

# Orientamento sessuale e protezione internazionale nella sentenza *A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* della Corte di giustizia: il problema della verifica della credibilità del richiedente LGBTI

Andrea Romano, Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate “Sapienza”, Università di Roma

Sommario: 1. Introduzione - 2. La verifica della attendibilità del richiedente protezione internazionale: il quadro normativo rilevante e il peso dell'integrazione “extragiuridica” - 3. La sentenza della Corte di giustizia: le dichiarazioni del richiedente come “punto di partenza”, i limiti del processo di verifica dell'attendibilità e la “non specialità” dell'orientamento sessuale come motivo di persecuzione - 4. La decisione della Corte in relazione alla giurisprudenza CedU e italiana. In particolare il ruolo dell'UNHCR - 5. Considerazioni finali

## 1. Introduzione

Il 4 dicembre 2014 la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi sulla questione della richiesta di protezione internazionale presentata per motivi legati all'orientamento sessuale nel caso di criminalizzazione dei rapporti tra persone dello stesso sesso nel paese di origine del rifugiato<sup>1</sup>. La decisione si colloca in linea di continuità diretta con la sentenza dell'anno precedente del giudice europeo<sup>2</sup>, con la quale era stato chiarito che le persone LGBTI rientrano nella categoria del “particolare gruppo sociale” di cui all'art. 10, par. 1, lettera (d) della direttiva 2011/95/UE<sup>3</sup> (d'ora in avanti direttiva qualifiche) e pertanto possono richiedere protezione internazionale se hanno un fondato timore di subire una persecuzione nel proprio paese di origine per motivi legati all'orientamento sessuale. Nella sentenza in commento – che origina come la precedente da un rinvio pregiudiziale di un'autorità giudiziaria olandese, dato questo indubbiamente significativo – la Corte è chiamata a risolvere il diverso problema della fissazione delle modalità e dei limiti della verifica dell'attendibilità del richiedente asilo che dichiara di voler ricevere protezione a motivo del suo orientamento sessuale: più precisamente, la Corte ha dovuto rispondere al quesito se la direttiva qualifiche, interpretata in via sistematica con le norme rilevanti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 1, 3 e 7) impone determinati limiti alle autorità degli Stati membri nella fase della determinazione dello status di rifugiato, quando la domanda di protezione è basata su un timore di persecuzione legato all'orientamento sessuale<sup>4</sup>.

Da quando ha acquisito piena giurisdizione in materia di asilo, la Corte di Giustizia ha progressivamente assunto un ruolo centrale nel garantire il funzionamento del sistema comune europeo di asilo (cfr. art. 67 ss. TFUE), confrontandosi con la giurisprudenza Corte edU, colmando le lacune e le rigidità dell'architettura istituzionale disegnata dal sistema di Dublino e rafforzando in modo significativo la tutela dei richiedenti asilo e dei suoi beneficiari<sup>5</sup>. La cornice del dibattito politico e giuridico sull'asilo in cui può essere inserita la pronuncia è quella della ambizione dell'Unione europea verso l'approfondimento del grado di armonizzazione delle procedure di riconoscimento dell'asilo, della ricerca di soluzioni alla disparità dei tassi di riconoscimento delle domande di protezione internazionale nei paesi

---

<sup>1</sup> Sulla legislazione dei paesi che tuttora prevedono norme incriminatrici delle relazioni omosessuali cfr. per tutti T. Spijkerboer (ed.), *Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum*, London-Ney York, Routledge, 2013; Il sito dell'ILGA, [www.ilga.org](http://www.ilga.org) (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) rappresenta un prezioso strumento di documentazione.

<sup>2</sup> Corte di giustizia Ue, data, 7 novembre 2013, cause e C-199/12, C-201/12X, Y, Z, *Minister voor Immigratie en Asiel*.

<sup>3</sup> Si tratta della direttiva approvata in sostituzione della direttiva 2004/83/CE.

<sup>4</sup> Per un commento alla decisione cfr. S. Peers, *LGBTI asylum-seekers: the CJEU sends mixed messages*, in *EU Law Analysis*, in [www.eulawanalysis.blogspot.it](http://www.eulawanalysis.blogspot.it); 2 dicembre 2014; D. Mercadante, *La Corte di giustizia proibisce i cosiddetti test di omosessualità e precisa alcuni diritti dei richiedenti asilo perseguitati a causa dell'orientamento sessuale*, in *Forum costituzionale*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 18 dicembre 2014; L. Conte, *Domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte dal Raad van State (Paesi Bassi) in occasione dei procedimenti A, B, C contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in Diritti comparati*, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 12 gennaio 2015; N. Markard, *Anmerkung zu EuGH, Rs. 199/13 u.a., A, B und C/Niederlande, Neue Verwaltung Zeitschrift*, 2015, pp. 135 ss.; P. Dunne, *A, B and C v. Staatssecretaris van Veiligheid Justitie: Fairer Assessment Procedures for and Lesbina Asylum Applicants in the EU*, in *European Law Review*, 2015, 2, pp. 412 ss.

<sup>5</sup> Per un bilancio recente di questa giurisprudenza cfr. E. Tsourdi, *What Role for the Court of Justice of the EU in the Development of a European Asylum Policy? The Case of Loss and Denial of International Protection in the EU*, in *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2013, pp. 212 ss. e M. Garlick, *International Protection in Court: the Asylum Jurisprudence of the Court of Justice of the EU and UNHCR*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2015, pp. 1 ss.

dell'Unione (c.d. *asylum lottery*)<sup>6</sup> e del contrasto all'abuso del sistema europeo di asilo il cui funzionamento può essere minacciato da domande di asilo pretestuose (*bogus asylum seekers* nella terminologia britannica).

La sentenza nasce dalla riunione di tre cause aventi ad oggetto tre cittadini di paesi terzi (Gambia, Afghanistan e Uganda) ai quali lo *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* olandese, per circostanze diverse, ha negato la protezione internazionale richiesta per il timore di persecuzione legato alla criminalizzazione delle relazioni tra omosessuali nei paesi di origine. Riguardo alle modalità e ai limiti del procedimento di verifica dell'attendibilità del richiedente, la Corte seguendo le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, applica la Carta dei diritti fondamentali e risolve in senso sostanzialmente favorevole ai ricorrenti tutti i quesiti presentati. In primo luogo, la Corte stabilisce che le autorità competenti non possono basare la verifica dell'orientamento sessuale *unicamente* su domande vertenti su nozioni stereotipate riguardanti l'omosessualità, in particolare attinenti alla conoscenza delle associazioni per la difesa dei diritti degli omosessuali; in secondo luogo, applicando l'art. 7 della Carta, il giudice europeo esclude la possibilità che durante l'esame dei richiedenti possano esser rivolte loro domande riguardanti le attività sessuali. Inoltre, la Corte fa riferimento all'art. 1 della Carta per stabilire che non è ammissibile che il richiedente, ai fini della dimostrazione della sua omosessualità, si sottoponga volontariamente a dei "test" o fornisca registrazioni video dei suoi atti intimi. Infine, la Corte chiarisce che una tardiva *disclosure* dell'omosessualità come motivo della richiesta di protezione internazionale non necessariamente pregiudica l'accoglimento della domanda. Rispetto all'esito della vicenda di partenza, il Consiglio di Stato olandese ha di recente affermato che il Ministero dell'interno è tenuto a chiarire come valuta in concreto la credibilità dell'orientamento sessuale dei richiedenti asilo<sup>7</sup>.

Si tratta di una pronuncia estremamente significativa per molteplici ragioni: innanzitutto perché la Corte di giustizia offre il proprio contributo sul tema della verifica dell'attendibilità del richiedente asilo, questione che già di per sé può risultare molto complessa, e che appare particolarmente controversa nel caso della determinazione dello status di rifugiato del richiedente asilo per motivi legati all'orientamento sessuale, in considerazione della delicatezza della valutazione sulla dimensione soggettiva del migrante così come della mancanza di un solido terreno giurisprudenziale e dello scarso approfondimento dottrinale. Per questa ragione – e in secondo luogo – la sentenza permette di tracciare un primo bilancio del ruolo della Corte di giustizia con riferimento al grado di sensibilità maturato in relazione al legame tra orientamento sessuale e asilo, in particolare mediante il confronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza nazionale. Se, infatti, nella soluzione di altre questioni legate all'asilo la Corte di Strasburgo ha avuto il merito di incidere sugli sviluppi giurisprudenziali della Corte di Giustizia, nel caso della protezione internazionale per ragioni legate all'orientamento sessuale il rapporto tra Corte ed U e Corte di Giustizia può essere letto secondo un'ottica diversa, dal momento che il livello di tutela assicurato da quest'ultima, allo stato attuale, risulta superiore alla protezione garantita dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo (cfr *infra* par. 4). D'altro canto, alcune statuizioni della più recente giurisprudenza italiana, di merito e di legittimità, sembrano contenere indicazioni in grado di innalzare lo standard di tutela assicurato dalla Corte.

In terzo luogo, su un piano ancor più generale, la questione decisa dalla Corte ha implicazioni teoriche rilevanti – che qui si accenneranno appena – mettendo a tema un topos del pensiero politico ma anche della riflessione costituzionalistica quale il problema del processo di accertamento della verità nelle democrazie pluralistiche che può essere qui inquadrato come il rapporto tra verità, istanza di autodeterminazione (e protezione) ed esercizio del potere sovrano: il riconoscimento circa la fondatezza della domanda del rifugiato costituisce l'esito di un procedimento complesso in cui assumono rilievo la precarietà dei diritti fondamentali in questione – duplice, si potrebbe dire, nel caso dell'asilante LGBTI per l'intersezione di due dimensioni di vulnerabilità<sup>8</sup> – l'incidenza della precomprensione culturale e dello stereotipo, il percorso di costruzione della soggettività del migrante. In fondo, non è solamente la narrazione del richiedente asilo ad essere sottoposta ad una verifica circa la sua attendibilità in quanto quest'ultima investe anche gli impegni costituzionali, europei ed internazionali degli Stati sul terreno della protezione della dignità e dei diritti fondamentali.

## **2. La verifica della attendibilità del richiedente protezione internazionale: il quadro normativo rilevante e il peso dell'integrazione "extragiuridica"**

La verifica dell'attendibilità del richiedente asilo<sup>9</sup> non integra un presupposto necessario del riconoscimento dello status, dal momento che l'esame delle circostanze di fatto alla base della richiesta di protezione può essere sufficiente a

---

<sup>6</sup> Su cui cfr. in generale J.R. Ramji-Nogales, A.I. Schoenholtz, P.G. Schrag (eds.), *Refugee roulette: disparities in asylum adjudication and proposals for reform*, New York, New York University Press, 2009.

<sup>7</sup> Cfr. Press release of the Council of State, 8 July 2015: <https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=751>.

<sup>8</sup> Cfr. studi sull'*intersectionality* negli Stati Uniti.

<sup>9</sup> In Italia la determinazione dello status di rifugiato è affidata alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale: cfr. art. 4, d.lgs. 25/2008.

dimostrare la sussistenza del fondato motivo di persecuzione<sup>10</sup>. Tuttavia, è evidente che in mancanza di elementi probatori, il tema della verifica dell'attendibilità del richiedente asilo diventa il problema cruciale nella determinazione dello status di rifugiato<sup>11</sup> e secondo alcuni studi l'inattendibilità del richiedente rappresenta uno dei fattori di maggiore incidenza nel diniego del riconoscimento<sup>12</sup>. Le decisioni riguardanti l'orientamento sessuale si inseriscono in un quadro più ampio che riguarda la determinazione dell'età, l'appartenenza religiosa e ad un gruppo etnico e al riguardo si è posto il problema circa l'esistenza di elementi di specialità nel caso di persecuzione legata all'orientamento sessuale.

Se il tema della credibilità costituisce indubbiamente un aspetto estremamente problematico dell'asilo in sé e ancor di più nel quadro della uniformazione delle procedure di asilo in ambito europeo, il problema principale risiede nel rintracciare le fonti di riduzione di tale complessità a partire dal quadro normativo rilevante. Al riguardo, come da più parti è stato sottolineato, la disciplina europea, rispetto agli strumenti giuridici internazionali e alla legislazione degli Stati membri (e tale considerazione è senz'altro applicabile per l'ordinamento italiano), ha segnato un passo in avanti significativo nel contribuire a definire in un testo normativo dei parametri in grado di vincolare ed orientare l'attività delle autorità competenti nella fase della determinazione dello status di rifugiato<sup>13</sup>. Al livello internazionale, la Convenzione di Ginevra del 1951 non offre particolari indicazioni, limitandosi a stabilire che il rifugiato è tenuto a provare un fondato timore di essere perseguitato; piuttosto, in ambito internazionale, un contributo significativo va riconosciuto all'UNHCR i cui studi e rapporti al riguardo hanno profondamente influenzato la redazione delle norme europee<sup>14</sup>. D'altro canto, l'importanza della disciplina europea emerge anche dal confronto con le legislazioni nazionali<sup>15</sup>, sia perché l'intervento dell'Unione è rivolto a garantire l'uniformazione dei criteri di verifica della credibilità, necessaria per il funzionamento del sistema di Dublino (e per ridurre il fenomeno sopramenzionato dell'*asylum lottery*), sia per colmare le carenze parziali o totali (come nel caso italiano<sup>16</sup>) delle normative degli Stati membri. Tuttavia, proprio la sentenza della Corte di giustizia evidenzia come nonostante il grado di avanzamento della normativa europea, una risposta ulteriore al problema del *credibility assessment* gioverebbe al funzionamento del riconoscimento dello status di rifugiato. E' lo stesso avvocato generale, in particolare, a rilevare la carenza al riguardo delle norme europee e a sostenere che una disciplina maggiormente dettagliata è affidata agli Stati membri<sup>17</sup>.

Per tali ragioni e per meglio comprendere il quadro normativo nel quale la pronuncia in commento della Corte di giustizia si è inserita, conviene ripercorrere sinteticamente alcune delle norme europee più significative che sono contenute, principalmente, nella già citata direttiva qualifiche e, in parte, nella direttiva 2013/32/UE (d'ora in avanti

---

<sup>10</sup> Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza C-277/11, *M* per una chiara esplicitazione delle fasi in cui si articola la verifica della domande del richiedente asilo. La letteratura sul tema della valutazione della credibilità non è particolarmente vasta: sulla disciplina europea si vedano i lavori di I. Staffans, *Evidence in european asylum procedure*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, *passim*; G. Noll (ed.), *Proof, evidentiary assessment and credibility in asylum procedures*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005; K. Haibronner, S. Alt, *Art. 1-10* in K. Hailbronner (ed), *EU Immigration and Asylum Law: regulations and directives commentary*, München, Beck, 2011, pp. 1006 ss.; J.A. Sweeney, *Credibility, Proof and Refugee Law in International Journal of Refugee Law*, 2009, 21, pp. 700 ss.; con riferimento al Regno Unito R. Thomas, *Administrative justice and asylum appeals: a study of tribunal adjudication*, Oxford, Hart, 2011, *passim* e spec. pp. 134 ss; negli Stati Uniti il maggior esperto è W. Kagan, di cui si segnala *Is Truth in the Eye of the Beholder? Objective Credibility Assessment in Refugee Status Determination* e da ultimo Id., *Asylum Credibility and the Struggle for Objectivity*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 2015, pp. 123 ss.; con riferimento all'Australia J. Millibank, *The Ring of Truth: a Case Study of Credibility Assessment in Particular Social Group Refugee Determinations*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, Oltre ai lavori citati con specifico riferimento alla valutazione della credibilità nei casi relativi all'orientamento sessuale cfr. C. Dauvergne, J. Millibank, *Burdened by Proof – How the Australian Refugee Review Tribunal has failed lesbian and gay asylum seekers*, in *Federal Law Review*, 2003, pp. 299 ss.; L. Berg, J. Millibank, *Normativity and Credibility of Sexual Orientation in Asylum Decision Making* in T. Spijkerboer (ed.), *Fleeing*, cit.; J. Weßels, *Sexual orientation in Refugee Status Determination*, Refugee Study Center, Working paper series, No. 73.

<sup>11</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, par. 43.

<sup>12</sup> Con riferimento all'Australia J. Millibank, *From discretion to disbelief: recent trends in refugee determinations on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom*, in *The International Journal of Human Rights*, 2009, p. 399 osserva che tra il 2001 e il 2007 il 38% delle richieste di asilo con riferimento all'orientamento sessuale sono state rigettate sulla base della inattendibilità.

<sup>13</sup> Così G. Noll, *Evidentiary assessment and the EU qualification directive*, Working Paper No. 117, <http://www.unhcr.org/42bbcb092.pdf>: la giurisprudenza della Corte di giustizia, tuttavia, come si vedrà ha evidenziato i limiti della direttiva sotto il profilo della verifica dell'attendibilità e induce a dover sfumare l'interpretazione positiva dell'autore rispetto alle potenzialità della direttiva qualifiche formulata al momento in cui entrò in vigore.

<sup>14</sup> Non a caso la direttiva nel suo considerando n. 15 sottolinea l'importanza dell'UNHCR i cui documenti più rilevanti sono il Manuale sulle procedure e i criteri per la determinazione dello status di rifugiato, edito nel 1979 e ripubblicato da ultimo nel 2011, le *Guidelines on the selected issues on interpretation interpreting art. 1 Geneva convention of 2001* e le *Linee Guida in materia di protezione internazionale n. 9* del 2012. Occorre distinguere questi documenti che costituiscono una guida per l'interpretazione giuridica della Convenzione di Ginevra del 1951 dagli altri rapporti e documenti dello stesso organismo tra i quali al riguardo occorre citare *Beyond proof: credibility assessment in the EU Asylum System*, Maggio 2013, finanziato dalla Commissione europea. Di un certo interesse anche il documento *Intervistare i richiedenti asilo* disponibile al sito [www.unhcr.it](http://www.unhcr.it).

<sup>15</sup> Cfr. per uno studio comparativo delle esperienze del Regno Unito, Germania e Finlandia I. Staffans, *Evidence*, cit., *passim*.

<sup>16</sup> E' appena il caso di ricordare che le disposizioni in materia di asilo, prima del recepimento delle direttive europee, non andavano oltre l'art. 10, comma della Costituzione.

<sup>17</sup> Conclusioni, paragrafo 50.

direttiva procedure). Evidenziare il contenuto delle norme rilevanti servirà, inoltre, a mettere in luce gli aspetti più importanti per quanto riguarda la determinazione dello status di rifugiato per motivi legati all'orientamento sessuale.

L'art. 4 della direttiva qualifica stabilisce che spetta al richiedente produrre "quanto prima" tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale. La precisazione relativa all'elemento temporale – "quanto prima" – non è da interpretarsi rigidamente come si dirà a breve a commento della sentenza della Corte di Giustizia. Inoltre, se è certo che l'onere della prova incombe sul richiedente, esso è mitigato dalla esplicitazione di un principio di cooperazione tra quest'ultimo e le autorità competenti, dal momento che lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente, a esaminare "tutti gli elementi significativi della domanda"<sup>18</sup>; ciò, peraltro, rappresenta uno dei caratteri che vale a distinguere il regime dell'onere probatorio nel procedimento in questione da quello vigente nel processo civile<sup>19</sup>. Tale principio di cooperazione ha delle importanti ricadute applicative in quanto la norma, basandosi sul presupposto della difficoltà dell'onere probatorio, impone alle autorità procedenti un ruolo attivo nella ricerca dei fatti oggettivi a fondamento della domanda di protezione internazionale. Un'ulteriore espansione dell'ambito applicativo della norma, invece, è stata di recente esclusa dalla Corte di giustizia: mentre un autorevole dottrina aveva prospettato la possibilità di far discendere dalla disposizione in questione un divieto per l'autorità competente di procedere "a carte coperte"<sup>20</sup>, una recente sentenza della Corte ha affermato che la norma non implica che le autorità procedenti debbano rivelare il contenuto dei documenti che lasciano supporre un diniego del riconoscimento<sup>21</sup>.

Lo stesso art. 4 chiarisce che l'esame della domanda deve avvenire "su base individuale" ed è volto alla valutazione delle circostanze di fatto relative al paese di origine del rifugiato comprese le disposizioni legislative (e regolamentari) e le sue "modalità di applicazione". Si tratta di una precisazione rilevante nell'ambito della protezione del richiedente asilo omosessuale, in quanto come ha chiarito la Corte di giustizia nella sentenza del 2013, al fine del riconoscimento della protezione non è sufficiente la criminalizzazione delle relazioni omosessuali a livello normativo ma è necessaria la concreta applicazione di tali norme<sup>22</sup>. Inoltre, vanno tenute in considerazione la situazione individuale e le circostanze individuali del richiedente e si tratta come si vedrà di un profilo particolarmente valorizzato dalla Corte nella sentenza in commento.

Tra le disposizioni contenute nell'art. 4, un rilievo centrale è ricoperto dal principio previsto al paragrafo 5, in quanto esso può assumere un peso decisivo in quelle situazioni in cui l'incertezza dell'attendibilità può essere molto alta: infatti, in considerazione della prevedibile difficoltà di raggiungere lo standard di prova richiesto dalla normativa nazionale, il legislatore europeo ha introdotto una clausola di salvaguardia che consente di ritenere raggiunta la veridicità del richiedente anche quando "taluni aspetti della dichiarazione del richiedente non sono suffragati da prove documentali o di altro tipo". In sostanza la dichiarazione del richiedente può essere sufficiente al riconoscimento della protezione internazionale, in tal caso però devono essere soddisfatte una serie di condizioni previste dalla norma suddetta<sup>23</sup>.

Oltre all'art. 4 della direttiva qualifica, come si accennava, integra il quadro normativo la direttiva procedure, che contiene indicazioni circa lo svolgimento del procedimento di verifica della credibilità del richiedente asilo. Al riguardo va osservato che la versione attualmente vigente ha innalzato lo standard di garanzia dei diritti dei rifugiati mediante l'inserimento di disposizioni che migliorano il procedimento di verifica, sia approfondendo la consapevolezza di quest'ultimo circa il procedimento a cui dovrà sottoporsi che potenziando la competenza delle autorità competenti. In particolare, tra le novità più rilevanti a questo proposito, ci si limita a menzionare l'espressa previsione secondo cui le autorità procedenti possono avvalersi della consulenza di esperti in determinati ambiti, tra cui è enumerata la competenza sulle questioni di genere art. 10, par. 3 lett. d). Si tratta di una modifica che si lega ad un'altra innovazione significativa quale la specificazione secondo cui la persona incaricata di condurre il colloquio con il richiedente asilo

---

<sup>18</sup> Il principio di cooperazione è stato mutuato dall'*Allgemeine mitwirkungspflichten* previsto dall'art. 15 dell'*Asylenverfahrgesetz* dell'ordinamento tedesco: per un primo approfondimento cfr. I. Staffans, *Evidence*, p. 125 e G. Renner, *Ausländerrecht: Aufenthaltsgesetz und Freizügigkeitsgesetz/EU*, Artikel 16<sup>o</sup> GG und *Asylverfahrensgesetz*, München, Beck, 2011, *sub Art. 15 Asylverfahrensgesetz*, p. ?.

<sup>19</sup> Cfr. al riguardo Corte di cassazione, sezioni unite civile, n. 27310 del 17 novembre 2008: "L'autorità amministrativa esaminante e il giudice devono svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali, oltre che fondato sulla possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione necessaria", in *Articolo 29*, <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/05/Corte-di-Cassazione-4522-2015.pdf>. Sulla distinzione tra lo standard di prova richiesto nel procedimento di determinazione dello status di rifugiato e altri procedimenti cfr. le Conclusioni dell'avvocato generale, paragrafo 73 laddove rimarca la non compatibilità con l'art. 4 della direttiva di una normativa che prevede "un livello di prova quale quello richiesto nei procedimenti penali o aventi carattere quasi penale".

<sup>20</sup> Cfr. G. Noll, *Evidentiary*, cit., p. 9. "The rule can mean that the applicant must be given access to information and assessments the authorities have brought to bear in the case (arts. 4.3.c, d, and e QD). Otherwise, the applicant cannot be part of the assessment process, and this would conflict with art. 4.1 QD, second sentence. Consequently, this would mean that *classified investigative material which cannot be shared with the applicant must be excluded from the basis for a decision in the case*" (corsivo aggiunto).

<sup>21</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza C-277/11, *M*, par. 59 ss.

<sup>22</sup> Cfr. *infra* par. 4 per il richiamo alla interpretazione maggiormente garantista offerta dalla Corte di cassazione rispetto alla Corte di giustizia nel caso *X, Y, Z v. Minister voor Immigratie en Asiel*, C-199/12 del 7 novembre 2013.

<sup>23</sup> Cfr. art. 4, par. 5.

deve avere la competenza tale da poter tener conto non solo del “contesto personale e generale in cui nasce la domanda” (come era nella previsione precedente) ma anche – tra le altre cose – “del genere, dell’orientamento sessuale e dell’identità sessuale del richiedente”<sup>24</sup>. Al riguardo, per quanto riguarda l’ordinamento italiano, si può segnalare che delle due modifiche solo la prima è stata recepita dal legislatore interno<sup>25</sup>.

D’altro canto, deve segnalarsi che nella direttiva procedure sono contenute anche disposizioni in grado di incidere negativamente nel procedimento di valutazione della credibilità del richiedente, prevedendo una serie di ipotesi in cui l’esame della domanda può essere accelerato, ciò che può determinare una più sommaria ed approssimativa verifica della concreta situazione sottostante<sup>26</sup>.

La complessità della materia e l’insufficienza della normativa europea pongono il problema della possibile integrazione dell’insieme di regole e principi in materia probatoria mediante il ricorso a strumenti extragiuridici che introducono in particolare elementi di psicologia nel processo di verifica dell’attendibilità: una tale apertura da parte delle autorità competenti all’approfondimento di profili metagiuridici del resto è promossa nella stessa direttiva procedure come appena visto, là dove prevede il ricorso alla consulenza di esperti. Un profilo sui cui occorrerebbe in proposito riflettere, potrebbe essere la non necessaria correlazione tra gli elementi che in qualche modo indeboliscono la narrazione del richiedente e il fondato motivo di subire un trattamento persecutorio: in altri termini, elementi quali ad esempio la eventuale contraddittorietà o incompletezza delle dichiarazioni – che secondo l’uso comune possono essere indice di una scarsa attendibilità – possono essere il frutto di molteplici e complessi fattori, non necessariamente riconducibili ad una domanda di asilo pretestuosa<sup>27</sup>. Al riguardo, risultano di particolare interesse gli studi che approfondendo questa materia secondo un approccio interdisciplinare (considerando in particolare il contributo della sociologia e dell’antropologia ma anche di neurobiologia e psichiatria) mettono in relazione la memoria e le modalità della narrazione della persecuzione o discriminazione subita, da un lato con i contesti culturali e l’appartenenza etnica<sup>28</sup>, dall’altro ed evidenziano la diversità degli elementi valorizzati in una determinata deposizione di un rifugiato a seconda della/e culture di riferimento. Allo stesso modo, tali studi fanno riferimento al peso che il trauma riveste nel portare alla memoria l’esperienza persecutoria o discriminatoria e la sua potenziale incidenza negativa nel procedimento di verifica dell’attendibilità del dichiarante<sup>29</sup>. Peraltro, se oggetto di tali studi è la figura del migrante, altrettanto significativo è l’approfondimento del profilo delle autorità competenti, tanto dei condizionamenti politici e sociali quanto della incidenza di elementi psicologici o addirittura patologici nella assunzione delle decisioni: l’evidenziazione della ricorrenza dei fenomeni di *burnout* e di trauma vicario nelle persone incaricate nella verifica dello status di rifugiato, getta una nuova luce sulla problematicità di questo procedimento<sup>30</sup>.

La necessità di una integrazione del dato normativo con dei parametri extragiuridici assume un particolare rilievo nell’ambito della determinazione dello status di rifugiato per motivi legati all’orientamento sessuale. Al riguardo vale la pena citare il modello elaborato dall’avvocato britannico Chelvan, teso al superamento delle domande stereotipate che ricorrono nelle interviste ai richiedenti asilo e basato su una griglia concettuale composta dalle espressioni “differenza”, “stigma”, “vergogna” e “pregiudizio” su cui costruire le domande per l’intervista con il rifugiato. L’autore lo descrive come uno strumento “to enable the asylum applicant an ability to address their individual narrative by asking specific ‘trigger questions’, to enable further investigations”. Il beneficio che deriverebbe dall’adozione di tale modello consisterebbe nell’aver individuato delle caratteristiche che accomunano l’esperienza di coloro che fuggono dai propri paesi di origine e richiedono asilo per motivi legati all’orientamento sessuale<sup>31</sup>. Si tratta di un sistema particolarmente apprezzato tra gli attori istituzionali e della società civile coinvolti nel procedimento di determinazione dello status, tanto che il rapporto *Credo* attesta che l’UNHCR ne fa menzione nelle sue Linee Guida<sup>32</sup>, nel Regno Unito alcuni

---

<sup>24</sup> Cfr. art. 15, co. 3, lett. a).

<sup>25</sup> Cfr. d.lgs. 142 del 2015. Tuttavia l’ordinamento italiano ha recepito pedissequamente la normativa europea – per un commento cfr. A. Fiorini, E. Pieroni, *Il recepimento italiano della direttiva qualifiche in Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, pp. 17 ss. – jadeduandosi in particolare al nuovo considerando 18 previsto nel “recast” della direttiva che al riguardo ha inserito indicazioni speciali per la valutazione della richiesta di protezione internazionale presentata da un minore (cfr. l’art. 3, co. 5, lett. e) stabilendo espressamente di tenere in considerazione il suo grado di maturità e di sviluppo personale.

<sup>26</sup> Sottolinea questo profilo R. Thomas, *Administrative justice and asylum appeals: a study of tribunal adjudication*, Oxford, Hart, 2011 p. 88.

<sup>27</sup> Indicazioni preziose al riguardo sono offerte dal rapporto *Beyond proof*, cit., p. 66 ss.

<sup>28</sup> G. Gyulai (ed.), *Credo. Credibility Assessment in Asylum Procedures. A Multidisciplinary Training Manual*, vol. 1, 2013, pp. 63 ss e vol. 2, 2015, p. 40 (con specifico riferimento alla relazione tra genere, orientamento sessuale e memoria), Hungarian Helsinki Committee e *Beyond Proof*, cit., pp. 61 ss.

<sup>29</sup> Cfr. ad esempio *Credibility of Asylum Claims: Consistency and Accuracy of Autobiographical Memory Reports Following Trauma*, in *Applied Cognitive Psychology*, 26, 2012, pp. 677 ss.

<sup>30</sup> Cfr. per l’indicazione di casi giurisprudenziali *Beyond Proof*, cit., p. 79 ss.; per l’indicazione di dati al riguardo G. Gyulai (ed.), *Credo*, cit., p. 195.

<sup>31</sup> Cfr. <http://europeanlawblog.eu/?p=2622#sthash.CGQDUTD4.dpuf>.

<sup>32</sup> Cfr. <http://www.unhcr.org/509136ca9.pdf>, v. n. 62.

funzionari ne hanno apprezzato l'utilità e se ne sta valutando la suo possibile introduzione, mentre in altri Stati il sistema è stato adottato<sup>33</sup>.

### **3. La sentenza della Corte di giustizia: le dichiarazioni del richiedente come “punto di partenza”, i limiti del processo di verifica dell'attendibilità e la “non specialità” dell'orientamento sessuale come motivo di persecuzione**

Il riferimento alla necessità di superare il pregiudizio, lo stereotipo e la focalizzazione sull'attività sessuale nell'indagine sulla verifica dell'attendibilità del richiedente asilo può servire ad introdurre i problemi risolti dalla sentenza della Corte di giustizia e le domande che ha lasciato insoddisfatte. La Corte è stata chiamata a mediare dinanzi a due posizioni opposte: da un lato i ricorrenti richiedevano l'utilizzo delle sole dichiarazioni (c.d. *self-assessment*) circa l'orientamento sessuale, negando la competenza delle autorità a verificare la veridicità di tali dichiarazioni, sostenendo come ciò avrebbe rappresentato una violazione del diritto alla vita privata e familiare. Dal canto suo lo *Staatssecretaris* difendeva la tesi esattamente opposta, rivendicando il diritto a non ritenere sufficiente la dichiarazione del ricorrente.

Il dilemma è risolto quindi nel modo seguente dalla Corte: le autodichiarazioni circa l'orientamento sessuale costituiscono solo il “punto di partenza” ma non possono esaurire il procedimento di verifica. In sostanza il ragionamento della Corte mira ad escludere l'individuazione dell'omosessualità quale un'area speciale rispetto alle altre ragioni che legittimano la protezione internazionale; in effetti, domande di protezione internazionale fondate su motivi diversi dall'orientamento sessuale, come quelle relative alla fede religiosa possono porre problemi simili anche se non del tutto sovrapponibili e un approfondimento al riguardo sarebbe stato utile. Ebbene, a fronte di una simile statuizione – certo non priva di problematicità ma difficilmente contestabile sulla base della formulazione della direttiva che non prevede espressamente delle eccezioni per l'orientamento sessuale – è possibile rintracciare nella pronuncia tre importanti precisazioni che ne mitigano la portata: per un verso la Corte sostiene la necessità di adeguare la valutazione rispetto alla ragione della richiesta di asilo<sup>34</sup>; si tratta di un rilievo che può avere delle conseguenze pratiche significative rispetto all'adozione di particolari “modelli” di esame delle richieste di protezione in considerazione della categoria di richiedente<sup>35</sup>. Per altro verso, la Corte ricorda lo stemperamento dell'onere probatorio in capo al ricorrente mediante l'applicazione del principio di cooperazione che impone allo Stato membro di attivarsi per trovare conferme circa quanto affermato dal richiedente. Infine, ed è l'elemento più rilevante nei casi legati all'orientamento sessuale, la Corte ribadisce l'importanza dell'art. 4, par. 5 della direttiva: la auto asserzione del richiedente circa l'orientamento sessuale può essere ritenuta non sufficiente, ma se il richiedente soddisfa le condizioni previste da tale norma non è necessaria alcuna prova documentale o di altro tipo. Ne deriva, come afferma l'avvocato generale, che ai richiedenti deve essere data “l'opportunità di rispondere a domande relative alla loro credibilità”<sup>36</sup>.

Tuttavia, l'interpretazione sistematica della direttiva qualifica anche alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea impone alla Corte di circoscrivere il potere delle autorità nazionali di verificare l'attendibilità del richiedente. E' dunque in tale prospettiva che dapprima l'avvocato generale che la Corte individuano i parametri rilevanti nell'art. 1 e 7 della Carta. Ne deriva una pronuncia che mediante alcune precisazioni, non scontate, sull'interpretazione della direttiva qualifica risulta caratterizzata da una decisa valorizzazione della protezione dell'individuo. Ciò sia pur smarrendo il più deciso “tono costituzionale” delle conclusioni dell'avvocato generale<sup>37</sup>. In particolare la sentenza è significativa, da una parte, perché quanto appena ricordato rileva per l'inquadramento generale del problema della verifica dell'attendibilità del richiedente asilo, con implicazioni quindi che riguardano le richieste di protezione internazionale per ragioni diverse dall'orientamento sessuale. D'altro canto, la Corte offre precise indicazioni per la valutazione della richiesta di protezione internazionale del richiedente asilo in ragione del suo orientamento sessuale. Al riguardo, la Corte esclude quattro modalità di valutazione del richiedente: per comodità espositiva può essere più agevole darne conto rispetto al parametro violato piuttosto che seguire l'ordine della sentenza: infatti, due di queste modalità di valutazione sono incompatibili con l'interpretazione della direttiva e le altre due costituiscono una violazione della Carta. In primo luogo, la direttiva non consente alle autorità di stabilire la credibilità “esclusivamente” sulla base di domande stereotipate – volte in particolare ad accertare se il richiedente conosce le associazioni a difesa degli omosessuali – dal momento che la direttiva richiede che la valutazione debba tener conto “della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente”. Tuttavia, l'ammissione della Corte secondo

---

<sup>33</sup> Cfr. nuovamente il rapporto *Credo*.

<sup>34</sup> Corte di giustizia Ue, par. 54.

<sup>35</sup> Conclusioni, par. 49: “ne consegue ineluttabilmente che le domande volte al riconoscimento dello status di rifugiato sulla base dell'orientamento sessuale, come ogni altra domanda volta al riconoscimento dello status di rifugiato, sono soggette ad un processo di valutazione come imposto dall'articolo 4 della direttiva qualifica” (corsivo aggiunto). Tale apertura della Corte potrebbe quindi lasciare intravedere una possibile considerazione – nel caso di richieste di protezione per l'orientamento sessuale – del citato sistema DSSH proposto dall'avvocato britannico.

<sup>36</sup> Conclusioni, par. 81.

<sup>37</sup> Cfr. in particolare il par. 47 “Si tratta di questioni d'integrità della persona umana, di libertà individuali e di valori fondamentali dell'Unione.

cui le nozioni stereotipate “possono costituire un elemento utile a disposizione delle autorità competenti” desta molte perplessità, essendo un’affermazione priva di argomentazione e rappresentando peraltro un *obiter* ininfluente ai fini della decisione.

Del pari incompatibile con la direttiva è l’esclusione della credibilità sulla base di una tardiva rivelazione da parte del richiedente che l’omosessualità costituisce il motivo della richiesta di protezione internazionale. Al riguardo la Corte supera l’indicazione letterale secondo cui il richiedente è tenuto a presentare tutti gli elementi a sostegno della sua domanda “quanto prima”, valorizzando il profilo appena esaminato e cioè interpretando sistematicamente l’espressione “quanto prima” con la necessaria considerazione della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente. Si può aggiungere che questa conclusione della Corte era meno prevedibile rispetto alla precedente ed è affine essa ad una recente sentenza della Corte di cassazione italiana, come si dirà<sup>38</sup>. Se non può affermarsi che si tratti di un profilo esclusivamente legato alla protezione dell’orientamento sessuale, certo è che è la prima volta che la Corte interpreta in questo modo il requisito temporale posto dalla direttiva e attesta la consapevolezza del giudice europeo della difficoltà che possono impedire al richiedente di rivelare la vera ragione della sua esigenza di protezione. Occorre infatti riconoscere che la difficoltà nella *disclosure* del motivo della fuga è un aspetto particolarmente caratterizzante – anche se ovviamente non esclusivo – la richiesta di protezione per orientamento sessuale: sia sufficiente qui il richiamo al potenziale antagonismo da parte delle cerchie sociali più vicine al richiedente rispetto all’orientamento sessuale dichiarato o appositamente celato<sup>39</sup>. A differenza di altre richieste di protezione internazionale, infatti, la mancata condivisione o anche l’ignoranza da parte della famiglia o della comunità di appartenenza della ragione della fuga è un aspetto particolarmente comune tra i richiedenti LGBTI.

Inoltre risultano di grande interesse le indicazioni della Corte riguardo alla concreta situazione di vita dell’omosessuale, laddove nella sentenza si fa riferimento alla “delicatezza delle questioni relative alla sfera personale di un individuo” e alla “vulnerabilità del richiedente” che fondano la necessità di orientare l’interpretazione dell’espressione “quanto prima” in senso favorevole al richiedente. Questi ultimi rilievi sembrano confermare la sensazione di una forte valorizzazione della protezione dell’individuo contenuta nell’argomentazione della Corte. Nelle ultime due risposte la Corte esclude da un lato la possibilità che nella fase dell’intervista possano essere formulate domande attinenti all’attività sessuale e dall’altro ritiene incompatibile la sottoposizione del richiedente – anche con il suo consenso – a dei test per “provare l’omosessualità” e la produzione di prove documentali. Oltre al richiamo degli artt. 1 e 7 sembrano di interesse due osservazioni svolte al riguardo dalla Corte, seppur in modo molto sintetico: da un lato la specificazione della inidoneità del valore probatorio di tali strumenti, che assume importanza per gli Stati membri che in passato hanno adottato strumenti di verifica in violazione manifesta della dignità e dei diritti fondamentali<sup>40</sup>; dall’altro, la notazione molto realistica secondo cui consentire ai richiedenti asilo di sottoporsi volontariamente a dei test “avrebbe un effetto incentivante nei confronti di altri richiedenti e equivarrebbe, di fatto, a imporre a questi ultimi prove siffatte”. E’ evidente in questo passaggio, dunque, il tentativo della Corte di fissare dei principi che vanno oltre il caso concreto e la situazione individuale coinvolta per orientare in senso umanitario la disciplina e l’attività materiale della determinazione dello status di rifugiato.

Va comunque segnalato che la decisione della Corte lascia alcune questioni aperte: innanzitutto la Corte non centra quello che sembra essere un profilo particolarmente rilevante per impostare il problema e cioè che oggetto dell’accertamento non può essere l’effettivo orientamento LGBTI del richiedente ma semmai occorre stabilire se l’orientamento sessuale ha rappresentato un motivo di persecuzione in passato o se tale orientamento rappresenta un serio rischio di persecuzione in caso di *refoulement* nel paese di origine. Come è stato attentamente osservato, non è oggetto di verifica l’attendibilità del richiedente in quanto tale ma le sue dichiarazioni<sup>41</sup>. La distinzione non è priva di risvolti applicativi: basti pensare al caso deciso dalla Corte edU<sup>42</sup> (cfr. subito *infra*) secondo cui la volontà dichiarata dal richiedente di continuare a vivere con la propria moglie è uno dei fattori che pregiudica la credibilità del richiedente, con conseguente irrilevanza, della possibile persecuzione effettivamente subita dal rifugiato nel proprio paese di origine.

Inoltre è evidente che la Corte lascia aperto l’interrogativo rispetto a quali altri metodi siano vietati in base alla direttiva e alla Carta e quali invece siano consentiti. Se è vero che si sarebbe trattato di un’operazione indubbiamente complessa e che la Corte ha preferito affidare espressamente agli Stati membri, la sentenza offriva la possibilità di enucleare

---

<sup>38</sup> Cfr. Corte di Cassazione, VI sezione civile, sentenza del 5 marzo 2015 n. 4522, in *Articolo 29*, <http://www.articolo29.it/stranieri-2-2/protezione-internazionale-e-umanitarialegittimita/>.

<sup>39</sup> Cfr. al riguardo le *Linee Guida*, par. 63 “Relazioni familiari”.

<sup>40</sup> Cfr. <https://euobserver.com/lgbti/32349>: si può vedere al riguardo il rapporto della Agenzia per i diritti fondamentali, *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity* 2010 Update, p. 55 ss.

<sup>41</sup> Si sofferma su questo profilo W. Kagan, *Believable Victims*, cit. spec. p. 381 che specifica come oggetto della verifica sia la testimonianza del richiedente e non il richiedente in sé; partendo dalla definizione dell’UNHCR della credibilità come “capacità di essere creduto”, Kagan rileva come la domanda che dovrebbe porsi l’autorità competente è “could a person believe the testimony?” anziché “do I believe this person?”. La prima domanda corrisponde all’“essere credibile” (*being believable*) mentre la seconda all’“essere creduto” (*being believed*) ed è la prima e non anche la seconda a rilevare nella determinazione dello status di rifugiato.

<sup>42</sup> Corte europea dei diritti dell’Uomo, sentenza *MKN v. Svezia*, par. 9.

standard di valutazione di applicazione generale. Un'opportunità in tal senso era stata presentata dall'intervento in giudizio dell'UNHCR che aveva individuato due categorie di metodi di valutazione della credibilità<sup>43</sup>: la prima caratterizzata da un divieto assoluto di utilizzo in quanto contenente metodi in violazione della dignità (l'avvocato generale la definisce "lista nera"), e l'altra caratterizzata da un divieto relativo in quanto comprensiva di strumenti suscettibili di violare la Carta a seconda della modalità di espletazione (c.d. "lista grigia"); la questione non emerge nella sentenza ma solo nelle conclusioni dell'avvocato generale che pur apprezzandone l'utilità ritiene che essa presenta alcuni limiti di utilizzo<sup>44</sup>. E tuttavia, ci si chiede se una simile distinzione non offrisse il vantaggio di fare maggior chiarezza rispetto alle concrete modalità di svolgimento delle interviste: proprio il profilo critico segnalato in precedenza, secondo cui per la Corte "nozioni stereotipate possono consentire uno strumento utile a disposizione delle autorità competenti", poteva essere risolto nel senso di inserire le domande vertenti sugli stereotipi nella "lista grigia" in modo da valutare caso per caso la sua compatibilità con la Carta e le disposizioni rilevanti della direttiva.

#### 4. La decisione della Corte in relazione alla giurisprudenza CedU e italiana. In particolare il ruolo dell'UNHCR

In conclusione si può accennare al "posto" della pronuncia della Corte di giustizia nell'ambito dello specifico settore della verifica della credibilità del richiedente asilo per ragioni legate all'orientamento sessuale. La sentenza della Corte, infatti, si inserisce in un'arena globale in cui molteplici attori interagiscono, disputano e si confrontano sulla valutazione della credibilità dei richiedenti asilo: in quest'ambito, infatti, si sta formando un patrimonio di esperienze, composto dalle pronunce delle Corti, dall'attività di interpretazione della Convenzione del 1951 da parte dell'UNHCR, dai rapporti di alcuni organismi amministrativi competenti a determinare lo status di rifugiato<sup>45</sup>, dall'attività di ricerca di istituzioni e organismi non governativi<sup>46</sup>. Il panorama delle pronunce giurisprudenziali non ancora molto consistente – anche perché la rilevanza normativa del fenomeno è come si è visto recente – è caratterizzato dalla stratificazione di diversi orientamenti giurisprudenziali, in cui non manca la consapevolezza da parte dei giudici della complessità del fenomeno ma in cui allo stesso tempo lo stereotipo e il pregiudizio continuano ad incidere in modo significativo sulla credibilità del richiedente e quindi sull'esito dell'istanza di protezione<sup>47</sup>. Si tratta di un fenomeno che riguarda in particolar modo l'esperienza di Australia, Stati Uniti e Canada e alcuni paesi del Nord Europa (Olanda e Regno Unito in particolare) in cui è maggiormente evidente la natura servente delle norme sull'asilo rispetto al controllo dell'immigrazione ed è presente un intenso dibattito sulla pretestuosità delle domande di protezione internazionale<sup>48</sup>.

Se si riflette, invece, sul peso della decisione nell'ordinamento interno, esaminando la più recente giurisprudenza di merito e di legittimità<sup>49</sup> emerge che alcuni dei principi fissati dalla giurisprudenza europea già fanno parte del tessuto argomentativo dei giudici nazionali e, in almeno un caso, la tutela assicurata in sede interna è senz'altro maggiore rispetto a quella sovranazionale. Si tratta del presupposto oggettivo della valutazione dei fatti alla base della domanda – ma che può avere ripercussioni, in fondo, anche nell'ambito della valutazione della credibilità del ricorrente – e cioè la nozione stessa di persecuzione: mentre la Corte di giustizia ha stabilito che la mera previsione legislativa che punisce le relazioni tra persone dello stesso sesso non è sufficiente a ritenere soddisfatto il requisito del timore fondato di subire un

---

<sup>43</sup> Cfr. *UNHCR's Oral Submissions at the Court of Justice of the European Union Hearing of the case of Minister voor Immigratie en Asiel v A, B and C (C-148/13, C-149/13, and C-150/13)* 25 February 2014, Luxembourg, <http://www.refworld.org/type,AMICUS,UNHCR,,5315d2984,0.html>

<sup>44</sup> Conclusioni, paragrafo 58.

<sup>45</sup> Cfr. il documento dell'Home Office britannico *Assessing credibility and refugee status*, del 30 luglio 2012, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/397778/ASSESSING\\_CREDIBILITY\\_AND\\_REFUGEE\\_STATUS\\_V9\\_0.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/397778/ASSESSING_CREDIBILITY_AND_REFUGEE_STATUS_V9_0.pdf).

<sup>46</sup> Cfr. in particolare i principi di Yogyakarta, <http://www.yogyakartaprinciples.org/>.

<sup>47</sup> Cfr. M. Winkler, *A silent right is not a right": orientamento sessuale, diritti fondamentali e "coming out". A margine di una recente sentenza inglese in tema di rifugiati* in *Il Corriere giuridico*, 10/2011, p. 1375, cita ad es. il caso *Todorovic v. US Attorney general*, paradigmatico dell'approccio mediante stereotipi all'orientamento sessuale. In questa prospettiva si veda anche *US In re soto vega* p. 22 in cui il giudice afferma: "i didn't see anything ... that remotely approached some of the stereotypical things that society addresses as gay". Al riguardo cfr. J. Millibank, *From discretion to disbelief: recent trends in refugee determinations on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom*, in *The international Journal of Human Rights*, 2009, p. 392 ss., secondo cui "our research" relazionata con la giurisprudenza australiana e del Regno Unito – "found that in an alarming number of cases tribunal members cross examined applicants using highly stereotyped and Westernised notions of gayness as a template that, when applicants did not fit, led to their claim of sexual identity being rejected", p. 3, tra i casi desta particolare interesse una pronuncia di un tribunale australiano che rileva l'incompatibilità tra l'orientamento sessuale e l'aderenza al cattolicesimo: "having regard to the teachings of the Catholic Church I am firmly of the view that a person of single sex orientation must at least have considered their position in the Church and whether they wished to continue to practice ... Catholicism", cit. in J. Millibank, cit., p. 400.

<sup>48</sup> Cfr. V. Moreno-Lax, *Life After Lisbon: EU Asylum Policy as a Factor of Migration Control* in D. Acosta Arcarazo, C.C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law*, Oxford, Hart, 2013, pp. 146 ss., per una riflessione sulla permeazione nella disciplina europea delle istanze di controllo dei confini nella prospettiva di un *abuse paradigm* riferito al fenomeno delle domande di asilo pretestuose.

<sup>49</sup> Cfr. A. Ciervo, *Un diritto silenzioso. Asilo politico e orientamento sessuale*, in A. Schillaci (a cura di), *Eguaglianza*, cit., p.41 ss., per il richiamo all'iniziale e restrittivo orientamento della giurisprudenza nazionale.



trattamento persecutorio, essendo necessaria la dimostrazione della concreta applicazione della norma incriminatrice, secondo un indirizzo giurisprudenziale la previsione di una normativa che criminalizza l'omosessualità è *"in re ipsa"* una misura persecutoria<sup>50</sup>. Nel caso invece della *late disclosure* della omosessualità come motivo alla base della richiesta di protezione internazionale sia la Corte di giustizia che la Cassazione giungono alla medesima soluzione, rifiutando l'impostazione adottata nelle rispettive fasi precedenti del giudizio<sup>51</sup>, secondo cui, in sostanza, sarebbe indice di pretestuosità e pregiudicherebbe la credibilità del richiedente la riproposizione della domanda di protezione internazionale per motivi legati all'omosessualità successivamente al rigetto di una prima richiesta fondata su presupposti diversi<sup>52</sup>. È interessante al riguardo notare che si tratta di una soluzione maggiormente garantista rispetto a quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo<sup>53</sup>: la pronuncia precedentemente citata del giudice di Strasburgo ha attribuito rilevanza alla tardiva rivelazione della omosessualità (e alla mancanza di una sua ragionevole esplicazione) come elemento di valutazione negativo per la richiesta di protezione internazionale (accanto al fatto che il richiedente fosse sposato con una donna): anche se non si tratta finora di un indirizzo consolidato e dovendo contestualizzare quanto deciso dalla Corte nell'ambito della sua giurisprudenza casistica, la pronuncia appare discutibile in quanto, come è stato osservato, non fornisce *"any clear standard but leaves one of the key issues unresolved"*<sup>54</sup>. Qui, accettando il rischio di formulare un'osservazione ingenua, ci si può chiedere la Corte di giustizia avrebbe potuto far riferimento al precedente della Corte europea, per chiarire il suo rapporto con quella pronuncia.

Un altro profilo interessante toccato dalle pronunce della Corte di giustizia e dei giudici italiani riguarda il tema dell'alleggerimento dell'onere della prova previsto da summenzionato art. 4, paragrafo 5 della direttiva qualifiche (trasposto nell'art. 3, co. 5 del d.lgs. 251 del 2007) e in particolare l'interrogativo se i requisiti previsti per l'applicazione di questa norma debbano intendersi come alternativi o cumulativi: mentre la Corte (e l'avvocato generale) in un breve inciso fanno riferimento a *"condizioni cumulative"*, la Corte di cassazione amplia lo standard di tutela del richiedente, preferendo la prima opzione interpretativa, in quanto la *"ratio della norma"* è quella *"di attenuare l'onere probatorio in capo al richiedente"*<sup>55</sup>.

Volendo invece evidenziare un potenziale abbassamento dello standard di tutela previsto nella giurisprudenza italiana, rispetto a quella europea, può farsi riferimento al diverso grado di permeazione dell'attività svolta dall'UNHCR, nella sua funzione di organismo di supervisione dell'applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951<sup>56</sup>. Se infatti, dapprima la direttiva europea e successivamente la giurisprudenza della Corte hanno mostrato di aderire a numerosi indicazioni di questo organismo<sup>57</sup>, nelle sentenze dei giudici italiani può intravedersi una maggiore difficoltà a richiamare gli standard di tutela dell'Alto Commissariato: al punto che la Corte di cassazione, in una delle sentenze citate ha affermato che *"sono da considerare ininfluenti le indicazioni contenute nel Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato adottato dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, volte a sollecitare l'esaminatore ad utilizzare i mezzi a sua disposizione per raccogliere le prove necessarie a sostegno della domanda, trattandosi di indicazioni prive di valore normativo"*<sup>58</sup>.

Sul punto occorre soffermarsi, da un lato, sulle ragioni della necessità di valorizzare il contributo dell'UNHCR nella verifica dell'attendibilità del richiedente e, dall'altro, sulla necessità di mettere in discussione, o per lo meno attenuare, la portata di quanto statuito dalla Cassazione. I testi più rilevanti approvati dall'Alto Commissariato consistono nel

---

<sup>50</sup> "... la criminalizzazione è considerata in sé una limitazione all'esercizio di un diritto umano, senza necessità che il giudice abbia l'onere di verificare che in concreto nel paese dell'asilante venga applicata la disposizione penale", consultabile in *Articolo 29*, <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/01/Bologna-2013-Riconoscimento-Status-di-rifugiato1.pdf> Si rinvia alla sentenza citata per il riferimento ad altre pronunce in senso conforme; la sentenza è segnalata da S. Rossi, in *Articolo 29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), si sofferma sulla distinzione tra la sentenza della Corte di giustizia e la Cassazione italiana A. Ciervo, cit.

<sup>51</sup> Nel caso della Corte di giustizia si fa riferimento alle decisioni delle autorità giudiziarie olandesi.

<sup>52</sup> Cfr. Corte di cassazione n. 4522 del 2015 rimediando a quanto deciso diversamente in primo e secondo grado, il giudice di legittimità ha stabilito che è ammissibile una reiterazione della domanda di protezione internazionale per motivi legati alla criminalizzazione dell'omosessualità nel paese di origine del rifugiato presentata in prima istanza per presupposti diversi: ciò in quanto la mancata rivelazione dell'omosessualità come motivo della protezione, può essere dovuta ad un impedimento di carattere psicologico o morale che può aver determinato un *"ostacolo oggettivo e decisivo"*.

<sup>53</sup> Così P. Annicchino, *The Persecution of Religious and LGBTI Minorities and Asylum Law: Recent Trends in the Adjudication of European Supranational Courts*, in *European Public Law*, 2015, 21, pp. 571 ss. Si sofferma sul confronto tra giurisprudenza CedU e della Corte di giustizia P. Dunne, cit., p. 422.

<sup>54</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza *MKN v. Svezia*, par. 42-43.

<sup>55</sup> Corte di cassazione, sezione VI civile, 4 aprile 2013, n. 8282.

<sup>56</sup> Cfr. art. 8, lett. a) dello Statuto dell'UNHCR e art. 35 Convenzione. Per una lettura critica del ruolo dell'Alto commissariato cfr. Lavolette, *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity: a Critical Commentary*, in *International Journal of Refugee Law*, 22, 2010, pp. 173 ss.

<sup>57</sup> Nelle due sentenze X, Y e Z e A, B, C in particolare questo risultato è stato facilitato dall'intervento in giudizio dell'UNHCR e l'influenza sulla Corte è avvertibile in entrambe le pronunce e in misura maggiore nelle conclusioni dell'avv. Generale che definisce *"utile"* l'intervento in giudizio dell'organismo in questione. Si tratta di un profilo notato anche da A. Ciervo, cit. con riferimento alla sentenza della Corte del 2013 ma il discorso è applicabile anche alla presente sentenza e in particolare alle conclusioni dell'avv. Generale su cui la Corte ha basato la sentenza.

<sup>58</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sezioni unite civile, 17 novembre 2008, n. 27310.

Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato, aggiornato nel 2011 e nelle Linee guida, la cui ultima versione è del pari molto recente essendo state approvate nel 2012. Le indicazioni contenute in tali documenti sono dotate di una attitudine maggiormente garantista rispetto al testo della direttiva e del decreto legislativo: sia perché contengono indicazioni dettagliate, che riflettono in una certa misura l'esperienza e la "giurisprudenza" dell'organismo e sono pertanto idonee a costituire dei parametri ulteriori per l'attività dell'amministrazione e dei giudici; sia per alcune formulazioni in ordine alla valutazione delle dichiarazioni del richiedente: tra queste può farsi qui riferimento al principio del beneficio del dubbio, contenuto nel Manuale dell'UNHCR e che pare poter innalzare lo standard di protezione, prevedendo requisiti meno stringenti rispetto all'art. 4, comma 5 della direttiva come emerge da un confronto con la versione poi non adottata<sup>59</sup>. Si tratta di un principio la cui rilevanza è stata rimarcata nelle conclusioni dell'avvocato generale (par. 74, secondo cui il principio in questione è sotteso all'art. 4, par. 1) e dal giudice olandese che aveva sollevato il rinvio pregiudiziale rimettente (par. 37) ed è applicato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo<sup>60</sup>. Ora, non sembra sufficiente rigettare il ricorso alla produzione dell'UNHCR sulla base della natura non vincolante dei suoi rapporti. In generale, per il contributo dell'organismo in questione alla redazione della disciplina europea – e di riflesso di quella nazionale – all'interpretazione della Convenzione del 1951 e ad alcuni avanzamenti in materia di protezione internazionale, tra i quali la stessa riconduzione dell'orientamento sessuale nell'ambito della categoria del "particolare gruppo sociale". Più in particolare, occorre far riferimento all'art. 35 della Convenzione che prevede un obbligo di cooperazione tra gli Stati e l'Alto Commissariato e alla quale non di rado ha fatto riferimento la giurisprudenza di altri paesi<sup>61</sup>. In sostanza, come è stato affermato autorevolmente, nonostante la natura non vincolante sul piano formale dei rapporti dell'UNHCR "they must not be dismissed as irrelevant but regarded as authoritative statements whose disregard requires justification"<sup>62</sup>. Potrebbe quindi attribuirsi alla disposizione in questione l'attitudine a promuovere anziché escludere l'integrazione del parametro nazionale ed europeo nella determinazione dello status di rifugiato mediante il ricorso alla produzione documentale dell'Alto Commissariato (e in particolare alle Linee guida e al Manuale). L'attivazione di una tale sensibilità può risultare funzionale ad un alleggerimento della complessità della materia in questione piuttosto che a minare l'autorevolezza delle decisioni dell'amministrazione e dei giudici<sup>63</sup>.

## 5. Considerazioni finali

La decisione della Corte, come è emerso dalla ricostruzione del suo iter argomentativo, si può inserire in un più ampio filone giurisprudenziale in materia di protezione dell'orientamento sessuale volto a rintracciare nel principio di dignità il parametro di riferimento per la valorizzazione della concreta dimensione di vita dell'omosessuale<sup>64</sup>. Nel caso in questione il giudice europeo fissa nell'intreccio tra dignità e protezione della sfera intima (artt. 1 e 7 della Carta), da un lato, e la considerazione della situazione individuale e delle circostanze personali dall'altra (art. 4, paragrafo 3, lettera c) della direttiva qualifiche) l'irrelevanza della dimensione sessuale del richiedente ai fini dell'esito della richiesta di protezione: sia essa dimostrata attraverso le domande delle persone incaricate di condurre l'intervista, sia mediante la volontaria sottoposizione a dei test o ancora producendo prove documentali, come videoregistrazioni. Al tempo stesso la sentenza della Corte, pur non problematizzando la potenziale specialità dell'orientamento sessuale come ragione di persecuzione, lascia emergere la necessità di un approfondimento della soggettività della persona omosessuale o meglio della sua "complessità", come affermano sia la Corte che l'avvocato generale. Ne deriva che la decisione del giudice

---

<sup>59</sup> In effetti, il testo di questa disposizione, nella sua versione preliminare, ricalcava il contenuto del Manuale UNHCR, salvo poi nella versione definitiva eliminare il riferimento al principio del beneficio del dubbio ed aggiungere alcuni requisiti; non è pacifico, tuttavia questa ipotesi ha trovato conforto nella posizione espressa da Gregor Noll, in *Evidentiary assessment*, cit., tra i principali esperti in materia, secondo cui "the wording of the alleviating evidentiary rules signifies a heavier burden on the applicant than the analogue principle of benefit of the doubt, as this is describe in UNHCR's Handbook. In addition to the requirements given in the handbook, articles 4.5 QD places a least one additional condition on the applicant: s/he is required to have applied for international protection as easily as possible, unless s/he can provide good reasons for not doing so".

<sup>60</sup> Corte edU, *J.H. v. Regno Unito*, ricorso n. 48839/09, par. 52: "The Court acknowledges that, owing to the special situation in which asylum seekers often find themselves, it is frequently necessary to give them the benefit of the doubt when it comes to assessing the credibility of their statements and the documents submitted in support thereof"; la corte cita i precedenti del 20 luglio 2010, *N. v. Sweden*, ricorso n. 23505/09, par. 53, e dell'8 marzo 2007, *Collins and Akasiebie v. Sweden*, ricorso n. 23944/05.

<sup>61</sup> Cfr. la decisione della English Court of Appeal, Civil Division, *Khalif Mohamed Abdi Secretary of State for the Home Department v. Khalif Mohamed Abdi*, citata da W. Kälin, ora per attribuirne "considerevole autorità persuasiva" (così Refugee Status Appeals Authority, *9 Re S.A., Refugee Appeal No. 1/92*, New Zealand, 30 April 1992 entrambe citate da W. Kälin, *Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and beyond* in E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 627.

<sup>62</sup> Cfr. W. Kälin, *Supervising*, cit. p. 627.

<sup>63</sup> Sulla modifica dell'interpretazione delle norme internazionali mediante organismi quali l'UNHCR cfr. I. Venzke, *How interpretation makes international law: on semantic change and normative twists*. Oxford, Oxford University Press, 2012, *passim*.

<sup>64</sup> Cfr. A. Schillaci, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in Id. *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, Carocci, 2014, pp. ??, Id., *Enjoy liberty as we learn its meaning*. *Obergefell v. Hodges tra libertà, uguaglianza e pari dignità*, in corso di pubblicazione in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, consultato per gentile concessione dell'autore.

europeo rappresenta un'ulteriore riprova delle virtualità del ricorso alla dignità in relazione alla protezione della sfera intima e personale che caratterizza ormai molte pronunce delle Corti costituzionali e supreme<sup>65</sup> e si rivela un parametro particolarmente idoneo a decostruire stereotipi e automatismi decisionali e a valorizzare la situazione individuale e concreta delle persone coinvolte.

---

<sup>65</sup> Tra le sentenze di Corti straniere che più hanno fatto ricorso al concetto di dignità si possono richiamare, la Corte costituzionale del Sudafrica, *National Coalition for Gay and Lesbian v. Minister of Justice*, del 1998 e in *Fourie v. Minister of Affairs* del 2003; la sentenza del Tribunal constitucional portoghese n. 120 del 2010; la sentenza della Corte Suprema messicana del 2010; la sentenza del Tribunal constitucional spagnolo n. 198 del 2012 e le due pronunce della Corte Suprema statunitense *Windsor v. United States*, 570 US e *Obergefell v. Hodges*, 576 US.