

Il punto sulla tutela dell'omosessuale richiedente protezione internazionale tra Corte di Giustizia dell'Unione e Corte di Cassazione*

di Stefano Pizzorno**
(23 maggio 2018)

La Suprema Corte è tornata recentemente a pronunciarsi sui presupposti necessari al fine di ottenere il riconoscimento della protezione internazionale allorché la richiesta sia fondata sulla persecuzione a causa dell'omosessualità del richiedente. La Corte d'Appello aveva ritenuto che tali presupposti mancassero nei confronti di un soggetto che riteneva di essere in pericolo qualora fosse stato costretto a rimpatriare in Gambia a causa delle accuse di omosessualità che erano state formulate nei suoi riguardi. Pur essendo il Gambia uno dei molti Paesi in cui l'omosessualità è punita come reato, secondo il Giudice d'Appello la condizione di omosessuale non era stata provata. La Cassazione (sez.VI, ord. 6.2.2018, n. 2875) cassa la sentenza impugnata, osservando come, ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, non sia necessario che le accuse siano fondate e che quindi l'omosessualità debba sussistere, rilevando esclusivamente che quelle accuse siano state formulate e pertanto il soggetto sia esposto al rischio di persecuzione, potendo comunque subire le pene previste per via della sua condizione, supposta o reale. Oggetto dell'accertamento giudiziario, pertanto, avrebbe dovuto essere l'esistenza delle accuse, non dell'omosessualità. La Cassazione ha in tal modo applicato il disposto di cui all'art. 8 comma 2 d.lgs. 251/2007, ignorato dalla Corte d'Appello, secondo cui *Nell'esaminare se un richiedente abbia un timore fondato di essere perseguitato, è irrilevante che il richiedente possieda effettivamente le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione, purché una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni.* Questa norma è la traduzione esatta dell'art. 10, paragrafo 2 della direttiva 2005/85/CE (recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato), richiamata anche dalla recente decisione della Corte di Giustizia del 25.1.2018 nella quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sul quesito se l'autorità competente per l'esame delle domande di protezione internazionale possa disporre una perizia nell'ambito dei fatti e delle circostanze riguardanti l'asserito orientamento sessuale del richiedente ovvero possa disporre una perizia psicologica, al fine di valutare la veridicità dell'orientamento sessuale dichiarato. A questo proposito la Corte, nel dare risposta alle questioni pregiudiziali, ricorda che, essendo in vigore l'art. 10 paragrafo 2 della direttiva, non è sempre necessario, al fine di pronunciarsi su una domanda di protezione internazionale fondata su un timore di persecuzione a causa dell'orientamento sessuale del richiedente, valutare l'attendibilità di tale orientamento.

Semplificando è quindi possibile distinguere due situazioni: 1) nel Paese di provenienza del richiedente sono state avanzate nei suoi confronti accuse concernenti la sua condizione di omosessuale; in tal caso è sufficiente accertare questa circostanza, cioè l'esistenza in sé delle accuse; 2) qualora siano previste, nell'ordinamento giuridico del paese di provenienza, sanzioni penali volte a punire il compimento di atti omosessuali ma non siano state avanzate accuse nei confronti del richiedente per tale motivo, si dovrà procedere all'accertamento dello stato di omosessualità. In questo caso l'accertamento incontra peraltro una serie di limitazioni a tutela della dignità dell'individuo. Si potrà valutare infatti l'attendibilità del racconto, anche avvalendosi di esperti e disponendo una perizia ma è in ogni caso vietato disporre una perizia psicologica al fine di valutare la veridicità dell'orientamento sessuale dichiarato. Su questo punto si è infatti espressa la medesima Corte di Giustizia con la decisione sopracitata, osservando che l'impatto di una

* Scritto sottoposto a *referee*.

perizia siffatta sulla vita privata del richiedente appare sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito; infatti si tratterebbe di un esame volto ad accertare un elemento essenziale dell'identità di una persona e che si riferisce ad aspetti intimi della sua vita. Una tale ingerenza non può giustificarsi, tenendo anche conto che le conclusioni non potrebbero ritenersi assolutamente certe. D'altro canto, aggiunge la Corte, una perizia psicologica non potrebbe ammettersi neppure con il consenso dell'interessato, considerando che un tale consenso non sarebbe necessariamente libero ma di fatto imposto dalle circostanze in cui si trova il richiedente la protezione. Del resto, la stessa Corte di Giustizia, in una precedente decisione, sempre su rinvio pregiudiziale, aveva osservato che le autorità non avrebbero potuto accettare neppure la richiesta volontaria di sottoporsi ad eventuali test per stabilire l'omosessualità del richiedente (Grande Sezione del 2.12.2014 n. 148). Allo stesso modo, come precisato dalla Corte, non è neppure ammissibile la produzione da parte dei richiedenti di prove quali registrazioni video dei loro atti intimi in quanto idonee a ledere la dignità umana; senza considerare che, accettando un tale tipo di prova, si produrrebbe un effetto incentivante nei confronti di altri richiedenti.

Gli stessi interrogatori non possono fondarsi unicamente su nozioni stereotipate relativamente agli omosessuali, cioè senza tener conto della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente asilo (in violazione, afferma la Corte, dell'art. 4, paragrafo 3, lettera c) della direttiva 2004/83¹ e dell'art. 13, par. 3, lettera a) della direttiva 2005/85²) e non possono infine riguardare i dettagli delle pratiche sessuali del richiedente; altrimenti si verificherebbe una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare protetto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 7).

La Grande Sezione si è infine pronunciata nel senso che non è possibile concludere per la mancanza di credibilità del richiedente asilo per il solo motivo che egli in un primo momento abbia taciuto il fatto della propria omosessualità per esporre la circostanza solo successivamente. La Corte di Cassazione ha così cassato la sentenza della Corte d'Appello di Torino che aveva ritenuto inattendibile la dichiarazione di omosessualità del richiedente che aveva a tale riguardo taciuto dinanzi alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale; in tal modo infatti, come rilevato dalla Suprema Corte, il giudice di merito aveva contravvenuto al principio di diritto enunciato dalla Corte Europea nella decisione sopra citata (Cass. 21.10.2016 n. 27437). Del resto, già in precedenza, la Cassazione si era espressa in tal senso, cassando la decisione della Corte d'Appello di Napoli, in relazione ad altro richiedente che non aveva prospettato in una precedente domanda di protezione internazionale la propria condizione di omosessuale. Non erano infatti state valutate, secondo la Suprema Corte, le ragioni prospettate secondo cui il richiedente non si era sentito di esporre la propria condizione personale nella prima richiesta (Cass. 5.3.2015 n. 4522).

1 Art. 4 par.3: L'esame della domanda di protezione internazionale deve essere effettuato su base individuale e prevede la valutazione: c) della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, in particolare l'estrazione, il sesso e l'età, al fine di valutare se, in base alle circostanze personali del richiedente, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave. Adesso è vigente l'art. 4 par 3 lett. c) della direttiva 2011/95/UE, identico.

2 L'art. 13 della direttiva 2005/85, par. 3: Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché il colloquio personale si svolga in condizioni che consentano al richiedente di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda. A tal fine gli Stati membri: a) provvedono affinché la persona incaricata di condurre il colloquio abbia la competenza sufficiente per tener conto del contesto personale o generale in cui nasce la domanda, compresa l'origine culturale o la vulnerabilità del richiedente, per quanto ciò sia possibile. Adesso è vigente l'art. 15 della direttiva 2013/32 che dispone: Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché il colloquio personale si svolga in condizioni che consentano al richiedente di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda. A tal fine gli Stati membri: a) provvedono affinché la persona incaricata di condurre il colloquio abbia la competenza per tener conto del contesto personale e generale in cui nasce la domanda, compresa l'origine culturale, il genere, l'orientamento sessuale, l'identità sessuale o la vulnerabilità del richiedente.

Ciò non significa che la circostanza della mancata dichiarazione fin dall'inizio sia un elemento del tutto irrilevante; ma essa può essere presa in considerazione al fine di escludere l'attendibilità della circostanza dedotta solo valutando le condizioni personali del richiedente.

D'altro canto, viceversa, non può ritenersi sufficiente la semplice dichiarazione di essere omosessuale qualora non sia stato fornito alcun riscontro o concreto elemento indiziario al fine di sostenere l'attendibilità del racconto (Cass. Sez. IV ord. 4.8.2016 n. 16361).

Con la decisione 2875/18, la Cassazione conferma la propria ormai consolidata giurisprudenza secondo cui il fatto che l'omosessualità sia considerata reato nel Paese di provenienza compromette la libertà personale del cittadino di quello Stato che si trovi in tale condizione, lo pone in una situazione oggettiva di pericolo, giustificandosi in tal modo la concessione della protezione internazionale (Cass., sez. VI, ord. 14-11-2017, n. 26921; Cass, sez. VI, ord. 19.4.2017, n. 9946; Cass. Sez. VI, ord. 27437/16 cit.; Cass., Sez.VI, 5.3.2015 n. 4522; Cass., sez. VI, ord. 20.9.2012, n. 15981). Perché sia riconosciuta la protezione non è necessario, secondo la Corte, che l'orientamento sessuale esponga il richiedente al rischio di subire una persecuzione di carattere sociale o a una situazione di pericolo per l'incolumità fisica o di subire trattamenti personali discriminatori; la previsione della sanzione penale pone in essere di per sé una condizione oggettiva di persecuzione e discriminazione, costituendo una grave limitazione della libertà personale³. È rimasta pertanto isolata la pronuncia con la quale la Suprema Corte, da un lato, affermava il principio per cui l'omosessualità andava riconosciuta come condizione dell'uomo degna di tutela in conformità ai precetti costituzionali, sottolineando in particolare che l'art. 2 Cost. tutelava la libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze sessuali, in quanto espressione del diritto alla realizzazione della propria personalità; dall'altro, riteneva però che la persecuzione si potesse considerare esistente solo qualora l'ordinamento straniero punisse l'omosessualità come fatto in sé considerato; doveva invece ritenersi esclusa allorché fosse prevista come reato solo l'ostentazione delle pratiche omosessuali (Cass. Sez. I, 25 luglio 2007, n. 16417)⁴. Una distinzione, questa delineata dalla Suprema Corte⁵, già prospettata del resto in altre decisioni di giudici appartenenti a diversi ordinamenti giuridici⁶. Una siffatta tesi, già comunque superata dalla Cassazione, è poi divenuta comunque improponibile dopo che sul punto si è pronunciata espressamente la Corte di Giustizia. Con la sentenza 7.11.2013, n. 199/12⁷ la Corte ha, da un lato, affermato che le persone omosessuali provenienti da Paesi nei quali l'omosessualità è punita dalla legge penale costituiscono un determinato gruppo sociale protetto dall'art. 10, par.1, lett. d) della direttiva 2004/83/CE; allo stesso tempo ha chiarito, ancora una volta in sede di domanda pregiudiziale volta a interpretare le norme comunitarie, come in sede di valutazione di una domanda diretta ad ottenere lo stato di rifugiato non sia possibile attendersi che il richiedente asilo abbia nascosto la propria omosessualità nel Paese d'origine. Il richiedente asilo non è pertanto tenuto a nascondere

3 Cass. VI sez., 30.3.2018 n. 8025, cassa App. Catanzaro 22.2.2017 n. 286.

4 In Nuova Giur. Civ. Comm., 2008, 2, 10271, con nota di S.E. Pizzorno, L'omosessualità quale causa ostativa dell'espulsione; in Guida dir., 2007, 34, 49 con nota di Negro, Solo elementi incontrovertibili accerteranno le qualità soggettive.

5 Ripresa anche da Cass. pen. Sez. I, 18.01.2008, n. 2907 in Giur. It., 2008, 11, 2575 nota di S.E. Pizzorno, Omosessualità e reato di indebito trattenimento nel territorio dello Stato.

6 V. Winkler, "A silent right is not a right": orientamento sessuale, diritti fondamentali e coming out a margine di una sentenza inglese in tema di rifugiati, in Corr. Giur., 2011, 10, 1375.

7 in Nuova Giur. Civ. Comm., 2014, 6, 10560, con nota di Morassutto e Winkler, Le tante facce dell'omofobia: una sentenza recente della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di rifugiati omosessuali.

la propria omosessualità per evitare il rischio di persecuzione o a dar prova di riservatezza nel manifestare il proprio orientamento sessuale. Per usare le parole della Corte *il fatto di esigere dai membri di un gruppo sociale⁸ che condividono lo stesso orientamento sessuale che nascondano tale orientamento è contrario al riconoscimento stesso di una caratteristica così fondamentale per l'identità che gli interessati non dovrebbero essere costretti a rinunciarvi.*

Quest'ultima decisione della Corte di Giustizia viene peraltro in rilievo sotto un altro profilo. La Cassazione infatti, come sopra esposto, con la medesima formula usata da Cass. 15982/12⁹ ad oggi, considera il fatto in sé della previsione della sanzione penale come elemento che mette di per sé il soggetto nella condizione oggettiva della persecuzione; la persecuzione, in altri termini, si realizza con la semplice previsione dell'omosessualità come reato nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza. La giurisprudenza di merito è in buona parte sulla stessa linea¹⁰. La Corte di Giustizia peraltro nella sentenza 199/12 ha affermato al contrario *che la mera esistenza di una legislazione che qualifica come reato gli atti omosessuali non può essere ritenuta un atto che incide sul richiedente in maniera così rilevante da raggiungere il livello di gravità necessario per ritenere che detta qualificazione penale costituisca una persecuzione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva.* Perché la persecuzione si realizzi occorre che la pena trovi effettivamente applicazione nel paese d'origine che ha adottato una simile legislazione. Non basta cioè una previsione astratta contenuta nell'ordinamento giuridico ma, sembra dire la Corte, alle parole devono seguire i fatti, cioè la disposizione penale deve essere applicata e la pena eseguita. Altrimenti non si può parlare di persecuzione. L'accertamento di questa condizione necessaria deve avvenire ad opera delle autorità nazionali.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto al contrario che il fatto stesso dell'esistenza di una legislazione che punisca l'omosessualità è in contrasto con la Cedu, in particolare con l'art. 8 che protegge la vita privata dell'individuo. La circostanza che per un certo lasso di tempo non siano stati intrapresi procedimenti attuativi della legislazione punitiva non costituisce alcuna garanzia che non vengano intrapresi in futuro¹¹. Peraltro questa giurisprudenza della Corte ha riguardato casi in cui norme siffatte erano presenti nella legislazione di uno Stato contraente della Convenzione. Nella diversa ipotesi in cui venga in rilievo la responsabilità di uno Stato membro per non aver accolto la domanda di

8 La Convenzione di Ginevra offre tutela a chi si trovi nel giustificato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, cittadinanza, *appartenenza a un determinato gruppo sociale*, opinioni politiche. Secondo la direttiva 2004/83/CE, (sostituita dalla direttiva 2011/95/UE senza innovazioni sul punto), un gruppo costituisce un particolare gruppo sociale quando (art. 10 lett. d): *i membri di tale gruppo condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi e tale gruppo possiede un'identità distinta nel paese di cui trattasi, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante.* Inoltre, *in funzione delle circostanze nel paese d'origine, un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale.* Il d.lgs. 19.11.2007 che attua la direttiva europea, all'art. 8 lett. d) dà la seguente definizione di gruppo sociale : *particolare gruppo sociale : è quello costituito da membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune, che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi, ovvero quello che possiede un'identità distinta nel Paese di origine, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante.* In funzione della situazione nel Paese d'origine, un particolare gruppo sociale può essere individuato in base alla caratteristica comune dell'orientamento sessuale, fermo restando che tale orientamento non includa atti penalmente rilevanti ai sensi della legislazione italiana. Ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, si tiene debito conto delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere.

9 Su cui v. Pirozzoli, Lo status di rifugiato dello straniero omosessuale in www.forumcostituzionale.it.

10 App. Firenze, sent. 16.4.2018, n. 893; Trib. Bologna Sez. II, ord., 07/08/2017; App. Bologna Sez. I, Sent., 03/08/2017; Trib. Milano, ord. 27.10.2015; Trib. Catanzaro, ord. 7.12.2015; App. Bologna, sent. 16.7.2014; Trib. Bologna, ord. 8.11.2013 con giur. ivi richiamata, in leggiditalia.it; Trib. Trieste, sent. 17.8.2009 n. 304, in www.meltingpot.it.

rifugio di un richiedente omosessuale proveniente da uno Stato terzo il cui ordinamento contenga norme punitive di atti omosessuali, la posizione della Corte è differente. In tal caso la Corte esclude che possa esservi violazione dell'art. 8; la responsabilità dello Stato potrebbe esservi per violazione dell'art. 3 della Convenzione, qualora il richiedente asilo, costretto a tornare nel Paese di provenienza, rischi di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti ma questa circostanza è ovviamente esclusa qualora non risultino casi recenti di incriminazione di atti omosessuali da parte delle autorità¹².

In ogni caso l'affermazione della Corte di Giustizia secondo cui occorre accertare che la previsione punitiva sia applicata, assunta a seguito di rinvio pregiudiziale, vincola tutti i giudici e le autorità degli Stati membri. Quindi sia la Commissione che le nostre Corti una volta ritenuto il racconto credibile, riscontrata la presenza di una norma penale che vieta l'omosessualità, dovrebbero compiere l'ulteriore verifica che la norma, pur formalmente vigente nella legislazione, sia concretamente applicata¹³. I parametri di tale verifica restano però incerti e la stessa indagine difficoltosa. Non risulta che le Commissioni territoriali abbiano mai compiuto accertamenti in tal senso.

D'altro canto, in caso di una sanzione penale non applicata perché la norma è caduta in disuso se, come ritenuto dalla Corte di Giustizia non potrebbe riconoscersi la protezione internazionale, allo stesso modo non sembra vi sia spazio per altre forme di protezione sia con riferimento alla protezione sussidiaria¹⁴ sia con riguardo al rilascio di un permesso per motivi umanitari¹⁵. Resta ferma peraltro la possibilità di ottenere un permesso umanitario qualora si ritenga, sulla base di gravi discriminazioni sociali nel Paese di origine a causa dell'orientamento sessuale verso persone dello stesso sesso, debitamente accertate, che in conseguenza del rimpatrio il soggetto si verrebbe a trovare

11 Modinos v Cyprus 1993; Norris v Ireland 1991; Dudgeon v. United Kingdom in echr.coe.int; . Secondo la Corte lo stesso fatto dell'esistenza di una tale legislazione colpisce la vita privata perché o il soggetto rispetta la legge e si astiene dal commettere atti proibiti ai quali è spinto in ragione delle sue tendenze omosessuali ovvero compie tali atti e diventa di conseguenza passibile di sanzione penale. La posizione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo è citata esplicitamente dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in Lawrence v. Texas, 539 US 558 (2003) la nota sentenza che dichiarò non conformi alla Costituzione le leggi degli Stati che punivano penalmente le pratiche omosessuali. La sentenza Lawrence superò la sentenza Bowers v. Hardwick, 478 US 186, (1986). Sulle due decisioni v. Zanetti, L'orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia, il Mulino, 2015. V. anche H.Ç. v. Turkey che si conclude con la cancellazione della causa dal ruolo a seguito della riforma del codice penale della Repubblica turca di Cipro del Nord.

12 F. v United Kingdom 2004; I.I.N. v. The Netherlands 2004; v. anche M.E. v. Sweden 2014 in echr.coe.int che richiama anche la sentenza 199/12 della Corte di Giustizia.

13 Trib. Venezia ord., 05/07/2016 in leggiditalia.it fa riferimento nella motivazione ad arresti e condanne in Senegal. Trib. Bologna ord. 26/10/2017 in leggiditalia.it si pone il problema dell'applicazione della norma incriminatrice nel codice penale del Senegal e se da un lato definisce la norma stessa desueta e disapplicata dall'altro dà atto di arresti di persone a causa del loro comportamento sessuale. Alla fine respinge la domanda per inattendibilità del racconto. In altri ordinamenti la sentenza della Corte di Giustizia è invece espressamente richiamata, v. ad esempio Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) OO (Gay Men) Algeria CG [2016] UKUT 00065 (IAC) in asylumlawdatabase.eu : *Although the Algerian Criminal Code makes homosexual behaviour unlawful, the authorities do not seek to prosecute gay men and there is no real risk of prosecution, even when the authorities become aware of such behaviour*. Rossi, La Corte europea di giustizia sul diritto alla protezione internazionale per le persone omosessuali, in articolo29.it ritiene che la sentenza della Corte non possa dar luogo a cambiamenti nella giurisprudenza italiana potendo gli Stati membri adottare disposizioni più favorevoli di quelle contenute nella direttiva.

14 Che richiede un "danno grave" ex art. 2, lett. g), e 14, lett. a) e b), d.lgs. n. 251 del 2007, ovvero l'eventualità di condanna a morte, tortura o altro trattamento inumano nel Paese di origine.

15 Quest'ultima forma di protezione, non prevista nel diritto comunitario ma comunque compatibile con esso, può essere concessa ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998, cioè allorché sussistano "seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano".

in un contesto sociale o ambientale idoneo a costituire una significativa ed effettiva compromissione dei suoi diritti fondamentali inviolabili¹⁶.

** Avvocato dello Stato a Firenze; stefanoemanuele@hotmail.it

Forum di Quaderni Costituzionali

16 Cass., sez.I, 23.2.2018 n. 4455 in questionegiustizia.it con nota di Favilli, La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018. Si è anche osservato che l'assenza di disposizioni penali specifiche non può consentire di escludere a priori la persecuzione qualora ad esempio vi siano nel Paese di provenienza comportamenti persecutori provenienti, favoriti o anche semplicemente tollerati dalle autorità, v. Conseil d'Etat, 8.2.2017 n. 395821 in legifrance.gouv.fr: *La circonstance que l'appartenance au groupe social ne fasse l'objet d'aucune disposition pénale répressive spécifique est sans incidence sur l'appréciation de la réalité des persécutions à raison de cette appartenance qui peut, en l'absence de toute disposition pénale spécifique, reposer soit sur des dispositions de droit commun abusivement appliquées au groupe social considéré, soit sur des comportements émanant des autorités, encouragés ou favorisés par ces autorités ou même simplement tolérés par elles.*