

# Dell'indispensabile ruolo del giudice nel riconoscimento della protezione internazionale, in Italia e in Francia

di Valentina Carlino

**Abstract: The needful role of the judge in the recognition of international protection, in Italy and France** – The aim of the essay is to underline the role of the judge in the field of the international protection for the asylum seekers in Italy and France, given the absence of a clear and unambiguous definition of the notion of refugee as well as of solid evidence within the affairs. For that purpose, after a general overview of the legal framework, it dwells on the active role of the judges in the national procedures for the recognition of the protection, then shortly analysing the case of asylum claims based on persecution because of sexual orientation.

**Keywords:** Asylum; Recognition of International protection; Role of the judge; SOGI-based asylum claims; Italy-France.

## 1. L'asilo e la sua intrinseca imprecisione

La pressione che i flussi migratori di massa attualmente esercitano sui Paesi europei e, più in generale, sui confini del continente, è innegabile. Le dinamiche di tali flussi sono determinate da un insieme di circostanze che “spingono” a lasciare una terra, i cd. *push-factors*, e, specularmente, di fattori che attraggono verso un altro Paese o un'area geografica, i cd. *pull-factors*<sup>1</sup>. Sulla base di tali elementi è possibile operare una distinzione «di carattere strutturale»<sup>2</sup> all'interno dell'ampia categoria dei migranti, in grado di evidenziare il *favor* degli ordinamenti democratici nei confronti dei migranti involontari, la cui disciplina giuridica relativa all'ingresso e al soggiorno sul

---

<sup>1</sup> Si veda S. Allievi, *Immigrazione. Cambiare tutto*, Roma-Bari, 2018, 3-15.

<sup>2</sup> M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, 98-103, a sostegno *ex multis* della classificazione qui adottata. Per un'analisi della “categorizzazione” dei migranti nella letteratura internazionale, con particolare riferimento alla dottrina relativa alle migrazioni forzate e a quelle illegali, si veda S. Scheel, V. Squire, *Forced Migrants as “Illegal” Migrants*, in E. Fiddian-Qasmiyeh, G. Loescher, K. Long, N. Sigona (cur.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, 2014, 188-200. Sul concetto di migrazione forzata si veda anche G. S. Goodwin-Gill, K. Newland, *Forced Migration and International Law*, in T. A. Aleinikoff, V. Chetail (cur.), *Migration and International Legal Norms*, L'Aia, 2003, 123-136.

territorio è sovente in deroga a quella più genericamente riferita agli extracomunitari<sup>3</sup>.

La natura mista dei flussi migratori odierni è tale da rendere assai complessa la distinzione netta tra coloro che migrano per ragioni politico-umanitarie e chi, invece, è spinto da questioni economiche<sup>4</sup>. Ne consegue una diffusa tendenza da parte delle classi politiche a enfatizzare la contrapposizione tra migrazione umanitaria e volontaria, al fine di distinguere i “veri rifugiati”, meritevoli di entrare nel territorio nazionale per ottenere protezione, da coloro che presentino domanda di asilo abusando dell’istituto, nel mero tentativo di ottenere una via privilegiata d’accesso nello Stato di accoglienza<sup>5</sup>.

In tale contesto, diviene allora cruciale comprendere chi possa essere effettivamente eleggibile all’asilo (*lato sensu*), nelle varie forme normativamente previste a livello internazionale, sovranazionale e nazionale<sup>6</sup> allo scopo di «trovare rimedio a situazioni umanamente gravissime»<sup>7</sup>.

La nozione di asilo è infatti “imprecisa”, indicando una pluralità di status giuridici che, per quanto affini, sono tra loro differenti<sup>8</sup>. In effetti, accanto all’asilo previsto nelle Carte costituzionali di numerosi Paesi<sup>9</sup>, vi sono le forme di protezione internazionale previste nel diritto euro-unitario, il quale ha a sua volta introiettato la disciplina dello status di rifugiato di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951.

L’imprecisione della categoria risiede altresì nell’indefinitezza della stessa, così come cristallizzata in via legislativa. Ciò che non deve comunque stupire, ove si consideri l’impossibilità per i testi normativi, statici, di cogliere appieno un fenomeno eterogeneo e in costante evoluzione come quello delle migrazioni. Le definizioni degli status della protezione politico-umanitaria sono

---

<sup>3</sup> Cfr. L. Melica, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996, spec. 6-8.

<sup>4</sup> A. Ricci, *Il Mediterraneo, le rotte migratorie e i flussi misti*, in *Affari Sociali Internazionali. Nuova Serie*, 3-4, 2015, 83-98; P. Fargues, *Un million de migrants arrivés sans Visa en Europe en 2015: qui sont-ils?*, in *Population & Sociétés*, 4, 2016, 1-4.

<sup>5</sup> Si veda A. Lendaro, *Le réfugié, le migrant économique et le passeur. Ce que catégoriser veut dire, ou le poids des mots*, in A. Lendaro, C. Rodier, Y.-L. Vertongen (cur.), *La crise de l’accueil. Frontières, droits, résistances*, Parigi, 2019, 97-118.

<sup>6</sup> In questo lavoro, utilizziamo il termine asilo in senso lato, volto a ricomprendere l’insieme degli status della protezione politico-umanitaria previsti sui vari piani normativi, pur consapevoli delle differenze tra gli stessi.

<sup>7</sup> M. Cartabia, *Gli “immigrati” nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (cur.), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, 2016, 1-31, 5-6.

<sup>8</sup> Si conceda sul punto il riferimento a V. Carlino, *L’effettività oltre la forma: gli ostacoli fattuali per l’accesso al giudice dell’asilo in Italia e in Francia*, in *DPCE Online*, 2021, 31-79, 35-40.

<sup>9</sup> Si veda il recente studio comparato di L. Kowalczyk, M. Versteeg, *The Political Economy of the Constitutional Right to Asylum*, in *Cornell Law Review*, 5, 2017, 1219-1318, ove vengono analizzate le disposizioni relative all’asilo nelle Costituzioni attualmente in vigore a livello globale. La ricerca evidenzia che «Today, no less than thirty-five percent of all countries contain an asylum provision in their constitution, most of which frame it as a human right» (1260).

caratterizzate da un'indefinitezza intrinseca che, se da un lato necessaria per consentirne una costante attualizzazione, pone dall'altro notevoli problemi quanto all'assenza di criteri oggettivi e univoci per rispondere alla domanda che fonda l'intero istituto: a chi deve essere riconosciuto l'asilo? Chi può definirsi come realmente bisognoso di una forma di protezione politico-umanitaria?

In questa cornice, un ruolo cruciale è svolto dai giudici, la cui attività processuale si impone come necessaria a riempire di significato concreto le fattispecie normative astratte<sup>10</sup>. È proprio sulla centralità dell'operato dell'autorità giudiziaria nel riconoscimento degli status della protezione internazionale previsti nel diritto UE<sup>11</sup> – e poi traslati sul piano interno – che si concentra questo lavoro il quale, utilizzando il metodo comparativo, prende in considerazione l'ordinamento francese accanto a quello italiano<sup>12</sup>. La “somiglianza” culturale e giuridica tra i due Paesi, entrambi influenzati dalla legislazione euro-unitaria e tra i più interessati ai flussi in ingresso nell'area europea, sono tali da permettere un raffronto ragionato tra le peculiarità riscontrate a livello interno. La comparazione ci aiuterà a problematizzare la questione che qui ci interessa in termini generali, consentendoci altresì di esaminare più nel dettaglio le differenti risposte fornite alle domande che qui ci si pone.

## 2. Della vaghezza definitoria

Per coloro che arrivino sul territorio italiano o francese e manifestino la volontà di chiedere asilo, il confine tra la clandestinità e la legalità dipende

---

<sup>10</sup> A. Natale, *Il giudice e lo straniero. I diritti fondamentali presi sul serio*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2015, 15-32, 18, afferma in maniera significativa: «che la partita della garanzia dei diritti inviolabili e fondamentali dello straniero non si gioca solo sul piano normativo o sul piano della giurisprudenza costituzionale. Il primo luogo di tutela dei diritti fondamentali dei non cittadini si gioca - all'evidenza - sul piano della giurisdizione e, spesso, della giurisdizione di merito».

<sup>11</sup> Non verrà qui preso in considerazione l'asilo costituzionale, seppur previsto in entrambi gli ordinamenti esaminati. La scelta deriva da un duplice ordine di ragioni: da un lato, mentre in Francia l'OFPRA e la CNDA possono accordare la protezione fondandosi proprio sul disposto costituzionale, l'Italia non prevede una tale possibilità, rimettendo al giudice ordinario la possibilità di accordare l'asilo costituzionale, fuori dalle procedure previste per il riconoscimento dello status di protezione di derivazione euro-unitaria; dall'altro, le forme di protezione internazionale di derivazione europea hanno ormai assorbito pressoché del tutto le fattispecie di asilo costituzionalmente previste, il cui ruolo è, nei fatti, progressivamente minoritario. Per una disamina assai attuale e completa del diritto di asilo costituzionale in Italia, anche in rapporto alle forme di protezione di derivazione euro-unitaria, si rinvia a C. Panzera, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020; cfr. anche F. Rescigno, *Il diritto di asilo e la sua multiforme (non) attuazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2020, 99- 145. In riferimento all'ordinamento francese, si veda E. D. Cosimo, *Il diritto di asilo in Francia: tra passato e futuro*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2004, 46-62.

<sup>12</sup> Un'analisi comparata delle legislazioni sull'asilo in Italia e in Francia è svolta da N. Scattone, *Il diritto d'asilo in Italia e in Francia: quali sfide per il diritto europeo?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2009, 65-87.

dalla riposta a una sola domanda: sussistono le circostanze per accordare una delle forme di protezione politico-umanitaria previste dall'ordinamento? Il compito di fornire tale risposta spetta in prima battuta all'autorità amministrativa competente<sup>13</sup>; in caso di ricorso avverso la decisione, l'onere è traslato in capo all'autorità giudiziaria; ordinaria, in Italia, amministrativa, in Francia (rispettivamente Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea e *Cour nationale du droit d'asile*, cd. CNDA).

Tale procedura, apparentemente lineare, fa sorgere una vera e propria «*fiction juridique*» per cui esisterebbe una definizione univoca di rifugiato e una procedura in grado di identificarla senza troppi problemi<sup>14</sup>. Eppure, la pratica è assai distante dalla teoria.

Il problema risiede in prima battuta nella vaghezza definitoria degli status della protezione<sup>15</sup>.

Sul piano internazionale, la definizione di rifugiato è fornita all'art. 1, lett. A, n. 2 della Convenzione di Ginevra del 1951, così come integrata dal Protocollo di New York del 1967. La *Magna Charta for Refugees*<sup>16</sup> annovera tra questi «chiunque [...] nel giustificato timore d'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»<sup>17</sup>.

Il (fondamentale) concetto di persecuzione, non definito nella Convenzione, è stato protagonista di interpretazioni differenti nel corso del tempo<sup>18</sup>, tali da impedire di delineare con certezza i confini della nozione<sup>19</sup>. Non è a tal fine del tutto soddisfacente la lettura congiunta con l'art. 33, par. 1 del testo del 1951, concernente il divieto di respingimento<sup>20</sup>. Inoltre, la persecuzione temuta deve necessariamente derivare dall'appartenenza dell'individuo a una determinata razza o etnia, dall'adesione a una certa fede

---

<sup>13</sup> Si tratta, in Italia, delle Commissioni territoriali, articolazioni interne della Commissione nazionale per il diritto di asilo; in Francia, dell'*Office français de protections des réfugiés et apatrides* (OFPRA), organo centralizzato.

<sup>14</sup> Così J. Valluy, *Le fiction juridique de l'asile*, in *Plein droit*, 4, 2004, 17-22.

<sup>15</sup> Cfr. B. Nascimbene, C. Favilli, *Rifugiati*, in S. Cassese (cur.) *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 5306-5311.

<sup>16</sup> J. M. Read, *Magna Carta for Refugees*, New York, 1951.

<sup>17</sup> Si veda G. S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007.

<sup>18</sup> Ex multis F. Cherubini, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, 8-24; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, Milano, 2009, 236-333.

<sup>19</sup> Secondo F. Rescigno, *Il diritto di asilo*, Roma, 2014, 71-72, l'indeterminatezza del concetto costituisce un elemento positivo in quanto, non costringendo la nozione di rifugiato in limiti predefiniti, permette una maggiore flessibilità volta a valutare individualmente e in concreto l'esistenza di una persecuzione, improntato a una certa soggettività.

<sup>20</sup> Cfr. V. Chetail, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, in V. Chetail, J.-F. Flauss (cur.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, 3-61.

o a un certo credo, dalla nazionalità, dall'appartenenza a un gruppo sociale o dalle sue opinioni politiche. Da un lato, dunque, si pone il problema di circoscrivere significato e portata di tali nozioni<sup>21</sup>; dall'altro, l'autorità nazionale che si trovi a decretare sulla configurazione dello status di rifugiato dovrà verificare le menzionate condizioni soggettive tramite l'esame di fattori oggettivi, atti a comprovare la ragionevolezza del timore asserito<sup>22</sup>.

Il diritto dell'Unione europea si mostra consapevole dei limiti riscontrabili nella definizione ginevrina e, nel riprenderla in maniera pedissequa all'art. 2 della direttiva 2011/95/UE (cd. direttiva qualifiche), si preoccupa poi di specificare gli atti che possono essere ritenuti come persecutori (art. 9), le motivazioni che li configurano come tali (art. 10) e i soggetti dai quali la persecuzione deve essere perpetrata per essere ritenuta tale (art. 6). Peraltro, sebbene nella maggior parte dei casi il timore di pericolo sia preesistente all'arrivo dello straniero nel territorio nazionale, esso può altresì basarsi «su avvenimenti verificatisi dopo la partenza del richiedente dal suo paese di origine»<sup>23</sup>. Spetta allora all'autorità nazionale incaricata di decidere sulla domanda verificare se sia realmente sopravvenuto un mutamento nella condizione personale del richiedente tale da generare una minaccia previamente inesistente, non volontariamente indotta dallo straniero al solo fine di ottenere la protezione<sup>24</sup>.

Inoltre, la legislazione sovranazionale contempla una protezione di tipo complementare e supplementare rispetto a quella di Ginevra, la protezione sussidiaria, atta a evitare che un soggetto, seppur non rifugiato *stricto sensu*, venga respinto ove ciò comporterebbe una violazione del diritto umanitario (notoriamente, del principio di *non-refoulement*). Possono infatti beneficiarne i cittadini di un Paese terzo o apolidi che, pur non possedendo i requisiti di eleggibilità allo *status* di rifugiato, necessitino comunque di una forma di tutela in ragione del rischio effettivo di subire un «danno grave» che correrebbero rientrando presso la propria patria o il luogo di residenza<sup>25</sup>. Il concetto di danno grave, specificato dalla direttiva qualifiche all'art. 15, può sostanziarsi in: a) la condanna o l'esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in

---

<sup>21</sup> Si veda l'ampio studio di F. F. Höpfer, *L'évolution de la notion de réfugié*, Parigi, 2014, ove l'Autore ricostruisce in maniera dettagliata l'evoluzione interpretativa legata ai requisiti oggettivi indicati dalla Convenzione di Ginevra nel definire i rifugiati.

<sup>22</sup> M. Pedrazzi, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. Zagato (cur.), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, 13-37, 16.

<sup>23</sup> Dir. 2011/95/UE, art. 5, par. 1.

<sup>24</sup> H. Dörig, *Article 5. International Protection Needs Arising Sur Place*, in K. Hailbronner, D. Thym (cur.), *EU Immigration and Asylum Law*, Monaco-Oxford-Baden-Baden, 2016, 1142-1147.

<sup>25</sup> Ex art. 2, lett. f, della direttiva 2011/95/UE.

situazioni di conflitto armato interno o internazionale<sup>26</sup>. Esso è ricavato essenzialmente dalle convenzioni internazionali di tutela dei diritti fondamentali siglate da tutti gli Stati membri e, in maniera particolare, dall'elaborazione giurisprudenziale operata dalla Corte di Strasburgo a partire dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>27</sup>.

Sebbene sia da apprezzare lo sforzo di maggiore chiarezza definitoria rinvenibile nella normativa euro-unitaria, che tenta di enucleare la portata di concetti altrimenti vaghi, è evidente come ciò non sia in grado di annullare l'elevato grado di discrezionalità che contraddistingue i procedimenti per il riconoscimento dello status della protezione. La specificazione non cambia la difficoltà propria della natura della domanda che l'autorità nazionale giudicante dovrà porsi: il timore dello straniero di essere perseguitato per quei motivi è *fondato*? Ma ancora, quale è il confine tra lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria? La domanda, per altro, non è retorica, considerato che l'attribuzione di una forma di protezione piuttosto che un'altra ha conseguenze differenti in termini di permesso di soggiorno dello straniero e, conseguentemente, di diritti e doveri dello stesso<sup>28</sup>.

### 3. Del ruolo del giudice

In un tale contesto, i procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale si contraddistinguono per una grande incertezza, che deriva da un duplice ordine di ragioni. Da un lato, la vaghezza definitoria di cui si è detto fa sì che l'apprezzamento delle circostanze che giustificano la protezione abbisogni, più che in altri ambiti del diritto, di un elevato grado di interazione tra il diritto giurisprudenziale e le altre fonti, al fine di dare concretezza e attualità a nozioni astratte e generiche, naturalmente

---

<sup>26</sup> H. Storey, *Article 15. Qualification for Subsidiary Protection*, in K. Hailbronner, D. Thym (cur.), *EU Immigration and Asylum Law*, cit., 1233-1242.

<sup>27</sup> S. Amadeo, F. Spitaleri, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019, 72.

<sup>28</sup> In ottemperanza di quanto previsto alla dir. qualifiche, in Italia, il d. lgs. 251/2007 prevede all'art. 23: «1. Il permesso di soggiorno per asilo rilasciato ai titolari dello status di rifugiato ha validità quinquennale ed è rinnovabile. 2. Ai titolari dello status di protezione sussidiaria è rilasciato un permesso di soggiorno per protezione sussidiaria con validità triennale rinnovabile previa verifica della permanenza delle condizioni che hanno consentito il riconoscimento della protezione sussidiaria. Tale permesso di soggiorno consente l'accesso al lavoro e allo studio ed è convertibile per motivi di lavoro, sussistendone i requisiti». In Francia, allo straniero a cui sia stato riconosciuto lo status di rifugiato è rilasciata una *Carte de résident* (titolo di soggiorno che permette a un non cittadino di vivere in territorio francese per un periodo di 10 anni o superiore) della durata di dieci anni *de plein droit* (ossia di diritto al verificarsi della condizione che giustifica il rilascio del titolo di soggiorno, senza alcuna valutazione discrezionale da parte della pubblica autorità sull'opportunità del rilascio), ai sensi dell'art. L 314-11, par. 8, CESEDA. Invece, ai titolari di protezione sussidiaria è rilasciata una *Carte de séjour pluriannuelle* (permesso di soggiorno di lunga durata) di durata massima di quattro anni, ai sensi dell'art. L 313-25 CESEDA (il titolo di soggiorno è rilasciato *de plein droit* entro 3 mesi dalla decisione di riconoscimento dello status della protezione).

impossibilità a cogliere l'insieme delle molteplici sfumature che contraddistinguono il fenomeno migratorio, le quali peraltro evolvono in maniera imprevedibile nel corso degli anni. Dall'altro, l'esame individuale esperito dall'autorità nazionale decidente non può ridursi a un mero accertamento dei fatti, ossia alla sola corrispondenza tra gli atti processuali adottati e la fattispecie normativa di riferimento. Quasi sempre, infatti, gli elementi oggettivi sui quali basare la decisione sono assenti o carenti, imprecisi, incerti e di difficile reperimento. Il compito degli Stati di accoglienza si sostanzia dunque nell'accertare che ricorrano effettivamente le circostanze idonee ad accordare la protezione al soggetto che la chieda, testando così la veridicità delle sue affermazioni, fulcro attorno al quale il contenzioso ruota, e valutandone la credibilità. Si tratta di un compito di indubbia complessità, al punto che la dottrina ha significativamente indicato quelli in materia di asilo come tra i più problematici procedimenti decisorii previsti negli ordinamenti contemporanei<sup>29</sup>.

La domanda di asilo si sostanzia in fondo nella narrazione fatta dallo straniero delle circostanze che lo hanno indotto a lasciare il suo Paese e chiedere protezione in uno Stato straniero, e dunque nel tentativo di spiegare in maniera verosimile e credibile le ragioni che, secondo lui, giustificano il fondato timore di persecuzione o il rischio di subire un danno grave. Dall'altra parte, l'autorità decidente deve stabilire se credere o no a questa narrazione, in un giudizio contraddistinto da una diffusa carenza di prove documentali a sostegno di quest'ultima.

Come stabilire l'autenticità di eventi verificatisi in terre lontane? Come determinare quando il pericolo percepito dal richiedente è fondato, se una tale valutazione permane indefinita e soggettiva?

È stato significativamente scritto: «Paradoxically, perhaps the most powerful criterion applied by officers relates also to the most ambiguous one: what officers refer to as 'intuition' or 'feeling'»<sup>30</sup>. In effetti, il riconoscimento dello status della protezione si fonda evidentemente sulle fattispecie normative menzionate, ma dipende necessariamente dalla relazione soggettiva che si instaura tra il richiedente e il giudice, la cui intima convinzione fonda le decisioni rese<sup>31</sup>. Ove le Commissioni territoriali o l'OFPPRA neghino la protezione, oppure riconoscano la sussidiaria e non lo status di rifugiato<sup>32</sup>, il

---

<sup>29</sup> Così R. Thomas, *Assessing the Credibility of Asylum Claims: EU and UK Approaches Examined*, in *European Journal of Migration and Law*, 8, 2006, 79-96, spec. 86: «There can be little doubt that asylum decision-making, involving an assessment of future risk for the claimant often on the basis of limited information, is amongst the most problematic, difficult and complex forms of decision-making in the modern state».

<sup>30</sup> O. Jubany, *Constructing Truths in a Culture of Disbelief: Understanding Asylum Screening from within*, in *International Sociology*, 1, 2011, 86.

<sup>31</sup> S. Perseil, *Craindre avec raison... ou de la rationalité du juge de l'asile*, in *archives-ouvertes.fr*, 2019, accessibile via [halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01956045/document](https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01956045/document).

<sup>32</sup> Ciò che si configura comunque come decisione sfavorevole per il richiedente, per le differenze tra i due status di cui *supra*, nota 25.

richiedente può rivolgersi al giudice per dimostrare l'erroneità della valutazione operata in via amministrativa, e chiederne una nuova. Il contenzioso dell'asilo si rivela dunque una "messa alla prova" dell'individuo, che deve provare chi è e, al contempo, la legittimità della sua pretesa<sup>33</sup>.

Considerata la complessità propria di questi processi, il principio di effettività della tutela impone allora che l'autorità svolga un ruolo attivo nella fase istruttoria<sup>34</sup>, derogando ai principi ordinariamente posti nei processi ordinari e amministrativi di diritto comune<sup>35</sup>. L'art. 4 della dir. qualifiche stabilisce che, se gli Stati membri possono ritenere che il richiedente sia tenuto a produrre quanto prima tutti gli elementi necessari a motivare la sua domanda, essi sono altresì tenuti «in cooperazione con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda»<sup>36</sup>. Durante l'accertamento delle circostanze che possono costituire elementi di prova a sostegno della domanda di asilo, sorge dunque il capo al Paese un obbligo di cooperazione, tale per cui se «per una qualsivoglia ragione, gli elementi forniti dal richiedente una protezione internazionale non sono esaustivi, attuali o pertinenti, è necessario che lo Stato membro interessato cooperi attivamente con il richiedente, in tale fase della procedura, per consentire di riunire tutti gli elementi atti a sostenere la domanda»<sup>37</sup>.

Le esigenze di effettività della tutela conducono a un'attenuazione dello schema processualcivilistico tipico dell'ordinamento italiano, pur senza rinnegarlo<sup>38</sup>. Il richiedente deve allegare i fatti e le prove necessarie per dimostrare la sussistenza dei requisiti che fanno sorgere il diritto alla protezione, non essendo però obbligato a riferirsi a uno status in particolare. Invero, «tale dovere di cooperazione istruttoria deve essere rivolto verso tutte le ipotesi di protezione internazionale, [...] non essendo onere del richiedente fornire una precisa qualificazione giuridica della tipologia di misura di protezione invocata»<sup>39</sup>. Se ne deduce che «il giudice della protezione internazionale ha l'obbligo di verificare officiosamente anche al fine di fornire una precisa qualificazione giuridica alla misura da adottare (o

---

<sup>33</sup> Riprendendo le parole di A. Camus, *Office du juge de l'asile et crédibilité du récit*, in *Revue des droits de l'Homme*, 18, 2020, 1-21, 2.

<sup>34</sup> Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, CGUE, Sentenza 17 giugno 2010, causa C-31/09, *Bolbol*, par. 95.

<sup>35</sup> In argomento, e proprio con riferimento a Italia e Francia, sia permesso rinviare a V. Carlino, *L'accesso alla tutela giurisdizionale nella procedura per il riconoscimento del diritto di asilo. Un'analisi comparata sull'effettività in Italia e in Francia*, Milano, 2021, spec. 321-335.

<sup>36</sup> Su cui CGUE, sentenza 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M.M.*, spec. parr. 64 ss.

<sup>37</sup> *Ivi*, par. 66.

<sup>38</sup> Come chiaramente evidenziato da P. Comoglio, *Il dovere di cooperazione istruttoria nei procedimenti di protezione internazionale: un difficile inquadramento sistematico*, in M. Acierno (cur.), *Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione*, in *Questione giustizia*, Speciale gennaio 2021, 13-33. La medesima impostazione in I. Pagni, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *Questione giustizia*, febbraio 2020.

<sup>39</sup> Cass. civ., sez. VI, ordinanza n. 14998/2015.

da respingere) e di procedere ad una corretta sussunzione dei fatti nelle diverse ipotesi normative di persecuzione (per il rifugio) e di danno grave (per la protezione sussidiaria). Tale operazione ermeneutica relativa al *nomen juris* entro cui inquadrare la fattispecie concreta individuata, non costituisce uno degli elementi dell'*onus probandi* a carico della parte, integrando il nucleo dell'attività decisionale»<sup>40</sup>. Sul richiedente incombe l'onere di fornire una descrizione attendibile e il più dettagliata possibile, idonea a giustificare la pretesa di vedersi riconosciuto uno status della protezione. In ragione delle peculiari circostanze di questa tipologia di contenzioso, egli non è però obbligato a inquadrare la sua pretesa in un uno status giuridico determinato, spettando al giudice il compito di individuare la fattispecie calzante tramite un accertamento che deve svolgersi a partire dalla misura che indica la protezione più estesa, ossia il rifugio politico, per poi passare alle altre forme ove non sussistano i requisiti per integrare la prima<sup>41</sup>. Inoltre, ove l'autorità giurisdizionale ritenga che vi sia la buona fede soggettiva del richiedente, ossia che egli abbia realmente fornito tutte le informazioni a sua disposizione e che tali informazioni siano verosimili, coerenti e logiche (con riferimento pure alle informazioni di cui il giudice dispone sullo Stato di origine dello straniero), la domanda potrà essere considerata fondata anche in assenza di elementi di prova sufficienti<sup>42</sup>. Come chiarito a più riprese dalla Cassazione, «il giudizio di veridicità delle dichiarazioni del richiedente deve essere integrato dall'assunzione delle informazioni relative alla condizione generale del paese, quando il complessivo quadro allegativo e probatorio fornito non sia esauriente ma il giudizio di veridicità alla stregua degli altri indici (di genuinità intrinseca) sia positivo (Cass. 16202 del 2012; 10202 del 2011)»<sup>43</sup>. Il giudice è dunque tenuto ad attivarsi per ricercare informazioni utili a decidere sulla spettanza del diritto, avvalendosi «anche delle informazioni sulla situazione socio-politico-economica del Paese di provenienza previste dall'articolo 8, comma 3 che la Commissione nazionale aggiorna costantemente e rende disponibili all'autorità giudiziaria»<sup>44</sup>.

Dunque, sul richiedente incombe l'onere di fornire una descrizione attendibile e il più dettagliata possibile, idonea a giustificare la pretesa di vedersi riconosciuto uno status della protezione. Specularmente, è rimesso al

---

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> D.lgs. 25/2008, art. 8, c. 2.

<sup>42</sup> Del resto, come evidenzia L. Minniti, *La valutazione di credibilità come strumento di valutazione della prova dichiarativa. Ragioni e conseguenze*, in M. Acierno (cur.), *Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione*, cit., 34-70, la testimonianza del richiedente costituisce un valido elemento di prova (tipica) disciplinato per legge dall'art. 3, c. 5, d.lgs. 251/ 2007, che ne "procedimentalizza" anche la valutazione.

<sup>43</sup> Cass. civ., sez. VI, sentenza n. 7333/2015.

<sup>44</sup> D.lgs. 25/2008, art. 35-bis, c. 9. Più di recente, Cass. civ., sez. I, ordinanza n. 10225/2019 ha specificato che incombe sul giudice il potere-dovere di attivare i propri poteri d'ufficio e acquisire «una completa conoscenza della situazione legislativa e sociale dello Stato di provenienza, onde accertare la fondatezza e l'attualità del timore di danno grave dedotto».

giudice il compito di integrare gli atti probatori a sua disposizione, tra i quali rientra la dichiarazione *pro se* dello straniero, sulla quale l'autorità giurisdizionale può esperire una valutazione di credibilità<sup>45</sup>. Secondo una recente pronuncia della Cassazione<sup>46</sup>, sarebbe ovvio che una tale valutazione debba comunque esperirsi dopo l'accertamento officioso delle circostanze del caso, ivi compresa la raccolta delle informazioni sul Paese di provenienza del richiedente<sup>47</sup>, poiché l'esercizio dei poteri istruttori del giudice si pone come necessario nel contenzioso dell'asilo, laddove la valutazione di credibilità del ricorrente dia esito negativo. Infatti, «qualsiasi valutazione di non credibilità della narrazione non può in alcun modo essere posta a base, ipso facto, del diniego di cooperazione istruttoria cui il giudice è obbligato ex lege. Quel giudice non sarà mai in grado, ex ante, di conoscere e valutare correttamente la reale ed attuale situazione del Paese di provenienza del richiedente asilo, sicchè risulta frutto di un evidente paralogismo l'equazione mancanza di credibilità/insussistenza dell'obbligo di cooperazione»<sup>48</sup>.

L'attenuazione dell'onere probatorio – seppur nei limiti del *thema decidendum* indicato dalle parti – assume allora una doppia dimensione<sup>49</sup>, oggettiva (potere-dovere di cooperazione istruttoria del giudice) e soggettiva (valutazione della credibilità del ricorrente).

Per quanto concerne la Francia, la questione dell'istruttoria e dei poteri d'ufficio del giudice va analizzata alla luce delle peculiarità che sono proprie del *contentieux administratif*. In via di ricostruzione generale, il processo amministrativo francese è modellato come inquisitorio<sup>50</sup> e vi è una

---

<sup>45</sup> I. Pagni, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, cit., 15.

<sup>46</sup> Cass. civ., sez. III, ordinanza n. 8819/2020.

<sup>47</sup> D.lgs. 25/2008, art. 8, c. 3.

<sup>48</sup> *Ivi*, par. 5.9.1. Non può tuttavia ignorarsi come sino a pochi anni fa, l'orientamento prevalente sembrava ritenere superfluo l'utilizzo del potere-dovere del giudice nei casi in cui la narrazione del richiedente non rispettasse gli indicatori di credibilità di cui all'art. 3, c. 5, d.lgs. 251/2007. Si pensi, *ex multis*, a Cass. civ., sez. VI, sentenza n. 7333/2015, secondo cui «il giudizio di veridicità delle dichiarazioni del richiedente deve essere integrato dall'assunzione delle informazioni relative alla condizione generale del paese, quando il complessivo quadro allegativo e probatorio fornito non sia esauriente ma il giudizio di veridicità alla stregua degli altri indici (di genuinità intrinseca) sia positivo (Cass. 16202 del 2012; 10202 del 2011)». L'ordinanza n. 8819/2020 ha dunque ribaltato la questione, evidenziando come l'attivismo del giudice sia votato proprio ad esaminare l'attendibilità della testimonianza dello straniero. In argomento M. Flamini, *Il dovere di cooperazione istruttoria nel procedimento di protezione internazionale: il punto di vista del giudice di merito*, in M. Acierno (cur.), *Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione*, cit., 71-92.

<sup>49</sup> M. Acierno, *Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale: condizione attuale e prospettive future*, in P. Morozzo della Rocca (cur.), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, IV edizione, Rimini, 2019, 65-124, 104.

<sup>50</sup> R. Rouquette, *Petit traité du procès administratif*, IX ed., Parigi, 2020, 294: «l'instruction est menée par le juge et si les parties ne sont pas purement passives elle sont cependant un rôle bien faible». Si veda F. Rolin, *Contribution à la théorie des normes jurisprudentielles: la généalogie du caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse*, in *Revue française de droit administratif*, 3, 2019, pp. 481-487.

tendenziale non applicazione della regola dell'*onus probandi incumbit actori*; tuttavia, i ricorsi in materia di asilo rispondono a regole che gli sono proprie: dinanzi la CNDA, l'onere della prova incombe certamente sul richiedente. «Dernière étape, mais sans doute la plus impitoyable, la procédure de détermination de la qualité de réfugié consiste à examiner de manière inquisitoriale les propos et les documents déposés par les demandeurs d'asile pour justifier les persécutions dont ils font état»<sup>51</sup>. Lo straniero è chiamato dunque a fornire tutti gli elementi probatori possibili a supporto della sua narrazione ma, come in Italia, il suo onere può risultare affievolito in ragione delle difficoltà che egli può incontrare nel reperire i documenti, anche ove si consideri la possibilità di chiedere uno status della protezione per il timore di subire una persecuzione (evidentemente, dimostrare una persecuzione solo potenziale è compito ancor più arduo)<sup>52</sup>. Il giudice è tenuto a esperire un esame complessivo che tenga conto dell'insieme delle circostanze e degli elementi a sua disposizione, considerando le vulnerabilità che sono proprie di ogni singolo individuo<sup>53</sup>. Come nel nostro Paese, il fulcro dell'istruttoria si snoda attorno alla valutazione di credibilità del richiedente. La storia personale esposta da quest'ultimo deve essere precisa, verosimile e non stereotipata, nonché coerente la situazione rilevata nello Stato di origine<sup>54</sup>. Come chiarito dal *Conseil d'Etat*, alla CNDA spetta di esaminare l'insieme dei documenti prodotti dal ricorrente a sostegno della sua pretesa al fine di apprezzare la veridicità del rischio invocato<sup>55</sup>. Una volta appurata la credibilità e la buona fede del richiedente, la Corte non può limitarsi a rifiutare la protezione per il carattere impreciso e/o contraddittorio della narrazione del soggetto, essendo invece tenuta a motivare le ragioni per cui essa ritiene che il rischio paventato da quest'ultimo non rivesta carattere di serietà. Strettamente connesso a questo profilo, anche in Francia il poterdovere di cooperazione istruttoria del giudice assume un ruolo di rilievo<sup>56</sup>. Secondo il *Conseil d'Etat*, sull'autorità giurisdizionale incombe un onere di ricerca attiva, che includa tutti gli elementi utili per ricostruire i fatti a fondamento della decisione, ivi comprese le informazioni liberamente accessibili al pubblico sui Paesi di provenienza degli stranieri<sup>57</sup>. La necessità di ricostruire il contesto nel quale si colloca la narrazione del richiedente impone dunque un attivismo giudiziale simile a quello rilevato in Italia.

<sup>51</sup> A. Decourcelle, *Asile: administration de la preuve*, in *Vacarme*, 1, 2002, 117-123, 120.

<sup>52</sup> Cfr. C. Brami, *Précisions sur le droit processuel applicable à la Cour nationale du droit d'asile*, in *La Revue des droits de l'Homme*, dicembre 2013, disponibile su [journals.openedition.org/revdh/3533](http://journals.openedition.org/revdh/3533), spec. 2-4.

<sup>53</sup> In questo senso CNDA, Décision 23 décembre 2013, n. 12012350.

<sup>54</sup> V. Tchen, *Le droit des étrangers*, Parigi, 2020, 1482-1483.

<sup>55</sup> Conseil d'Etat, arrêt 10 avril 2015, n. 372864.

<sup>56</sup> Si veda C. Lantero, *Des pouvoirs et devoirs du juge de l'asile*, in *La lettre juridique*, 591, 2014, disponibile su [www.lexbase.fr/revues-juridiques/21724959-jurisprudence-des-pouvoirs-et-devoirs-du-juge-de-l-asile](http://www.lexbase.fr/revues-juridiques/21724959-jurisprudence-des-pouvoirs-et-devoirs-du-juge-de-l-asile).

<sup>57</sup> Conseil d'Etat, arrêt 22 octobre 2012, n. 328265.

Peraltro, la CNDA ha essa stessa contribuito a definire gli obblighi che le incombono e quelli che invece pesano sul richiedente, ribadendo di recente come si tratti di una “cooperazione bidirezionale”, che impegna l’autorità competente e il soggetto interessato sin dalla fase amministrativa dinanzi l’OFPRA.

Le considerazioni di cui sopra devono essere necessariamente contestualizzate nell’ambito di un processo sul merito della questione e non di mero controllo di legittimità dell’atto amministrativo presupposto impugnato dinanzi all’autorità giurisdizionale. Proprio la necessità di conoscere delle situazioni personali dei richiedenti per pronunciarsi sulla spettanza del diritto e, dunque, sulla possibilità di ricondurre la fattispecie concreta a uno degli status della protezione, ha attratto il contenzioso dell’asilo nella competenza del giudice ordinario italiano<sup>58</sup>; la fase giurisdizionale è (teoricamente) del tutto autonoma rispetto a quella amministrativa che la precede, con conseguenze importanti su tutto lo svolgimento del processo. In Francia invece, ove tradizionalmente è il giudice amministrativo a configurarsi come legittimo *juge de l’immigration*<sup>59</sup>, non è mai stata questione di negare la competenza di quest’ultimo in materia di status della protezione<sup>60</sup>. La medesima esigenza di assicurare al richiedente un vaglio giurisdizionale pieno e indipendente dalle valutazioni operate in sede amministrativa hanno fatto sì che la CNDA statuisca *en plein contentieux* (o *pleine juridiction*)<sup>61</sup>, ossia direttamente sulla spettanza del diritto alla protezione, sostituendo la sua decisione a quella oggetto del ricorso<sup>62</sup>.

#### 4. L’emblematico caso della protezione nei casi di discriminazione per l’orientamento sessuale

A dimostrazione del ruolo attivo e di “completamento” del giudice dell’asilo, diamo brevemente conto dell’emblematico caso in cui il timore di subire persecuzioni del richiedente si fonda sull’orientamento sessuale di

---

<sup>58</sup> S. Pizzorno, *Il diritto d’asilo nella giurisprudenza italiana recente*, in L. Zagato (cur.), *Verso una disciplina comune*, cit., 239-249, spec. 240-241. Si veda anche M. Giachetti Fantini, *La tutela giurisdizionale del richiedente protezione internazionale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2, 2011, 219-237. Sulla “doppia anima” del sistema italiano di tutela giurisdizionale dello straniero, e le criticità commesse, si vedano *ex multis* N. Vettori, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2008, 54-89 e F. Corvaja, *Lo straniero e i suoi giudici*, in *Diritto costituzionale*, 2, 2020, 141-182.

<sup>59</sup> F. Chaltiel, *Le juge administratif, juge français de l’immigration*, in *Revue de droit public*, 1, 2000, 153-194.

<sup>60</sup> Cfr. D. Seguin, *Guide du contentieux du droit des étrangers*, Parigi, 2019.

<sup>61</sup> *Ex multis* C. Pujalte, E. De Lamaze, *L’avocat et les juridictions administratives*, Parigi, 2014, 149-182.

<sup>62</sup> Sulla questione del riparto di giurisdizione in materia nei due ordinamenti sia nuovamente concesso il rinvio a V. Carlino, *L’accesso alla tutela giurisdizionale nella procedura per il riconoscimento del diritto di asilo*, cit., spec. 212-234.

quest'ultimo<sup>63</sup>.

Anzitutto, la Convenzione di Ginevra non considera in maniera esplicita le persecuzioni legate all'orientamento sessuale o all'identità di genere, ricondotte in via giurisprudenziale negli atti subiti per la «appartenenza a un gruppo sociale» a partire dallo scadere degli anni '90. Assimilazione poi confermata dalla normativa UE, che nella dir. qualifiche esplicita come «in funzione delle circostanze nel paese d'origine, un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale»<sup>64</sup>.

Evidente, dunque, come una normativa ideata in circostanze differenti da quelle attuali, pensata per tutelare situazioni diverse, sia stata in grado di adattarsi al trascorrere del tempo e alle necessità di protezione sopravvenute, proprio grazie a quella “flessibilità” della normativa sostanziale di cui si è detto.

In quali circostanze e in che modalità deve riconoscersi l'appartenenza al gruppo sociale come fondamento dell'asilo politico?

Sul piano internazionale, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) ha tentato di fornire una guida ermeneutica nel 2012, in un documento che mette in guardia le autorità nazionali decidenti del rischio di operare una ricostruzione standardizzata e stereotipata del concetto di omosessualità, dalla quale potrebbe derivare una lesione dei diritti del richiedente<sup>65</sup>. Del resto, l'orientamento sessuale corrisponde a una libertà dell'individuo, e la manifestazione di tale libertà è tutelata sotto un profilo di non discriminazione del soggetto; ne consegue l'impossibilità di tracciare *a priori* una definizione di omosessualità e, a cascata, di mezzi di prova tipici per accertarla<sup>66</sup>. Alla necessità di testare la veridicità di quanto asserito dal richiedente corrisponde allora un'evidente difficoltà nel dimostrare le persecuzioni, subite o temute, ciò che si trasla in un giudizio principalmente incentrato sull'intima convinzione del giudice sulla credibilità dello straniero.

L'aumento esponenziale di richieste di protezione internazionale per motivi dipendenti dall'orientamento sessuale (cd. *SOGI-based asylum claims*) non è accompagnato da uno sforzo comune a livello euro-unitario per la definizione di una prassi condivisa sulla trattazione di tali domande, ciò che dà vita a un quadro applicativo eterogeneo, favorito da una cornice normativa

<sup>63</sup> Con riferimento al caso italiano, alla luce della giurisprudenza europea, si veda A. Ciervo, *Un diritto silenzioso. Asilo politico e orientamento sessuale*, in A. Schillaci (cur.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, 41-57.

<sup>64</sup> Dir. 2011/95/UE, art. 10, lett. D), che definisce altresì in maniera più precisa la nozione di gruppo sociale, «sans conteste la plus indéterminée et la plus ouverte de la Convention de Genève» (V. Tchen, *Le droit des étrangers*, cit., 1301).

<sup>65</sup> UNHCR, *Linee guida in materia di protezione internazionale n. 9*, 2012, disponibile via [www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=52d8f87b4](http://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=52d8f87b4).

<sup>66</sup> Così D. Ferrari, *Status giuridico e orientamento sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione, alla liberazione, alla dignità*, Vignate, 2016, 143.

a maglie larghe. Una ricerca empirica condotta nel 2011 ha rilevato «considerable differences in the way in which European States examine LGBTI asylum applications»<sup>67</sup>, particolarmente problematiche nell'ambito del Sistema europeo comune di asilo.

In Italia, l'art. 8, par. 1, lett. d) del d.lgs. 251/07 riprende in maniera pedissequa il disposto della dir. qualifiche, specificando la possibilità di individuare un particolare gruppo sociale in base al comune orientamento sessuale. Allo stesso modo, l'art. L 511-3 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) enuncia che «s'agissant des motifs de persécution, les aspects liés au sexe, à l'identité de genre et à l'orientation sexuelle sont pris en considération aux fins de la reconnaissance de l'appartenance à un certain groupe social ou de l'identification d'une caractéristique d'un tel groupe».

La giurisprudenza italiana si è mostrata da tempo tra le più garantiste nel panorama europeo, riconoscendo in maniera preponderante lo status di rifugiato sulla protezione sussidiaria, grazie a un'applicazione assai estesa dei requisiti di eleggibilità a tal fine previsti. Operando una ricostruzione più ampia di quella di altri Paesi membri e della stessa Corte di giustizia<sup>68</sup>, il giudice italiano della nomofilachia ha ritenuto che, nei casi in cui viga nello Stato di provenienza una legislazione che sanziona penalmente l'omosessualità, la dimostrazione di quest'ultima sia sufficiente da sola a qualificare il richiedente come appartenente al gruppo sociale di minoranza, ciò che costituisce di per sé una situazione di oggettiva persecuzione<sup>69</sup>.

Evidentemente, provare l'omosessualità è questione assai complessa. Come avvisato dai giudici di Lussemburgo, l'accertamento, da effettuare nel rispetto dei diritti dello straniero e della dignità umana<sup>70</sup>, deve essere individuale e non stereotipato<sup>71</sup>. Ciò che richiede un ruolo dinamico e cooperativo del giudice<sup>72</sup>, soprattutto ove in patria non si siano verificati episodi discriminatori da accertare ma l'intera causa si fondi sulla veridicità o meno della narrazione del migrante<sup>73</sup>. La possibilità di riconoscere il rifugio

---

<sup>67</sup> S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia. Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, Amsterdam, 2011, 7.

<sup>68</sup> CGUE, 7 nov. 2013, cause riunite da C-199/12 a C-201/12, sostiene che l'esistenza della legislazione penale non sia sufficiente a far sorgere la persecuzione, essendo necessario guardare all'effettiva implementazione della stessa.

<sup>69</sup> *Ex multis*, Cass., sez. VI civ., 6 feb. 2018, n. 2875: «La circostanza che l'omosessualità sia considerata come reato dall'ordinamento giuridico del paese di provenienza costituisce una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini omosessuali, che compromette grandemente la loro libertà personale e li pone in una situazione oggettiva di pericolo, tale da giustificare la concessione della protezione internazionale». Così anche, di recente, Sez. 1, n. 11172/2020; Sez. 1, n. 07438/2020; Sez. 1, n. 28197/2019.

<sup>70</sup> CGUE, 25 gen. 2018, causa C-473/16 sui test psicologici per provare l'omosessualità dei richiedenti.

<sup>71</sup> CGUE, 2 dic. 2014, cause riunite da C-148/13 a C-150/13.

<sup>72</sup> Cass., sez. VI civ., 14 nov. 2017, n. 26921.

<sup>73</sup> Cfr. la ricostruzione di S. Pizzorno, *Il punto sulla tutela dell'omosessuale richiedente protezione*

sulle sole dichiarazioni di quest'ultimo implica una forte esaltazione dei poteri istruttori dell'autorità giudiziaria, che può essere chiamata a pronunciarsi anche sulla sola base delle dichiarazioni del soggetto, da analizzare alla luce delle informazioni relative alla condizione degli omosessuali nel Paese di provenienza raccolte attivamente su suo impulso (ove il racconto sia attendibile)<sup>74</sup>. Peraltro, proprio in ragione dell'impostazione garantista adottata, il giudice italiano riconosce da tempo la configurabilità del timore di persecuzione – e dunque il riconoscimento dello status di rifugiato – anche laddove il richiedente abbia nascosto la sua omosessualità in patria al fine di evitare spiacevoli conseguenze, in linea con quanto disposto dall'UNHCR<sup>75</sup>.

Con una recente pronuncia assai significativa – di accoglimento del ricorso di un cittadino senegalese al quale il Tribunale di Perugia aveva negato la protezione internazionale ritenendo non credibile e non provata la vicenda dell'omosessualità del richiedente, relegandola peraltro a “vicenda privata” inidonea ad assurgere a motivo di persecuzione – la Cassazione ha ricordato che «la valutazione di credibilità del narrato del richiedente asilo – in generale e certo non meno nel caso vi siano riferimenti a tematiche legate a fattori sessuali – deve tenere conto “delle peculiarità del caso, della estrazione sociale e delle esperienze di vita, del sesso e dell'età del richiedente, insomma del contesto sociale di provenienza e della caratteristiche individuali della persona esaminata”; come anche dei pudori e delle remore ataviche che le tematiche sessuali – e, più ancora, quelle di tratto omosessuale – recano con sé. [...] A risultare elemento decisivo al riguardo è l'appartenenza del singolo a un gruppo sociale connotato da un dato orientamento sessuale; non già, in sé e per sé, l'orientamento sessuale proprio del singolo. A contare in proposito, cioè, è il riflesso sociale, come identificativo di un'appartenenza a un gruppo e, dunque, come comunque ricomprensivo del singolo nell'ambito dello stesso»<sup>76</sup>.

Al contrario, la Francia ha lungamente operato una ricostruzione maggiormente restrittiva, imponendo la manifestazione esterna dell'omosessualità del soggetto come necessaria per il riconoscimento dell'asilo politico. Per tutti i primi anni Duemila, la CNDA ha generalmente rifiutato lo status di rifugiato a coloro che non avessero pubblicamente mostrato il loro orientamento sessuale in patria, preferendo accordare la (più ridotta) protezione sussidiaria<sup>77</sup>. Anche Oltralpe, però, la giurisprudenza si è

---

*internazionale tra Corte di Giustizia dell'Unione e Corte di Cassazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, maggio 2018.

<sup>74</sup> Cass., sez. VI civ., 17 giu.2018, n. 16925.

<sup>75</sup> UNHCR, *Linee guida*, cit., par. 31.

<sup>76</sup> Cass., sez. VI civ., 4 feb. 2020, n. 2458.

<sup>77</sup> *Ex multis* CRR, 25 mars 2005, n. 513547. Si segnala che la CRR, *Commission des Recours des Réfugiés*, costituisce la giurisdizione specializzata in materia di asilo sostituita dalla CNDA con la cd. *Loi Hortefeux* del 2007. Si veda C. Kobelinsky, *L'asile gay: jurisprudence de l'intime à la Cour nationale du droit d'asile*, in *Droit et société*, 3, 2012, 583-601.

evoluto in senso più garantista, spinta anche dalle pronunce della Corte di giustizia, la quale nel 2013 ha incisivamente affermato: «Non è pertanto lecito attendersi che, per evitare la persecuzione, un richiedente asilo nasconda la propria omosessualità nel suo paese d'origine»<sup>78</sup>. Conseguentemente, il giudice francese, e in particolare il *Conseil d'État* in sede di ricorso avverso le decisioni della CNDA, riconosce oramai che «l'octroi du statut de réfugié du fait de persécutions liées à l'appartenance à un groupe social fondé sur des orientations sexuelles communes ne saurait être subordonné à la manifestation publique de cette orientation sexuelle par la personne qui sollicite le bénéfice du statut de réfugié»<sup>79</sup>.

Con riferimento alla riconducibilità del richiedente al gruppo sociale perseguitato, la Francia è in linea con l'orientamento euro-unitario e, diversamente da quanto visto per l'Italia, ritiene necessario che l'autorità decidente guardi all'applicazione effettiva delle legislazioni penali eventualmente esistenti per criminalizzare l'omosessualità, e non alla loro mera esistenza<sup>80</sup>. A tal fine, il giudice è tenuto anche qui a un ruolo attivo, che consiste nel procurarsi il maggior numero di informazioni possibili non solo sulla vita del richiedente, ma anche sulle condizioni degli omosessuali nel Paese di origine. Un'interessante ricerca condotta sulla giurisprudenza della CNDA in materia ha sottolineato a che punto i preconcetti dei giudici incidano sul riconoscimento dello status; molto spesso, il rischio è quello di ritenere la dichiarazione di omosessualità falsa e volta al solo ottenimento della protezione ove lo straniero non corrisponda a quei presunti “canoni” devianti rispetto a una immaginata “normalità” (ad esempio, quando un richiedente uomo si dichiara omosessuale ma non tenga atteggiamenti ritenuti nell'immaginario collettivo come tipicamente femminili)<sup>81</sup>.

## 5. Brevi riflessioni conclusive: un diritto d'asilo necessariamente giurisprudenziale?

Evidentemente, la Convenzione di Ginevra presenta un “deficit di precisione”, che il diritto euro-unitario – e le legislazioni nazionali, riferendosi a questo – hanno tentato di colmare, definendo in maniera più stringente le vaghe nozioni ginevrine<sup>82</sup>. È ragionevole ritenere che i redattori del testo del 1951 non immaginassero che il concetto di gruppo sociale, aggiunto all'ultimo momento dalla Conferenza dei plenipotenziari, sarebbe stato utilizzato per offrire protezione alle “minoranze sessuali”. Eppure, la possibilità di estendere in tal modo la tutela, se da un lato evidenzia l'incapacità convenzionale di fornire indicazioni stringenti agli Stati

---

<sup>78</sup> CGUE, sentenza 7 nov. 2013, cit., par. 71.

<sup>79</sup> CE, 30 mars 2021, n. 436727, par. 5.

<sup>80</sup> *Ex multis* la recente CNDA, 29 mai 2020, n. 19053522.

<sup>81</sup> C. Kobelinsky, *L'asile gay*, cit., spec. 697-600.

<sup>82</sup> V. Tchen, *Le droit des étrangers*, cit., 1289.

contraenti sui soggetti da accogliere come rifugiati, costituisce al contempo la forza stessa del testo. Non deve dimenticarsi che, al momento della stesura, molti Governi nazionali insistevano per circoscrivere i confini delle categorie da tutelare, nel timore di legarsi a obblighi futuri imprevedibili<sup>83</sup>. Allo stesso modo, non può ignorarsi come il contesto geo-politico e socioculturale del tempo fosse diverso da quello odierno, ciò da cui deriva l'impossibilità di immaginare allora situazioni che viviamo oggi. Conseguentemente, la vaghezza definitoria non soltanto è comprensibile ma, riteniamo, altresì necessaria per permettere l'applicabilità del testo a settant'anni dalla sua emanazione<sup>84</sup>.

Eppure, nonostante gli sforzi chiarificatori del legislatore euro-unitario che, lo si è detto, prova a proporre una definizione più puntuale dei motivi persecutori, il margine di manovra che permane in capo alle autorità decisorie nazionali è ancora assai ampio. Se, da una parte, una maggiore "precisione" del diritto sostanziale è auspicabile, dall'altra è comunque necessario rammentare che la carenza di elementi oggettivi nel contenzioso dell'asilo, assieme alla difficoltà nel delineare in concreto le circostanze previste in via legislativa come elementi fondanti la protezione, ne evidenziano con forza l'insufficienza. Ci pare che sia la natura stessa del diritto di asilo a chiedere la necessaria interazione col diritto giurisprudenziale, che nel tempo ha contribuito a definire contenuto e portata delle nozioni e che, in fondo, è chiamato in materia a uno sforzo maggiore che in altri settori del diritto. Se i giudici sono sempre chiamati ad applicare al concreto fattispecie astratte, nel contenzioso dell'asilo essi devono però valutare elementi "concettualmente inafferrabili" eppure "giuridicamente decisivi"<sup>85</sup> quali la fondatezza del timore percepito e la credibilità del richiedente, per poi verificare la riconducibilità del caso di specie a una delle forme di protezione previste dall'ordinamento. Sono le stesse normative a riconoscere la crucialità e la difficoltà di un tale ruolo, prevedendo una collaborazione attiva dell'autorità giudiziaria, in deroga alle regole ordinarie dell'onere della prova.

Peraltro, in guisa di conclusione, evidenziamo quanto sia influente la preparazione dell'autorità decidente, le cui competenze pregresse e conoscenze personali impattano in maniera importante su una decisione caratterizzata da un'elevata soggettività. A tal proposito, non è indifferente la scelta di Italia e Francia di dotarsi di un giudice specializzato, secondo una tendenza riscontrabile in altri ordinamenti UE<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> P. WEIS, *Le statut international des réfugiés et apatrides*, in *Journal du droit international*, 1, 1956, 4-69, spec. 31.

<sup>84</sup> Indicativamente, F. F. Höpfner, *L'évolution de la notion de réfugié*, cit., 33, scrive: «la conception du réfugié prévalent au début des années 1950, en amont de l'élaboration de la Convention de Genève de 1951, n'a plus grande chose en commun avec le concept actuel du réfugié, alors que le cadre normatif n'a pas évolué».

<sup>85</sup> Espressioni mutuare da A. Camus, *Office du juge de l'asile et crédibilité du récit*, cit., 1.

<sup>86</sup> Per uno studio sulla specializzazione del giudice, focalizzato tanto sul valore aggiunto che

A partire dal decreto-legge n. 13 del 2017 (cd. decreto Minniti-Orlando), nella comporre le Sezioni specializzate è data preferenza a coloro che abbiano un'esperienza di almeno due anni nella trattazione dei procedimenti di competenza delle Sezioni, che abbiano frequentato i corsi di formazione settoriale organizzati dalla Scuola superiore della magistratura in collaborazione con l'EASO<sup>87</sup> e l'UNHCR, o che abbiano una particolare competenza in materia per altra causa. I giudici sono altresì tenuti a una formazione continua, essendo obbligati per legge a partecipare con una cadenza prestabilita a corsi di formazione professionale, nei quali sono previste specifiche sessioni dedicate alla valutazione delle prove e alle tecniche di svolgimento dei colloqui con gli stranieri<sup>88</sup>. In Francia, la composizione delle *formations de jugement* della CNDA è delineata in maniera tale da includere soggetti esperti della materia, nominati proprio in ragione delle loro competenze. Tuttavia, la normativa di riferimento non prevede un obbligo di formazione come in Italia; sarebbe dunque auspicabile una revisione in tal senso.

Ci sembra che le considerazioni operate in questo lavoro conducano a delineare il diritto d'asilo come un diritto necessariamente giurisprudenziale, nel senso che, più che in altre materie, l'attività dei giudici è imprescindibile a colorare di significato le fattispecie normative. Se ne deduce, allora, la necessità di spostare l'attenzione sull'effettività della tutela giurisdizionale dei richiedenti protezione, in assenza della quale questi non possono fruire delle garanzie sostanzialmente riconosciute.

Valentina Carlino  
Dip.to di Studi Aziendali e Giuridici  
Università degli Studi di Siena  
valentina.carlino@unisi.it

---

la sua istituzione comporta quando, dall'altro lato, sulle problematiche che solleva (entrambi gli aspetti, come si vedrà, sono presenti in relazione al giudice dell'asilo italiano e francese), si rinvia al rapporto del Conseil consultatif des juges européens (CCJE), organo consultivo del Consiglio d'Europa sulle questioni relative all'indipendenza, l'imparzialità e la competenza dell'ordine giudiziario; CCJE, *Avis n. 15 sur la spécialisation des juges*, novembre 2012, disponibile all'indirizzo web [rm.coe.int/1680747745](http://rm.coe.int/1680747745).

<sup>87</sup> Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, istituito con Regolamento UE n. 439/2010.

<sup>88</sup> D. l. 13/2017, art. 2.