
ADiM BLOG
Febbraio 2022
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA

CGUE (Grande Sezione), sentenza del 16 novembre 2021, *Commissione europea c. Ungheria*, C-821/19, EU:C:2021:930

*Diritto di asilo e criminalizzazione dell'assistenza ai migranti in
Ungheria*

Angelo Raffaele Salerno

Dottorando in Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione
Università degli Studi della Tuscia

Parole chiave

Diritto di asilo – Inammissibilità della domanda di protezione internazionale – Attività di sostegno ai richiedenti asilo – Configurazione come reato – Divieto di ingresso nella zona frontaliere dello Stato membro interessato

Abstract

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha accertato la violazione, da parte dell'Ungheria, degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione in materia di asilo sotto vari profili. In primo luogo, prevedendo una nuova causa di inammissibilità della domanda di protezione internazionale nel caso in cui il richiedente sia giunto in Ungheria attraversando uno Stato in cui non era esposto a persecuzioni o a un rischio di danno grave. In secondo luogo, introducendo una fattispecie di reato che incrimina chiunque, nell'ambito di un'attività organizzata, fornisca assistenza nella presentazione o nell'inoltro di una domanda di asilo nella consapevolezza che questa, alla luce del diritto nazionale, non possa essere accolta. La sentenza interviene su una vicenda che pone al centro, una volta di più, la questione del rispetto della rule of law in Ungheria.

A. FATTI DI CAUSA E DECISIONE

1. *Il ricorso per infrazione.*

La sentenza in commento si colloca a valle di una vicenda che ha avuto origine in margine alle elezioni parlamentari ungheresi del 2018, in cui il partito populista *Fidesz* otteneva la maggioranza dei due terzi dopo una campagna elettorale accompagnata da una retorica fortemente ostile ai migranti. La rinnovata Assemblea nazionale ungherese, introducendo alcune disposizioni particolarmente controverse in materia migratoria, traduceva sul piano legislativo le istanze securitarie avanzate durante la campagna elettorale.

Da un lato, veniva introdotta una nuova causa di inammissibilità della richiesta di protezione internazionale che si configura nell'ipotesi in cui «il richiedente sia arrivato in Ungheria attraversando un paese in cui egli non è esposto a persecuzioni (...) o al rischio di danno grave (...) o in cui è garantito un adeguato livello di protezione» (art. 51, par. 2, lett. f della legge ungherese sul diritto di asilo del 29 giugno 2007).

Per altro verso, veniva prevista una nuova e controversa fattispecie di reato che prevede l'incriminazione di chiunque, nell'ambito di un'attività organizzata, fornisca assistenza nella presentazione o nell'inoltro di una domanda di asilo nella consapevolezza che, alla luce del diritto nazionale, tale domanda non possa essere accolta (art. 353/A, par. 1, lett. a del codice penale ungherese).

Il 19 luglio 2018 la Commissione europea apriva il procedimento precontenzioso con l'invio di una lettera di messa in mora all'Ungheria, contestando la conformità di tali innovazioni legislative al diritto dell'Unione e, decorso inutilmente il termine previsto dal parere motivato, proponeva ricorso per infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia.

2. *La sentenza.*

La Corte di Giustizia ha accolto larga parte delle argomentazioni addotte dalla Commissione, accertando la violazione, da parte dell'Ungheria, degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione in materia di asilo sotto tre distinti profili, che sono di seguito esaminati.

Quanto all'introduzione della nuova causa di inammissibilità della domanda di protezione internazionale, la Corte ha dichiarato la violazione da parte dell'Ungheria degli obblighi derivanti dall'art. 33, par. 2, [direttiva 2013/32/UE](#) (direttiva "procedure").

Quest'ultimo elenca in maniera tassativa i casi in cui uno Stato membro può ritenere una domanda di protezione internazionale inammissibile, tra i quali l'ipotesi in cui un Paese terzo sia considerato «sicuro» a norma dell'art. 38. Ebbene, la Corte rammenta che gli Stati membri possono adottare norme interne «che richiedono un legame tra il richiedente e il paese terzo in questione, secondo le quali sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale paese» (par. 2, lett. a). Tuttavia, nel farlo, devono attenersi ai criteri previsti dal primo comma della disposizione, per cui – contrariamente a quanto previsto dall'art. 51, par. 2, lett. f), della legge ungherese sul diritto di asilo – la mera circostanza che un richiedente sia giunto in Ungheria

attraversando il territorio di un Paese terzo «non può, di per sé, costituire una valida ragione per ritenere che detto richiedente possa ragionevolmente rientrare in tale paese» (punto 38). Peraltro, la Corte rileva come l'obbligo di cui all'art. 38, par. 2, lett. b), direttiva 2013/32/UE, che impone agli Stati membri di prevedere norme sul metodo di accertamento del requisito della sicurezza che tengano conto della necessità di assicurare l'esame caso per caso della sicurezza di un Paese terzo per un determinato richiedente, non troverebbe giustificazione se il semplice attraversamento del Paese terzo interessato costituisse di per sé «un legame sufficiente o significativo a tal fine» (punto 40). Di conseguenza, il «mero transito» in un Paese terzo non è sufficiente a instaurare un «legame» con lo stesso ai sensi dell'art. 38, par. 2, lett. a), e la causa d'inammissibilità introdotta dall'Ungheria nel 2018 «non può costituire un'applicazione del motivo di inammissibilità relativo al paese terzo sicuro, previsto all'articolo 33, paragrafo 2, lettera c), di tale direttiva (...) e non può, di conseguenza, contrariamente a quanto affermato dall'Ungheria, costituire una corretta trasposizione di detta disposizione» (punto 41).

Il secondo profilo di inadempimento riguarda, come detto, la criminalizzazione di chiunque, nell'ambito di un'attività organizzata, fornisca assistenza nella presentazione o nell'inoltro di una domanda di asilo nella consapevolezza che, alla luce del diritto nazionale, tale domanda non possa essere accolta. Sul punto, la Corte rileva il venir meno dell'Ungheria agli obblighi su di essa incombenti in forza degli artt. 8, par. 2 (*Informazione e consulenza nei centri di trattenimento e ai valichi di frontiera*), e 22, par. 1 (*Diritto all'assistenza e alla rappresentanza legali in ogni fase della procedura*) della direttiva 2013/32/UE, nonché dell'art. 10, par. 4, della [direttiva 2013/33/UE](#) (direttiva "accoglienza").

Secondo la Corte, la normativa ungherese comprime in maniera ingiustificata la possibilità per le organizzazioni e le persone che prestano assistenza e consulenza di entrare in contatto con i richiedenti presenti ai valichi di frontiera e di comunicare con gli stessi, diritto sancito dall'art. 10, par. 4, direttiva 2013/33. Quest'ultimo consente limitazioni all'accesso «soltanto se obiettivamente necessarie, in virtù del diritto nazionale, per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa del centro di trattenimento, e purché non restringano drasticamente o rendano impossibile l'accesso». Il richiamo a tale previsione da parte dell'Ungheria è stato ritenuto ingiustificato alla luce degli obiettivi dichiarati: né dalla repressione del sostegno offerto ai fini del ricorso abusivo alla procedura di asilo (punto 111 e ss.), né dalla «lotta contro l'immigrazione illegale fondata sull'inganno» (punto 134 e ss.).

Quanto al primo fine, la Corte sottolinea anzitutto che l'art. 353/A, par. 1, lett. a) del codice penale ungherese finisce per sanzionare anche un'attività che non potrebbe essere in alcun modo considerata fraudolenta o abusiva. La norma rende infatti punibile anche chi presta assistenza ai richiedenti asilo «nel rigoroso rispetto delle norme procedurali previste al riguardo e senza la volontà di indurre materialmente in errore l'autorità accertante». Le considerazioni della Corte si sviluppano intorno a tre argomenti che possono così riassumersi:

- 1) *se una domanda di asilo non può essere ritenuta inammissibile solo perché il richiedente non ha subito (o non è stato esposto) al rischio di persecuzioni in un Paese terzo che abbia attraversato prima di giungere in Ungheria, allora il sostegno offerto nella presentazione di tale domanda non può essere considerato una pratica fraudolenta o abusiva;*

- 2) *l'esposizione di chi intenda offrire questo tipo di sostegno al rischio di una sanzione penale presenta conseguenze inaccettabili su più livelli. Anzitutto, costringe di fatto chi presta tale sostegno a non limitarsi a «un'assistenza puramente formale» e ad esercitare un controllo di merito già al momento della presentazione della domanda di asilo. Tuttavia, spesso, al momento del loro arrivo, i richiedenti asilo non dispongono di prove sufficienti a dimostrare che beneficiano dello *status* di rifugiato, per cui un controllo di questo tipo è per la Corte inesigibile. Inoltre, i Giudici del Kirchberg sottolineano che la normativa ungherese, ammantando di incertezza la legittimità di qualsiasi sostegno relativo alla presentazione e all'inoltro di una domanda di protezione, può generare un incisivo *chilling effect*, ovvero l'effetto di inibire tali persone dal prestare assistenza alla luce del rischio di essere esposte a una sanzione penale;*
- 3) *la fattispecie incriminatrice dissuade gli avvocati dall'assistere i richiedenti nella presentazione o nell'inoltro di una domanda, impedendo così a questi ultimi di contestare, nelle fasi successive della procedura di asilo, l'aderenza del diritto nazionale applicabile al diritto dell'Unione europea: ciò priva di effettività il diritto di difesa riconosciuto dall'art. 47 CDFUE e contrasta con la direttiva 2013/32 (che garantisce «un accesso effettivo, facile e rapido alla procedura di protezione internazionale»). Non solo, di fronte all'argomento addotto dall'Ungheria per cui la persona sottoposta a procedimento penale potrebbe comunque sostenere in tale sede il contrasto del diritto ungherese con il diritto dell'Unione ed essere eventualmente assolta, la Corte rileva che costringere una persona a esporsi al rischio di una sanzione penale per poter adire un giudice competente a garantire il rispetto dei diritti che gli sono riconosciuti dal diritto dell'Unione sarebbe parimenti in contrasto con l'art. 47 della Carta di Nizza.*

Alla luce di tali argomenti, l'art. 353/A, par. 1, lett. a) del codice penale ungherese non soltanto dissuade l'attività di sostegno ai richiedenti anche quando volta esclusivamente a consentire l'esercizio del diritto fondamentale di richiedere asilo in uno Stato membro (art. 18 CDFUE), ma eccede «quanto può essere considerato necessario per conseguire l'obiettivo della lotta contro le pratiche fraudolente o abusive» (punto 133).

Peraltro, non giustifica le violazioni riscontrate neppure il fine della «lotta contro l'immigrazione illegale fondata sull'inganno». Per la Corte, l'attività di assistenza nel presentare o inoltrare una domanda di asilo in uno Stato membro, pur nella consapevolezza della mancanza degli elementi per il suo accoglimento, «non può essere considerata un'attività che facilita l'ingresso o il soggiorno irregolari» (punto 138). Il cittadino di un Paese terzo o l'apolide che presenta una domanda di asilo acquista infatti sin da quel momento la qualità di richiedente protezione internazionale, e il richiedente protezione internazionale non può essere considerato in una situazione di soggiorno irregolare fino al momento dell'adozione di una decisione sulla stessa in primo grado.

La Corte ha infine accertato un'ulteriore violazione degli obblighi europei da parte dell'Ungheria in relazione all'art. 8, par. 2 (diritto di accesso ai richiedenti presenti ai valichi di frontiera), all'art. 12, par. 1, lett. c) (per cui «non è negata al richiedente la possibilità di comunicare con l'UNHCR o con altre organizzazioni che prestino assistenza legale o altra consulenza ai richiedenti a norma del diritto dello Stato membro interessato») e all'art. 22 (che

riconosce il diritto all'assistenza e alla rappresentanza legali in ogni fase della procedura) della direttiva 2013/32, oltre all'art. 10, par. 4, direttiva 2013/33 (diritto di accesso ai richiedenti asilo trattenuti) in conseguenza del disposto dell'art. 46/F della legge sulla polizia.

Alla luce di tale disposizione, i servizi di polizia sono infatti tenuti a impedire a chiunque sia sospettato di aver commesso il reato previsto dall'art. 353/A, par. 1, lett. a) del codice penale di avvicinarsi a meno di otto chilometri dalle frontiere esterne ungheresi. Le persone sospettate di aver commesso tale reato si vedono così private dei diritti loro garantiti dalle direttive citate, nonostante la fattispecie incriminatrice sia ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione: in base a quest'argomento, la Corte di Giustizia ha dunque ritenuto la compressione dei diritti garantiti dalle direttive non ragionevolmente giustificata.

B. COMMENTO

Preliminarmente, è interessante notare come la questione posta all'attenzione della Corte di Giustizia si collochi nel quadro di una vicenda politico-istituzionale più ampia di quella del ricorso per infrazione promosso dalla Commissione europea.

Infatti, il procedimento legislativo volto ad adottare la cosiddetta legge "Stop Soros" (che includeva le disposizioni oggetto della sentenza in commento) aveva già portato il Presidente della Commissione Affari legali e Diritti umani dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa a richiedere alla Commissione di Venezia un parere circa la compatibilità delle stesse con gli *standard* minimi di tutela dei diritti umani. Nell'ambito della relativa procedura, l'Assemblea nazionale ungherese aveva però disatteso la richiesta di posticipare l'approvazione del disegno di legge all'indomani dell'adozione del [parere](#) (fissata per il 22 giugno 2018) deliberando in via definitiva il 20 giugno. In margine alla sessione plenaria del 22 e 23 giugno, la Commissione di Venezia aveva quindi manifestato il proprio disappunto per la decisione dell'Assemblea, esprimendo un giudizio assai negativo sull'art. 353/A del codice penale ungherese ed auspicandone l'abrogazione. Una vicenda, parallela a quella del ricorso proposto dinanzi alla Corte di Giustizia, la quale non è che uno dei marcatori di una più ampia difficoltà di far valere i principi dello Stato di diritto nel contesto politico-istituzionale ungherese.

Nel caso in esame, la motivazione a supporto della sentenza evidenzia due diverse tipologie di lesione di diritti che trovano espresso riconoscimento nella [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione](#) e puntuale precisazione nelle direttive europee: l'una afferente al diritto di asilo (art. 18), l'altra al diritto di difesa (art. 47).

Quanto al diritto di difesa (e alle relative declinazioni dello stesso, delineate dalle direttive 2013/32 e 2013/33), può dirsi che la sua violazione è essenzialmente incentrata sul marcato *chilling effect* evidenziato dalla Corte di Giustizia. Invero, la possibile incidenza di un effetto di questo tipo nei confronti di chiunque avesse cercato di assistere i migranti contribuendo alla garanzia di diritti fondamentali, quali il diritto a un giusto processo, era già stata ampiamente prevista in seguito all'approvazione delle modifiche al codice penale ungherese ([Szabó 2018](#), p. 3). Sul punto, è interessante ricordare che la Corte costituzionale ungherese si era già

espressa nel senso della legittimità dell'art. 353/A, par. 1, lett. a) del codice penale a mezzo della [sentenza n. 3 del 2019](#). Una pronuncia che – si è sostenuto – seppur a prima vista appaia assai rispettosa della discrezionalità del legislatore ungherese avrebbe notevolmente mitigato gran parte del potenziale repressivo della legge attraverso un'interpretazione restrittiva della fattispecie in termini di reato intenzionale, che richiederebbe la sussistenza dello specifico intento di facilitare l'immigrazione illegale ([Kazai 2019](#)). Tuttavia, va osservato come, per stessa ammissione dell'Ungheria, sulla base di tale legge siano stati comunque avviati dei procedimenti penali.

Quanto al diritto di asilo, la sua compressione avviene invece tanto per via diretta quanto per via mediata. Da un lato, l'introduzione della nuova causa di inammissibilità della domanda di protezione internazionale lo vulnera in maniera diretta ed evidente nella misura in cui determina in potenza un incremento dei rigetti sulla base di una norma in contrasto con il diritto dell'Unione. D'altro canto, si è visto come la previsione della fattispecie incriminatrice possa privare potenzialmente i richiedenti di una fondamentale assistenza nella presentazione o nell'inoltro della domanda di protezione internazionale, con ciò svuotando di effettività il diritto di difesa riconosciuto dalla Carta di Nizza e vulnerando, per questa via, lo stesso diritto di asilo.

Dall'analisi di tali profili di inadempimento emerge dunque, anzitutto, l'inscindibilità del diritto di asilo dal diritto di difesa nonché dal divieto di *refoulement*, a garanzia del quale è previsto l'esame individuale della domanda. Ed è proprio quest'inscindibilità a far sì che il diritto di asilo sia ricondotto in una dimensione di effettività, a riprova del carattere intrinsecamente relazionale dei diritti fondamentali.

Ma la vicenda complessiva in cui la sentenza in esame si inserisce può essere letta anche attraverso una diversa lente e collocata in un quadro più ampio.

Se da un lato è vero che la pronuncia dei Giudici del Kirchberg delegittima – per lo meno sul piano dell'aderenza al diritto dell'Unione – le disposizioni introdotte dall'Ungheria nel 2018, rimane il fatto che tale sentenza riveste comunque carattere di mero accertamento. E d'altronde, la Corte costituzionale ungherese, unica istituzione eventualmente legittimata ad annullare la norma, ha ritenuto la fattispecie di reato non in contrasto con la Costituzione: pur restringendo la portata della fattispecie che incrimina le attività di assistenza ai migranti tramite un'operazione interpretativa, rimane dubbio che ciò sia bastato a evitare una compressione del diritto di asilo e del diritto di difesa dei richiedenti asilo come riconosciuti dalla Carta di Nizza.

Al netto dell'accertato venir meno dell'Ungheria agli obblighi europei, a rimanere dunque sullo sfondo è una grave, ineludibile ed irrisolta questione di rispetto della *rule of law* e di garanzia dei diritti fondamentali dei migranti.

La vicenda, in definitiva, illumina una volta di più la perenne tensione tra la garanzia del diritto di asilo e le varie declinazioni giuridiche della regolamentazione del fenomeno migratorio da parte dello Stato (in questo caso anche attraverso il ricorso alla sanzione penale). Una tensione che rappresenta l'autentico *leitmotiv* delle principali questioni di politica del diritto in materia migratoria nell'epoca delle migrazioni di massa e che finisce, su un piano più generale, per riproporre la questione del conflitto tra volontà della maggioranza e rispetto

della *rule of law* e dell'equilibrio tra questi due elementi. Un equilibrio dinamico, sfuggente e pur tuttavia necessario alla costruzione e alla tenuta di una democrazia costituzionale.

C. APPROFONDIMENTI

Per consultare il testo della decisione:

CGUE (Grande Sezione), sentenza del 16 novembre 2021, [Commissione c. Ungheria](#), C-821/19, EU:C:2021:930.

Giurisprudenza:

Magyarország Alkotmánybírósága, [3/2019, \(III. 7.\)](#).

CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, [Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság](#), C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, EU:C:2020:367.

CGUE (Grande Sezione), sentenza del 19 giugno 2018, [Sadikou Gnandi c. État belge](#), C-181/16, EU:C:2018:465.

CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, [Commissione c. Ungheria](#), C-808/18, EU:C:2020:1029.

CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, [Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság](#), C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, EU:C:2020:367.

CGUE, sentenza del 19 marzo 2020, [Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal](#), C-564/18, EU:C:2020:218.

Sul diritto di difesa e a un ricorso effettivo, CGUE (Grande Sezione), sentenza del 15 luglio 2021, [Commissione c. Polonia](#), C-791/19, EU:C:2021:596 e sentenza del 6 ottobre 2020, [Stato lussemburghese](#), C 245/19 e C 246/19, EU:C:2020:795.

CGUE, sentenza del 25 giugno 2020, [Ministerio Fiscal](#), C-36/20 PPU, EU:C:2020:495.

Dottrina:

D.G., SZABÓ, [Criminalizing Migrant's Helpers and Establishing Special Administrative Courts in Hungary](#), in *Rivista di Diritti Comparati*, 22 giugno 2018, pp. 1-7.

V.Z., KAZAI, [Stop Soros Law Left on the Books – The Return of the “Red Tail”?](#), in *VerfassungsBlog*, 5 marzo 2019.

G. POGGESCHI, [Il cosiddetto pacchetto legislativo “stop-Soros” e la nuova revisione costituzionale ungherese: un altro passo \(xenofobo\) verso il consolidamento di una “democrazia illiberale”](#), in *DPCE online*, 2/2018, pp. 617-623.

J. DE CONINCK, [\(Il-\)Legal Gymnastics by Poland and Hungary in EU Border Procedures](#), in *VerfassungsBlog*, 11 novembre 2021.

C. SCISSA, [La Corte di Giustizia dichiara l'Ungheria inadempiente per la legislazione «Stop Soros»: ma è davvero l'unica responsabile?](#), in *SIDIBlog*, 3 dicembre 2021.

Altri materiali:

Venice Commission, [Joint Opinion on the Provisions of the so-called “Stop Soros” draft Legislative Package which directly affect NGOs \(in particular Draft Article 353A of the Criminal Code on Facilitating Illegal Migration\)](#), 22-23 giugno 2018.

OSCE, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Limited Election Observation

Mission, Hungary, [Parliamentary Elections, 8 April 2018](#), 29 March 2018.

Per citare questo contributo: A.R. SALERNO, *Diritto di asilo e criminalizzazione dell'assistenza ai migranti in Ungheria*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, febbraio 2022.