

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 4 - giugno 2011

IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO
SESSO IN BELGIO TRA DIRITTO E SOCIETÀ:
L'APPORTO DEL LEGISLATORE,
DEL CONSIGLIO DI STATO E DELLA
COUR D'ARBITRAGE

Maria Dicosola

**IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO
SESSO IN BELGIO TRA DIRITTO E SOCIETÀ:
L'APPORTO DEL LEGISLATORE, DEL CONSIGLIO
DI STATO E DELLA *COUR D'ARBITRAGE***

Maria Dicosola

*Assegnista di Ricerca in Diritto pubblico comparato
LUISS – Guido Carli*

L'introduzione nell'ordinamento belga del matrimonio tra persone dello stesso sesso ha rappresentato l'esito di un complesso percorso normativo e giurisprudenziale, che ha visto coinvolti il legislatore, il Consiglio di Stato e la Cour d'Arbitrage, in una comune riflessione sul significato dell'istituto del matrimonio e sulla sua evoluzione nel contesto sociale nel quale esso trova attuazione concreta. Nel presente contributo si intendono esaminare, in particolare, le decisioni del Consiglio di Stato e dalla Cour d'Arbitrage con riferimento specifico alle tecniche argomentative utilizzate per negarne, o confermarne, la legittimità.

The process for the introduction of same-sex marriage in Belgium has been long and complex: its actors have been the legislator, the Council of State and the Cour d'Arbitrage, which have been engaged in the work of defining the meaning of "marriage" and its evolution towards the transformation of society. In this paper, in particular, the decisions of the Council of State and the Cour d'Arbitrage will be analysed, with particular reference to the decision-making techniques.

Sommario

1. Premessa
2. La legge del 2003
3. L'*avis* del Consiglio di Stato
4. La sentenza della *Cour d'Arbitrage*
5. L'adozione da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso

1. Premessa

Il Belgio, dopo i Paesi Bassi, è stato il secondo Paese europeo a riconoscere il diritto delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, con la legge del 13 febbraio 2003¹, che ha modificato alcune disposizioni del codice civile.

La legge, che ha suscitato un vivace dibattito nell'opinione pubblica, è stata dapprima sottoposta al giudizio preventivo del Consiglio di Stato e in seguito impugnata innanzi alla *Cour d'Arbitrage*². Le Corti sono giunte a conclusioni opposte: mentre infatti il *Conseil d'Etat*, nell'*avis* n. 32.008/2 del 12 novembre 2001, ha concluso per l'opportunità dell'abbandono del progetto, al contrario, la *Cour d'Arbitrage*, con sentenza n. 159 del 20 ottobre 2004³, ha confermato la legittimità costituzionale della legge. La sentenza del giudice costituzionale ha infine aperto la strada al completamento della riforma voluta dal legislatore, con l'introduzione della possibilità dell'adozione anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso⁴, eliminando così uno dei principali caratteri di distinzione tra il matrimonio tra persone di sesso diverso e persone dello stesso sesso, e riducendo, almeno sul piano normativo, un importante motivo di discriminazione a danno degli omosessuali.

Nel presente contributo si intendono esaminare le decisioni del Consiglio di Stato e dalla *Cour d'Arbitrage* con particolare attenzione alle tecniche argomentative utilizzate

¹ Loi 13 février 2003 - *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, in *Moniteur Belge*, 28-2-2003, ed. 3.

² Sebbene, con la revisione costituzionale del 2007, la denominazione dell'organo di giustizia costituzionale belga sia stata modificata in *Cour Constitutionnelle*, in questo saggio si utilizzerà la denominazione *Cour d'Arbitrage*, in quanto la sentenza in esame è precedente alla riforma.

³ *Cour d'Arbitrage*, *arrêt* n. 159/2004 del 20 ottobre 2004.

⁴ Loi 18 mai 2006 - *Loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe*.

per negarne, o confermarne, la legittimità. Prima di procedere a tale analisi, tuttavia, si rende necessaria una premessa sulle evoluzioni normative e sulle motivazioni che hanno condotto il legislatore, nel 2002, a proporre l'estensione dell'istituto del matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, in quanto è proprio sulla base di queste ultime che il Consiglio di Stato prima e la *Cour d'Arbitrage* poi hanno fondato le loro decisioni.

2. La *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe*

La legge del 2003 ha rappresentato l'esito di un lungo processo – tanto sul piano della maturazione dell'opinione pubblica quanto su quello degli sviluppi legislativi – che ha avuto inizio alla fine degli anni ottanta dello scorso secolo. Infatti, il dibattito sui diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso è stato sollecitato, in quegli anni, dall'esplosione di un'epidemia di AIDS, che ha colpito gli omosessuali come gruppo sociale e ha messo in luce in tutta la loro evidenza le gravi forme di discriminazione alle quali questi ultimi erano sottoposti: i *partner* di omosessuali malati, infatti, non si vedevano riconoscere alcun diritto tanto nell'assistenza durante la malattia quanto nelle eventuali fasi successive alla morte del compagno. Tali circostanze hanno ravvivato il dibattito sulle discriminazioni subite a causa dell'omosessualità e sollecitato una riflessione sulla necessità di introdurre forme di riconoscimento legale delle coppie formate da persone dello stesso sesso.

La riforma legislativa si è così sviluppata in due fasi: la prima si è conclusa, nel 1998, con l'introduzione del contratto di coabitazione legale⁵ e la seconda ha condotto,

⁵ Legge del 23 novembre 1998 – *Loi instaurant la cohabitation legale* (in *Moniteur Belge*, 12-1-1999, ed. 1). La dottrina belga ha definito tale

nel 2003, al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso⁶.

Come stabiliva la legge del 1998, per “coabitazione legale” si intendeva la «situazione di vita comune di due persone che abbiano fatto una dichiarazione ai sensi dell’art. 1476 c.c.»⁷.

La legge prevedeva che due persone, non legate dal vincolo del matrimonio, potessero effettuare una dichiarazione di coabitazione legale⁸, i cui effetti terminavano nel caso di matrimonio o decesso di una delle parti, ovvero di comune accordo delle parti o a seguito di dichiarazione unilaterale di una di esse⁹. Dalla coabitazione legale derivava l’obbligo di partecipare alle spese della vita comune in proporzione alle proprie capacità e secondo il principio di solidarietà. I coabitanti stabilivano le regole della vita comune – incluse quelle relative ai diritti di successione – attraverso una convenzione, redatta con un atto pubblico¹⁰.

Tuttavia, dalla coabitazione legale non derivava alcun effetto automatico sul piano dei diritti fiscali, sociali o successori¹¹. Tale aspetto rappresentava il principale limite della legge, che, ad ogni modo, ha costituito una tappa

fase “francofona”, a sottolineare l’apporto prevalente di enti e associazioni della comunità francofona.

⁶ Sulle due fasi del processo di riconoscimento del diritto al matrimonio delle coppie formate da persone dello stesso sesso, si veda, tra gli altri: PATERNOTTE, *Quinze ans des débats sur la reconnaissance légale des couples de même sexe*, in *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 2004, 5-80; ID., *Beyond the Laws: Right to Marry, Citizenship and Inclusion Models in Belgium*, in WEYNEMBERG- CARSTOCEA (a cura di), *The Gays and Lesbians Rights in an Enlarged European Union*, Bruxelles, 2006, 127-143.

⁷ Art. 2 della legge, che introduce l’art. 1457 par. 1 del codice civile.

⁸ Art. 2 della legge, che introduce l’art. 1476 par. 1 del codice civile.

⁹ Art. 2 della legge, che introduce l’art. 1476 par. 2 del codice civile.

¹⁰ Art. 2 della legge, che introduce l’art. 1477 par. 2-3-4 del codice civile.

¹¹ Cfr. AREND-CHEVRON, *La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage a des personnes de même sexe*, in *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 2002, 10-11.

importante nel processo del riconoscimento giuridico dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Proprio in considerazione dei limiti del contratto di coabitazione legale, a seguito del rinnovamento della maggioranza politica dopo le elezioni del 1999¹², si è riaperto il dibattito sui diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso: in tale contesto, sono state presentate le prime proposte di legge volte ad introdurre l'istituto del matrimonio tra persone omosessuali¹³.

Ne è seguita, il 22 giugno 2001, l'adozione da parte del Consiglio dei Ministri del progetto di legge *ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, che si è poi tradotto nell'omonima legge.

Il progetto, come anticipato, si fondava sulla considerazione della profonda trasformazione dell'istituto del matrimonio nella società contemporanea.

Come si legge infatti nelle motivazioni del progetto¹⁴, secondo la concezione tradizionale in Belgio il matrimonio era considerato una comunità di vita durevole tra due persone, avente come fine pervalente la procreazione. Sebbene il codice civile non stabilisse nulla in merito, dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che

¹² I risultati elettorali del 1999 hanno determinato la formazione di un governo c.d. *arc-en-ciel*, formato da una coalizione composta da sei partiti liberali, socialisti ed ecologisti, sia francofoni che fiamminghi: tra le priorità del programma politico vi era proprio il riconoscimento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

¹³ Proposte di legge Grauwels (Agalev) e Vanvelthoven (SP), rispettivamente, del 6 settembre 2000 e del 13 dicembre 2000 che eliminavano, dalle condizioni per contrarre matrimonio, la differenza di sesso e aprivano la seconda fase del processo di riconoscimento del diritto al matrimonio delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Tale fase è stata definita dalla dottrina "fiamminga", in quanto sono stati prevalenti gli orientamenti espressi dai gruppi di pressione appartenenti a tale comunità linguistica.

¹⁴ Chambre des Représentants de Belgique, 14 mars 2002, *Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, DOC 1692/001.

potessero contrarre matrimonio solo persone di sesso diverso, proprio in considerazione delle finalità di tale istituto.

Il legislatore, tuttavia, affermava che tale concezione è ormai superata: nella realtà contemporanea, infatti, il matrimonio ha perso l'essenziale carattere procreativo, ma «è visto e considerato come una relazione formale tra due persone, che ha come scopo principale la creazione di una comunità di vita stabile». La sua finalità prevalente, oggi, non è più esclusivamente la procreazione, ma consiste nella esteriorizzazione di «una relazione intima tra due persone». Sulla base di tale definizione, a giudizio del legislatore, doveva essere riconosciuta uguaglianza di trattamento, sul piano del matrimonio, alle coppie eterosessuali e omosessuali, riconoscendo loro identici diritti, salvo quelli legati alla procreazione.

Per tali ragioni, il progetto di legge proponeva di modificare o introdurre alcune disposizioni del codice civile, volte ad adeguare l'istituto del matrimonio al rinnovato contesto sociale contemporaneo: si proponeva, in particolare, di sostituire l'articolo 143 del codice, con un nuovo testo, intitolato *Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage*, che avrebbe stabilito: «due persone di sesso diverso o dello stesso sesso possono contrarre matrimonio». Al contempo in tutte le disposizioni, l'espressione «marito e moglie» sarebbe stata sostituita da «sposi».

Come anticipato, il progetto di legge è stato sottoposto in via preventiva dal Ministro della giustizia al Consiglio di Stato. La decisione si segnala in quanto sostiene l'inammissibilità dell'interpretazione evolutiva dell'istituto del matrimonio proposta dal legislatore: a tal fine, la motivazione è arricchita da numerosi rinvii alla giurisprudenza straniera, oltre che alla dottrina e ai lavori preparatori del codice civile belga e della stessa proposta di legge.

3. L' *avis* del Consiglio di Stato

Il parere del Consiglio di Stato analizza la possibilità del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, sotto due profili: in primo luogo si esamina la possibilità del suo riconoscimento alla luce dell'evoluzione sociale, che – secondo quanto riteneva il legislatore – aveva ormai trasformato il significato di tale istituto; in secondo luogo, se ne valuta l'opportunità sul piano della certezza del diritto, in relazione alle regole del diritto internazionale privato.

Quanto al primo profilo, il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato la definizione “classica” e quella “nuova” di matrimonio, citando il progetto di legge sottoposto al suo giudizio, censura radicalmente la seconda.

Quanto invece alla compatibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso e il principio di certezza del diritto alla luce delle regole di diritto internazionale privato, il Consiglio di Stato ritiene che il matrimonio tra persone dello stesso sesso di nazionalità diversa possa essere riconosciuto solo a condizione che entrambi gli ordinamenti di appartenenza prevedano tale istituto: nell'eventualità dell'introduzione del matrimonio omosessuale nell'ordinamento belga, dunque, sarebbe stata frequente la possibilità del suo mancato riconoscimento in altri ordinamenti. Ne sarebbero derivate numerose occasioni di incertezza giuridica, che, a giudizio del Consiglio di Stato, giustificavano l'abbandono del progetto di legge.

Il parere, per quanto attiene a entrambi i profili, si segnala per la tecnica argomentativa adottata: infatti, a supporto dell'opzione interpretativa prescelta, si rinvia a quanto affermato in merito nella giurisprudenza di Corti straniere, sia in via indiretta che diretta, alla dottrina belga, ai lavori preparatori al codice civile e ai testi delle convenzioni internazionali.

Quanto ai rinvii alla giurisprudenza, a sostegno della tesi secondo la quale le coppie omosessuali si distinguono da

quelle eterosessuali e una eventuale disparità di trattamento giuridico non determina una discriminazione ingiustificata, sono citate in primo luogo le sentenze della Corte di Cassazione francese del 11 luglio 1989.

Le decisioni della Corte francese hanno ad oggetto il riconoscimento alle coppie omosessuali dei diritti sociali delle coppie di fatto eterosessuali. A giudizio della *Cour de Cassation*, tali diritti non possono essere estesi anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, sulla base della nozione di “coppia di fatto”, che consiste in una comunità di vita tra due persone – necessariamente di sesso diverso – che abbiano deciso di vivere come sposi pur non essendo uniti dal vincolo coniugale.

La citazione è in realtà indiretta, in quanto il Consiglio di Stato belga vi fa rinvio richiamando il commento di B. Beigner¹⁵, che criticava le decisioni, sostenendo che, pur dovendosi riconoscere la differenza tra il rapporto di concubinato tra coppie eterosessuali e omosessuali, in quanto solo nel primo caso vi è la possibilità di filiazione, non fosse possibile negarne i diritti.

Diretto è invece il riferimento al parere del 1999 del Consiglio di Stato dei Paesi Bassi sul progetto di legge sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, citato nella seconda parte dell'*avis* belga. Il parere è richiamato a supporto della tesi secondo la quale il riconoscimento del matrimonio omosessuale non è opportuno per ragioni di certezza del diritto sul piano del diritto internazionale: come si afferma sia nel parere del Consiglio di Stato belga che in quello del Consiglio di Stato dei Paesi Bassi, infatti, sulla base delle regole di diritto internazionale privato, le unioni omosessuali sono ammissibili solo qualora lo statuto personale di entrambi gli sposi lo consenta. Qualora uno degli sposi sia cittadino di uno Stato che non riconosca il matrimonio tra persone dello stesso sesso, si potrebbe

¹⁵ BEIGNER, *A propos du concubinage homosexuel*, in *Dalloz*, 1998, 215 s.

prospettare il rischio del mancato riconoscimento dell'unione. Anche per questa ragione, a giudizio del Consiglio di Stato belga, il progetto di legge deve essere abbandonato.

Inoltre, a sostegno dell'interpretazione classica dell'istituto del matrimonio, secondo la quale esso deve essere considerato come l'unione tra un uomo e una donna, con la principale finalità della filiazione, il Consiglio di Stato belga fa rinvio sia ai lavori preparatori del codice civile e della nuova legge sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, che alla dottrina e ai testi di convenzioni internazionali.

Come si legge nei lavori preparatori al codice civile, esplicitamente citati nell'*avis*, infatti, «*le principal effet de l'union conjugale est de donner la vie à des enfants, c'est-à-dire à des êtres environnés de mille besoins*». Sono invece citati *a contrario* i lavori preparatori del progetto di legge sottoposto al giudizio del Consiglio di Stato, nei quali si afferma che occorre riconoscere l'evoluzione della mentalità nella società contemporanea, sulla base della quale il matrimonio ha lo scopo di esteriorizzare una relazione intima tra due persone e ha perso il tradizionale carattere essenzialmente procreativo.

Anche i riferimenti alla dottrina sono volti a dimostrare che l'istituto del matrimonio va inteso in senso tradizionale: a tal fine, si rinvia al *Traité élémentaire de droit civil belge* di J.-P. Masson.

Infine, nello stesso senso, il Consiglio di Stato richiama le definizioni di matrimonio contenute in alcune convenzioni internazionali: l'art. 23 c. 2 del Patto internazionale sui ai diritti civili e politici, l'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 16 c. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che riconoscono all'"uomo" e alla "donna" il diritto al matrimonio.

L'*avis* del Consiglio di Stato ha suscitato in dottrina reazioni vivaci e varie. Al favore degli studiosi di orientamento più tradizionalista, si sono contrapposte le critiche di coloro che invece hanno espresso una posizione

più progressista. Costoro, in particolare, hanno messo in evidenza l'effetto discriminatorio che sarebbe derivato a danno delle coppie formate da persone dello stesso sesso nel caso di mancata approvazione della proposta di legge. In particolare, è stato affermato che, a differenza di quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, gli omosessuali subiscono una discriminazione nel caso in cui non possano accedere, allo stesso modo degli eterosessuali, all'istituto del matrimonio¹⁶, sotto due profili: da una parte, mentre le coppie eterosessuali si vedrebbero riconoscere il diritto di scelta tra il matrimonio e la coabitazione legale, quelle omosessuali sarebbero private di ogni possibilità di scelta, in quanto costrette ad optare esclusivamente per il regime della coabitazione legale; dall'altra, il rifiuto del matrimonio sarebbe discriminatorio anche in relazione ai figli, frutto di relazioni passate dei *partner* ed educati dalla coppia omosessuale, ai quali sarebbe negata una importante occasione di stabilità a causa del divieto di matrimonio per i loro genitori¹⁷. Quanto alla coerenza con l'ordinamento giuridico belga dell'estensione del matrimonio anche alle coppie omosessuali, la dottrina ha sostenuto che l'estensione del matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso comporti senza dubbio la radicale trasformazione di alcune idee consolidate, ma non implichi, per questo, alcuna violazione dei diritti fondamentali¹⁸.

La posizione del legislatore si è allineata con quella della dottrina più progressista: infatti, il parere negativo del Consiglio di Stato non ha ostacolato il processo di approvazione della legge, che è stata adottata in via definitiva il 13 febbraio 2003 e pubblicata sul *Moniteur Belge* il 28 febbraio dello stesso anno.

¹⁶ RENCHON, *Mariage et homosexualité*, in *Journal des tribunaux*, 2002, 509.

¹⁷ Come dichiarato da otto professori e ricercatori in una *charte blanche* pubblicata su *le Soir* del 15 dicembre 2001.

¹⁸ Cfr. AREND-CHEVRON, *La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sex*, cit., 22.

Nel testo approvato in via definitiva, come previsto nel progetto di legge, le disposizioni del codice civile relative al matrimonio sono state modificate prevedendo la sostituzione delle espressioni «marito e moglie» con «sposi»¹⁹ e introducendo un nuovo articolo 143 c.c., il quale prevede che possano contrarre matrimonio persone «dello stesso sesso o di sesso diverso»²⁰.

Per effetto della riforma, risulta dunque applicabile alle coppie omosessuali che contraggano matrimonio lo stesso regime relativo al matrimonio tra coppie eterosessuali. Restava tuttavia esclusa l'applicabilità di tutte le disposizioni relative alla filiazione, nonché impedita l'adozione. Parte della dottrina ha sottolineato come l'esclusione del diritto di adozione da parte delle coppie omosessuali dalla legge del 2003 abbia rappresentato proprio l'esito di un compromesso tra coloro che sostenevano la completa parificazione tra il regime matrimoniale delle coppie eterosessuali ed omosessuali e coloro che invece lo negavano, e ha individuato proprio in tale carattere uno degli aspetti di debolezza e incoerenza del testo normativo²¹.

Il complesso e lungo *iter* normativo per il riconoscimento del diritto al matrimonio – sia pure con l'esclusione degli effetti legati alla filiazione – non poteva tuttavia ancora dirsi concluso: la legge ha subito incontrato l'opposizione di larga parte dell'opinione pubblica, che si è tradotta nell'impugnazione del testo innanzi alla *Cour d'Arbitrage* con un ricorso per annullamento²².

¹⁹ Art. 2 Loi 13-2-2003 – *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil.*

²⁰ Art. 3., che sostituisce l'art. 143 Cod. civ., abrogato, con un nuovo testo.

²¹ Cfr. in questo senso RENCHON, *L'avenement du mariage homosexuel dans le Code civil belge*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2004, 169-207.

²² Il ricorso per annullamento costituisce una delle due vie di ricorso alla *Cour d'Arbitrage* – ora Corte costituzionale: secondo quanto stabilisce la legge speciale del 6 gennaio del 1989, può essere proposto ricorso per

Anche la decisione della Corte, come quella del Consiglio di Stato, è incentrata prevalentemente sull'interpretazione del concetto di matrimonio, al fine di riconoscerne l'eventuale ammissibilità tra persone dello stesso sesso. A differenza del Consiglio di Stato, tuttavia, la *Cour d'Arbitrage*, confermando l'orientamento del legislatore, ha accolto l'interpretazione evolutiva dell'istituto, con una sentenza di rigetto. Anche la decisione di costituzionalità esamina i lavori preparatori del codice civile e del progetto di legge, mentre non vi è alcun rinvio alla giurisprudenza straniera.

4. La sentenza della *Cour d'Arbitrage*

Il ricorso alla *Cour d'Arbitrage* è stato proposto da individui – sposati o intenzionati a contrarre matrimonio – i quali sostenevano che la legge avesse snaturato l'istituto del matrimonio, rendendolo incompatibile con le proprie convinzioni religiose²³. Oggetto del ricorso era l'intero testo della legge: il parametro invocato era costituito, da una parte, da disposizioni della Costituzione, e, dall'altra, da convenzioni internazionali²⁴.

In particolare, la legge veniva impugnata sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza e non

annullamento, in tutto o in parte, di una legge o di un atto avente forza di legge entro 60 giorni dalla pubblicazione della legge. Il ricorso può essere presentato dal Primo Ministro, un Ministro, il Presidente di una delle due Camere o una persona fisica che giustifichi l'interesse al ricorso.

²³ Come si desume dall'esposizione dell'interesse delle parti a ricorrere: *Cour d'Arbitrage, arrêt* n. 159/2004 del 20 ottobre 2004, par. A.1.1.

²⁴ In effetti, le convenzioni internazionali in materia di diritti dell'uomo, e in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur non essendo fonti vincolanti nell'ordinamento giuridico belga, sono tuttavia progressivamente entrate a far parte del parametro di giudizio della *Cour d'Arbitrage*, attraverso il controllo della compatibilità delle leggi con il principio di uguaglianza e non discriminazione, ex art. 10 e 11 Cost. belga.

discriminazione, in relazione agli articoli 10²⁵, 11²⁶ e 11 bis²⁷ della Costituzione. In secondo luogo, era ritenuta lesiva della libertà religiosa: a tal proposito, i ricorrenti sostenevano che essa non fosse compatibile, sul piano nazionale, con gli art. 21 c. 2²⁸ e 19²⁹ della Costituzione e, sul piano sovranazionale, con gli art. 9³⁰ e 12³¹ della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Infine, a giudizio dei ricorrenti, la legge si fondava su una nozione di matrimonio diversa da quella accolta dalla Costituzione belga, dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti

²⁵ «Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres.

Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

L'égalité des femmes et des hommes est garantie».

²⁶ «La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques».

²⁷ «La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics».

²⁸ «Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi, s'il y a lieu».

²⁹ «La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés».

³⁰ «Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui».

³¹ «Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

dell'uomo e dall'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³², i quali, a loro giudizio, prevedevano che potessero accedere al matrimonio solo le coppie formate da persone di sesso diverso.

In particolare, quanto all'incostituzionalità della legge in relazione al principio di uguaglianza e non discriminazione, i ricorrenti sostenevano che situazioni diverse fossero trattate in modo uguale, senza alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole: a loro giudizio, infatti, il legislatore aveva omesso di dare seguito all'*avis* del Consiglio di Stato, non considerando che vi è una differenza oggettiva tra coloro che intendono fondare una famiglia con una persona di un altro sesso, attraverso il matrimonio, e coloro che invece vogliono formare una «comunità di vita» con un'altra persona, anche dello stesso sesso. Secondo i ricorrenti, la riforma adottata si fondava sulla premessa, erronea, secondo la quale è necessario porre fine ad una situazione di fatto discriminatoria.

Quanto al profilo relativo alla libertà religiosa, si sosteneva che, con la riforma, i cittadini credenti sarebbero stati costretti ad aderire ad un istituto che non era compatibile con i propri precetti religiosi: ne derivava pertanto la violazione della libertà religiosa e del diritto a sposarsi.

Infine, in merito all'incompatibilità della nuova nozione di matrimonio, proposta dal legislatore, e quella classica, stabilita dalla Costituzione e le convenzioni internazionali, i ricorrenti precisavano che la Costituzione prevede che il

³² «La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato.

Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio.

Il matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi.

Gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria».

matrimonio possa essere contratto solo da persone di sesso diverso: tanto si desumeva dal fatto che l'art. 21 della Costituzione mostrasse l'intento di impedire che lo Stato istituisse una forma di matrimonio incompatibile con il matrimonio religioso e che nessun culto religioso prevedesse la possibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Inoltre, sempre a sostegno della concezione classica di matrimonio, i ricorrenti richiamavano gli art. 11 e 11 *bis* della Costituzione, 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. A giudizio dei ricorrenti, non spettava al legislatore la possibilità di modificare la concezione di matrimonio come unione tra un uomo e una donna, che si desumeva tanto dalla Costituzione che dalle convenzioni internazionali.

La *Cour d'Arbitrage* ha rigettato tutti i motivi di ricorso, confermando così la costituzionalità della legge.

Di particolare interesse, ai fini di questo studio, è la decisione relativa alla compatibilità della nuova concezione di matrimonio introdotta dalla legge con quella proposta dalla Costituzione e le convenzioni internazionali.

Come nel parere del Consiglio di Stato, sono citati i lavori preparatori del progetto di legge³³: tuttavia, ad essi, è attribuito un valore diverso. Infatti, mentre nel parere del Consiglio di Stato il testo è richiamato allo scopo di esemplificare un'opzione interpretativa che si ritiene di dover rigettare, nella sentenza della *Cour d'Arbitrage* si sostiene che la determinazione della natura e delle condizioni del matrimonio rientri nella discrezionalità del legislatore³⁴ e non possa essere invece l'esito dell'attività interpretativa del giudice delle leggi. Di conseguenza, l'interpretazione dell'istituto fornita dal legislatore viene accolta dalla Corte e posta alla base del rigetto del ricorso per annullamento della legge.

³³ Considerato in diritto, par. B.4.5.

³⁴ Considerato in diritto, par. B.4.6.

La Corte dunque, ribaltando l'interpretazione del Consiglio di Stato e confermando quella del legislatore, sostiene che l'istituto del matrimonio abbia subito nella società contemporanea una profonda evoluzione – relativa in particolare alla perdita dell'esclusiva finalità della procreazione – che impedisce di escludere che anche le persone dello stesso sesso possano accedervi.

Quanto alla asserita incompatibilità della nuova concezione di matrimonio con quella stabilita dalle convenzioni internazionali, i ricorrenti richiamavano lo stesso parametro invocato a sostegno del ricorso al Consiglio di Stato, ma, anche in questo caso, le conclusioni della Corte sono del tutto differenti. La *Cour d'Arbitrage*, infatti, ritiene che le disposizioni richiamate vadano lette alla luce dell'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁵ e dell'art. 5 c. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³⁶, che fanno salva l'applicazione del diritto nazionale, o di altre convenzioni internazionali, qualora essi garantiscano una tutela più ampia dei diritti fondamentali. Sulla base di tale principio, la Corte sostiene che le disposizioni delle convenzioni richiamate dai ricorrenti non possano essere interpretate nel senso di impedire il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Quanto alle tecniche di giudizio e di argomentazione utilizzate dalla *Cour d'Arbitrage* nella sentenza commentata, occorre in primo luogo rilevare che la Corte belga si è pronunciata sulla legge sul matrimonio tra persone delle

³⁵ «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi».

³⁶ «Nessuna restrizione o deroga a diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti o vigenti in qualsiasi Stato parte del presente Patto in virtù di leggi, convenzioni, regolamenti o consuetudini, può essere ammessa col pretesto che il presente Patto non li riconosce o li riconosce in minor misura».

stesso sesso con una sentenza di rigetto, escludendo di pronunciarsi con una decisione di tipo intermedio³⁷.

La scelta della tecnica di giudizio appare giustificata, da una parte, dalla volontà del giudice costituzionale di confermare la costituzionalità della legge senza alcuna riserva e, dall'altra, di riconoscere solo al legislatore il compito di stabilire l'interpretazione degli istituti disciplinati nella legge: come già sottolineato in precedenza, in effetti, la Corte sottolinea come «*il appartient au législateur de déterminer la nature et les conditions du mariage*». Ed è per questa ragione che la Corte rinvia, per la definizione dell'istituto, ai lavori preparatori della legge, accogliendo la tesi dell'evoluzione dell'istituto nel rinnovato contesto sociale dei nostri tempi. Si può dunque ritenere che la Corte abbia fatto uso dell'argomento sociologico nella sua decisione, sia pure in via indiretta, facendo rinvio a quanto stabilito in proposito dal legislatore.

A differenza della decisione del Consiglio di Stato, invece, a supporto dell'opzione interpretativa prescelta, nella sentenza della Corte non vi è alcun rinvio alla dottrina né alla giurisprudenza straniera, né in via diretta né indiretta.

La mancanza di riferimenti a precedenti stranieri, peraltro, rispecchia lo stile delle sentenze del tribunale costituzionale belga, nelle quali raramente è citato il diritto straniero, tanto a supporto della decisione quanto *a contrario*. Nelle motivazioni, invece, frequenti sono i riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia. La giurisprudenza sovranazionale,

³⁷ In effetti, pochi anni dopo la sua istituzione, la *Cour d'Arbitrage* ha ampliato la tipologia delle proprie decisioni, pronunciandosi, oltre che con sentenze di accoglimento o di rigetto "secche", con decisioni interpretative di rigetto o, al contrario, di annullamento "condizionato": le prime sono utilizzate allo scopo di salvare la costituzionalità della legge, grazie ad una interpretazione conforme al dettato costituzionale, mentre le seconde accolgono la questione di costituzionalità "nella misura in cui" sia accolta una certa interpretazione della legge. Cfr. in merito DELPÉRE - RASSON-ROLAND (a cura di), *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, 1990, 141-147.

in effetti, pur non dotata in valore vincolante, ha tuttavia un ampio valore di persuasione.

5. L'adozione da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso

Come anticipato, la sentenza di rigetto della *Cour d'Arbitrage* ha aperto la strada all'ultima, e più ambiziosa, fase del processo del progressivo riconoscimento dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Così, tra gennaio e maggio 2004 sono state presentate cinque proposte di legge³⁸ volte a modificare il codice civile allo scopo di autorizzare l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso. Tutte le proposte partivano dalla constatazione che, sia pure in mancanza di una regolamentazione legislativa, il fenomeno di famiglie composte da persone dello stesso sesso con figli – provenienti da precedenti matrimoni, adottati da uno solo dei coniugi, ovvero procreati con l'inseminazione artificiale o altre modalità al di fuori della coppia – è una realtà di fatto³⁹. In tale contesto, tuttavia, le famiglie omosessuali, ed in particolare i figli, subiscono gravi forme di discriminazione sociale e si

³⁸ Proposta depositata il 7 gennaio 2004 da Guy Swennwen; proposta depositata l'8 gennaio 2004 da Martine Taelman, Maggie De Block, Geert Versnick, Hilde Vautmans, Rik Daems, Karel De Gucht e Annemie Turtelboom; proposta depositata l'8 gennaio 2004 da Els Van Weert, Annelies Storms e Stijn Bex; proposta depositata il 30 marzo 2004 depositata da Zoé Genot; proposta depositata il 19 maggio 2004 da Velérie Déom, Karine Lalieux, Marie-Claire Lambert e Yvan Mayeur.

³⁹ A conferma di quanto sostenuto nelle proposte di legge, si vedano i numerosi rapporti curati da organizzazioni e associazioni attive nel campo della tutela dei diritti degli omosessuali: a mero titolo esemplificativo, si consideri, ad esempio: *L'adoption de A à Z pour les couples gays et lesbiens*, Dossier pédagogique réalisé par l'équipe di Centre d'éducation permanente de Tels Quels coordonné par Julie Bierlaire.

vedono private di alcuni essenziali diritti: tra di essi, l'impossibilità di trasmettere il cognome ai figli è una delle più evidenti. Allo scopo dunque di adeguare l'ordinamento alla realtà concreta, non lasciando prive di regolamentazione strutture sociali di fatto esistenti, tutte le proposte di legge avevano l'obiettivo di consentire l'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso e di consentire la trasmissione del cognome ai figli. In generale, le proposte avevano ad oggetto l'adozione nazionale, mentre solo una intendeva autorizzare anche l'adozione internazionale⁴⁰.

Il 18 maggio 2006, il Parlamento belga ha approvato in via definitiva la legge che consente l'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso⁴¹, modificando il titolo VIII del codice civile, che disciplina l'adozione. In particolare, è stato emendato l'art. 343, il quale prevede le definizioni di "adottante" e "adottato", eliminando dalla prima definizione il riferimento alla necessità che gli adottanti siano di sesso diverso⁴². Gli artt. 3-8 della legge di riforma hanno inoltre inserito nuove disposizioni, o sostituito disposizioni esistenti, allo scopo di regolare gli aspetti relativi alla trasmissione del cognome dagli adottanti all'adottato. In particolare, in caso di adozione simultanea da parte di due persone dello stesso sesso, queste ultime dichiarano al Tribunale, di comune accordo, quale delle due trasmetterà il cognome all'adottato⁴³. Allo stesso modo, la scelta, di comune accordo, del cognome è comunicata al tribunale nel caso in cui una persona adotti il figlio o il figlio adottivo del coniuge o del compagno dello stesso

⁴⁰ Proposta di legge depositata il 30 marzo 2004 da Zoé Genot.

⁴¹ Legge 18 maggio 2006 – *Loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe*, in *Moniteur Belge*, 20-6-2006, ed. 2.

⁴² Art. 2 legge 18 maggio 2006.

⁴³ Art. 3 legge 18 maggio 2006, che introduce l'art. 352 c. 2 Cod. civ.

sesso⁴⁴. Nel caso in cui l'adottato sia maggiorenne, gli adottanti possono richiedere al tribunale che il cognome dell'adottato non sia modificato, ovvero, nel caso in cui egli possieda un cognome derivante da una adozione precedente, che possa farlo precedere o seguire da quello del nuovo adottante⁴⁵.

In conclusione, è possibile osservare come l'apertura dell'ordinamento belga al matrimonio tra persone dello stesso sesso abbia rappresentato l'esito di un lungo e complesso percorso normativo e giurisprudenziale, che ha visto coinvolti il legislatore, il Consiglio di Stato e la *Cour d'Arbitrage*, in una comune riflessione sul significato dell'istituto del matrimonio e sulla sua evoluzione nel contesto sociale nel quale esso trova attuazione concreta.

Non può negarsi, in tale processo, l'importanza dell'apporto della decisione della *Cour d'Arbitrage*, che, pur non esprimendosi con una sentenza interpretativa, ha tuttavia, nelle argomentazioni riportate nelle motivazioni, rafforzato l'opzione interpretativa che ha costituito il fondamento di tutta la riforma introduttiva del matrimonio tra persone dello stesso sesso, anche con riferimento agli effetti legati alla filiazione.

⁴⁴ Art. 4 legge 18 maggio 2006, che introduce l'art. 352 c. 2 § 2 Cod. civ.

⁴⁵ Art. 5 legge 18 maggio 2006, che sostituisce l'art. 353 c. 3 Cod. civ.

