

## Lo status di rifugiato dello straniero omosessuale\*

di Anna Pirozzoli\*\*  
(8 novembre 2012)

SOMMARIO: 1. *L'ordinanza n. 15981/2012 della Corte di Cassazione e i precedenti giurisprudenziali*; 2. *La protezione internazionale nella normativa italiana*; 3. *L'orientamento sessuale come motivo di persecuzione: la protezione in Italia e negli altri Stati europei*; 4. *La prospettiva di un sistema omogeneo*.

1. *L'ordinanza n. 15981/2012 della Corte di Cassazione e i precedenti giurisprudenziali* - Il 20 settembre 2012 la Corte di Cassazione si è pronunciata sul riconoscimento dello status di rifugiato a uno straniero omosessuale, legittimando la concessione di tale protezione internazionale sulla base di una situazione oggettiva di persecuzione nel Paese d'origine contrastante con la tutela della libertà personale<sup>1</sup>.

L'ordinanza giunge all'esito del ricorso di un cittadino senegalese che si è visto respingere dalla Corte d'Appello di Trieste una richiesta di protezione internazionale fondata sull'impossibilità di vivere liberamente la propria omosessualità nel Paese di origine<sup>2</sup>. Per la Corte d'Appello, infatti, la condizione di omosessualità, perseguita in Senegal come reato<sup>3</sup>, non è sufficiente a giustificare la protezione dello straniero in Italia, giacché è impossibile desumere una condizione individuale di persecuzione da una situazione generale del Paese<sup>4</sup>. Inoltre, prosegue la Corte, anche ove fosse provata l'omosessualità del ricorrente, non potrebbe ritenersi che questi sia stato oggetto di concreti atti di violenza commessi dalle autorità del Senegal, né che simili atti persecutori siano stati perpetrati da gruppi di potere che trovino

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> Corte di Cassazione, sez. VI Civile - 1, ordinanza 29 maggio - 20 settembre 2012, n. 15981, Presidente Salmè, Relatore Bisogni, reperibile sul sito [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

<sup>2</sup> Più correttamente, la richiesta consisteva nel riconoscimento dello status di rifugiato politico o, in subordine, nella concessione della protezione sussidiaria o del permesso di soggiorno.

<sup>3</sup> Secondo l'art. 319 del codice penale senegalese "Sans préjudice des peines plus graves prévues par les a1inéas qui précèdentou par les articles 320 et 321 du présentCode, sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 100.000 a 1.500.000 francs, quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe. Si l'acte a été commis avec un mineur de 21 ans, le maximum de la peine sera toujours prononcé".

<sup>4</sup> In questo senso già Cass. civ., sez. I, n. 26822/2007: "il ricorso al 'notorio' non può sostituire la ricerca di un sostegno probatorio adeguato alla prospettazione attorea relativa alla persecuzione di una intera minoranza etnica da parte di uno Stato extraeuropeo e, dall'altro canto, la persecuzione rilevante ai fini del riconoscimento dello status è quella che specificamente può coinvolgere il singolo richiedente. (...) La valutazione demandata quindi al Giudice del merito (...) si deve fondare sulla verifica della ricorrenza di entrambi i dati oggettivi (attinta anche in via di ragionamenti inferenziali), quello afferente la condizione socio politica normativa del Paese di provenienza e quella relativa alla singola posizione del richiedente (esposto a rischio concreto di sanzioni), senza poter ricavare sillogisticamente ed automaticamente dalla prima la seconda (non ogni appartenente ad una minoranza discriminata essendo automaticamente un perseguitato)".

legittimazione da parte dello Stato.

Al contrario, la Corte di Cassazione ha affermato che l'esistenza di norme penali sanzionatorie degli atti omosessuali costituisce "di per sé una condizione generale di privazione del diritto fondamentale di vivere liberamente la propria vita sessuale ed affettiva", poiché costringe il cittadino senegalese omosessuale a scegliere tra violare la legge penale, oppure - nel rispetto della stessa - tacere la propria condizione sessuale. Di fatto, secondo il giudice di legittimità, questo rappresenta una grave ingerenza nella vita privata e una violazione della libertà personale, sancita, invece, dalla nostra Costituzione, oltre che dalla C.E.D.U. e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Infatti, la sola criminalizzazione incarna una forma di persecuzione, da intendersi come lotta radicale attuata sul piano giuridico contro una minoranza, anche mediante la semplice previsione del comportamento che si vuole contrastare come reato punibile con la reclusione.

C'è, inoltre, il profilo dell'acquisizione delle prove. Basandosi su una diversa valutazione della sanzione penale contenuta nel codice senegalese, la Corte d'Appello aveva ritenuto irrilevante la prova testimoniale offerta dal ricorrente - tramite la deposizione del compagno - al fine di escludere ogni abusività della richiesta di protezione. Viceversa, modificando i presupposti riguardanti i profili della repressione penale, la Cassazione ha richiesto l'acquisizione delle prove necessarie ad acclarare o meno la condizione di omosessualità del ricorrente, e a verificare l'attuale situazione legislativa degli omosessuali nella società senegalese.

Sicché, la Corte di Cassazione ha modificato il suo precedente orientamento individuando una chiara corrispondenza tra la criminalizzazione di un comportamento e la persecuzione del soggetto agente<sup>5</sup>, da cui la conseguente possibilità di dimostrare tramite l'esibizione di prove - anche testimoniali - la costrizione psicologica e giuridica cui l'omosessuale sarebbe sottoposto nel Paese d'origine<sup>6</sup>. In passato, infatti, pur considerando l'omosessualità come una condizione degna di tutela in ragione del rispetto della libertà sessuale - ex art. 2 Cost. - la Cassazione aveva ritenuto di dover verificare che la sanzione penale fosse prevista con riferimento alla "qualità dell'agente" (cioè alla sua omosessualità), e non solamente in relazione alle pratiche che dalla stessa eventualmente conseguono<sup>7</sup>. Insomma, nonostante la

<sup>5</sup> In questo modo la Corte di Cassazione ha confortato il flusso giurisprudenziale già consolidato presso alcuni Tribunali ordinari e le Commissioni territoriali; per qualche esempio si veda Trib. Torino, 5 novembre 2010; Trib. Caltanissetta, 10 febbraio 2010.

<sup>6</sup> Occorre precisare che il principio enunciato dalla Cassazione, in riforma della sua precedente giurisprudenza, è già accolto e applicato da alcuni anni dalle Commissioni territoriali e dalla giurisprudenza di merito: v., ad esempio, Trib. Trieste, sentenza n. 304/2009; Trib. Torino, sentenza n. 426/2010; Trib. Milano, sentenza n. 195/2012. Per i testi integrali di queste sentenze v. [www.asgi.it](http://www.asgi.it). Sul punto v. S. Rossi, *La protezione internazionale. Cassazione 15981/2012*, in [www.retelenford.it](http://www.retelenford.it), 4 ottobre 2012.

<sup>7</sup> Corte di Cassazione, sez. civ. I, sentenza n. 16417 del 15 luglio 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pp. 271 ss. (con nota di PIZZORNO). Su questa pronuncia cfr. L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 302 ss.; F. UGOLINO, *Il divieto di espulsione verso Stati in cui lo straniero potrebbe essere oggetto di persecuzione per l'orientamento sessuale*, in G. D'Ignazio, S. Gambino (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzionali nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 607 ss.

riconosciuta libertà di vivere senza condizionamenti le proprie preferenze sessuali, le norme penali sanzionatorie dell'omosessualità - considerate solo astrattamente persecutorie - non erano ritenute idonee a integrare gli estremi del fatto vessatorio, occorrendo invece stabilire, in concreto, se la legislazione prevedesse come reato il fatto in sé dell'omosessualità, o al contrario soltanto l'ostentazione delle pratiche omosessuali non conformi al sentimento pubblico di quel Paese.

2. *La protezione internazionale nella normativa italiana* - Sebbene incentrata su un particolare motivo di persecuzione (ossia l'orientamento sessuale), questa pronuncia contribuisce a illuminare la disciplina giuridica sullo status del rifugiato in Italia che, ad oggi, si dimostra per certi aspetti ancora molto disorganica.

Il riferimento costituzionale è l'art. 10, co. 3 Cost., che però disciplina il diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, riconosciuto allo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana<sup>8</sup>. L'attuale giurisprudenza ha ribaltato il vecchio orientamento<sup>9</sup>, e ha assegnato a questa disposizione una valenza precettiva che attribuisce direttamente allo straniero un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo<sup>10</sup>, nonostante il mancato esercizio della riserva di legge contenuta nel terzo comma della disposizione costituzionale<sup>11</sup>. In effetti, l'assenza di una disciplina specifica sull'esercizio del diritto d'asilo non può ritenersi colmata dalla normativa sul riconoscimento dello status di rifugiato politico, giacché i due istituti - talvolta erroneamente sovrapposti - possiedono connotati sostanziali differenti.

L'asilo assegna allo straniero un diritto di accedere sul territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di riconoscimento dello status di rifugiato politico, incarnando - in sostanza - il diritto a ottenere il rilascio del permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della relativa pratica<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> La formulazione dell'art. 10 Cost. è ampiamente garantista, infatti «non si limita ad offrire asilo a chi sia colpito o perseguitato perché sostenitore di idee e tendenze politiche ritenute degne di approvazione, ma considera perseguitato, colpito e meritevole di asilo chiunque sia cittadino di Paese nel quale non siano effettivamente riconosciute le fondamentali libertà democratiche dell'uomo»: C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)* - Diritto Costituzionale, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 222. Sul punto cfr. inoltre A. CASSESE, *Art. 10*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, I, 1975, pp. 531 ss.; G. CONETTI, *Rifugiati*, in *Noviss. Dig. it.*, App., vol. VI, Torino, 1986, pp. 821 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali: l'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pp. 230 ss.

<sup>9</sup> Nel senso di una valenza meramente programmatica dell'art. 10 Cost. si veda: Cons. Stato, sez. IV, n. 3603/2002; T.A.R. Piemonte, sez. II, n. 1181/2003.

<sup>10</sup> A questo proposito v. principalmente C. ESPOSITO, *op.cit.*, pp. 222 ss. A. CASSESE, *op. cit.*, pp. 531 ss.; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, pp. 168 ss.; B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 111 ss.

<sup>11</sup> Nella sentenza della Cassazione, sez. Unite, n. 4674/1997, la Suprema Corte ha escluso che il d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39, contenga una normativa di attuazione dell'art. 10, terzo comma, Cost.

<sup>12</sup> In questo senso v. Corte Cass., sez. I, n. 25028/2005. Inoltre, sull'asilo costituzionale come un diritto temporaneo in attesa della decisione sullo status di rifugiato, cfr. Corte Cass., sez. I, n. 26278/2005.

Invece, la più ristretta categoria dei rifugiati politici, comprende soltanto coloro che oltre all'impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche riconosciute dalla nostra Costituzione, abbiano il *fondato timore* di essere perseguitati nel Paese d'origine.

Senonché la definizione di rifugiato è contenuta nel d. lgs. n. 251 del 2007 - che ha recepito la direttiva 2004/83/CE, cd. direttiva "qualifiche"<sup>13</sup> - ed è inquadrato nell'ambito del più ampio concetto di protezione internazionale, che include nel suo spettro di tutela anche la cd. protezione sussidiaria<sup>14</sup>. Più precisamente, il rifugiato è il cittadino straniero (ma anche l'apolide) che, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese<sup>15</sup>. Qui è evidente che il legislatore italiano ha scelto di recuperare il principio di *non-refoulement* contenuto nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951<sup>16</sup>, e di ricalcare la definizione di "rifugiato" già contenuta nell'art. 1 della stessa Convenzione, riproducendone tutti i requisiti essenziali: i motivi di persecuzione, e la circostanza per cui il cittadino si trova fuori dal proprio territorio, e non può o non vuole porsi sotto la protezione del proprio Stato per il fondato timore di essere perseguitato.

I motivi che giustificano una richiesta di protezione internazionale sono elencati nell'art. 8 del d. lgs. del 2007, che include - tra gli altri - l'appartenenza a un particolare gruppo sociale, da intendersi come quel gruppo costituito da membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune, che non può essere mutata; oppure da persone che condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che nessuna di esse dovrebbe essere costretta a rinunciarvi; o, infine, come quel gruppo che possiede un'identità distinta nel Paese di origine perché ivi è percepito come diverso rispetto alla società circostante. Sicché, nell'ambito di questa ampia

---

<sup>13</sup> Oggi modificata dalla direttiva 95/2011/UE, che dovrà essere recepita da ogni Stato membro entro il 21 dicembre 2013.

<sup>14</sup> Secondo l'art. 2, lett. g, del d. lgs. 251 del 2007, la persona ammissibile alla protezione sussidiaria è il "cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dal presente decreto e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese".

<sup>15</sup> Occorre precisare che, prima di questa, solo nel 1989, con il d.l. n. 416 (convertito in legge n. 39 del 1990) venne abolita la "riserva geografica" posta dall'Italia all'atto della sottoscrizione della Convenzione.

<sup>16</sup> Si tratta del principio che proibisce l'espulsione o il respingimento del rifugiato verso i confini di Paesi in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un gruppo sociale o le sue opinioni politiche. Diffusamente, sul principio di non-refoulement e più in generale sulla Convenzione di Ginevra, ratificata in Italia con la legge del 24 luglio 1954, n. 722, v. tra gli altri P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 151 ss.; A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 39 ss.

categoria il legislatore include esplicitamente le persecuzioni di natura sessuale, e indica come particolare gruppo sociale quello formato “in base alla caratteristica comune dell’orientamento sessuale”, fermo restando che si tratti di un orientamento che non annoveri comportamenti penalmente rilevanti per la legislazione italiana<sup>17</sup>. Del resto, non c’è alcun dubbio che gli atti diretti contro un genere sessuale costituiscano forme concrete di persecuzione, giacché il legislatore italiano li ha inclusi nell’elenco delle azioni potenzialmente idonee a integrare una violazione grave dei diritti umani fondamentali<sup>18</sup>.

Resta, tuttavia, l’aspetto critico della prova degli atti persecutori, ancor più se l’oggetto della verifica investe la sfera sessuale della persona.

Innanzitutto perché ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato, la persecuzione può provenire dallo Stato, ma anche da partiti o organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del territorio, oppure da soggetti non statuali qualora non siano contrastati dallo Stato nella loro azione persecutoria. In questo caso, com’è chiaro, l’estensione dell’elenco dei soggetti che possono rendersi responsabili di una persecuzione o di un danno grave, amplia le possibilità di tutela per lo straniero. Ma, allo stesso tempo, complica la procedura di verifica che, infatti, oltre alla valutazione delle disposizioni legislative e regolamentari del Paese d’origine, esige la dimostrazione che lo Stato o le organizzazioni internazionali che controllano lo Stato, non possono o non vogliono fornire protezione contro le persecuzioni o i danni gravi.

C’è di più. L’onere di provare la fondatezza della domanda per il riconoscimento dello status di rifugiato è a carico dello straniero richiedente, per il quale - com’è ovvio - non è semplice recuperare tutti gli elementi e la documentazione necessari a dimostrare la persecuzione, o a giustificare il suo timore di subirne una. Probabilmente questa è la ragione per cui il legislatore ha scelto di prevedere alcune formule di compromesso in grado di attenuare, almeno in parte, l’onere probatorio a carico dello straniero<sup>19</sup>.

In primo luogo riconoscendo un serio indizio di fondatezza della richiesta di protezione nel caso in cui il soggetto abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di persecuzioni nel suo Paese. Inoltre, qualora taluni aspetti delle dichiarazioni del richiedente non siano confortati da elementi di

---

<sup>17</sup> Gli altri motivi sono riconducibili a “a) ‘razza’: si riferisce, in particolare, a considerazioni inerenti al colore della pelle, alla discendenza o all’appartenenza ad un determinato gruppo etnico; b) ‘religione’: include, in particolare, le convinzioni teiste, non teiste e ateiste, la partecipazione a, o l’astensione da, riti di culto celebrati in privato o in pubblico, sia singolarmente sia in comunità, altri atti religiosi o professioni di fede, nonché le forme di comportamento personale o sociale fondate su un credo religioso o da esso prescritte; c) ‘nazionalità’: non si riferisce esclusivamente alla cittadinanza, o all’assenza di cittadinanza, ma designa, in particolare, l’appartenenza ad un gruppo caratterizzato da un’identità culturale, etnica o linguistica, comuni origini geografiche o politiche o la sua affinità con la popolazione di un altro Stato; (...); e) ‘opinione politica’: si riferisce, in particolare, alla professione di un’opinione, un pensiero o una convinzione su una questione inerente ai potenziali persecutori di cui all’articolo 5 e alle loro politiche o ai loro metodi, indipendentemente dal fatto che il richiedente abbia tradotto tale opinione, pensiero o convinzione in atti concreti”.

<sup>18</sup> La specificazione viene fatta all’art. 7, d. lgs. n. 251 del 2007.

<sup>19</sup> Cfr. art. 3, comma 5, del d. lgs. n. 251 del 2007. Inoltre, le norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato sono contenute nella direttiva 2005/85/CE (cd. *direttiva procedure*), recepita in Italia con il d. lgs. 25 del 2008, ora parzialmente modificato dal d. lgs. 159 del 2008.

prova, c'è un notevole alleggerimento dell'onere probatorio potendo considerare "veritieri" i fatti riportati se: a) ci sia stato ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; b) è stata fornita un'adeguata motivazione dell'eventuale mancanza di alcuni elementi significativi; c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili; d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile; e) il richiedente può essere considerato attendibile in base ai riscontri effettuati.

3. *L'orientamento sessuale come motivo di persecuzione: la protezione in Italia e negli altri Stati europei* - Sennonché il principale problema risiede nell'interpretazione dei (diversi) criteri con cui ciascun Paese valuta le domande di protezione internazionale motivate dal timore di una persecuzione perpetrata a causa dell'orientamento sessuale.

La questione riguarda principalmente il profilo della criminalizzazione. Questo assume un ruolo d'indubbia rilevanza se si considera che le attività consensuali tra persone adulte dello stesso sesso sono sanzionate penalmente in oltre 70 Paesi del mondo<sup>20</sup>. In questi casi il rischio che vi sia una persecuzione - per mano dello Stato, o anche di soggetti non statuali - è molto alto, e pretenderebbe la garanzia di una più ampia protezione. Ciononostante alcuni Stati europei continuano a ritenere che l'esistenza di disposizioni penali non possa rappresentare autonomamente una motivazione sufficiente a riconoscere la protezione internazionale all'omosessuale proveniente da quei Paesi, ed esigono la verifica dell'applicazione di tali disposizioni penali tramite l'esibizione di un precedente, o delle indicazioni d'intolleranza dettate dall'autorità<sup>21</sup>.

L'Italia, invece, è tra gli undici Stati membri che considerano la criminalizzazione dell'orientamento sessuale come una limitazione in sé dell'esercizio di un diritto umano<sup>22</sup>. E infatti - come si è visto - già molti Tribunali ordinari e alcune Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale hanno applicato tale corrispondenza<sup>23</sup>, e adesso anche la Corte di Cassazione ha confermato questa interpretazione facendone esplicitamente uso nell'ordinanza n. 15981/2012.

Già l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) ha precisato che una norma può essere persecutoria di per sé quando riflette norme sociali o culturali irrispettose dello standard internazionale dei diritti umani<sup>24</sup>. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha riconosciuto

<sup>20</sup> Sono i dati diffusi dal Progetto *Fleeing homophobia*, curato da S. Jansen e T. Spijkerboer, in cooperazione con l'Hungarian Helsinki Committee, l'Avvocatura per i diritti LGBT/Rete Lenford, e l'European Council on Refugees and Exiles, reperibile sul sito [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu). In argomento v. M. AINIS, *Le libertà negate*, Rizzoli, Milano, 2004, pp. 188 ss.

<sup>21</sup> È il caso della Danimarca, della Norvegia, della Bulgaria, della Spagna e della Finlandia.

<sup>22</sup> Gli undici Paesi sono: Francia; Belgio; Svezia; Regno Unito; Irlanda; Lituania; Polonia; Germania; Paesi Bassi; Austria e Italia.

<sup>23</sup> Cfr. Trib. Torino, 5 novembre 2010; Trib. Caltanissetta, 10 febbraio 2010; Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Gorizia, gennaio 2011; Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano, 2011.

<sup>24</sup> Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, *Linee guida dell'UNHCR sulle domande di status di rifugio legate a orientamento sessuale e identità di genere* (UNHCR, *Guidance Note*

che la semplice criminalizzazione è sufficiente a integrare una violazione del diritto alla vita privata sancito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>25</sup>.

Ciononostante, negli ultimi anni la CEDU ha inaugurato un filone giurisprudenziale che sembra contraddire le sue precedenti dichiarazioni, poiché nei due casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi sulla violazione della Convenzione - derivante da un ordine di espulsione di uno straniero omosessuale richiedente protezione - ha fornito motivazioni alquanto discutibili.

In primo luogo nella pronuncia *F. v. United Kingdom*, ove afferma che l'allontanamento forzato di uno straniero dalla giurisdizione di uno Stato contraente non costituisce violazione di un obbligo positivo sostanziale imposto dalla Convenzione, non essendo sufficiente la presenza nello Stato di destinazione di un'astratta fattispecie incriminatrice delle condotte omosessuali cui non faccia riscontro l'evidenza di una politica attiva di persecuzione<sup>26</sup>. In secondo luogo nel caso *I.I.N. v. Nederland*, in cui la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso contro un ordine di espulsione - disposto in presunta violazione dell'articolo 3 - riguardante uno straniero appartenente ad una minoranza sessuale. Secondo la CEDU, non è sufficiente che la richiesta sia corredata dalla generica prova che nel Paese d'origine gli atti omosessuali sono espressamente criminalizzati, occorrendo invece un impianto probatorio idoneo a dimostrare che, una volta giunto nel Paese di destinazione, il richiedente correrebbe il reale pericolo di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti<sup>27</sup>.

Del resto, secondo l'interpretazione fornita da molti Stati europei, è possibile ovviare al problema della criminalizzazione nascondendo agli altri il proprio orientamento sessuale, insomma, vivendo in maniera "discreta" la propria sessualità. In Germania, ad esempio, il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso di un cittadino iraniano non essendo possibile riscontrare grossi rischi di persecuzione nella pratica delle attività omosessuali ove queste avvengano in segreto e non si mettano in luce agli occhi delle autorità iraniane<sup>28</sup>. È evidente però che la richiesta di discrezione sul proprio orientamento sessuale e la conseguente inibizione del cd. diritto al *coming out*<sup>29</sup>, non può rappresentare una soluzione accettabile. Infatti, la repressione di

---

*on Refugee Claims relating to Sexual Orientation and Gender Identity*), Ginevra, 21 novembre 2008, reperibili sul sito [www.unhcr.it](http://www.unhcr.it).

<sup>25</sup> In questo senso v. Corte europea dei diritti dell'Uomo, 22 ottobre 1981, *Dudgeon v. United Kingdom*, Appl. n. 7525/76; Corte europea dei diritti dell'Uomo, 26 ottobre 1988, *Norris v. Ireland*, Appl. n. 10581/83; Corte europea dei diritti dell'Uomo, 22 aprile 1993, *Modinos v. Cyprus*, Appl. n. 15070/89, reperibili sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>26</sup> Corte europea dei diritti dell'Uomo, 22 giugno 2004, *F. v. the United Kingdom*, Appl. n. 17431/03, reperibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Diffusamente sul tema v. N. MOLE, C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2010, pp. 102 ss.

<sup>27</sup> Corte europea dei diritti dell'Uomo, 20 dicembre 2004, *I.I.N. v. the Netherlands*, Appl. n. 2035/04, reperibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>28</sup> Si tratta della decisione del *Verwaltungsgericht*, Düsseldorf 11 marzo 2009 - 5 K 1875/08.A, interamente reperibile all'indirizzo [www.asyl.net](http://www.asyl.net).

<sup>29</sup> Sul diritto al *coming out* v. particolarmente M. WINKLER, "A silent right is not a right":

un impulso sentimentale finalizzata a evitare un'eventuale persecuzione - di cui si ha concreto timore - nega la stessa *ratio* della richiesta di protezione che, viceversa, dovrebbe garantire pienamente la libertà dello straniero, compresa quella sessuale.

C'è, infine, il profilo della credibilità. In che modo si può dimostrare a un giudice la propria omosessualità? È superfluo chiarire che, trattandosi di un aspetto strettamente personale, non esiste un metodo che possa procurare una risposta certa sull'orientamento sessuale di un individuo. Probabilmente la soluzione migliore è anche quella più equilibrata, segnata cioè dalla ragionevolezza e dal rispetto della dignità dell'uomo. In Italia, ad esempio, considerando la notevole difficoltà di esibire prove o documentazioni di altra natura, il principale elemento di prova è rappresentato dalla testimonianza (di un amico o un compagno) sollecitata, talvolta, d'ufficio dallo stesso giudice<sup>30</sup>. In più, anche in assenza di prove a sostegno della richiesta, il legislatore ha previsto una serie di casi che confortano la credibilità della condizione descritta dallo straniero, rafforzando il ventaglio delle opportunità di tutela<sup>31</sup>.

È evidente che questo trasferisce un'ampia discrezionalità alle autorità competenti, che nel valutare la domanda di protezione dovranno avvalersi della più ampia esperienza possibile, evitando l'utilizzo di stereotipi non sempre fedeli alla realtà<sup>32</sup>. È questo il motivo per cui la preesistenza di un matrimonio e di figli non sono considerati elementi ostativi all'accoglimento della richiesta di protezione, trattandosi spesso di unioni matrimoniali contratte in maniera forzata nei Paesi d'origine<sup>33</sup>.

D'altro canto, occorre rilevare che ove si utilizzano strumenti di verifica più invasivi non si raggiunge un risultato più certo: né attraverso la sottoposizione del richiedente a esami medici a limite con la violazione della *privacy* - come avviene, ad esempio, in Austria, in Germania e in Polonia - né attraverso l'uso di metodi d'interrogazione tanto espliciti da alterarne l'attendibilità<sup>34</sup>.

---

*orientamento sessuale, diritti fondamentali e "coming out" a margine di una sentenza inglese in tema di rifugiati*, in *Corr. giur.*, 2011, 10, pp. 1375 ss.; M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il saggiatore, Milano, 2011, pp. 24 ss.

<sup>30</sup> Inoltre, l'art. 8 del d. lgs. n. 25 del 2008 precisa che "Ciascuna domanda è esaminata alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati, elaborate dalla Commissione nazionale sulla base dei dati forniti dall'ACNUR, dal Ministero degli affari esteri, o comunque acquisite dalla Commissione stessa".

<sup>31</sup> Cfr. art. 3, comma 5, del d. lgs. n. 251 del 2007.

<sup>32</sup> In questo senso v. anche le *Linee guida dell'UNHCR sulle domande di status di rifugio legate a orientamento sessuale e identità di genere* dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, 2008, cit., punti 35-37.

<sup>33</sup> Così la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano, 2010.

<sup>34</sup> In questi Paesi alcuni richiedenti sono stati sottoposti ad esami psichiatrici o sessuodiagnostici che, tuttavia, si sono rivelati inadeguati a stabilire l'orientamento sessuale, violando altresì la *privacy* e la dignità dei soggetti ad essi sottoposti. Per alcuni esempi v. il *Progetto Fleeing homophobia*, curato da S. Jansen e T. Spijkerboer, reperibile sul sito [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

4. *La prospettiva di un sistema omogeneo* - Come si vede, c'è un problema di omogeneità normativa. Le direttive europee sui criteri e le procedure di riconoscimento dello status di rifugiato hanno influenzato solo in parte le discipline interne di ciascun Paese. Sicché, continua a esserci molta diversità nell'applicazione concreta dei criteri di valutazione, soprattutto nei casi in cui la motivazione della richiesta di protezione internazionale è riconducibile a una persecuzione perpetrata a causa dell'orientamento sessuale.

A ben vedere si tratta di un obiettivo non realizzato. Infatti, già nel 1999 i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri - nella riunione del Consiglio europeo svoltasi a Tampere - predisposero gli strumenti comuni per un sistema europeo in materia di asilo e migrazione. Tra gli obiettivi da raggiungere in una prima fase del programma figuravano l'armonizzazione dei quadri giuridici degli Stati membri, l'adozione di regole comuni per una procedura di asilo equa ed efficace, e il ravvicinamento delle normative riguardanti il riconoscimento e gli elementi sostanziali delle forme di protezione internazionale. In realtà, nessuno di questi obiettivi oggi è stato pienamente raggiunto.

Tuttavia il problema non è solo europeo. Infatti, il più delle volte, anche lo scenario normativo nazionale si presenta molto frastagliato. In Italia, ad esempio, manca una legge che disciplini in maniera organica la complessa materia della tutela giuridica e dell'assistenza dei rifugiati. Il sistema delle tutele predisposte in loro favore si ottiene dalla combinazione dei decreti legislativi di recepimento delle direttive europee sulla protezione internazionale con le norme minime di accoglienza previste dalla direttiva 2003/9/CE, recepita dal d. lgs. n. 140/2005. Ma a queste bisogna aggiungere la normativa nazionale in materia di immigrazione<sup>35</sup> - laddove al rifugiato è riconosciuto il medesimo trattamento previsto per il cittadino straniero regolarmente soggiornante - e, infine, la disposizione costituzionale sul diritto d'asilo nell'attesa che sia esercitata la riserva di legge in essa contenuta.

Ora, se è vero che bisogna intervenire sull'omogeneità delle regole che disciplinano le condizioni e le garanzie per i rifugiati - tanto nello scenario europeo quanto in quello nazionale - ancor più occorre illuminare il cono d'ombra che insiste sui diritti degli omosessuali<sup>36</sup>. Del resto, l'assenza di norme discriminatorie non può bastare a eliminare le disparità di trattamento<sup>37</sup>: com'è stato rilevato dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, e dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, è necessario risvegliare

<sup>35</sup> Si fa riferimento al d. lgs. n. 286/98 (cd. Testo Unico sull'immigrazione) - come modificato dalla l. n. 189/2002 (cd. legge Bossi-Fini), e aggiornato dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 (cd. Riforma Fornero), dal d. lgs. 28.06.2012, n. 108, e dal d. lgs. 16.07.2012, n. 109 - che oltre a modificare la precedente legge n. 39 del 1990, ha decentralizzato l'accertamento dello *status* di rifugiato tramite l'istituzione di apposite commissioni territoriali che hanno il compito di esaminare le istanze di riconoscimento della protezione internazionale. Nella vasta letteratura sul riconoscimento dei diritti inviolabili allo straniero v. almeno G. AZZARITI, *Piuttosto che concludere, aprire il discorso sull'immigrazione*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 410 ss.; V. ONIDA, *Lo status costituzionale del non cittadino*, in AA. VV., *Relazione generale al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su «Lo Statuto costituzionale del non cittadino»*, in AIC - *Annuario 2009*, Jovene, Napoli, 2010.

<sup>36</sup> Occorre precisare che in maniera esemplificativa si parla di omosessuali, tuttavia la tutela internazionale interessa lesbiche, gay, bisessuali, transessuali e intrasessuali.

<sup>37</sup> Cfr. M. ANIS, *op. cit.*, p. 190.

l'attenzione normativa degli Stati membri su un tema sinora profondamente trascurato<sup>38</sup>.

Tuttavia questo non basta. Infatti, per un sistema europeo di tutela dei diritti dei rifugiati - altresì perseguitati a causa dell'orientamento sessuale - occorre oltrepassare i confini nazionali, sia attraverso la produzione di normative coerenti con le direttive comunitarie, sia tramite l'apertura di un dialogo tra le Corti statali e quelle sovranazionali, in modo da ridurre le diversità interpretative, e prospettare lo sviluppo di un sistema omogeneo di tutela multilivello<sup>39</sup>.

\*\* Ricercatore dell'Università degli Studi Niccolò Cusano - Roma

---

<sup>38</sup> Così nel rapporto dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) su *"Omofobia, transfobia e discriminazione a causa di orientamento sessuale e identità di genere negli Stati membri UE"*, 2009, reperibile su [www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu); e nel rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa su *Discriminazioni a causa di orientamento sessuale e identità di genere in Europa (Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe)*, Strasburgo, giugno 2011, reperibile su [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>39</sup> Sul più ampio tema della protezione multilivello dei diritti fondamentali v. almeno E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista telematica dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2011; A. RUGGERI, *Corti nazionali, Corti sovranazionali e tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista telematica dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2011; A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004; A. D'ATENA, P. GROSSI, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello: tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano, 2004.