



OSSERVATORIO SUL CONTENZIOSO EUROPEO DEI DIRITTI UMANI N. 5/2021

2. CASO *B E C C. SVIZZERA*: L'ORIENTAMENTO SESSUALE È PARTE FONDAMENTALE DELL'IDENTITÀ DEL RICHIEDENTE ASILO E IN QUANTO TALE NON DEVE ESSERE CELATA PER EVITARE PERSECUZIONI

1. *Introduzione*

Con la sentenza resa in data 17 novembre 2020 sul [caso *B and C v. Switzerland* \(app. 889/19 e 43987/16\)](#) la Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito "Corte") ha dichiarato che la Confederazione Svizzera ("Svizzera" o "Stato convenuto") avrebbe dato luogo ad una violazione al divieto a essere sottoposti a tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti, come sancito dall'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU"), nel caso avesse dato esecuzione ad un provvedimento di rimpatrio verso il Gambia nei confronti del sig. B in quanto persona omosessuale. La sentenza in commento è stata adottata dalla Terza sezione della Corte ed è divenuta definitiva in data 2 febbraio 2021. Tale pronuncia appare degna di nota nella misura in cui la Corte, pur osservando un miglioramento della situazione generale dei diritti umani in Gambia, ha rilevato che le autorità nazionali non hanno valutato seriamente i rischi di trattamenti contrari all'art. 3 (Proibizione della tortura) CEDU a cui il sig. B sarebbe potuto andare incontro a causa del clima omofobico nel Paese di origine e della scarsa disponibilità di protezione statale contro tali trattamenti ad opera di soggetti privati. La pronuncia della Corte risulta essere particolarmente rilevante poiché si discosta dal precedente orientamento assunto dalla Corte in materia di Migranti LGBTQ+.

2. *Fatti oggetto del giudizio*

La vicenda in commento trae origine da due ricorsi. Il primo era inerente alla questione della mancata autorizzazione del sig. B a rimanere in Svizzera in attesa dell'esito del procedimento di ricongiungimento familiare con il sig. C, uomo conosciuto dal sig. B una volta in Svizzera e con cui ha costituito un'unione civile (ricorso n. 43987/16). Il secondo era inerente al diniego del permesso di soggiorno al sig. B sulla base della richiesta di asilo o del ricongiungimento familiare con conseguente emanazione del provvedimento di rimpatrio (ricorso n. 889/19).

Nel 2008 il sig. B era stato sorpreso in Gambia mentre compiva atti sessuali con un uomo. A causa di ciò è stato arrestato dalla polizia e, in base alla normativa allora vigente nel

Paese, è stato condannato a 14 anni di reclusione. Il ricorrente è però riuscito a fuggire durante il trasferimento verso la prigione e ha lasciato il Paese. Nello stesso anno ha chiesto asilo in Svizzera sotto falsa identità, sostenendo di essere del Mali. L'Ufficio federale per le migrazioni ha respinto la richiesta d'asilo ed ha emanato un ordine di rimpatrio che di fatto è rimasto ineseguito a causa della latitanza del ricorrente. Nel dicembre del 2012 il sig. B è stato condannato a 18 mesi di reclusione dal Tribunale penale di Lucerna per tentata estorsione con violenza, danni materiali e presenza illegale in Svizzera.

Nel 2013 il sig. B ha presentato una seconda domanda d'asilo utilizzando la reale identità e sostenendo di essere sia cittadino del Gambia che del Mali. La domanda d'asilo è stata basata sul suo orientamento sessuale e sulla situazione discriminatoria che vivono le persone LGBTQ+ in Gambia. Tale domanda è stata respinta poiché il sig. B non era ritenuto credibile in quanto aveva utilizzato identità e rivendicazioni totalmente diverse tra i due procedimenti. Nel frattempo il sig. B ha incontrato il sig. C e ha registrato l'unione civile presso le autorità svizzere nel luglio 2014. Sulla base di questa unione il sig. C ha presentato una domanda di ricongiungimento familiare e richiesto l'autorizzazione per il sig. B a rimanere in Svizzera in attesa dell'esito del procedimento.

Tale richiesta è stata peraltro respinta poiché la condanna penale del 2012 rappresentava motivo di decadenza del permesso di soggiorno. Secondo i tribunali i due ricorrenti avrebbero potuto tenersi in contatto grazie alle moderne forme di comunicazione. La decisione è divenuta oggetto di ricorso dinanzi alla CEDU (ricorso n. 43987/16), la quale nel 2016 ha ordinato alla Svizzera di non espellere il sig. B per la durata del procedimento innanzi ad essa. La Corte ha poi sospeso l'esame in attesa della conclusione del procedimento interno relativo al ricongiungimento familiare e al diritto di soggiorno in Svizzera del sig. B.

Nel 2015 il sig. B ha presentato una terza domanda d'asilo evidenziando l'aumento delle discriminazioni verso la comunità LGBTQ+ in Gambia. Questa veniva respinta in quanto, pur ritenendo credibile l'omosessualità del ricorrente, il racconto veniva giudicato pieno di contraddizioni. Inoltre, sia il Tribunale amministrativo federale, sia la Segreteria di Stato della migrazione, hanno ritenuto che nessuno in Gambia potesse venire a conoscenza dell'omosessualità del sig. B che, di conseguenza, non sarebbe stato soggetto a rischi. La questione relativa all'autorizzazione a rimanere in Svizzera venne deferita alle autorità cantonali che, nel 2018, hanno ritenuto che il sig. B possedesse un alto potenziale di aggressività e, tenendo conto della condanna penale del 2012, che fosse di interesse per la sicurezza pubblica dare esecuzione al provvedimento di rimpatrio. Pur tenendo conto della malattia terminale del sig. C, i tribunali hanno ritenuto che i ricorrenti potessero tenersi in contatto con i moderni mezzi di comunicazione e che le cure e il sostegno emotivo potessero essere offerte dai parenti. La decisione divenne oggetto di ricorso dinanzi alla Corte (ricorso n. 889/19), la quale ha trovato appropriato esaminare congiuntamente i due ricorsi in un singolo giudizio.

Con lettera del 3 ottobre 2019 le autorità sono state informate sullo stato critico di salute del secondo ricorrente. I due ricorrenti hanno vissuto insieme fino al decesso del sig. C avvenuto il 15 dicembre 2019 (parr. 5-30).

3. La posizione delle parti

I due ricorrenti lamentavano che il rifiuto del permesso di soggiorno per il primo ricorrente sulla base dell'unione civile con il secondo e il provvedimento di espulsione del

primo ricorrente fossero lesivi degli artt. 3 e 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU.

Relativamente all'art. 3, il sig. B lamentava di aver lasciato il Gambia a causa dalla campagna d'odio e persecuzione messa in atto contro gli omosessuali dall'allora Presidente Jammeh. Secondo il ricorrente, la situazione non sarebbe migliorata con il cambio di governo avvenuto tra il 2016 e il 2017. Il Presidente Barrow, pur non fomentando l'odio come il suo predecessore, non ha abrogato le leggi che criminalizzano l'omosessualità. Il ricorrente, a causa della convinzione instaurata dal precedente governo nella popolazione che l'omosessualità fosse inaccettabile, temeva ripercussioni a causa del clima omofobico nel Paese e dell'incapacità di ottenere protezione da parte delle autorità in caso di violenza (parr. 45-47).

Relativamente all'art. 8, inizialmente i due ricorrenti lamentavano il fatto che l'esecuzione del provvedimento di rimpatrio avrebbe violato il diritto al rispetto della vita familiare dei due ricorrenti e il diritto alla vita privata del sig. B come garantito dalle disposizioni dell'articolo. Il sig. C era di fatto impossibilitato a trasferirsi in Gambia a causa del suo bisogno di cure mediche per il cancro e necessitava del sostegno del compagno per affrontare la malattia. Il sig. B nel caso fosse stato rimpatriato in Gambia avrebbe dovuto celare il proprio orientamento sessuale e i contatti con il sig. C al fine di evitare ritorsioni. Dopo il decesso del secondo ricorrente, il sig. B ha riconosciuto che la questione dei contatti regolari con il compagno non si poneva più. Tuttavia, lamentava che l'espulsione sarebbe stata comunque lesiva dell'art. 8 in quanto avrebbe perso la possibilità di visitare i luoghi dove erano custoditi i ricordi del suo defunto compagno, il suo diritto di visitare la tomba e di mantenere i contatti che aveva stabilito tramite il compagno. Infine, il ricorrente sosteneva che in Gambia non poteva contare sul sostegno della famiglia, in quanto poteva essere aggredita e perseguitata a causa della sua omosessualità. A ciò si aggiungeva il fatto che in Gambia non avrebbe potuto intraprendere una nuova relazione poiché avrebbe dovuto nascondere il suo orientamento sessuale (parr. 64-66).

Relativamente all'art. 3, lo Stato convenuto contestava la posizione dei ricorrenti affermando che il sig. B non aveva dimostrato di aver subito delle persecuzioni in Gambia e non c'erano motivi per cui le autorità gambiane fossero a conoscenza della sua omosessualità né prima né dopo la sua partenza dal Paese. La Svizzera riteneva che la situazione generale dei diritti umani in Gambia fosse notevolmente migliorata dopo il cambio di governo e che, sebbene non fossero ancora abrogate, le disposizioni che criminalizzano l'omosessualità non fossero più applicate nella pratica. Di conseguenza, la loro semplice esistenza non renderebbe l'allontanamento del sig. B contrario all'art. 3 della Convenzione. La Svizzera riconosceva che il sig. B non poteva essere obbligato a nascondere il proprio orientamento sessuale e che non si poteva escludere che il ricorrente potesse essere esposto ad atteggiamenti discriminatori da parte di privati. Tuttavia, lo Stato convenuto riteneva che, alla luce della tolleranza dimostrata dal nuovo governo, ci si poteva aspettare che il sig. B avrebbe ottenuto la dovuta protezione dalle autorità (parr. 48-50).

Relativamente all'art. 8, lo Stato convenuto contestava la posizione dei ricorrenti affermando che la questione della separazione fisica e del mantenimento dei contatti tra i due ricorrenti non si poneva più a seguito del decesso del sig. C. La Svizzera riteneva che l'esercizio dei diritti garantiti dall'art. 8 riguardava prevalentemente il rapporto tra esseri umani viventi e che il sig. B ha affermato di avere legami stabili in Svizzera solamente dopo il decesso del compagno. Lo Stato convenuto, inoltre, riteneva che non poteva esservi una

violazione dell'art. 8 in quanto il rimpatrio del sig. B era una questione inerente la pubblica sicurezza (parr. 67-68).

4. *La pronuncia della Corte sull'art. 3 della CEDU*

Dopo aver affermato la propria giurisdizione sul caso e l'ammissibilità del ricorso, la Corte si è pronunciata nel merito sostenendo che la condotta dello Stato in caso di esecuzione del provvedimento di rimpatrio nei confronti del sig. B avrebbe dato luogo ad una violazione dell'art. 3 della CEDU. La Corte ha affermato che le autorità nazionali non hanno valutato seriamente né i rischi di maltrattamenti a cui il ricorrente sarebbe esposto in caso di rimpatrio in Gambia in quanto persona omosessuale, né della disponibilità di protezione statale contro tali maltrattamenti di cui avrebbe potuto godere il ricorrente (par 63).

La Corte ha affermato che il cambio di governo in Gambia ha segnato un miglioramento generale della situazione dei diritti umani nel Paese, tuttavia occorre una valutazione delle circostanze personali del ricorrente. La Corte ha altresì affermato che l'orientamento sessuale del ricorrente è una parte fondamentale della sua identità e che pertanto non poteva essere obbligato a celarla per evitare ripercussioni. La Corte ha poi preso atto che l'omosessualità nel Paese rimane criminalizzata dalla legge, che in passato ci sono state diverse sentenze di condanna, anche se durante la presidenza Barrow tali leggi sembravano non essere applicate.

La Corte ha preso a riferimento il *case law* della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) [X, Y and Z v. Minister voor immigratie en Asiel](#) (C-199/12 - C-201/12, sentenza del 7 novembre 2013), che ha rappresentato la prima occasione per la Corte di giustizia dell'Unione europea di esprimersi riguardo ad una richiesta di asilo basata sull'orientamento sessuale, secondo cui la mera esistenza di una legge che criminalizza l'omosessualità non rende il rimpatrio verso quel paese contrario alle disposizioni dell'art. 3 della CEDU. Secondo la CGUE ciò che è decisivo è il reale rischio che queste leggi vengano applicate nella pratica e che nessuno può essere costretto a celare il proprio orientamento sessuale. La Corte EDU ha quindi osservato che la persecuzione può essere messa in atto anche in forma individuale da parte di ufficiali di polizia, privati cittadini, attori non-statali o dalla stessa famiglia. La Corte ha notato che tale rischio è più alto in Gambia, dove l'omofobia e la discriminazione contro la minoranza LGBTQ+ è stata incoraggiata dall'*ex* Presidente Jammeh e si è quindi interrogata sul fatto se le autorità gambiane fossero in grado o disposte a fornire la protezione contro i maltrattamenti basati sull'orientamento sessuale.

La Corte ha notato che le autorità svizzere non hanno valutato tali possibilità in quanto ritenevano impossibile che l'orientamento sessuale del ricorrente venisse a conoscenza delle autorità o della popolazione. La Corte ha tenuto conto dei documenti elaborati dal Ministero degli interni del Regno Unito ([United Kingdom Home Office, Country Policy and Information Note The Gambia: Sexual orientation and gender identity or expression, August 2019](#)) i quali dimostrano che le autorità gambiane sono generalmente poco propense ad intervenire in favore delle persone LGBTQ+. La Corte ha poi tenuto conto dell'opinione dell'UNHCR ([UNHCR, Guidelines on international protection no. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/ or Gender Identity within the context of Article 1A\(2\) of the 1951 Convention and/ or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/12/09](#)) secondo cui l'esistenza di leggi che criminalizzano l'omosessualità sono normalmente segno dell'impossibilità per le persone LGBTQ+ di ottenere protezione e giustizia.

La Corte, tenuto conto della valutazione relativa all'art. 3, del decesso del sig. C e del fatto che il sig. B fosse ancora in Svizzera, non ha ritenuto necessario pronunciarsi separatamente sulla ricevibilità e sul merito delle doglianze relative all'art. 8 (par. 69). La Corte, accertata la possibile violazione, ha quindi condannato lo Stato convenuto al pagamento della somma di 14.500 Euro al fine di coprire i costi e le spese sostenute dal ricorrente.

5. *L'interpretazione evolutiva della Corte EDU e le potenzialità inesprese dell'art. 8*

La sentenza in commento si discosta dalla precedente giurisprudenza della Corte ([F. v. United Kingdom, Application no. 17341/03, European Court of Human Rights, 22 June 2004](#); [M.E. v. Sweden, Application no. 71398/12, European Court of Human Rights, 26 June 2014](#); [I.N. v. Netherlands, Application no. 2035/04, European Court of Human Rights, 9 December 2004](#)), la quale si era focalizzata sul fatto che i richiedenti asilo omosessuali possono evitare di essere perseguitati penalmente, imprigionati o di subire trattamenti contrari all'art. 3 astenendosi dall'esprimere il proprio orientamento sessuale in pubblico, ovvero "vivendo discretamente".

Attraverso un'interpretazione evolutiva, la Corte EDU sembrerebbe allinearsi all'interpretazione fornita dalla CGUE, compiendo un importante passo in avanti in materia. Dal punto di vista dell'art. 3 CEDU, la Corte ha affermato che l'orientamento sessuale forma una parte fondamentale dell'identità di una persona e che, indipendentemente dal fatto che le autorità siano a conoscenza dell'orientamento sessuale di un richiedente, il rischio di essere scoperti al momento del ritorno rileva ai fini della disposizione. Di conseguenza il rischio di maltrattamenti a causa dell'omosessualità rappresenta una "barriera assoluta" all'allontanamento, indipendentemente dalla condotta della vittima, la quale nel caso in esame era stata condannata a 18 mesi di reclusione per tentata estorsione con violenza. È di interesse notare come, ad integrazione del possibile rischio che può correre la vittima, ai fini della valutazione della Corte rilevi l'alto livello di omofobia e discriminazione della società verso cui verrebbe rinviato il ricorrente.

Nonostante abbia affermato che il ricorrente avesse diritto ad esprimere pubblicamente la propria identità al fine di instaurare una relazione coniugale e che ciò non sarebbe stato possibile nel paese di origine, la Corte EDU non ha esaminato separatamente la lamentela relativa all'art. 8 CEDU. Nella nozione di "vita privata", infatti, vengono sovente ricomprese l'integrità fisica e psicologica di una persona, il suo diritto allo sviluppo personale e il diritto di stabilire e mantenere relazione con altri esseri umani. A ciò si aggiunge che l'espulsione di un migrante stabilmente soggiornante può interferire sia con il diritto a una possibile vita familiare, sia con il rispetto della vita privata. Nel caso in commento il sig. B lamentava il fatto che, in caso di espulsione, non avrebbe potuto godere del suo diritto alla vita familiare con il sig. C e, allo stesso modo, del suo diritto alla vita privata in quanto avrebbe dovuto celare la propria omosessualità in caso di rimpatrio. A ben vedere, però, l'art. 8 non prevede "barriere assolute" all'allontanamento e si presta a un bilanciamento tra gli interessi o i diritti privati delle persone e gli interessi pubblici o dello Stato. Nel caso in esame, infatti, le vicende giudiziarie del sig. B avrebbero potuto portare la Corte ad operare un bilanciamento tra i rischi che correva il sig. B e la gravità dei reati da lui commessi nel 2012. In ogni caso, una volta accertata la violazione dell'art. 3 CEDU e stabilito un maggiore *standard* di tutela, la pronuncia sull'art. 8 CEDU si sarebbe rilevata superflua. Di fatti lo Stato convenuto, a seguito della pronuncia della Corte EDU, ha informato direttamente il

Tribunale federale e le altre autorità federali e cantonali interessate: il 25 maggio 2021 al sig. B è stato concesso il permesso di soggiorno e, di conseguenza, non è più a rischio di essere rimpatriato in Gambia ([DH-DD\(2021\)1213](#), *Bilan d'action mis à jour (15/11/2021)*, *Communication de la Suisse concernant l'affaire B et C c. Suisse (requête n° 889/19)*).

La mancata pronuncia sull'art. 8, dovuta alle difficoltà del caso in esame, a mio avviso mantiene delle potenzialità inesprese in quanto avrebbe potuto approfondire gli effetti che un eventuale respingimento conseguente al diniego di protezione può avere sulla vita della persona sia in termini di re-integrazione nel proprio contesto culturale e sociale sia in termini di stigma e discriminazione. In ogni caso, ritengo che la sentenza in commento possa avere degli effetti importanti con riferimento all'ordinamento italiano, anche alla luce delle potenzialità insite nella nuova formulazione dell'articolo 19 del d.lgs 286/1998 (Testo Unico Immigrazione), avvenuta attraverso il c.d Decreto Lamorgese ([Decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130](#)). Infatti, all'art. 19, co. 1, si legge che «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, [...]», e ancora al co. 1.1. si afferma che «[n]on sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6 [...]». A tal proposito, occorre rilevare che, nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti summenzionati, la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale.

RAINER MARIA BARATTI