar trebuie totuși discutată în contextul deschiderii căsătoriei pentru cuplurile de același sex. În lipsa acestei discuții există riscul unei rezistențe semnificative în societate, așa cum s-a întâmplat de pildă în Franța, unde căsătoria pentru cuplurile de același sex a fost deschisă în 2013.

Pornind de la lucrarea de față, la întrebarea fundamentală privind posibilitatea deschiderii de o manieră constituțională a căsătoriei pentru cuplurile de același sex trebuie dat un răspuns clar afirmativ. Da, căsătoria poate fi deschisă – iar în lumina principiului tratamentului egal al situațiilor funcțional egale ea trebuie deschisă!

Susan Javad

Forum Politik und Gesellschaft

1. Introducere

În decizia sa din 4 octombrie 1993, Curtea Constituțională Federală a definit noțiunea constituțională a căsătoriei ca fiind comunitatea dintre un bărbat și o femeie și a negat astfel deschiderea ei pentru cuplurile de același sex. În motivare, instanța a făcut trimitere la tradiția utilizării cuvântului și la accepțiunea cotidiană a căsătoriei. În același timp a subliniat că noțiunile consacrate în Constituție sunt deschise transformărilor sociale și astfel nu s-ar putea exclude pentru totdeauna o modificare a noțiunii căsătoriei din art. 6 alin. 1 GG.¹

La peste 20 de ani de la această decizie pare că se impune o nouă verificare a constituționalității deschiderii căsătoriei pentru cuplurile de același sex, date fiind schimbările considerabile ale raportării sociale și juridice la comunitățile persoanelor de același sex. Introdus în anul 2001 ca relație formalizată între două persoane de același sex, parteneriatul domestic înregistrat este astăzi în general acceptat de societate, fiind tot mai mult asimilat din punct de vedere juridic căsătoriei – nu în ultimul rând deoarece Curtea Constituțională Federală a apreciat că multe tratamente inegale dintre parteneriatul domestic și căsătorie, prevăzute inițial de lege, au reprezentat încălcări ale principiului egalității de tratament și le-a considerat de aceea neconstituționale. Și totuși, căsătoria și parteneriatul domestic nu au nici acum un statut juridic pe deplin egal. Tratamente inegale grave apar în special în regimul adopțiilor și în domeniul reproducerii asistate medical.

În statele europene s-au concretizat diferite modele prin care se permite cuplurilor de același sex o relație formalizată juridic. În timp ce unele țări au creat o instituție juridică separată pentru comunitățile persoanelor de același sex, altele au ales calea de a deschide cuplurilor de același sex chiar căsătoria. Ca reacție la evoluțiile din țările europene, și în științele juridice din Germania unele voci susțin din nou că o contopire a căsătoriei și parteneriatului domestic ar fi legal fezabilă, și politic și social dezirabilă. Pentru deplina egalitate a cuplurilor de același sex și a celor de sex opus, cea mai consecventă cale ar fi într-adevăr contopirea într-o instituție juridică unitară - căsătoria. Împotriva acestei opinii se formulează în continuare obiecții vehemente constituționale și politice.

1 BVerfG NJW 1993, 3058.

Prezentul raport de expertiză analizează situația din Germania din punctul de vedere al dreptului constituțional, ținând seama de dreptul internațional, precum și de aspecte de drept comparat și de situații obiective, relevante juridic. În acest sens, se examinează și marja de acțiune a legiuitorului din perspectiva reglementării legale a conviețuirii persoanelor de același sex. Se va analiza dacă actualul text constituțional permite deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex și dacă este posibil ca o contopire a ambelor tipuri de conviețuire într-o singură instituție juridică să se realizeze prin lege.

Definiții

În cele ce urmează, *căsătoria* desemnează, în concordanță cu reglementările în vigoare, un parteneriat format din două persoane de sex opus. Căsătoria se încheie în baza art. 1303 și urm. BGB și se desface după normele din art. 1313 și urm. BGB.

Instituția formalizată juridic, destinată cuplurilor de același sex este potrivit legilor în vigoare *parteneriatul domestic înregistrat*. Încheierea, forma și dizolvarea acestuia sunt reglementate în Legea parteneriatului domestic (LPartG).

Pe lângă aceste două forme de relație juridic garantată între doi parteneri, există și diferite variante neformalizate ale conviețuirii. Prin *comunitate neconjugală* (concubinaj) se va desemna în cele ce urmează o relație de cuplu neformalizată între doi oameni de sex opus. Din punct de vedere lingvistic, lucrurile nu sunt însă clare. În literatura de specialitate din științele sociale, aceeași noțiune se utilizează și pentru conviețuirea partenerilor de același sex. Această utilizare se poate explica prin normele lingvistice de dinaintea adoptării Legii parteneriatului domestic. Din momentul în care pentru comunitatea persoanelor de același sex există propria instituție garantată juridic a parteneriatului domestic înregistrat, este mai corect să desemnăm parteneriatele neformalizate ca fiind *comunități similare parteneriatului*. În cele ce urmează vom folosi aceste expresii. Ca noțiuni generice pentru comunitatea neconjugală și comunitatea similară parteneriatului vom folosi termeni precum comunitate neformalizată sau cuplu. În măsura în care nu se face o trimitere separată la o altă noțiune, prin comunitate ne vom referi întotdeauna la o relație dintre două persoane.

Noțiuni utilizate

	Cupluri de același sex	Cupluri de sex opus
Comunitate formalizată	Parteneriat domestic înregistrat	Căsătorie
Comunitate neformalizată	Comunitate similară parteneriatului	Comunitate neconjugală

2. Evoluția regimului parteneriatului domestic în Germania

2.1

Decizia Curții Constituționale Federale din anul 1993: căsătoria este comunitatea unor persoane de sex opus

În anul 1993, Curtea Constituțională Federală a afirmat că deosebirea de gen dintre soți este una dintre „caracteristicile marcante ale căsătoriei”². De aceea, partenerii de același sex nu pot solicita oficiului stării civile încheierea căsătoriei. După această decizie, deschiderea căsătoriei ca instituție pentru comunitatea persoanelor de același sex părea inițial de neobținut. Totuși, Curtea Constituțională Federală a sugerat în decizie că legiuitorul ar putea da și partenerilor de același sex posibilitatea de a-și proteja juridic parteneriatul, doar că nu sub forma căsătoriei.³

2.2

Introducerea parteneriatului domestic înregistrat în anul 2001 și schimbările legislative din anul 2005

Această definiție categorică – în orice caz din perspectiva realității sociale din primii ani 1990 – a noțiunii constituționale a căsătoriei a generat, după o dezbatere politică de mai mulți ani, în anul 2001 o formă proprie de parteneriat protejat juridic pentru cuplurile de același sex: parteneriatul domestic înregistrat, reglementat până azi în Legea

2 BVerfG NJW 1993, 3058.

3 BVerfG NJW 1993, 3058 (3059).

parteneriatului domestic.⁴ Anterior, alte state europene au introdus instrumente juridice similare, mai întâi Danemarca la finele anilor 1980, iar ulterior Olanda (1998) și Franța (1999).

În varianta inițială a Legii parteneriatului domestic din Germania, parteneriatul domestic înregistrat era evident inferior căsătoriei, în ceea ce privește drepturile și îndatoririle reciproce ale partenerilor. Lipsesc în special reglementări privind egalitatea de tratament în dreptul fiscal și în cel al funcționarilor, dar și privind adopția copiilor. Acestea nu au putut fi trecute la vremea respectivă prin Bundesrat. După ce Curtea Constituțională Federală a apreciat în anul 2002 că introducerea parteneriatului domestic este constituțională,⁵ a avut loc o armonizare juridică cu căsătoria.⁶ În forma sa revizuită din 2005, Legea parteneriatului domestic permite de la acel moment cuplurilor de același sex adopția copiilor vitregi⁷ (art. 9 alin. 7 LPartG) și îi asimilează soților din perspectiva regimului întreținerii și bunurilor.

2.3

Egalitatea de tratament între parteneriatul domestic și căsătorie în jurisprudența Curții Constituționale Federale

În alte domenii de drept, Curtea Constituțională Federală a fost cea care a avansat apropierea parteneriatului domestic de căsătorie. Într-o serie de decizii de principiu, instanța a impus o egalitate de tratament în dreptul fiscal și în cel al funcționarilor precum și în privința pensiilor de urmași.⁸ În cele din urmă, după o sentință a Curții Constituționale Federale din ianuarie 2013, a fost legalizată inclusiv adopția succesivă⁹ pentru persoanele dintr-un parteneriat domestic înregistrat.¹⁰

-
- 4 Legea privind parteneriatul domestic înregistrat (Legea parteneriatului domestic) din 16.02.2001, BGBl. 2001 I, 266.
 - 5 BVerfGE 105, 313.
 - 6 Legea de revizuire a regimului parteneriatelor domestice din 15.12.2004, BGBl. 2004 I, 3396, în vigoare din 01.01.2005.
 - 7 În cazul adopției copilului vitreg, un soț sau partener adoptă copilul biologic al celuilalt soț sau partener (art. 1741 alin. 2 S. 3 BGB).
 - 8 Cf. BVerfGE 131, 239 (alocația de familie, dar vezi și deciziile premergătoare de respingere BVerfG NJW 2008, 209 și 2325); BVerfGE 124, 199 (pensia ocupațională pentru urmași); BVerfGE 126, 400 (impozitul pe moșteniri și donații); BVerfG FamRZ 2012, 1477 (impozitul pe achiziția de terenuri); BVerfGE 133, 377 (regimul fiscal separat pentru soți - Splitting). Deciziile din sfera fiscală au fost între timp transpuse și în lege, cf. Legea de adaptare a normelor fiscale la jurisprudența Curții Constituționale Federale din 18.07.2014, în vigoare din 24.07.2014, BGBl. 2014 I, 1042.
 - 9 Adopția succesivă înseamnă că mai întâi unul dintre parteneri adoptă un copil, care este adoptat apoi și de celălalt partener, astfel încât ambii parteneri devin părinții adoptivi ai copilului (art. 1742 BGB).
 - 10 BVerfGE 133, 59. Adopția succesivă este între timp reglementată legal, cf. art. 9 alin. 7 LPartG în varianta Legii de transpunere a deciziei Curții Constituționale Federale privind adopția succesivă de către partenerii dintr-un parteneriat domestic din 20.06.2014, BGBl. 2014 I, 786, în vigoare din 27.06.2014.

2.4

Tratamente inegale persistente și demersuri actuale de reglementare

În pofida egalității între timp relativ extinse dintre căsătorie și parteneriat domestic, persistă totuși anumite tratamente inegale, în special din privința conviețuirii dintre persoane de același sex cu copii.¹¹ În continuare, persoanele aflate în parteneriatele domestice înregistrate nu au posibilitatea – pe care soții o au – de a adopta un copil în comun. Această imposibilitate este privită cu rezerve considerabile din punctul de vedere al dreptului constituțional.¹² Din acest motiv s-a cerut legiuitorului să completeze Legea parteneriatului domestic cu dreptul deplin de adopție.¹³ În plus, de mai mult timp se solicită tot mai apăsător o deschidere a căsătoriei pentru cuplurile de același sex, adică de unificare a celor două forme ale comunității formalizate într-o instituție juridică unitară.¹⁴

Instituirea unei astfel de egalități de tratament nu ar elimina doar tratamentele inegale în regimul adopțiilor, ci și pe cele din domeniul reproducerii asistate medical: normele în vigoare interzic accesul cuplurilor de același sex la tehnici medicale de reproducere, cum ar fi inseminarea cu spermă de la donatori.¹⁵ Din punct de vedere al regimului juridic al filiației, copiii concepuți pe calea inseminării de la donator într-un parteneriat domestic se află într-o situație cu mult mai incertă decât cei concepuți astfel în cadrul unei căsătorii, deoarece statutul donatorului nu este reglementat în ceea ce-i privește (cf. art. 1600 alin. 5 BGB, aplicabil doar căsătoriei). Altfel decât soții, partenerii dintr-un parteneriat domestic nu au posibilitatea de a deconta costurile inseminării artificiale prin casa de asigurări medicale (art. 27a SGB V). În cele din urmă, legiuitorul ar putea abroga parteneriatul domestic înregistrat printr-o lege, căsătoria însă nu, aceasta fiind o instituție garantată constituțional la art. 6 alin. 1 GG.

11 Cf. situația din BT-Drs. 18/3031 din 04.11.2014.

12 Cf. doar Brosius-Gersdorf, în: Dreier 2013, Art. 6 nr. marg. 84, 120; Wapler 2010, 132 și urm., cu alte referințe

13 Cf. Proiect de lege al grupului parlamentar Bündnis 90/Die Grünen pentru completarea Legii parteneriatului domestic și altor legi din dreptul adopției, din 19.02.2014, BT-Drs. 18/577; o cerere de control al normelor formulată de Judecătoria Schöneberg, prin care Curtea Constituțională Federală era chemată să se pronunțe pe marginea actualei interziceri a dreptului de adopție pentru partenerii domestici, a fost respinsă în ianuarie 2014 ca neadmisibilă din cauza motivării neconcludente, cf. BVerfG, Hotărârea din 23.01.2014, nr. dosar 1 BvL 2/13 și 3/13.

14 Cf. Proiect de lege al grupului parlamentar Bündnis 90/Die Grünen din 30.06.2009, BT-Drs. 16/13596; BR-Drs. 196/13; Moțiunea grupului parlamentar SPD „Dreptul la încheierea căsătoriei trebuie acordat și cuplurilor de același sex” din 14.12.2011, BT-Drs. 17/8155; în literatura juridică de specialitate vezi și Möller 2005, 70; Hoppe 2009, 1519; Beck 2010, 225 și urm.; Grünberger 2010, 208; Bömelburg 2012, 2758; Brosius-Gersdorf, în: Dreier 2013, Art. 6 nr. marg. 81, 83; și 2013, 171 urm.; Rixen 2013, 873; Sanders 2013, 2239.

15 Cf. Bundesärztekammer 2006, A 1395.

3. Comunitățile dintre persoane de sex opus/de același sex în dreptul statelor europene

În Europa există la momentul actual o multitudine de reglementări diferite privind parteneriatul cuplurilor de același sex. Nu există o instituție juridică formalizată în Grecia, Letonia, Polonia și Slovacia.¹⁶ O soluție duală cu o instituție separată pentru cuplurile de același sex există în diverse configurații în 21 de state europene.¹⁷ În schimb, Olanda a deschis căsătoria pentru partenerii de același sex încă din 2001. Acest model se bucură în ultimii ani de tot mai multă popularitate, inclusiv în acele țări care au creat o instituție juridică separată pentru comunitatea dintre persoane de același sex.

În afară de Olanda, căsătoria este deschisă atât cuplurilor de sex opus cât și celor de același sex în Belgia (2003), Spania (2005), Norvegia (2009), Suedia (2009), Portugalia (2010), Islanda (2010), Danemarca (2012), Franța (2013) precum și Anglia și Țara Galilor (2014).¹⁸ În unele țări, există pe lângă căsătorie în continuare și posibilitatea parteneriatului înregistrat (de exemplu în Franța, aici acest instrument se află și la dispoziția cuplurilor heterosexuale). Altele au abrogat regimul special pentru cuplurile de același sex (de ex. Suedia și Danemarca). În aceste țări nu mai există decât o singură instituție formalizată, destinată ambelor tipuri de cuplu: căsătoria.

16 Benedict 2013, 484, notă subs. 68.

17 Cf. situația prezentată la Richter 2014, 305 urm.

18 Cf. situația prezentată la Benedict 2013, 484; Richter 2014, 304 urm. După finalizarea prezentului raport de expertiză, și Irlanda a decis la 22 mai 2015 prin referendum deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex.

4. Comunitățile dintre persoane de același sex în dreptul internațional și european

4.1

Reglementări legale europene

În dreptul Uniunii Europene nu se găsesc mai deloc norme de reglementare nemijlocită a căsătoriei, întrucât căsătoria și familia nu intră în aria de competență a Uniunii. O excepție este art. 9 din Carta drepturilor fundamentale a UE (GrCh), care garantează libertatea căsătoriei. Art. 9 GrCh nu conține în textul său condiții privind genul soților, ci încredințează această reglementare statelor membre.¹⁹ Art. 9 GrCh este astfel deschis unor ordini de drept în care căsătoria este accesibilă atât persoanelor de sex opus cât și celor de sex diferit, dar nu obligă statele membre să adopte un asemenea model.²⁰ Un efect indirect asupra reglementării căsătoriei și familiei îl are art. 21 GrCh, care conține o interdicție generală a discriminării inclusiv pe motive de orientare sexuală.²¹ O astfel de interdicție a discriminării este prevăzută și la art. 19 AEUV, UE fiind astfel înzestrată și cu competența de a lua măsurile adecvate pentru combaterea acestor tipuri de discriminare.

În mult comentata Decizie Maruko din anul 2008, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (EuGH) a considerat că dacă persoanele dintr-un parteneriat domestic nu pot beneficia de efectele reglementărilor privind pensia de urmași destinate soților, aceasta este o

19 Art. 9 GrCh: „Dreptul la căsătorie și dreptul de a întemeia o familie sunt garantate în conformitate cu legile interne care reglementează exercitarea acestor drepturi”.

20 Cf. Richter 2014, 311.

21 Art. 21 alin. 1 GrCh: „Se interzice discriminarea de orice fel, bazată pe motive precum sexul, rasa, culoarea, originea etnică sau socială, caracteristicile genetice, limba, religia sau convingerile, opiniile politice sau de orice altă natură, apartenența la o minoritate națională, averea, nașterea, un handicap, vârsta sau orientarea sexuală.”

discriminare a primilor în raport cu cei din urmă.²² Prin această decizie, EuGH a exercitat o influență semnificativă asupra jurisprudenței Curții Constituționale Federale, care de câțiva ani aplică la rândul ei criteriul egalității în drepturi (Art. 3 GG) atunci când judecă raporturile dintre parteneriatul domestic și căsătoria (vezi cap. 6).

4.2

Protecția comunităților dintre persoane de același sex în Convenția Europeană a Drepturilor Omului

Potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului (EGMR), inclusiv Convenția Europeană a Drepturilor Omului (EMRK) conține norme de protecție a comunității cuplurilor de același sex. Un punct de pornire este art. 8 EMRK, care stipulează un drept universal la respectarea vieții private și de familie.²³ Comunitățile cuplurilor de același sex intră în viziunea jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului sub protecția acestei norme.²⁴ În plus, Curtea Europeană a Drepturilor Omului recunoaște și posibilitatea ca o comunitate dintre persoane de același sex să fie discriminată în raport cu căsătoria pe motiv de orientare sexuală a partenerilor. Interdicția generală a discriminării din art. 14 EMRK nu conține acest criteriu; dar Curtea subsumează orientarea sexuală noțiunii de orice altă situație în sensul art. 14 EMRK.²⁵ În aprecierea unui tratament inegal, Curtea aplică criteriul analizei funcționale: indiferent de modul în care statele semnatare reglementează comunitățile dintre persoane de același sex sau de sex opus, trebuie verificat dacă în speța concretă acestea îndeplinesc aceeași funcție, de exemplu asumarea de responsabilități reciproce și solidaritatea.²⁶

În privința noțiunii căsătoriei, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat în anii trecuți o schimbare a percepției și a ținut cont de aceasta în interpretarea dată art. 12 EMRK, în care se reglementează încheierea căsătoriei.²⁷ În timp ce până în anii 1990, Curtea considera sexul diferit al soților o caracteristică obligatorie a căsătoriei²⁸, astăzi ea

22 EuGH, 01.04.2008, C 267/06 – Maruko; vezi decizii comparabile EuGH, 10.05.2011, C 147/08 – Römer/Hamburg; EuGH, 06.12.2012, C 124, 125, 143/11 – Dittrich, Klinke und Müller. În detaliu pe această jurisprudență Richter 2014, 318 și urm.; în special pentru Maruko vezi și Grünberger 2010, 203 și urm.

23 Art 8 EMRK: (1) Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale. (2) Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acesta este prevăzut de lege și constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora.

24 EGMR, 24.07.2003, nr. dosar 40016/98 – Karen/Österreich.

25 EGMR, 26.02.2002, nr. dosar 36515/97 – Fretté/France; EGMR, 22.01.2008, nr. dosar 43546/02 – E.B./France.

26 Cf. Richter 2014, 320.

27 Art. 12 EMRK: „Începând cu vârsta stabilită prin lege, bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie conform legislației naționale ce reglementează exercitarea acestui drept.”

28 EGMR, 17.10.1986, nr. dosar 9532/81 – Rees/UK; EGMR, 27.09.1990, nr. dosar 10843/84 – Cossey/UK.14

interpretează noțiunea căsătoriei în sens mai larg: potrivit noii sale jurisprudențe, deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex este compatibilă cu EMRK și ține ca atare de competența statelor semnatare.²⁹

4.3

Comunitățile dintre persoane de același sex în documente internaționale privind drepturile omului

În discursul internațional referitor la drepturile omului nu se mai tăgăduiește astăzi că discriminarea de gen reprezintă o încălcare a drepturilor omului.³⁰ În schimb, orientarea sexuală nu este menționată explicit ca motiv de discriminare decât în reglementările UE citate. De aceea, în dezbateră internațională privind drepturile omului se pune problema dacă discriminarea pe motiv de orientare sexuală nu cumva este în cele din urmă o variantă a discriminării de gen – o discuție pe care nu o putem aprofunda aici.³¹ În interpretarea lor actuală, documentele internaționale din domeniul drepturilor omului nu garantează un drept la căsătorie pentru cuplurile de același sex. Instanțele internaționale și comisiile de drepturi ale omului văd alături de Curtea Europeană a Drepturilor Omului o marjă de reglementare a statelor. Deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex nu este așadar obligatorie după standardele dreptului internațional, dar este admisibilă.³²

29 EGMR, 24.06.2010, nr. dosar 30141/04 – Schalk & Kopf/Österreich, NJW 2011, 1421; EGMR, 16.07.2014, nr. dosar 37359/09 – Härmäläinen/Finnland. Comentariu critic pe această jurisprudență: Wiemann 2010.

30 Cf. Chebout 2014, 136 cu referințe

31 Cf. situația prezentată la Chebout 2014, 136 și urm.; in extenso Adamietz 2011.

32 Cf. Chebout 2014, 145.

5. Noțiunea căsătoriei în Constituție

Dreptul constituțional german are particularitatea că art. 6 alin. 1 GG acordă și căsătoriei, alături de familie, „protecția specială a statului”.³³ Prin căsătorie se înțelege în accepțiunea tradițională, dar astăzi contestată, o comunitate de viață încheiată pe termen lung între o femeie și un bărbat, potrivit normelor juridice prevăzute în acest scop (art. 1303 și urm. BGB). Noțiunea de familie desemnează în schimb comunitatea dintre părinți și copii, indiferent dacă părinții sunt sau nu căsătoriți.³⁴ Din această perspectivă, parteneriatul domestic nu este considerat o căsătorie ce beneficiază de protecția specială constituțională, ci altceva, un aliud. El este recunoscut și protejat - de o manieră semnificativă, dar totuși inferioară celei de care se bucură căsătoria - doar prin intermediul drepturilor generale ale personalității de care dispun persoanele dintr-un parteneriat domestic (Art. 2 alin. 1 coroborat cu art. 1 alin. 1 GG). În măsura în care în cadrul său nu există copii - iar acesta este cazul în nouă din zece situații³⁵ - parteneriatul domestic nu beneficiază nici de protecția specială de care are parte familia.

În timp ce căsătoria și parteneriatul domestic au ajuns între timp la un statut în mare parte egal la nivel de lege simplă, Curtea Constituțională Federală și o mare parte din literatura de drept constituțional păstrează statutul juridic gradual, în măsura în care formula „protecție specială” se aplică în continuare doar căsătoriei. La nivelul dreptului constituțional, căsătoria se bucură așadar de un prestigiu mai ridicat decât parteneriatul domestic înregistrat, astfel că în condițiile existenței în paralel a celor două instituții, o egalitate completă nu poate fi obținută cel puțin la acest nivel simbolic.³⁶ Disputa pe marginea întrebării dacă legea fundamentală permite deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex are astfel o importanță semnificativă în dreptul constituțional, deși căsătoria și parteneriatul domestic sunt tratate în mare parte egal la nivelul legilor simple.

33 Art. 6 alin. 1 GG: „Căsătoria și familia se bucură de protecția specială a statului.”

34 Cf. BVerfGE 10, 59 (66): „Căsătoria este și pentru Constituție uniunea unui bărbat și a unei femei într-o comunitate de viață în principiu indisolubilă, iar familia este comunitatea cuprinzătoare a părinților și copiilor, în care părinților le revin mai ales drepturi și obligații de îngrijire și educație a copiilor.”

35 Oficiul Federal de Statistică, notă din 20.02.2013, www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Bevoelkerung/Lebenspartnerschaft.html.

36 Cf. Möller 2005, 71; Richter 2014, 303.

Posibilitatea de a deschide instituția căsătoriei pentru comunitatea dintre persoane de același sex, de a pune capăt paralelismului căsătoriei și parteneriatului domestic înregistrat și de a obține astfel un statut pe deplin egal al cuplurilor de același sex și al celor de sex opus, depinde în mod decisiv de modul în care este interpretată noțiunea căsătoriei din art. 6 alin. 1 GG. În cazul în care căsătoria ar fi limitată deja ca noțiune la comunitatea unor parteneri de sex opus, ea nu va putea sta niciodată la dispoziția cuplurilor de același sex. Dacă s-ar dori așadar contopirea căsătoriei și parteneriatului domestic într-o instituție juridică unitară, s-ar impune astfel revizuirea Constituției. Dacă noțiunea constituțională a căsătoriei ar putea fi însă privită ca una deschisă pluralității formelor de conviețuire (formalizată), legiuitorul ar avea astfel o marjă de acțiune pentru a reglementa unitar cele două instituții, la nivel de legislație. Problema esențială în acest context este așadar dacă deosebirea de gen a partenerilor trebuie considerată o caracteristică obligatorie a noțiunii constituționale a căsătoriei sau dacă noțiunea este determinată de alte condiții.

5.1

Sugestii oferite de istoria apariției art. 6 alin. 1 GG

În materialul documentar privitor la Constituție nu apare nimic despre regimul genurilor în căsătorie. Trebuie pornit însă de la faptul că membrii Consiliului Parlamentar din 1948/49, însărcinat cu elaborarea Constituției, nu au luat serios în calcul posibilitatea unei căsătorii între persoane de același sex. Nu doar că la acea vreme relațiile homosexuale între bărbați erau încă incriminate,³⁷ dar regimul familiei din Codul Civil prevedea o ierarhie patriarhală a sexelor, cu roluri de gen clar atribuite prin normele juridice: în dispute, soțul avea unicul drept să decidă (art. 1354 BGB).³⁸ Femeia avea doar obligația legală de a conduce gospodăria și de a-l ajuta eventual pe soț în activitatea acestuia (art. 1356 BGB).³⁹

Nu este deci de mirare că la discuțiile despre căsătorie și familie din Consiliul Parlamentar s-a presupus tacit că prin căsătorie nu se putea înțelege altceva decât comunitatea dintre bărbat și femeie.⁴⁰

37 Art. 175 StGB în varianta în vigoare în 1949: „(1) Bărbatul care practică relații sexuale depravate cu un alt bărbat, sau permite aceluia să-l abuzeze în acest scop va fi pedepsit cu închisoarea. (2) În cazul unei persoane implicate, care la data faptei nu împlinise încă 21 de ani, instanța poate să renunțe la pedeapsă, în situații de o gravitate extrem de redusă.” (Legea din 28.06.1935, RGBl. 1935 I, 839).

38 Art. 1354 BGB în varianta de până în 1958 (abrogat de atunci): „(1) Bărbatului îi revine să decidă în toate aspectele privitoare la viața conjugală comună; el va hotărî mai ales asupra domiciliului și locuinței. (2) Femeia nu este obligată să dea curs deciziei bărbatului, dacă decizia este abuz vădit al dreptului său.”

39 Art. 1356 BGB în varianta de până în 1958: „(1) Femeia este, independent de prevederile art. 1354, îndrituită și obligată să conducă gospodăria comună. (2) Femeia este obligată să presteze munci în gospodărie și în cadrul activității bărbatului, în măsura în care o astfel de activitate este uzuală pentru împrejurările în care trăiesc soții.”

40 În acest sens Möller 2005, 66 urm.

5.2

Funcția de model orientativ a căsătoriei și consacarea acestei funcții în Constituție

Protecția acordată căsătoriei prin art. 6 alin. 1 GG comportă potrivit interpretării actuale general recunoscute trei dimensiuni: o libertate fundamentală, o garanție instituțională și o normă principială axiologică.⁴¹ Libertatea fundamentală cuprinde cu precădere libertatea încheierii căsătoriei și libertatea configurării acesteia (libertatea de înființare și configurare).⁴² Libertatea încheierii căsătoriei este însă restrânsă de limitele instituției căsătoriei: o căsătorie poate fi încheiată doar de persoanele care se încadrează în categoriile prevăzute de legislație. Astfel, în Germania nu este posibil ca o căsătorie să se încheie de către trei sau mai multe persoane (art. 1306 BGB). De asemenea este interzisă căsătoria între frați (art. 1307 BGB). Deosebirea de gen a soților este presupusă implicit de normele Codului Civil, deoarece decurge în accepțiunea tradițională chiar din noțiunea căsătoriei. În acest sens, garanția instituțională a căsătoriei restrânge libertatea individuală de încheiere a căsătoriei: ea garantează pe de-o parte existența căsătoriei ca ofertă de protecție juridică a unei relații de cuplu, având pentru persoanele ce doresc și pot să se folosească de această ofertă o funcție de garantare a libertății. Pe de-altă parte, de ea se leagă și o mare putere de definire a ceea ce urmează să beneficieze de protecție specială în calitate de „căsătorie” și a formelor de conviețuire excluse de la această protecție. Din acest punct de vedere, noțiunea constituțională a căsătoriei se bazează pe un model orientativ normativ; iar întrebarea decisivă este dacă și în ce măsură acest model orientativ este susceptibil de schimbare sau este un element fundamental imuabil al interpretării Constituției.

În determinarea acestui model orientativ, al treilea aspect al normei principiale axiologice joacă evident un rol. Constituția nu menționează valorile pe care le întrușipează sau pe care le-ar dori realizate în societate. De aceea, valoarea intrinsecă a drepturilor fundamentale este un excelent prilej de dispută. Altfel spus, recunoașterea unei dimensiuni axiologice a drepturilor fundamentale ascunde pericolul ca noțiunile din Constituție să fie înzestrate cu semnificații ce ar decurge cvasi din dreptul natural sau s-ar deduce metafizic, dar care izvorăsc nu din Constituție însăși, ci din diferitele preconcepții ale celor ce le interpretează. Asupra acestui aspect va trebui să revenim.

În cele ce urmează va fi abordată mai întâi problema metodică mai abstractă, anume dacă noțiunea constituțională a căsătoriei se poate modifica sau are anumite caracteristici definitorii imuabile pentru esența sa (5.3). Această chestiune fundamentală a posibilităților și limitelor transformării constituționale nu poate fi abordată decât succint în cadrul acestui raport de expertiză, dar este indispensabilă înțelegerii materiei.⁴³ Apoi vom analiza dacă modelul orientativ al căsătoriei s-a modificat semnificativ de la momentul deciziei Curții Constituționale Federale din 1993,

41 Cf. Steiner 2011, nr. marg. 6.

42 Cf. Brosius-Gersdorf, în: Dreier 2013, Art. 6 nr. marg. 115 și urm.

43 Cf. situația dezbaterilor prezentată la Böhm 2014, 219 urm.

în special dacă deosebirea de gen trebuie considerată în continuare necesară pentru noțiunea căsătoriei (5.4). După unele considerații privind încadrarea din perspectiva egalității de tratament a modelului dual al căsătoriei și parteneriatului domestic înregistrat (6) vom analiza în final ce posibilități oferă constituția legiuitorului pentru a modifica prin legislație instituția căsătoriei, punând astfel în mod necesar și amprenta pe modelul orientativ al căsătoriei (7).

5.3

Căsătoria ca model orientativ: viziunea constituțională

conservatoare vs. cea emancipatoare

Încă din anii 1950, Curtea Constituțională Federală și-a folosit cu precădere și în dese rânduri forța jurisprudențială în sfera familiei și căsătoriei, pentru a determina potențialul emancipator al Constituției. Mai ales egalitatea de gen în dreptul căsătoriei, astăzi în cea mai mare parte realizată, poate fi pusă pe seama jurisprudenței sale.⁴⁴ Instanța a arătat permanent că drepturile egale prevăzute de art. 3 GG nu pot fi abrogate prin considerente de drept cvasi natural privind natura căsătoriei sau referitoare la prezumtive diferențe naturale dintre genuri. Curtea s-a arătat până în prezent mai puțin deschisă în privința deosebirii de gen a soților, pe care o consideră în continuare o caracteristică definitorie a noțiunii constituționale a căsătoriei.⁴⁵ Parteneriatul domestic înregistrat nu ar putea fi astfel decât un aliud al căsătoriei. Această accepțiune este larg împărtășită de literatura de drept constituțional.⁴⁶

În deja menționata decizie din 1993, instanța a păstrat totuși o porțiță de introducere a transformării constituționale. Doar pentru speța în cauză, ea constată că instituția căsătoriei este definită în continuare în mod esențial de deosebirea de gen a partenerilor. În continuare, ea arată:

„În plângerea constituțională nu sunt aduse în discuție aspecte esențiale noi, care să dea prilej de reconsiderare a jurisprudenței [constituționale de până în prezent, FW]. Cu precădere nu se pot discerne elemente suficiente pentru o transformare fundamentală a accepțiunii căsătoriei, în sensul în care deosebirea de gen nu ar mai avea o importanță definitorie.”

Este important de observat că aici Curtea Constituțională Federală nu aduce sub nicio formă ca argument textul articolului, care reprezintă limitele interpretării posibile. Considerente sale se bazează mai curând pe ideea că noțiunea constituțională a căsătoriei este definită de un model orientativ, a cărui origine se află evident în afara

44 Vezi Wapler 2014, 63 și urm.

45 Jurisprudența curentă a Curții Constituționale Federale, cf. BVerfGE 10, 59 (66); 29, 166 (176); 36, 146 (162); 49, 286 (300); 53, 224 (245); 62, 323 (330); 87, 234; BVerfG NJW 1993, 3058; BVerfGE 105, 313 (354 urm.).

46 Cf. Pauly 1997, 1955; Burgi 2000, 491; Scholz & Uhle 2001, 393; Robbers 2001, 779 și urm.; idem., în: von Mangoldt, Klein & Starck 2010, Art. 6 GG nr. marg. 45; Di Fabio 2003, 953; Steiner 2011, nr. marg. 9.

Constituției. Se sugerează apoi că acest model orientativ se poate transforma, fapt care ar avea efecte asupra noțiunii constituționale a căsătoriei. Potrivit acestei jurisprudențe, căsătoria ar putea fi deschisă așadar cuplurilor de același sex, dacă s-ar constata o transformare socială a accepțiunii căsătoriei. Altfel spus: căsătoria este înțeleasă ca o comunitate socială pre- sau extrajuridică, ale cărei caracteristici nu decurg din însăși Constituție, ci din contururile acestei comunități sociale pre- sau extrajuridice. Dacă se modifică realitățile sociale, atunci pe cale de consecință se poate modifica și noțiunea constituțională. Curtea Constituțională Federală este consecventă în această abordare cu propria sa jurisprudență, care recunoaște influența transformărilor sociale și a formării opiniei în societate asupra interpretării Constituției.⁴⁷

Acestor elemente li se opune în dreptul constituțional o opinie, care acordă tocmai garanțiilor instituționale din Constituție o semnificație de conservare, rezistentă la transformările sociale.⁴⁸ Actualii adepți ai unei noțiuni foarte tradiționaliste și astfel restrictive a căsătoriei nu invocă faptul că modelul orientativ social se cramponează de deosebirea de gen a soților, ci recunosc acceptarea largă a comunităților de viață dintre persoanele de același sex.⁴⁹ În schimb, ei insistă că accepțiunea socială a ceea ce este esența căsătoriei - supusă schimbărilor sociale - este irelevantă pentru interpretarea în dreptul constituțional.⁵⁰ Important ar fi în schimb să se păstreze funcția specială a căsătoriei.⁵¹ Pentru a asigura această protecție, garanția instituțională stabilește legiuitorului limite de reglementare, exercitând rezistență față de transformarea fără opreliști a societății și față de spiritul momentului.⁵² Garanția instituției căsătoriei devine astfel o garanție a unui anumit model orientativ al căsătoriei. Această „garanție a modelului orientativ” este parafrazată în literatură astfel:

„În numele deplinătății funcțiilor căsătoriei și familiei, ea [garanția modelului orientativ, FW] protejează căsătoria și familia ca formă. Prin condiționarea protecției funcției cu forma, ea este o decizie de drept constituțional independentă de alte justificări și contracarează astfel contramodelurile politico-sociale și dinamica practicilor sociale, ce pun sub semnul întrebării adecvarea modelului orientativ și ar putea considera alte modele ca fiind la fel de potrivite.”⁵³

47 Cf. doar cu titlu de exemplu modificarea jurisprudenței privind pensiile de văduv/ă în BVerfGE 17, 1 (12 urm.), în BVerfGE 39, 148 (155); pentru sfera din afara căsătoriei și familiei vezi situația prezentată la Böhm 2014, 221 urm.

48 Cf. doar Hillgruber 2010, 42; Krings 2011, 26 urm.

49 Cf. Germann 2014, 259.

50 Cf. Burgi 2000, 508: „Prin art. 6 alin. 1 GG, [constituția, FW] manifestă încredere în forța factuală a normativului și ignoră din acest punct de vedere prezumtiva forță normativă a factualului.” Vezi și Würtenberger 1987, 228; Robbers, în: von Mangoldt, Klein & Starck 2010, Art. 6 nr. marg. 17.

51 Cf. Robbers, în: von Mangoldt, Klein & Starck 2010, Art. 6 nr. marg. 31; Badura, în: Maunz & Dürig 2014, Art. 6 nr. marg. 38.

52 Cf. Badura, în: Maunz & Dürig 2014, Art. 6 nr. marg. 38, 39a; Pauly 1997, 1955.

53 Germann 2014, 271 urm., sublinierea raportorului. Similar Badura, în: Maunz & Dürig 2014, Art. 6 nr. marg. 32a; Hillgruber 2010, 42.

Problematic la această abordare metodică este că legea fundamentală nu conține elemente de indicare a modelului orientativ al căsătoriei, aflat la baza noțiunii din art. 6 alin. 1 GG. Deosebirea de gen a soților, presupusă cu mare naturalețe de adepții acestei viziuni ca fiind caracteristica definitorie, devine astfel un simplu postulat, al cărui temei nu poate fi căutat decât în afara textului constituțional. Se face deseori trimitere la un model tradițional al căsătoriei, cum probabil că îl aveau în majoritatea lor delegații din Consiliul Parlamentar.⁵⁴ Pentru că acest model orientativ, aflat la baza considerațiilor în Consiliul Parlamentar, nu poate fi dedus nemijlocit din materialul documentar rămas, ci doar din contextul istoric, acest raționament este așezat pe picioare de lut.⁵⁵

În concluzie, putem reține că există un curent semnificativ în dreptul constituțional, care atribuie concepției tradiționale, în special caracteristicii deosebiri de gen, prin vehiculul modelului orientativ rezistent la interpretare și al unor valori prezumat tradiționaliste⁵⁶, un caracter „cvasi de drept natural”⁵⁷. Similitudini cu o asemenea accepțiune istoricistă a căsătoriei se găsesc și în jurisprudența mai veche a Curții Constituționale Federale, în care căsătoria este văzută ca instituție prestatală sau extrajuridică.⁵⁸ Contextul acestor decizii arată că ele pornesc mai puțin de la o realitate socială transformabilă și mai curând de la un caracter imuabil, întemeiat pe dreptul natural, care se sustrage accesului legiuitorului.

Teza privind o imuabilă „esență a orânduirii”⁵⁹ căsătoriei este atacabilă, în măsura în care noțiunea constituțională a căsătoriei a fost supusă transformării încă de la intrarea în vigoare a Constituției.⁶⁰ Modelul orientativ acceptat tacit și impus de normele existente la acea vreme cuprindea în anul 1949 nu doar deosebirea de gen a soților, ci și rolul predominant al bărbatului, o împărțire a rolurilor în funcție de genul soților, caracterul în principiu indisolubil al căsătoriei, care permitea divorțul doar în situații de excepție strictă (principiul vinovăției, art. 1564 și urm. BGB vers. veche), și viziunea căsătoriei ca o comunitate sexuală cu datorii conjugale reciproce (art. 1353 BGB vers. veche).⁶¹

54 Cf. Tettinger 2002, 1146 și urm.; Uhle, în: Epping & Hillgruber 2014, Art. 6 nr. marg. 4.

55 În acest sens Möller 2005, 67.

56 Cf. Hillgruber 2010, 42; Gade & Thiele 2013, 143.

57 Rixen 2013, 867. Rixen desemnează această accepțiune constituțională una „katehontic-conservatoare”, loc cit., 868. Vezi și critica la Coester-Waltjen, în: von Münch & Kunig 2012, Art. 6 nr. marg. 3 („pietrificarea instituțiilor”), și Hwang 2014, 137 („Opțiuni pentru statu-quo-ul social”).

58 „Prestatal”: BVerfGE 29, 166 (176); BVerfGE 62, 323 (331); „extrajuridic”: BVerfGE 6, 55 (82); BVerfGE 10, 59 (66); BVerfGE 36, 146 (162); BVerfGE 80, 81 (92). Vezi pentru elementele de conservare a căsătoriei în jurisprudența BVerfG și Richter 2014, 325.

59 Germann 2014, 266; von Coelln, în: Sachs 2014, Art. 6 nr. marg. 31.

60 Cf. și situația instructivă la Böhm 2014, 215 urm.; vezi și Wapler 2014, 63 și urm.

61 Cf. și Sentința BGH NJW 1967, 1078, în care s-a stipulat că raportul sexual periodic, nu doar tolerat fără implicare, face parte din datorii conjugale (în acest caz ale femeii). Vezi și BVerfGE 53, 224 (250): „realizarea autentică a comunității conjugale” ca premisă a unei căsătorii valabile.

Astăzi în schimb este considerat firesc că soții au drepturi egale⁶² și că modul în care își configurează viața conjugală este problema lor personală.⁶³ Prin înlocuirea în dreptul divorțului a principiului vinovăției cu cel al destrămării în anul 1976 a fost abandonat în esență și caracterul indisolubil al căsătoriei,⁶⁴ nemaifiind azi nevoie pentru desfacerea căsătoriei de motive deosebit de grave și verificabile în justiție. Este nevoie doar ca unul dintre soți să fie convins de eșuarea căsătoriei. Având în vedere această transformare semnificativă și fundamentală a noțiunii juridice a căsătoriei de la intrarea în vigoare a Constituției, nu se poate constata astfel o imuabilă esență a căsătoriei.⁶⁵

Curtea Constituțională Federală tinde și ea în jurisprudența sa de dată mai recentă înspre convingerea că percepția socială - reală sau presupusă - a Consiliului Parlamentar nu poate determina interpretarea actuală a Constituției. În decizia sa privind adopția succesivă, instanța a analizat în detaliu dacă statutul parental al cuplurilor de același sex nu poate fi recunoscut în dreptul constituțional pur și simplu deoarece membrii Consiliului Parlamentar ar fi presupus tacit că părinții unui copil nu pot fi decât un bărbat și o femeie. Instanța a dat un răspuns negativ, respingând astfel clar argumentația bazată pe tradiție:

„Pornind de la incriminarea și respingerea socială a homosexualității la momentul apariției Constituției se poate într-adevăr presupune, că la momentul redactării art. 6 alin. 2 GG legiuitorul se gândea exclusiv la părinți de sex opus. Norma însă nu prevede o opoziție conștientă față de recunoașterea unor cupluri parentale de același sex; o asemenea situație se afla în afara orizontului de percepție de la acel moment. Altfel decât astăzi, la vremea respectivă nu se putea stabili sub nicio formă prin legislație un statut parental pentru două persoane de același sex. Limitele universului percepțiilor și al accepțiunii istorice a noțiunii au dispărut însă treptat, odată cu schimbarea încadrării juridice a homosexualității. Față de situația de la momentul intrării în vigoare a Constituției s-au schimbat nu doar normele juridice, ci și atitudinea societății față de relațiile dintre persoane de același sex și față de viața cuplurilor de același sex. A privi astăzi două persoane de același sex ca pe un cuplu parental nu se mai împiedică de faptul că perechilor de același sex le-ar fi oricum refuzată îndreptățirea legală și recunoașterea parteneriatului.”⁶⁶

62 Pentru abrogarea întăietății bărbatului în luarea deciziilor vezi Legea drepturilor egale din 18.06.1957, BGBl. 1957 I, 609; BVerfGE 10, 59. Vezi și jurisprudența Curții Constituționale Federale cu privire la inadmisibilitatea unor contracte conjugale strident neechilibrate: BVerfGE 103, 89; BVerfG NJW 2001, 2248. În general referitor la drepturile egale ale soților Robbers, în von Mangoldt, Klein & Starck 2010, Art. 6 GG nr. marg. 76; Steiner 2011, nr. marg. 11.

63 BVerfGE 37, 217 (251); BVerfGE 53, 224 (264 și urm.); BVerfGE 105, 1 (10 urm.); Robbers, în: von Mangoldt, Klein & Starck 2010, Art. 6 GG nr. marg. 73 și urm.; Steiner 2011, nr. marg. 11.

64 Benedict 2013, 479; Rixen 2013, 872.

65 În acest sens Hwang 2014, 145.

66 BVerfGE 133, 59 (79).

Noțiunea constituțională a părinților este interpretată aici dinamic și capătă astfel o deschidere, prin care se poate reacționa la noi evoluții ale societății. Această accepțiune „emancipator-activistă”⁶⁷ are un avantaj enorm: abia când recunoaștem Constituției o asemenea deschidere la interpretare ajungem să judecăm noile evoluții sociale după criterii obiective, întrebând de exemplu în cazul cuplurilor parentale de același sex ce știm de fapt despre evoluția copiilor crescuți de două mame sau doi tați. Trimiterea la o anumită orânduire a unei sfere a vieții, predeterminată cvasi de dreptul natural, are în schimb doar potențialul de a împiedica discuțiile privind importanța și efectele unei evoluții sociale reale.

Explicațiile Curții Constituționale Federale privind noțiunea constituțională a părinților pot fi aplicate și interpretării noțiunii căsătoriei, fiindcă și această noțiune a fost determinată de orizontul percepțiilor sub care a acționat Consiliul Parlamentar, moment în care un parteneriat legitim între persoane de același sex era pur și simplu de neconceput.⁶⁸

Din următoarele considerente rezultă că instituția căsătoriei nu este determinată de caracteristici imuabile, ci este deschisă transformărilor sociale și unei pluralizări survenite în cursul acestora.⁶⁹ Caracteristica deosebirii de gen a soților nu poate fi așadar o decizie constituțională⁷⁰ independentă de orice altă justificare. Trebuie în schimb analizat în ce scop îi este acordată căsătoriei protecția specială a Constituției și ce condiții trebuie să îndeplinească o comunitate pentru a merita această protecție.

67 Rixen 2013, 868.

68 Cf. Brosius-Gerdorf 2013, 172 și mai sus 5.1.

69 Cf. Böhm 2014; Hwang 2014, 146 urm.; Richter 2014, 329; Rixen 2013. Din punct de vedere metodic această abordare este împărtășită și de Robbers (2001, 781)t, care consideră totuși deosebirea de gen a soților o caracteristică indispensabilă a căsătoriei chiar și în condițiile atitudinii sociale dominante.

70 Vezi citatul la nota de subsol 53.

5.4

Importanța deosebirii de gen pentru noțiunea constituțională a căsătoriei

Constatări empirice: schimbarea în practică a formelor de conviețuire în Germania⁷¹

Căsătoria clasică în sensul unei comunități stabilite pe termen lung dintre o femeie și un bărbat este în Germania o formă de conviețuire aflată în regres: dacă în anul 1950 se încheiau 10,8 căsătorii la 1.000 de locuitori, în anul 2012 se mai încheiau doar 4,8.⁷² În condițiile actuale de trai, aproximativ 36 la sută dintre căsătoriile încheiate într-un an vor fi desfăcute în următorii 25 de ani.⁷³ Durata medie a căsătoriilor desfăcute era în 2013 de 14 ani și 8 luni.⁷⁴

Potrivit microrecensământului din 2012, în Germania existau aproximativ 73.000 de comunități între persoane de același sex.⁷⁵ În nouă din zece astfel de comunități nu există copii.⁷⁶ Aproximativ 40 la sută din cuplurile de același sex s-au decis să adopte forma parteneriatului domestic înregistrat. Această pondere s-a dublat din 2006 (19 %).⁷⁷ Potrivit informațiilor Oficiului Federal de Statistică există în Germania 32.000 (microrecensământ 2012),⁷⁸ respectiv 34.000 (recensământ 2011)⁷⁹ de parteneriate domestice înregistrate. În aproximativ 60 % dintre cazuri, parteneriatul domestic înregistrat este încheiat de bărbați.⁸⁰

Dacă observăm familiile cu copii, căsătoria în sens clasic este în continuare forma predominantă de familie, chiar dacă și în acest caz se constată o pluralizare clară: în timp ce în 1996 81,4 la sută din toți copiii mai creșteau într-o familie căsătorită, în anul 2012 procentul scăzuse la numai 70,7. Au crescut comunitățile neconjugale cu copii (de la 4,8 % la 9,9 %) și familiile monoparentale (de la 13,8 % la 19,9 %).

71 Mulțumiri Dr. Johanna Possinger pentru ajutorul ei la compilarea datelor statistice următoare. Eventualele greșeli în procesarea datelor îmi sunt de atribuit evident doar mie.

72 Oficiul Federal de Statistică, căsătorii, divorțuri www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Ehescheidungen/Tabellen/_/Irbev06.html.

73 Oficiul Federal de Statistică, comunicat de presă din 22.07.2014, www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2014/07/PD14_258_12631.html.

74 ibidem

75 Oficiul Federal de Statistică, rezultatele microrecensământul 2012, cit. cf. Gründler & Schiefer 2013, 18.

76 Oficiul Federal de Statistică, notă din 20.02.2013, www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Bevoelkerung/Lebenspartnerschaft.html.

77 Oficiul Federal de Statistică, notă din 20.02.2013, www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Bevoelkerung/Lebenspartnerschaft.html; aceeași, comunicat de presă din 21.06.2011, www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/zdw/2011/PD11_025_p002.html.

78 Ministerul muncii, ordinii sociale, familiei, femeilor și seniorilor din Baden-Württemberg 2013, 12.

79 Oficiul Federal de Statistică, recensământ 2011, www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2013/05/PD13_188_121.html.

80 Oficiul Federal de Statistică, recensământ 2011, www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2013/05/PD13_188_121.html.

În cadrul comunităților neconjugale cu copii, ponderea cea mai mare o au parteneriatele între persoane de sex opus. Ponderea comunităților între persoane de același sex, în care se află și copiii, era în anul 2012 de doar 0,06 la sută.⁸¹ Aproximativ 7.000 de copii trăiesc în Germania în comunități formate din persoane de același sex.⁸² 5.700 de copii cresc în cadrul unor parteneriate domestice înregistrate, 86 la sută dintre ele formate din două femei.⁸³

Nu există până în prezent cercetări empirice de substanță cu privire la măsura în care parteneriatul domestic înregistrat este acceptat de populație sau dacă este privit ca variantă legitimă a căsătoriei. Într-un sondaj empiric reprezentativ comandat de Friedrich-Ebert-Stiftung în 2011, 60 la sută dintre respondenți au fost de acord că ar fi bine dacă s-ar permite căsătoria între doi bărbați sau două femei; aproximativ 40 la sută au respins ideea.⁸⁴ Informații utile pot oferi și cercetările din domeniul sociologiei familiei, axate pe transformarea modelelor orientative ale familiei în Germania. Un „model orientativ” este descris în sociologia familiei ca „imagine ilustrativă despre cum ar trebui să arate parteneriatul și familia în mod normal și ideal”.⁸⁵

Potrivit unui studiu actual reprezentativ al Institutului Federal pentru Cercetarea Populației, atât formele neformalizate de conviețuire între persoane de sex opus cât și comunitățile dintre persoane de același sex cu copii sunt larg acceptate ca „familie”: 97 la sută dintre respondenți împărtășesc această atitudine față de comunitatea neconjugală între persoane de sex opus, iar 88 la sută pentru cea dintre persoane de același sex.⁸⁶ Autoarele arată însă că acceptarea comunităților dintre persoane de același sex cu copii a fost evidențiată într-un alt sondaj ca majoritară în rândul tinerilor (categoria 16-20 de ani), dar într-o pondere vădit redusă (58 %).⁸⁷ Diferențiat pe sexe se observă că acceptarea familiilor de același sex este semnificativ mai mare în rândul femeilor decât în cel al bărbaților; ambele sexe percep ca familie mai curând o comunitate formată din două femei și copii decât una din doi bărbați și copii.⁸⁸ De regulă, generațiile mai în vârstă sunt mai sceptice față de aceste forme de familie decât media generală: doar 25 la sută dintre respondenții în vârstă de peste 60 de ani consideră că o comunitate de persoane de același sex cu copii este o familie.⁸⁹

81 Cifre potrivit Jurczyk & Klinkhardt 2014, 7.

82 Oficiul Federal de Statistică, notă din 20.02.2013, www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Bevoelkerung/Lebenspartnerschaft.html. Cifra se referă la copiii minori. Dacă includem și copiii majori necăsătoriți, cifra ajunge la aproximativ 9.000, cf. Gründler & Schiefer 2013, 19.

83 ibidem

84 Cf. Zick, Küpper & Hövermann 2011, 74. În studiu au fost cercetate atitudinile populației în legătură cu diverse domenii ale politicii sociale și relevante pentru democrație.

85 Gründler & Schiefer 2013, 18.

86 Gründler & Schiefer 2013, 20.

87 Ibidem cu trimitere la studiul „Monitor Familienleben” al Allensbacher Institut für Demoskopie din anul 2012.

88 Gründler & Schiefer 2013, 20 urm.

89 Gründler & Schiefer 2013, 22.

Ce rezultă din aceste date? Din gradul de acceptare a unei forme de conviețuire ca „familie” nu putem deduce direct nimic pentru accețiunea căsătoriei. Se poate constata însă că ea nu mai este singurul context recunoscut social, în care cuplurile își trăiesc viața și cresc copii. Evoluția formelor familiei se individualizează, în sensul în care oamenii revendică mai multă libertate de a decide în ce condiții conviețuiesc și sub ce formă își cresc copiii. Concomitent are loc o pluralizare a formelor familiei, fenomen prin care societatea renunță la o bună parte din modelele orientative. Căsătoria și-a pierdut privilegiul ca singurul context legitim al relațiilor private de parteneriat solidar, iar niciuna dintre funcțiile sale nu mai beneficiază de exclusivitate.

Nu se poate demonstra însă teza că odată cu diminuarea importanței căsătoriei s-ar pierde la modul general solidaritatea în societate și că s-ar favoriza o individualizare în sensul unei însingurări.⁹⁰ Mai curând se observă că relațiile de cuplu și legăturile de familie au în continuare o valoare socială ridicată. Și în comunitățile neformalizate, partenerii au un legământ reciproc și preiau responsabilități unii pentru ceilalți, în multe cazuri și pentru copiii comuni sau pentru copiii vitregi. Nu în ultimul rând chiar dorința cuplurilor de același sex de a li se recunoaște juridic conviețuirea arată că relația de cuplu de lungă durată, cu sau fără copii, este în continuare modelul social predominant al vieții de familie.⁹¹ Se poate vorbi așadar de o pluralizare și o diferențiere a formelor de viață, fapt care îngreunează orientarea în funcție de un model normativ perceput ca predominant, dar care nu este însoțit în mod obligatoriu de o pierdere a solidarității private.

Funcția identică a căsătoriei și a parteneriatului domestic

Pluralizarea împrejurărilor de viață și acceptarea largă a acestei diversități în societate și în drept sugerează că principala caracteristică a căsătoriei în comparație cu relația de cuplu neconjugală între parteneri de sex opus este în prezent formalizarea ei - adică faptul că protejează juridic conviețuirea dintre parteneri. Prin comparație cu parteneriatul domestic înregistrat, la rândul său o formă formalizată, dispare și această caracteristică de diferențiere. Diferența dintre căsătorie și parteneriat domestic înregistrat se reduce astfel la combinația de genuri a partenerilor. În acest context, nu este de mirare că între timp Curtea Constituțională Federală consideră căsătoria și parteneriatul domestic înregistrat ca instituții juridice funcțional echivalente.⁹² Funcția esențială a căsătoriei și a parteneriatului domestic este considerată aceea de protecție juridică a unei relații de responsabilitate, de natură privată. Astfel, ambele sunt instituții în care decizia luată de doi oameni, de a-și asuma pe termen lung responsabilitatea pentru celălalt, este protejată juridic. Ținând seama de această evoluție, cu greu mai este

90 În schimb sugestia la Braun 2003, 26.

91 Cf. Benedict 2013, 484.

92 Cf. BVerfGE 131, 239 (261); BVerfG JZ 2013, 833 (835); „[...] o relație de responsabilitate, instituțional stabilizată, în esență echivalentă [...]”. Similar EuGH, 01.04.2008, C 267/06 – Maruko.

de justificat ca deosebirea de gen dintre soți să fie considerată atât de categoric trăsătura definitorie a căsătoriei, iar parteneriatul domestic între persoanele de același sex să rămână la stadiul de alteritate.⁹³

Căsătoria, forma cea mai de încredere pentru educația copilului?

Ca argument în favoarea privilegierii căsătoriei se invocă relativ des funcția ei esențială pentru educația copiilor.⁹⁴ Acest motiv apare pe de-o parte în legătură cu binele copilului, în esență adică ideea că ar fi cel mai bine pentru copii să crească în forma protejată juridic a căsătoriei.⁹⁵ Pe de-altă parte se face trimitere la un interes public, în esență demografic, față de o formă de conviețuire, al cărei scop esențial este educarea copiilor.⁹⁶ Ambele argumente pot fi demontate. Pur și simplu nu este demonstrabil empiric că într-o căsătorie copiii vor avea condiții mai favorabile dezvoltării decât în alte contexte parentale. Acesta era fără doar și poate cazul atunci când, fiind masiv stigmatizată social, nașterea unui copil în afara căsătoriei ducea la dezavantaje juridice autentice pentru mamă și copil. Având în vedere acceptarea largă a contextelor familiale neconjugale, astăzi nu mai poate fi vorba de așa ceva. În special pentru comunitatea dintre parteneri de același sex cu copii există între timp o bogată literatură științifică, care per total nu poate demonstra un impact notabil al acestui context familial asupra evoluției copiilor.⁹⁷ Argumentul centrat pe binele copilului se bazează astfel pe informații greșite sau pe o idealizare empiric nejustificată a căsătoriei ca formă de conviețuire.

Argumente similare se aplică obiecției demografice, formulate din perspectiva intereselor statului. Încă din 2002, în votul separat al judecătoarei Haas în decizia Curții

-
- 93 Cf. Rixen 2013, 871: „Dacă totuși căsătoria și parteneriatul domestic sunt în esență comparabile, atunci căsătoria nu poate fi un aliud, pentru că ceea ce o face să fie un aliud se pare că nu este totuși o caracteristică esențială – anume deosebirea de gen a soților.” Similar Brosius-Gersdorf, în: Dreier 2013, art. 6 nr. marg. 78: „Potrivit opiniei susținute aici, cu excepția existenței căsătoriei, iau parte la garanția instituțională doar acele principii structurale, necesare asigurării funcției sale de comunitate de sprijin și responsabilitate sau care decurg din alte norme constituționale.”
- 94 Din jurisprudența constituțională anterioară, între timp depășită (s. BVerfGE 124, 199): BVerfGE 25, 167 (196); BVerfGE 56, 363, nr. 65; BVerfGE 76, 1 (51). Din literatura juridică constituțională Badura în: Maunz & Dürig Art. 6 nr. marg. 93; Di Fabio 2003, 994; Scholz & Uhle 2001, 393; Seiler 2008, 36 urm.; Tettinger 2002, 1150.
- 95 La fel și BVerfGE 76, 1 (51): „Căsătoria este forma juridică a legăturii cuprinzătoare dintre bărbat și femeie; ea este temei exclusiv al comunității familiale complete și ca atare condiție pentru dezvoltarea optimă din punct de vedere fizic, psihic și sufletesc a copiilor.” Această formulare nu mai este preluată în noua jurisprudență a instanței (vezi trimiterile din precedenta notă de subsol). În literatura mai recentă cf. Robbers, în: von Mangoldt, Klein & Starck 2010, Art. 6 GG nr. marg. 18; Steiner 2011, nr. marg. 7; Gade & Thiele 2013, 150.
- 96 Cf. von Coelln, în: Sachs 2014, Art. 6 nr. marg. 6: „Fiind aptă de a servi ca punct de plecare în succesiunea generațională, căsătoria diferă de parteneriatul domestic.” Similar Burgi 2000, 500; Braun 2003, 22; Kluth 2009, 279; Robbers, în: von Mangoldt, Klein & Starck 2010, Art. 6 GG nr. marg. 18; Uhle, în: Epping & Hillgruber 2014, Art. 6 nr. marg. 4. Vezi și demonetizarea parteneriatului domestic ca „[...] o comunitate – biologic privit – non-vitală [...]” la Steiner 2011, nr. marg. 36.
- 97 Rupp 2009; alte referințe la Wapler 2010, 138 și urm. Vezi și Brosius-Gersdorf 2013, 170.

Constituționale Federale privind Legea parteneriatului domestic, apărea formularea potrivit căreia parteneriatul domestic „nu contribuie la viitorul viabil al statului și societății”, „neavând ca scop un copil propriu”.⁹⁸

În votul separat în decizia privind regimul fiscal al soților se menționează de asemenea că protecția specială a căsătoriei ar fi fost instituită, deoarece „căsătoria poate fi un precursor al familiei, aceasta fiind la rândul ei premisa pentru succesiunea generațională și astfel pentru viabilitatea viitoare a societății și statului.”⁹⁹

Având în vedere faptul empiric că multe căsătorii rămân fără copii, iar copii se nasc și în afara căsătoriilor, dar și că, așa cum am amintit, cel puțin pentru generațiile tinere starea civilă a părinților nu mai este un factor notabil pentru descrierea familiei,¹⁰⁰ ideea că o căsătorie ar fi special destinată nașterii copiilor nu are nici măcar un temei empiric.¹⁰¹ Dacă se postulează totuși că statul ar depinde pentru reproducerea populației îndeosebi de căsătorie ca formă a „capacității instituționale de reproducere”¹⁰² sau de „familia potențială”,¹⁰³ atunci se poate presupune că aceste afirmații se bazează pe puternice modele orientative normative, în care mica familie conjugală heterosexuală este considerată standardul de normalitate pentru reproducerea societății.¹⁰⁴

Într-un stat liberal și pluralist este însă problematic să stimulezi reproducerea societății prin forme de conviețuire private, privilegiate normativ, atunci când acestea nu oferă avantaje obiective evidente față de alte comunități sociale. Dacă recunoaștem comunității politice un interes propriu față de reproducerea membrilor săi, atunci stimularea nu ar trebui să fie legată de anumite forme, ci să aibă loc prin drepturi

98 Cf. vot separat al judecătoarei Haas la BVerfGE 105, 313 (362). Citatul complet: „Majoritatea din completul de judecată ar fi trebuit ca atare să analizeze, dacă forma juridică a parteneriatului domestic înregistrat are un conținut de reglementare comparabil cu cel al căsătoriei. Acest lucru ar fi incompatibil cu art. 6 alin. 1 GG, deoarece parteneriatului domestic îi lipsesc elementele definitorii pentru căsătorie, care o limitează exclusiv la uniunea dintre bărbat și femeie și justifică susținerea ei specială. Acestea pentru că parteneriatul domestic înregistrat nu are ca scop un copil propriu, nu generează responsabilitate parentală și nu contribuie la viitorul viabil al statului și societății.”

99 Vot separat al judecătorului Landau și judecătoarei Kessel-Wulf la BVerfGE 133, 377 (426). Pentru opiniile corespunzătoare vezi trimiterile din nota de subsol 96.

100 Cf. datele Gründler & Schiefer 2013, 20: 97 % dintre respondenți consideră că un cuplu heterosexual necăsătorit cu copii este o familie. În cazul unui cuplu căsătorit cu copii, 100 % dintre respondenți îl consideră o familie.

101 Cf. BVerfGE 124, 199; Möller 2005, 69 urm.; Grünberger 2010, 206

102 Gade & Thiele 2013, 143 urm.

103 Pauly 1997, 1955.

104 Că lupta împotriva egalității dintre căsătorie și parteneriat domestic este marcată în orice caz și de resentimente împotriva homosexualității și de teama pentru o viziune tradiționalistă consolidată, indică și articolul profesorului de drept constituțional Christian Hillgruber, găzduit de FAZ în ediția din 20.02.2014. El scrie acolo „În societățile occidentale pare deja că nu atât homosexualii sunt sub amenințare, ci mai curând libertatea de a gândi altfel și de a trăi în concordanță cu convingerile lăuntrice a acelorora, care consideră homosexualitatea moralmente discutabilă și practicile homosexuale ofensatoare.” Pentru abordarea critică a tezei „reproductibilității generale” a căsătoriei cf. Coester-Waltjen, în: von Münch & Kunig 2012, Art. 6 nr. marg. 9; Brosius-Gersdorf, în: Dreier 2013, Art. 6 nr. marg. 81.

reproductive individuale și o protecție juridică adecvată a relațiilor reale dintre părinți și copii.¹⁰⁵

Alte interese publice față de căsătorie

Alături de interesul demografic, se regăsesc în literatura de specialitate și alte funcții, atribuite pașal căsătoriei și familiei, fără a diferenția între forma specială a căsătoriei și alte diverse forme de familie. Atunci când citim la Germann că familia și căsătoria ar fi

„[...] structuri sociale elementare, de a căror performanță regenerativă, socială și culturală statul și societatea depind în vederea existenței fizice, substanței etice și bunăstării economice”,¹⁰⁶

atunci acest lucru nu descrie mai mult decât ideea oricum evidentă, că o societate liberală nu doar oferă spații de libertate indivizilor, ci depinde fundamental de folosirea acestor spații de către oameni. Comunități sociale private cum ar fi căsătoria și familia nu servesc doar manifestării personalității individuale, ci preiau funcții sociale importante, pe care statul nu le-ar putea îndeplini decât insuficient și nici nu ar trebui să încerce să le îndeplinească integral. Este vorba de exemplu de îngrijirea acordată altruist copiilor sau rudelor în nevoie, de solidaritatea financiară și dezbateră în afara structurilor statului a problemelor politice, culturale și etice. Ideea unei garanții instituționale pentru căsătorie și familie nu devine depășită în urma transformărilor sociale.¹⁰⁷

Nevoia de a dispune în vederea conviețuirii social-familiale de forme juridice ce oferă siguranță apare în contexte sociale foarte diferite și reprezintă în cele din urmă și afirmarea crezului într-un stat, în care caracterul privat al comunităților sociale este considerat o condiție indispensabilă pentru manifestarea personalității individuale.¹⁰⁸ În cadrul acestei caracterizări vagi nu se specifică ce rol deosebit îi revine tocmai căsătoriei persoanelor de sex opus în comparație cu alte forme de conviețuire – cum ar fi parteneriatul persoanelor de același sex, cuplurile neconjugale sau chiar comunele formate de mai multe persoane. De aceea, pentru interpretarea noțiunii constituționale a căsătoriei asemenea considerente nu sunt prea utile.

105 Cf. Baer 2010, 184 urm.; idem 2009, 290 și urm.

106 Germann 2014, 265. Similar vag Di Fabio 2003, 994: „Pentru ca și pe viitor oamenii să populeze această țară, să se sprijine reciproc în solidaritate și să afirme valorile constituționale, pentru ca din copii să devină cetățeni maturi și moralmente competenți, este nevoie ca regulă de forma căsătoriei. Căsătoria este un caz special al familiei, este forma tipică a comunității inițiale dintre bărbat și femeie, recunoscută juridic, este temeiul rânduit pentru extinderea familiei prin îmbogățirea ei cu copii.”; Badura, în: Maunz & Dürig 2014, Art. 6 nr. marg. 39a: „Căsătoria și familia cuprind responsabilități garantate de Constituție în interesul general. Prin copiii crescuți în orânduirea familiei, polisul își asigură concomitent existența în timp și identitatea culturală.”

107 Cf. acceptiunea căsătoriei ca instituție juridică cu semnificație susceptibilă de schimbare la Rixen 2013, 866, 872.

108 Vezi Wapler 2015, 472 și urm., 477 urm.

Gen, identitate de gen, orientare sexuală – categorii fluctuante

Din punct de vedere al teoriei gender, legitimitatea unei reglementări legale, care diferențiază atât de strict în funcție de genuri biologice – așa cum o face dreptul căsătoriei – este de pus sub semnul întrebării. Distanța dintre căsătorie și parteneriat domestic presupune implicit că nu doar genul biologic, ci și orientarea sexuală împart populația în două categorii de oameni clar delimitate, cărora li se aplică standarde diferite. Potrivit rezultatelor studiilor de gender, genul, identitatea de gen, preferințele sexuale nu sunt fapte imuabile, obiectiv identificabile, ci sunt influențate semnificativ de factori subiectivi și emoționali, dar și de practica socială.¹⁰⁹

Cât de fragilă este delimitarea aparent fermă dintre căsătorie și parteneriat domestic a trebuit să constate și Curtea Constituțională Federală, atunci când a trebuit să decidă în materia drepturilor la căsătorie pentru persoanele transsexuale. Într-o speță din anul 2008, soțul și-a revendicat identitatea de femeie, urmând un tratament hormonal și operativ. Curtea Constituțională Federală a decis valabilitatea căsătoriei sub formă de „căsătorie între persoane de același sex”¹¹⁰, pentru că la momentul încheierii căsătoriei, soții fuseseră de sex opus. Curtea a pus în balanță pe de-o parte „forța determinată a principiului deosebirii de gen a căsătoriei”¹¹¹ și pe de-altă parte dreptul individual la recunoașterea identității de gen și orientării sexuale autodeterminate, din art. 2 alin. 1 coroborat cu art. 1 alin. 1 GG.¹¹² În același timp, instanța a acceptat ideea că genul și identitatea sexuală pot să difere.¹¹³

Având în vedere fenomenul bisexualității, grav neglijat în discursul juridic, nici orientarea sexuală nu se poate împărți strict în cele două categorii „homosexuală” și „heterosexuală”.¹¹⁴ Criteriile prezumtiv clare, în funcție de care se distinge între căsătorie și parteneriat domestic se dovedesc vag delimitate și pun la modul general sub semnul întrebării legitimitatea unei diferențieri.¹¹⁵ Dintr-o perspectivă gender-

109 În general Schmidt 2012, 82 și urm.; Wetterer 2010, 126 și urm.; referitor la reglementarea căsătoriei Richter 2014, 303 urm.

110 BVerfGE 121, 175 (201).

111 BVerfGE 121, 175 (201).

112 Pentru această decizie Buckel & König 2009, 337 și urm.; Steinke 2011, 313 și urm.; Grünberger 2011, 368 și urm.

113 BVerfGE 121, 175 (190): „Genul unui om se poate schimba. E drept că din punct de vedere legal, apartenența la un gen se orientează mai întâi în funcție de caracteristicile sexuale exterioare de la momentul nașterii. Dar ea nu poate fi determinată doar în funcție de acestea. Ea depinde în mod esențial și de constituția psihică a unui om și de sexualitatea percepută durabil de el însuși.” Similar EGMR, 11.07.2002, nr. dosar 28957/95 – Goodwin/UK.

114 Cf. Holzleithner 2002, 128.

115 Cf. Richter 2014, 323 urm.; similar Rixen 2013. O perspectivă non-esențialistă asupra identității sexuale și a orientării sexuale nu înseamnă că ceea ce contează este doar opțiunea liberă a individului de a dori să se simtă bărbat sau femeie, respectiv homosexual, heterosexual ori bisexual. Acest fapt se sugerează uneori în literatura juridică, cf. Braun 2003, 23: „Potrivit unei accepțiuni anterioare [înlocuită în opinia autoarei de o „teorie a identității” eronată, FW], homosexualitatea ține în esență de acțiunile unui om. De aceea, există așteptarea ca homosexualii, să-și țină în frâu orientarea și să o canalizeze pe căi acceptabile social.”

teoretică, împărțirea relațiilor de cuplu în căsătorie și parteneriat domestic pare mai curând o încercare de a conserva anumite concepții normative, căsătoria între persoane de sex opus fiind privită ca situația normală în dreptul constituțional, iar comunitatea partenerilor de același sex este construită ca alteritate și i se atribuie o valoare inferioară.¹¹⁶

Argumentul de drept comparativ

În cele din urmă, și comparația în drept poate avea efectul unui „factor extern de dinamizare”¹¹⁷ al dogmaticii drepturilor fundamentale. Este de observat aici pe de-o parte faptul că cele mai multe state europene au deja o formă formalizată de comunitate dintre persoane de același sex. Pe de-altă parte există în ultimii ani o tendință de depășire a sistemului dual și de acceptarea a deschiderii căsătoriei pentru cuplurile de același sex (vezi mai sus 3). În decizia sa privind adopția succesivă, Curtea Constituțională Federală a indicat această evoluție juridică. Trebuie spus totuși că o comparație în drept reflectă în cele din urmă curente contingente momentului și poate servi de aceea doar ca indiciu pentru o evoluție adaptată momentului, nu neapărat și pentru o evoluție de calitate, corectă sau măcar convingătoare în dreptul constituțional. În orice caz, situația oarecum congruentă a dezbaterii din Europa se opune ideii ca deosebirea de gen a soților să fie subliniată ca „particularitate națională” a Germaniei și să fie astfel sustrasă analizei de drept comparativ.¹¹⁸

116 Vezi formularea ilustrativă la Robbers, în: von Mangoldt, Klein & Starck 2010, Art. 6 nr. marg. 17: „Prin intermediul căsătoriei și familiei, constituția protejează și sprijină trăirea unei normalități percepute pozitiv.” De stereotipuri este marcat în literatură însă și argumentul favorabil deschiderii căsătoriei, potrivit căruia și în parteneriatele unor persoane de același sex s-ar manifesta „regulat” rolurile clasice de gen, cf. Benedict 2013, 485: „În mod regulat, din perspectiva sociologiei familiei, în orice relație homosexuală un partener își asumă rolul femeii (model comportamental feminin), iar celălalt rolul bărbatului (model comportamental masculin).” Pentru această supoziție nu există dovezi empirice, fiind dificil de determinat în condițiile sociale plurivalente de astăzi ce poate fi descris ca model comportamental „feminin” sau „masculin”.

117 Böhm 2014, 239.

118 Însă Gade & Thiele 2013, 151.

6. Deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex sub aspectul egalității de tratament (art. 3 alin. 1 GG)

Considerațiile anterioare arată că nu există un criteriu obiectiv pentru a privi deosebirea de gen a soților ca pe o caracteristică obligatorie pentru noțiunea constituțională a căsătoriei. Legislația și jurisprudența constituțională au astfel posibilitatea, chiar dacă nu și obligația, de a deschide căsătoria pentru cuplurile de același sex.¹¹⁹

În continuare se poate aborda și problema dacă actuala interpretare a noțiunii căsătoriei este compatibilă cu cerințele egalității de tratament sau dacă nu este mai curând o discriminare neadmisibilă, pe motive de sex sau orientare sexuală.

În decizia citată din anul 1993, Curtea Constituțională Federală a refuzat să considere că limitarea căsătoriei la cupluri de sex opus ar fi o problemă de tratament egal: art. 6 alin. 1 GG ar fi norma mai specială, iar aceasta ar acorda doar cuplurilor formate din bărbat și femeie libertatea de încheiere a căsătoriei.¹²⁰ Dar de la introducerea parteneriatului domestic, instanța s-a abătut de la această opinie, cel puțin în măsura în care este vorba de o comparație între cele două instituții. Mai întâi, instanța a negat „imperativul distanțării”, postulatul de științele juridice constituționale, afirmând că protecția specială a căsătoriei nu este zădărnicită prin faptul că o altă formă de conviețuire, neaccesibilă

119 În acest sens și Brosius-Gersdorf, în: Dreier 2013, art. 6 nr. marg. 81.

120 BVerfG NJW 1993, 3058 (3058 urm.): „Dacă norma mai specială a art. 6 I GG limitează libertatea căsătoriei, garantată constituțional, la comunitatea bărbatului și femeii, atunci nu poate fi tăgăduit ca o garanție constituțională cu un conținut identic, dar fără limitarea la parteneri de sex opus, nu poate fi dedusă din normele mai generale ale art. 2 I coroborat cu art. 1 I sau art. 3 I.”

soților, conferă drepturi similare.¹²¹ „Protecția specială” a căsătoriei nu mai este tratată din această perspectivă ca imperativ al privilegierii, ci ca unul al sprijinului adecvat al căsătoriei – independent dacă de acest sprijin se bucură și alte forme de conviețuire. De atunci, în aprecierea diferențelor juridice între căsătorie și parteneriat domestic, instanța aplică principiul general al egalității de tratament, analizând o posibilă discriminare pe motiv de orientare sexuală.¹²²

Dacă însă căsătoria și parteneriatul domestic au caracteristica esențială de a fi relații de responsabilitate, stabilite pe termen lung și protejate juridic, iar din acest punct de vedere sunt echivalente funcțional, atunci aproape că nu mai este de conceput vreo diferențiere nediscriminatorie pe motiv de orientare sexuală. Ultimele tratamente inegale ale căsătoriei și parteneriatul domestic (vezi mai sus 2.4) nu pot fi așadar legitimate constituțional.

Dar oare printr-o deplină egalitate de tratament dintre căsătorie și parteneriat domestic nu s-ar epuiza sfera de aplicare a art. 3 alin. 1 GG? Din următoarele motive putem avea rezerve că așa stau lucrurile: căsătoria beneficiază potrivit art. 6 alin. 1 GG de „protecția specială”, parteneriatul domestic are numai prin art. 2 alin. 1 coroborat cu art. 1 alin. 1 GG un drept la protecție și la tratament egal, acolo unde există echivalența funcțiilor. Parteneriatul domestic ar putea fi abrogat prin lege, căsătoria nu. Dar, așa cum am arătat, noțiunea căsătoriei nu este neapărat fixată de deosebirea de gen a partenerilor. Următorul pas ar fi să întrebăm dacă privilegierea în continuare prin lege a relației de cuplu între persoane de sex opus nu este și ea o încălcare a egalității de tratament.¹²³ Dacă înțelegem căsătoria ca pe o instituție deschisă interpretării, trebuie să întrebăm dacă interpretarea aleasă este lipsită de discriminare.¹²⁴ Întrebarea poate rămâne fără răspuns în prezentul raport, pentru că acesta urma să analizeze doar dacă deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex este posibilă. Judecând după considerentele anterioare, ea este posibilă.

121 Cf. BVerfGE 124, 199 (226): „[...] din competența de a privilegia căsătoria față de alte forme de conviețuire, în vederea îndeplinirii și configurării misiunii constituționale de sprijin, nu se poate deduce că art. 6 alin. 1 GG conține vreun imperativ de a defavoriza alte forme de viață față de căsătorie.” Confirmat prin BVerfGE 133, 59, și BVerfGE 133, 377.

122 Cf. doar cele mai recente decizii ale Curții Constituționale Federale privind adopția succesivă (BVerfGE 133, 59) și regimul fiscal separat pentru soți - Splitting (BVerfGE 133, 377); similar Stüber 2006, 119; pentru dreptul fundamental al familiei din art. 6 alin. 1 GG ca motiv de discriminare Brosius-Gersdorf 2013, 170.

123 În acest sens Rixen 2013, 872; similar Brosius-Gersdorf, în: Dreier 2013, Art. 6 nr. marg. 83.

124 În această direcție Möller 2005, 67: „Căutând alte norme potențial relevante în interpretarea noțiunii căsătoriei, găsim principiile fundamentale din art. 1, 2 și 3 GG; adică: demnitatea ce i se cuvine oricărui om, respectul față de personalitatea sa individuală și egalitatea tuturor oamenilor, iar aceste principii trebuie să ghideze interpretarea art. 6 alin. 1 GG.” Și mai departe: „La modul general vorbind: trebuie să ne străduim să găsim o interpretare a noțiunii căsătoriei, care să respecte demnitatea și personalitatea persoanelor homosexuale și să le acorde respectul convenit unor egali.”

7. Posibilități și recomandări de acțiune

7.1 Contururile unei noțiuni plurivalente a căsătoriei

Precedentele considerente au arătat că noțiunea constituțională a căsătoriei este deschisă unei pluralizări care ține seama de transformările din societate. Care sunt însă atunci caracteristicile definitorii pentru căsătorie ca instituție? Curtea Constituțională Federală și adepții unei noțiuni deschise fac trimiterea la responsabilitatea împărtășită sau solidaritatea dintr-un parteneriat: căsătoria este o formă juridică pentru o comunitate de responsabilitate între două persoane.¹²⁵ Ea este o relație privată de cuplu, în care de regulă partenerii își promet sprijin reciproc, atât din punct de vedere social, cât și din punct de vedere financiar.

În plus, deși căsătoria nu mai este considerată azi indisolubilă, ea este totuși încheiată pe termen lung: un contract pe durată nedeterminată, ce poate fi reziliat doar la dorința unuia dintre soți sau a ambilor. O desfacere forțată de către stat este neadmisibilă.¹²⁶ Definiția pentru căsătorie este și caracterul formal, acesta urmând să acorde comunității de responsabilitate tocmai opțiunea protecției juridice.¹²⁷ Indubitabil este de asemenea că o căsătorie poate fi încheiată ca principiu doar între doi oameni altfel neînruțiți (art. 1307 BGB).¹²⁸ În continuare, căsătoria presupune liberul consimțământ. Căsătoriile forțate încalcă dreptul personalității celor implicați și sunt incriminate penal

125 BVerfGE 29, 166 (176); BVerfGE 31, 58 (67); BVerfGE 62, 323 (330); BVerfGE 76, 1 (41 urm.); Benedict 2013, 479 urm.; Hwang 2014, 147.

126 BVerfGE 121, 175 (198).

127 BVerfGE 29, 166.

128 Benedict 2013, 479; Rixen 2013, 873.

în Germania (art. 237 StGB). Ca principiu, soții ar trebui să fie majori (art. 1303 alin. 1 BGB).¹²⁹

Toate aceste caracteristici conturează imaginea unui parteneriat liber consimțit dintre doi oameni, în dorința de a-și asuma responsabilități reciproce și de a da acestui parteneriat o formă juridic constrângătoare. Un asemenea parteneriat poate fi încheiat în egală măsură de persoane de sex opus și de persoane de același sex. Prin eliminarea caracteristicii heterosexualității, acesta nu devine golit de conținut sau arbitrar. Protecția specială acordată de Constituție căsătoriei astfel definite poate fi motivată prin interesul celor implicați față de o protecție juridică a relațiilor lor sociale elementare, dar și prin interesul comunității politice față de o degrevare în sfera social-economică, generată de solidaritatea privată în căsătorie și familie.

7.2

Deschiderea căsătoriei pentru cuplurile de același sex –

căi de realizare

Din precedentele considerații reiese că o deschidere a căsătoriei pentru comunitățile formate din persoane de același sex este posibilă fără a fi necesară o revizuire a Constituției, pentru că, așa cum am arătat, noțiunea constituțională a căsătoriei este deschisă interpretărilor. Legiuitorul poate ține seama de transformările din societate și poate reglementa corespunzător prin lege dreptul la căsătorie.¹³⁰

Deschiderea căsătoriei pentru comunitățile de persoane de același sex se poate face relativ neproblematic prin lege. O reglementare legală a trebui să conțină în orice caz următoarele elemente:¹³¹

129 Excepțiile sunt permise în Germania pentru tineri începând de la vârsta de 16 ani, cu încuviințarea instanței de drept familial (art. 1303 alin. 2 BGB). Această reglementare nu este total conformă cu situația internațională din domeniul drepturilor omului: art. 16 alin. 2 CEDAW prevede obligația statelor de a nu recunoaște ca viabilă căsătoria „unui copil”. Copil în sensul CEDAW este orice persoană sub 18 ani (cf. Joint General Recommendation/General Comment No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices din 04.11.2014, CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18, art. 19). În special pe fondul luptei internaționale împotriva căsătoriei forțate și a căsătoriei între copii, legiuitorul ar trebui să ia în calcul limitarea căsătoriei fără excepție la persoane majore (la fel și Rixen 2013, nota de subsol 159). Lămurirea acestei chestiuni nu face însă obiectului prezentului raport de expertiză.

130 În acest sens Rixen 2013, 872 cu referire la Bryde 1982, 348 și urm.; Brosius-Gersdorf, în: Dreier 2013, Art. 6 nr. marg. 81.

131 Până în prezent există în dezbaterile parlamentare un proiect de lege elaborat integral: proiectul legii de introducere a dreptului la căsătorie pentru persoane de același sex, din 26.09.2011, BT-Drs. 17/6343.

Definiția căsătoriei - o comunitate de viață de durată, încheiată între două persoane de același sex sau de sex opus

În Codul Civil ar trebui introdusă o definiție a căsătoriei (aceasta lipsește azi), prin care să se exprime clar că atât cuplurile formate din persoane de sex opus cât și cele formate din persoane de același sex se pot căsători. Locul potrivit ar putea fi art. 1313 BGB, unde s-ar introduce un nou alineat 1:

Art. 1303 BGB (noțiunea căsătoriei, persoane apte de căsătorie)
 (1) Căsătoria este legătura dintre două persoane, într-o comunitate de viață de durată.
 (2) – (5) [corespunde actualelor alin. 1-4].

O altă posibilitate ar fi să se modifice noțiunea căsătoriei din art. 1353 alin. 1 pr. 1 BGB astfel:

Art. 1353 alin. 1 pr. 1 BGB
 „Căsătoria se încheie pe viață între persoane de sex opus sau de același sex.”¹³²

Abrogarea parteneriatului domestic și reglementări tranzitorii

Prin deschiderea completă a căsătoriei pentru cuplurile de același sex, instituția specială a parteneriatului domestic înregistrat devine de prisos. Pentru a evita structuri paralele cu un nivel diferit de protecție juridică, ea ar trebui desființată cu efect pentru viitor. Acest lucru se poate realiza prin introducerea unei reglementări în Legea parteneriatului domestic, prin care se interzice înregistrarea parteneriatelor de la momentul în care devine posibilă încheierea căsătoriilor.

Pentru parteneriatele existente va fi nevoie de reglementări tranzitorii. Ele ar trebui să clarifice că pentru parteneriatele existente se aplică în continuare prevederile din Legea parteneriatului domestic.

În plus ar trebui să fie posibilă preschimbarea fără prea multă birocrație a parteneriatelor domestice existente în căsătorii. Astfel s-ar asigura și accesul la căsătorie pentru acele cupluri, care în vechiul cadru legal și-au putut proteja juridic relația doar sub forma parteneriatului domestic înregistrat. În situația contrară, aceste cupluri ar trebui mai întâi să-și rezilieze formal parteneriatul domestic și abia apoi să se căsătorească după noile reguli, o procedură care implică timp și bani.

O asemenea reglementare tranzitorie ar putea fi introdusă în Secțiunea a V-a din LPartG („Reglementări tranzitorii”), având următoarea formulare:

132 Propunerea din BT-Drs. 17/6343.

- (1) Cu începere din [data intrării în vigoare a legii] nu se mai pot încheia parteneriate domestice.
- (2) Pentru parteneriatele existente înainte de [data intrării în vigoare a legii] se aplică în continuare prevederile din Legea parteneriatului domestice în varianta din [data ultimei modificări a LPartG].
- (3) Un parteneriat domestic se preschimbă într-o căsătorie, dacă partenerii dau în fața ofițerului stării civile declarații corespunzătoare că doresc să se căsătorească. În privința valabilității declarațiilor se aplică art. 1311 BGB. Existența parteneriatului domestic se demonstrează cu documente oficiale.

Alte modificări necesare

În urma introducerii căsătoriei pentru cupluri de același sex ar trebui adaptate și alte legi: în Legea stării civile trebuie reglementate condițiile de eliberare a documentelor oficiale de certificare a preschimbării unui parteneriat domestic în căsătorie. În Legea privind transsexualii trebuie abrogată reglementarea potrivit căreia schimbarea de prenume se anulează prin căsătorie (art. 7 alin. 1 Nr. 3 TSG).

În plus, actualele dispoziții ale dreptului privat internațional, care permit cetățenilor străini de pe teritoriul Germaniei să încheie parteneriate domestice, ar trebui transferate în regimul căsătoriilor (art. 17b EGBGB). Altfel, cetățenii străini, care doresc o căsătorie cu o persoană de același sex ar trebui să aducă din țara de origine un certificat de aprobare pentru căsătorie (art. 1309 alin. 1 BGB). Fiindcă regulile actuale țin seama de dreptul statului de origine (art. 13 alin. 1 EGBGB), cel mai probabil cetățenii străini din state unde nu există căsătoria între persoane de același sex nu ar putea primi o asemenea aprobare. Pentru a evita această consecință, art. 17b EGBGB ar trebui să se aplice corespunzător și căsătoriilor.

8. Concluzii

1 În continuare, căsătoria și parteneriatul domestic înregistrat nu au un statut juridic pe deplin egal. Diferențe esențiale persistă în domeniul adopției și în cel al reproducerii asistate medical. În plus, spre diferență de căsătorie, parteneriatul domestic înregistrat ar putea fi abrogat de legiuitorul parlamentar fără revizuirea Constituției.

2 În evoluția materiei juridice din Europa se poate constata în ultimii ani o tendință de creare a unei instituții juridice comune pentru comunitățile de persoane de același sex, respectiv de sex opus - căsătoria. Această deschidere a căsătoriei este compatibilă cu dreptul Uniunii Europene, cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului și cu restul dreptului internațional.

3 Din istoria apariției Constituției nu se poate deduce că noțiunea căsătoriei ar fi fost legată pentru totdeauna de acceptiunea ei ca parteneriat între persoane de sex opus. Noțiunea constituțională a căsătoriei este mai curând deschisă transformării raporturilor și viziunilor sociale. Deosebirea de gen a soților nu este așadar o caracteristică necesară a noțiunii constituționale a căsătoriei.

4 Atitudinile populației față de comunitățile formate din parteneri de același sex cu și fără copii s-au schimbat de la decizia Curții Constituționale Federale din 1993. Parteneriatul domestic înregistrat este astăzi în cea mai mare măsură acceptat. Comunitățile dintre parteneri de același sex cu copii sunt recunoscute preponderent ca „familie”.

5 Căsătoria și parteneriatul domestic înregistrat au funcție identică, în măsura în care oferă comunității de viață și responsabilitate dintre două persoane un cadru protejat juridic. Această protecție juridică a solidarității private, familiale este adevărata esență a protecției speciale constituționale acordată căsătoriei și familiei. Genul soților și orientarea lor sexuală sunt irelevante pentru împlinirea acestui scop.

6

O noțiune plurivalentă a căsătoriei poate fi definită astfel: căsătoria este o formă juridic formalizată a unei comunități de viață și responsabilități, încheiată pe lungă durată între doi oameni. Ea poate fi încheiată doar cu liberul consimțământ, în principiu doar de persoane majore, neînrudite între ele pe linie directă sau colaterală.

7

O deschidere prin lege a căsătoriei pentru cupluri de același sex este constituțională. O revizuire a Constituției nu este necesară.

Bibliografie

Adamietz, Laura. 2011. Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität. Baden-Baden: Nomos.

Baer, Susanne. 2009. Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit. In: Erosionen von Verfassungsvoraussetzungen. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 68, 290-354.

dies. 2010. Juristische Biopolitik: Das Wissensproblem im Recht am Beispiel „des“ demografischen Wandels. In: Michelle Cottier, Josef Estermann & Michael Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, Luzern 2008. Baden-Baden: Nomos, 181-202.

Beck, Volker. 2010. Gleichstellung durch Öffnung der Ehe. Familie – Partnerschaft – Recht 16, 220-226.

Benedict, Jörg. 2013. Die Ehe unter dem besonderen Schutz der Verfassung – Ein vorläufiges Fazit. Juristenzeitung 68, 477-487.

Böhm, Monika. 2014. Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie? In: Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 73, 211-255.

Bömelburg, Regina. 2012. Die eingetragene Lebenspartnerschaft – ein überholtes Rechtsinstitut? Neue Juristische Wochenschrift 65, 2753-2758.

Braun, Johann. 2003. Die Lebenspartnerschaft auf dem Prüfstand – BVerfG NJW 2002, 2543. Juristische Schulung 43, 21-26.

Brosius-Gersdorf, Frauke. 2013. Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft. Familienrecht und Familienverfahrenrecht 5, 169-172.

Bryde, Brun-Otto. 1982. Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden: Nomos.

Buckel, Sonja & Julia König. 2009. Körperwünsche im Recht – zur Vermittlung von Rechtstheorie und Psychoanalyse. Kritische Justiz 42, 337-352.

Bundesärztekammer. 2006. (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion. Deutsches Ärzteblatt 103, A 1392-1403.

Burgi, Martin. 2000. Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften? Der Staat 39, 487-508.

Chebout, Lucy. 2014. Queering International Law. Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Dimensionen von Geschlecht. In: Ulrike Lembke (Hrsg.), Menschenrechte und Geschlecht. Baden-Baden: Nomos, 132-159.

Di Fabio, Udo. 2003. Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für eine vitale Gesellschaft. Neue Juristische Wochenschrift 56, 993-998.

Dreier, Horst (Hrsg.). 2013. Grundgesetz, 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck.

Epping, Volker & Christian Hillgruber (Hrsg.). 2014. Beck'scher Online-Kommentar GG, 23. Ed. Stand 01.12. München: Beck.

Gade, Gunther Dietrich & Christoph Thiele. 2013. Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft. Zwei namensverschiedene Rechtsinstitute gleichen Inhalts? *Die öffentliche Verwaltung* 4, 142-151.

Germann, Michael. 2014. Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie? In: *Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)* 73, 257-295.

Grünberger, Michael. 2010. Die Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Zusammenspiel von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht. Das Urteil des BVerfG zur VBL-Hinterbliebenenrente. *Familie – Partnerschaft – Recht* 16, 203-208.

ders. 2011. Anmerkung zur Transsexuellenentscheidung des BVerfG. *Juristenzeitung* 66, 368-371.

Gründler, Sabine & Katrin Schiefer. 2013. Familienleitbilder unter dem Regenbogen – Akzeptanz von Regenbogenfamilien in Deutschland. *Bevölkerungsforschung aktuell* 4/2013, 18-24.

Hillgruber, Christian. 2010. Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07. *Juristenzeitung* 65, 41-44.

Holzleithner, Elisabeth. 2002. *Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung.* Wien: Universitätsverlag.

Hoppe, Tilman. 2009. Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07 – Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Bereich der betrieblichen Hinterbliebenenrente (VBL) verfassungswidrig. *Deutsches Verwaltungsblatt* 124, 1516-1519.

Hwang, Shu-Perng. 2014. Besonderer Schutz der Ehe im Umbruch? Zugleich Anmerkung zu neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. *Kritische Vierteljahresschrift* 97, 133-150.

Jurczyk, Karin & Josefine Klinkhardt. 2014. *Vater, Mutter, Kind? Acht Trends in Familien, die Politik heute kennen sollte.* Gütersloh: Verlag Bertelsmann Stiftung.

Kluth, Winfried. 2009. Demographischer Wandel und Generationengerechtigkeit. In: *Erosionen von Verfassungsvoraussetzungen. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)* 68, 246-289.

Krings, Günter. 2011. Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 29, 26-27.

Mangoldt, Hermann von, Friedrich Klein & Christian Starck (Hrsg.). 2010. *Kommentar zum Grundgesetz.* 6. Aufl. München: Vahlen.

Maunz, Theodor & Günter Dürig (Hrsg.). 2014. *Grundgesetz-Kommentar.* 71. Ergänzungslieferung. München: Beck.

Ministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie, Frauen und Senioren Baden-Württemberg (Hrsg.). 2013. Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Familien. Report „Familien in Baden-Württemberg“ 2/2013.

Möller, Kai. 2005. Der Ehebegriff des Grundgesetzes und die gleichgeschlechtliche Ehe. *Die öffentliche Verwaltung* 58, 64-71.

Münch, Ingo von & Philipp Kunig (Hrsg.). 2012. *Grundgesetz-Kommentar.* 6. Aufl. München: Beck.

Pauly, Walter. 1997. Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs. *Neue Juristische Wochenschrift* 50, 1955-1957.

Richter, Dagmar. 2014. Ehe und Partnerschaft im Recht der Europäischen Union – Wie weit reicht die Bestimmungsmacht der Mitgliedstaaten? *Zeitschrift für europarechtliche Studien* 17, 301-334.

- Rixen, Stephan.** 2013. Das Ende der Ehe? Neukonturierung der Bereichsdogmatik von Art. 6 Abs. 1 GG: ein Signal des spanischen Verfassungsgerichts. *Juristenzeitung* 68, 864-873.
- Robbers, Gerhard.** 2001. Eingetragene Lebenspartnerschaften. Verfassungsrechtliche Überlegungen. *Juristenzeitung* 56, 779-786.
- Rupp, Marina** (Hrsg.). 2009. Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften. Köln: Bundesanzeiger Verlag.
- Sachs, Michael** (Hrsg.). 2014. Grundgesetz. Kommentar. 7. Aufl. München: Beck.
- Sanders, Anne.** 2012. Ehegattensplitting und Lebenspartner vor dem BVerfG. *Neue Juristische Wochenschrift* 65, 2236-2239.
- Schmidt, Anja.** 2012. Grundannahmen des Rechts in der feministischen Kritik. In: Lena Foljanty & Ulrike Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 74-85.
- Scholz, Rupert & Arnd Uhle.** 2001. „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz. *Neue Juristische Wochenschrift* 54, 393-400.
- Seiler, Christoph.** 2008. Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Steiner, Udo.** 2011. Schutz von Ehe und Familie. In: Detlef Merten & Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Heidelberg: Müller, § 108.
- Steinke, Ronen.** 2011. Gerichte schauen nicht mehr auf Genitalien. Anmerkung zur achten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität. *Kritische Justiz* 44, 313-320.
- Stüber, Stephan.** 2006. Vom Gebot, die Ehe zu fördern. *Familie – Partnerschaft – Recht* 12, 117-120.
- Tettinger, Peter.** 2002. Kein Ruhmesblatt für die „Hüter der Verfassung“? *Juristenzeitung* 57, 1146-1151.
- Wapler, Friederike.** 2010. Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften mit Kindern: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen. In: Dorett Funcke & Petra Thorn (Hrsg.), *Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern. Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform*. Bielefeld: transcript, 115-160.
- dies.** 2014. Familie und Familienschutz im Wandel. *Rechtswissenschaft* 4, 57-87.
- dies.** 2015. Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wetterer, Angelika. 2010. Konstruktion von Geschlecht. In: Ruth Becker & Beate Kortendiek (Hrsg.), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung*, 3. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 126-136.
- Wiemann, Rebekka.** 2010. Die Rechtsprechung des EGMR zu sexueller Orientierung. Von der (Un-) Geeignetheit des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten, ein Spannungsverhältnis zwischen zwei Konventionsrechten zu lösen – Das Urteil Schalk und Kopf gegen Österreich. *Europäische Grundrechtszeitschrift* 37, 408-414.
- Würtenberger, Thomas.** 1987. *Zeitgeist und Recht*. Tübingen: Mohr.
- Zick, Andreas, Beate Küpper & Andreas Hövermann.** 2011. Die Abwertung der Anderen. Eine europäische Zustandsbeschreibung zu Intoleranz, Vorurteilen und Diskriminierung. Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin.

Abrevieri

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union / Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch / Codul Civil
BGBL	Bundesgesetzblatt / Monitorul Oficial
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache / document al Bundesratului
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache document al Bundestagului
BVerfG	Bundesverfassungsgericht / Curtea Constituțională Federală
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts / Colecție de decizii ale Curții Constituționale Federale
BvL	Aktenzeichen des Bundesverfassungsgerichts, konkrete Normenkontrolle (nach Art. 100 Absatz 1 GG) / Nr. dosar la Curtea Constituțională Federală în materia controlului concret al normelor (potrivit art. 100 alin. 1 GG)
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte / Curtea Europeană a Drepturilor Omului
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention / Convenția Curtea Europeană a Drepturilor Omului
EuGH	Europäischer Gerichtshof / Curtea de Justiție a Uniunii Europene
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht / Revista pentru dreptul familiei

GG	Grundgesetz / Constituția Germaniei
GrCh	Grundrechtecharta der Europäischen Union / Carta drepturilor fundamentale din Uniunea Europeană
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz / Legea privind parteneriatul domestic
NJW	Neue Juristische Wochenschrift / Noua revistă de drept
RGBl.	Reichsgesetzblatt / Monitorul Oficial înaintea proclamării RFG
StGB	Strafgesetzbuch / Codul Penal
TSG	Transsexuellengesetz / Legea privind transsexualii

Despre autoare

Friederike Wapler este docent privat în domeniul dreptului public, dreptului asigurărilor sociale și filosofiei dreptului. Din aprilie 2014 este profesor de drept public la Universitatea Goethe din Frankfurt/Main. A studiat dreptul la Göttingen și Granada, obținând doctoratul la Facultatea de științe juridice a Universității Göttingen, unde a promovovat și examenul de abilitare în anul 2013. Teza de abilitare cu tema „Drepturile copilului și binele copilului. O cercetare a statutului copilului în dreptul public” a apărut în aprilie 2015 la editura Morh Siebeck (Tübingen).

Impressum

Publicat de:

Ediția germană: 2015, Friedrich-Ebert-Stiftung / Forum Politik und Gesellschaft
Hiroshimaastraße 17, 10785 Berlin

Ediția română: 2016, Friedrich-Ebert-Stiftung România
Str. Emanoil Porumbaru nr. 21, ap. 3, Sector 1, 011421 București

Autor

Friederike Wapler

Redacția

Susan Javad, Eva Ellereit / Friedrich-Ebert-Stiftung

Traducerea în limba română:

Alex Gröblacher

Prelucrare grafică:

Meintrup, Grafik-Design

ADAPT *graphics*

Utilizarea comercială a materialelor publicate de FES
nu este permisă fără acordul scris al FES.

© 2015, Friedrich-Ebert-Stiftung / Forum Politik und Gesellschaft

www.fes.de

