

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE PER ORIENTAMENTO SESSUALE SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

*Posted on 19 Dicembre 2013 by [Francesco Bilotta](#)*

Con la sentenza resa nelle cause riunite da C-199/12 a C-201/12 (X, Y e Z, c. Minister voor Immigratie en Asiel) i giudici della quarta sezione della Corte europea (Pres. e rel. Bay Larsen), cui si era rivolto in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE il Raad van State dei Paesi Bassi, hanno sciolto alcuni dubbi interpretativi concernenti la direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

I casi da cui il rinvio pregiudiziale ha avuto origine riguardavano tre persone provenienti rispettivamente dalla Sierra Leone, dove ai sensi dell'articolo 61 del "Offences against the Person Act" del 1861, gli atti omosessuali sono soggetti a una pena detentiva da un minimo di dieci anni all'ergastolo; dall'Uganda, dove chi è giudicato colpevole di un reato descritto come «conoscenza carnale contro le leggi di natura» dall'art. 145 del codice penale del 1950, è punito con una pena detentiva che può arrivare all'ergastolo; e dal Senegal, dove una persona riconosciuta colpevole di atti omosessuali dev'essere condannata a una pena detentiva

da uno a cinque anni e a una sanzione pecuniaria compresa tra 100 000 franchi CFA (BCEAO) (XOF) e 1 500 000 XOF (all'incirca tra EUR 150 e EUR 2 000), in base all'articolo 319.3 del codice penale.

La prima questione sottoposta alla Corte è se le persone omosessuali, in quanto tali costituiscano un gruppo sociale rilevante ai fini dell'art. 10, paragrafo 1, lettera d) della direttiva 2004/83/CE.

La seconda questione (sebbene la Corte la prenda in considerazione per ultima), piuttosto articolata, può essere così riassunta: da un lato, si chiede alla Corte quali siano gli atti omosessuali che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva e dall'altro lato, se si può esigere, in sede di valutazione della domanda diretta a ottenere lo *status* di rifugiato, che il richiedente tenga nascosto o riservato il proprio orientamento sessuale una volta rientrato in Patria.

La terza questione concerne la rilevanza, ai fini della concessione dello *status* di rifugiato, della qualificazione dell'omosessualità come reato, nel Paese di origine del richiedente.

La prima questione viene risolta nel senso che «l'esistenza di una legislazione penale (...) che riguarda in modo specifico le persone omosessuali, consente di affermare che tali persone devono essere considerate costituire un determinato gruppo sociale». L'importanza di tale statuizione dipende dal fatto che uno dei motivi di persecuzione rilevanti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato è proprio quello di appartenere a un "determinato gruppo sociale", come si evince dall'art. 2, lett. c) della direttiva.

L'art. 10, paragrafo 1, della direttiva chiarisce cosa si debba intendere per "determinato gruppo sociale" e individua due condizioni che la Corte sottolinea essere cumulative. La prima condizione è che i membri del gruppo devono condividere una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata oppure una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi. La seconda condizione è che tale gruppo deve

avere la propria identità, nel Paese terzo di cui trattasi, perché vi è percepito dalla società circostante come diverso.

Nel caso delle persone omosessuali, la caratteristica innata è l'orientamento sessuale, ma questo non basta a farne un "determinato gruppo sociale". Secondo la Corte, è l'esistenza di norme penali che condannano l'omosessualità nel Paese di origine del richiedente asilo che consente di presumere che l'intera collettività consideri le persone omosessuali come un gruppo avente un'identità diversa.

La regola di diritto che possiamo quindi trarre da questa parte della sentenza è che: la presenza nel Paese di origine del richiedente asilo di una legislazione penale che incrimini l'omosessualità in quanto tale consente di dare per provato che il richiedente asilo appartiene a un "gruppo sociale determinato".

Dal punto di vista del diritto italiano, la sottolineatura che le due condizioni dettate dall'art. 10, par. 1, lett. d) della direttiva siano "cumulative", è irrilevante. Infatti, nel nostro ordinamento sotto questo profilo vige una regola più favorevole, in base alla quale le due condizioni sono alternative e non cumulative, come si evince dalla lettera dell'art. 8, 1° co., lett. d), d. lgs. n. 251/2007 di recepimento della direttiva 2004/83/CE. L'alternatività delle due condizioni è chiaramente espressa dall'uso della congiunzione coordinativa disgiuntiva 'ovvero' al posto della congiunzione coordinativa copulativa 'e', che invece troviamo nel testo della direttiva. È evidente che considerare le due condizioni come alternative, aumenta le possibilità di allargare la platea degli ammessi allo *status* di rifugiato. È in questo senso che la norma italiana si può considerare più favorevole di quella contenuta nella direttiva. Solo per inciso si ricorda che la piena legittimità della scelta del nostro legislatore si fonda sull'art. 3 della direttiva, a mente del quale «gli Stati membri hanno facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati».

Alla terza questione, cioè se il mero fatto di qualificare come reato gli atti omosessuali con la previsione di una pena detentiva per il compimento

degli stessi costituisca un atto di persecuzione, la Corte dà una risposta negativa: la pena deve trovare “applicazione nella prassi”, nel Paese di origine del richiedente asilo. Solo se la pena è applicata in concreto si potrà configurare un atto di persecuzione.

Sotto questo aspetto la pronuncia è poco chiara. Per un verso, infatti, questa decisione consente di superare le prassi diffuse in vari Paesi membri dell’Unione europea in base alle quali le sanzioni penali, neppure quando sono concretamente applicate, vengono considerate di per sé motivo di persecuzione; per un altro verso, però, la Corte non entra nel merito di quella che potremmo chiamare efficacia indiretta delle norme penali contro le persone omosessuali. Il fatto che l’essere omosessuale sia oggetto di una norma penale, anche se tale norma viene applicata di rado (o addirittura non viene mai applicata), è indizio dell’esistenza di un contesto socio-culturale potenzialmente capace di generare violenze nei confronti delle persone LGBTI o vere e proprie persecuzioni da parte di agenti non statali, dinanzi alle quali le autorità di polizia potrebbero rimanere indifferenti. Dunque, l’autorità statale non può fermarsi a constatare quante volte sia stata di recente applicata la norma penale per qualificarla come un grave atto di persecuzione, ai sensi dell’art. 9, par. 1, lett. a), ma deve piuttosto verificare se l’esistenza della norma penale non sia la punta dell’iceberg di un contesto violento e lesivo dei diritti fondamentali della persona richiedente asilo.

E ciò tanto più perché la lettera dell’art. 9, par. 1, lett. a) non fa coincidere la gravità degli atti di persecuzione con la violazione dei soli diritti umani fondamentali inderogabili, come sembra affermare la Corte. La loro menzione nel testo è preceduta dall’espressione “in particolare”, come a segnalare all’interprete una maggiore necessità di approntare la protezione internazionale in presenza di una loro violazione. Da ciò, però, non si può inferire – seguendo il ragionamento della Corte – che la violazione dei diritti umani fondamentali non inderogabili (come quello dell’art. 8 CEDU e 7 della Carta di Nizza, anche in combinato disposto con gli artt. 14 CEDU e 21, par. 1 Carta di Nizza) non debba essere presa in considerazione per qualificare come gravi gli atti di persecuzione.

L'unico modo per rimanere fedeli alla lettera della direttiva è da un lato seguire la Corte nel considerare grave atto di persecuzione l'esistenza di una norma che criminalizza l'omosessualità e che viene applicata nella prassi e dall'altro lato andare oltre questa sentenza valutando in concreto la gravità delle violazioni dei diritti umani che subiscono le persone omosessuali nei Paesi in cui esistono siffatte norme penali, sebbene non siano applicate, giacché tali norme costituiscono l'indizio dell'esistenza di un clima d'odio generalizzato nei confronti delle persone omosessuali.

Anche la nostra Corte di cassazione ha affrontato la questione e, dal momento che esiste anche un congruo numero di sentenze di merito in tal senso, si può affermare che costituisce diritto vivente considerare persecuzione l'esistenza stessa di norme penali che sanzionano gli atti omosessuali a prescindere dalla loro applicazione effettiva. Ora si tratterà di capire se questa decisione della Corte di giustizia influenzerà e in che modo i giudici italiani, tanto più che «nella nostra esperienza i giudici si ritengono vincolati al rispetto del precedente comunitario». Si potrebbe sollevare nuovamente la questione in via pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, affinché riconsideri l'interpretazione offerta da ultimo valorizzando la *ratio* e il tenore letterale della Convenzione di Ginevra del 1951 dal momento che il terzo considerando della direttiva recita: "La convenzione di Ginevra ed il relativo protocollo costituiscono la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati".

Infine, la Corte chiarisce quali atti omosessuali rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva e prende posizione sul c.d. "requisito della discrezione". In merito al primo profilo della questione, la Corte attraverso un'interpretazione letterale dell'art. 10, paragrafo 1, lettera d), della direttiva, ritiene che atti o espressioni legati all'orientamento sessuale esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva siano solo quelli penalmente rilevanti ai sensi del diritto interno degli Stati membri. Aggiunge poi una notazione di non poco momento: gli atti rilevanti ai fini dell'applicazione della norma sono tanto quelli connessi alla sfera della vita privata della persona quanto quelli legati alla sua vita pubblica.

In merito al secondo profilo della questione, va ricordato che in alcuni Paesi dell'Unione europea si nega lo *status* di rifugiato in base alla considerazione che il rischio di subire una persecuzione nel Paese di origine viene meno se la persona nasconde del tutto il proprio orientamento sessuale o se comunque adotta uno standard elevato di riservatezza nel vivere la propria sessualità. Una tale prassi dopo questa sentenza è destinata a venir meno. La Corte è perentoria: «Non è lecito attendersi che, per evitare la persecuzione, un richiedente asilo nasconda la propria omosessualità nel suo paese d'origine»; «non si deve tener conto del fatto che egli potrebbe evitare il rischio dando prova, nell'esprimere il proprio orientamento sessuale, di maggiore riservatezza rispetto a una persona eterosessuale».

[Leggi la sentenza](#)

---

GU L 304, pag. 12. Per una rassegna di documentazione legale e giurisprudenziale relativa alle domande d'asilo presentate da persone LGBTI, si veda: <http://www.refworld.org/sogi.html>

Paragrafo 49 della motivazione.

La nozione di rifugiato accolta nella direttiva 2004/83/CE è tratta dall'art. 1, sezione A, paragrafo 2, primo comma, della Convenzione relativa allo status dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951. In base a questa norma il termine «rifugiato» è applicabile a chiunque «nel giustificato timore di essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi».

[S. Rossi, Sentenza della Corte di Giustizia su tre aspetti del riconoscimento dello status di rifugiato fondato sull'orientamento sessuale](#), in [www.retelenford.it](http://www.retelenford.it), 8 novembre 2013, ricorda come l'UNHCR (Alto

Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati), nelle "[Linee guida in materia di protezione n. 9](#) - domande di riconoscimento dello status di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere" e nelle "[Linee Guida n. 2](#) - appartenenza ad un determinato gruppo sociale" definisce un determinato gruppo sociale come «un gruppo di persone che condividono una caratteristica comune diversa dal rischio di essere perseguitati, oppure che sono percepite come un gruppo dalla società ... I due approcci che possono essere desunti da questa definizione per identificare un "determinato gruppo sociale" - quello delle "caratteristiche protette" e quello della "percezione sociale" - sono da intendersi come alternativi, e non cumulativi».

Paragrafo 61 della motivazione.

Sul tale prassi v. [Fleeing Homophobia – Report 2011](#), 26

L'affermazione della Corte si fonda su una giurisprudenza costante della Corte EDU. Vedi i casi: Corte EDU, 22 ottobre 1981, Dudgeon v. United Kingdom, , Appl. No. 7525/76; Corte EDU, 26 ottobre 1988, Norris v. Ireland, Appl. No. 10581/83; Corte EDU, 22 aprile 1993, Modinos v. Cyprus, Appl. No. 15070/89; Corte EDU, 26 ottobre 1988, Norris v. Ireland, Appl. No. 10581/83.

Del resto è lo stesso Avvocato Generale, Eleanor Sharpston, nelle sue [conclusioni presentate l'11 luglio 2013](#), al par. 50 a precisare che, fermo restando che a suo avviso «qualificare come reato un determinato atto non costituisce di per sé un atto di persecuzione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva», le autorità nazionali devono tra l'altro valutare «qualsiasi altra misura e prassi sociale a cui il richiedente può ragionevolmente temere di essere sottoposto, se è probabile che un determinato richiedente venga assoggettato a misure sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, o ad una somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo.

Una prima sentenza di legittimità è Cass. civ., sez. I, 25 luglio 2007, n.

16417, in *Foro it.*, 2008, 4, I, 1187, e in *Dir. Fam. e pers.*, 2008, 1, 55, che in modo singolare considerava rilevante ai fini della concessione dello status di rifugiato solo una legislazione del paese d'origine che preveda come reato il fatto in sé dell'omosessualità, e non quella che punisca soltanto l'ostentazione delle pratiche omosessuali. Più di recente, v. Cass. civ., sez. VI, 20 settembre 2012, n. 15981, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 20 settembre, con nota di A. Ievolella, *Omosessualità punita con la prigione? Violato un diritto fondamentale. Da accogliere la richiesta di protezione dell'immigrato*, che riguardava proprio un cittadino del Senegal. Sulle sentenze di merito si rinvia a [Fleeing Homophobia – Report 2011](#), 25-26.

E. Calzolaio, [Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia](#), in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 41 e ss.

Nel paragrafo 28 delle Linee Guida UNHCR n. 9, cit., si legge: «A seconda del contesto specifico del paese, la rilevanza penale delle relazioni tra persone dello stesso sesso potrebbe creare, o contribuire a creare, un'atmosfera opprimente di intolleranza, e far sorgere il rischio di procedimenti giudiziari nei confronti di chi intrattiene relazioni di questo tipo. L'esistenza di tali leggi potrebbe essere usata a fini di ricatto ed estorsione dalle autorità statali o da attori non statali. Potrebbe incoraggiare una retorica politica suscettibile di esporre persone LGBTI al rischio di subire atti persecutori. Queste disposizioni possono anche ostacolare la ricerca e l'ottenimento della protezione statale da parte dei soggetti LGBTI». «In questi casi l'esame volto a valutare se sussiste un "fondato timore di persecuzione" sulla base dell'orientamento sessuale di una persona deve fondarsi su dati fattuali, e considerare sia le circostanze del caso individuale, sia quelle legate al contesto».

Sul c.d. requisito della discrezione v. [Fleeing Homophobia – Report 2011](#), 35-41.

Paragrafi 66-69 della motivazione.

Paragrafo 71 della motivazione.

Paragrafo 75 della motivazione.