



## OSSERVATORIO SULLE ONG 4/2021

### 1. LA CRIMINALIZZAZIONE DELLE ATTIVITÀ DI SOSTEGNO AI RICHIEDENTI ASILO IN UNGHERIA NELLA PROCEDURA DI INADEMPIMENTO AVVIATA DALLA COMMISSIONE: LE ATTIVITÀ UMANITARIE COME COMPLEMENTO AL DIRITTO DI ASILO NELLA UE

#### 1. *Aspetti introduttivi*

Il 25 febbraio 2021 l'Avvocato Generale (AG) Rantos ha presentato le sue conclusioni relative alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea contro l'Ungheria ([C-821/19](#)).

La questione appare di interesse alla luce della rilevanza che assume rispetto a due dei temi fondanti le questioni relative alla tenuta dello Stato di diritto ungherese: da un lato, il diritto di asilo e la sua effettività e, dall'altro, la compatibilità col diritto dell'Unione delle cosiddette leggi "anti-Soros", che, nella fattispecie in esame, hanno l'effetto di criminalizzare le persone e/o le organizzazioni che prestano aiuto e assistenza ai richiedenti asilo.

Vedremo come le conclusioni in esame sembrano porre un nuovo tassello nella definizione della differenza tra attività di favoreggiamento all'immigrazione irregolare e attività umanitarie atte a prestare aiuto e soccorso ai migranti, richiedenti asilo e non, in difficoltà.

Le conclusioni dell'AG sono tanto più importanti alla luce della tendenza crescente nell'Unione europea (cfr. FRA, [The criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them](#), 2014; S. Hammerl, [Asylum Criminalisation in Europe and Its Humanitarian Implications](#), Intersos, 2019; RESOMA, [Crackdown on NGOs assisting refugees and other migrants](#), 2018) alla criminalizzazione delle attività di assistenza ai migranti e ai richiedenti asilo e dell'assistenza umanitaria, di cui l'Ungheria sembra finora rappresentare l'esempio più compiuto.

Questa tendenza è anche il frutto di una strumentalizzazione a livello nazionale del *framework* normativo europeo relativo ai fenomeni di *smuggling* e *trafficking*, conosciuto come "Facilitation Package", correntemente in via di revisione, criticato in dottrina per la sua ambiguità giuridica. Si vedrà come le conclusioni in esame potrebbero, se accolte dalla Corte, in parte rimediare a tale ambiguità.

#### 2. *Fatti all'origine del caso*

A seguito di un aumento repentino del numero di richiedenti asilo, tra il 2015 e il 2018, l'Ungheria ha adottato una serie di riforme in materia d'asilo.

In questo contesto, tra il 2017 e il 2018, l'Ungheria ha approvato diverse misure, recanti modifica di talune leggi relative al finanziamento delle ONG e alla criminalizzazione delle attività di assistenza umanitaria da queste prestate ai richiedenti asilo, nell'ambito delle riforme meglio conosciute come "leggi anti-Soros".

Il 20 giugno 2018, il Parlamento magiaro ha adottato la legge VI del 2018, anche denominata "legge di modifica di determinate leggi in relazione alle misure contro l'immigrazione illegale", che introduce tre nuove disposizioni normative incidenti sulla materia dell'asilo, segnatamente l'art. 51, par. 2, lettera f), alla legge sull'asilo, l'art. 353/A del codice penale e, infine, l'art. 46/F della legge sulla polizia.

Il 19 luglio dello stesso anno la Commissione ha avviato la procedura di infrazione, ritenendo la legislazione contraria a talune previsioni della direttiva 2013/32 e 2013/33, nonché della direttiva 2004/38 e dell'art. 21(1) TFUE.

La legislazione ungherese, in particolare l'articolo 353/A del codice penale così come introdotto dalla Legge VI del 2018, prevede in primo luogo, la pena detentiva per chiunque svolga attività organizzative dirette a consentire l'avvio di una procedura di asilo in Ungheria da parte di una persona che non è perseguitata nel suo Paese di origine, nel suo Paese di residenza abituale o in un altro Paese attraverso il quale è giunta [in Ungheria], per motivi di razza, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale, religione e opinioni politiche, o che non abbia un fondato timore di essere direttamente perseguitata.

La stessa pena è prevista per chi aiuti una persona che entra o risiede illegalmente in Ungheria a ottenere un titolo di soggiorno. È inoltre punito con reclusione fino a un anno chiunque fornisca risorse materiali che consentano di commettere il suddetto reato.

In secondo luogo, è ugualmente punita qualunque persona svolga la suddetta attività con l'intento di ottenere un profitto economico, che aiuti più di una persona e ad una distanza inferiore ad 8 chilometri dalla frontiera corrispondente alla frontiera esterna, così come definita ai sensi del codice frontiere Schengen.

Ad avviso della Commissione, l'Ungheria è venuta meno ai suoi obblighi in forza del diritto dell'Unione in quanto le novelle introdotte nella sua legislazione violano l'articolo 8, par. 2, e l'articolo 12, par. 1, lettera c), e l'articolo 22, par. 1, della c.d. direttiva procedure (2013/32/UE) e l'articolo 10, par. 4, della direttiva 2013/32/UE (Direttiva accoglienza).

In particolare, l'art. 8.2 della direttiva 2013/32 prevede che gli Stati membri garantiscano l'accesso delle persone e organizzazioni che prestano assistenza ai richiedenti a questi ultimi, compresi quelli che si trovano ai valichi di frontiera. Lo stesso articolo prevede la possibilità di limitare tale accesso, esclusivamente in virtù di motivi di sicurezza e ordine pubblico e purché ciò non neutralizzi o renda impossibile tale accesso, quindi solo in virtù di una valutazione di proporzionalità della restrizione.

L'art. 12 della stessa direttiva sancisce il diritto dei richiedenti di comunicare con l'UNHCR o con altre organizzazioni che prestano assistenza legale o consulenza. Similmente, l'art. 22 garantisce il diritto all'assistenza e alla rappresentanza legale, anche in presenza di una decisione negativa.

Similmente, l'art. 10 della direttiva 2013/33, il cui ambito *rationae personae* riguarda i richiedenti trattenuti, prevede che gli Stati membri garantiscano tali diritti anche ai richiedenti trattenuti. Qualunque restrizione a tale diritto deve essere motivata da ragioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale e valutata alla luce di criteri di proporzionalità e necessità.

Nelle sue repliche mosse alle censure della Commissione, il governo ungherese afferma la compatibilità della sua normativa attraverso tre argomentazioni.

In primo luogo, le disposizioni in esame circoscrivono il reato al ricorrere di particolari elementi soggettivi e oggettivi, in particolare, una “chiara intenzione” nel perpetrare tali violazioni, unita alla sussistenza di una forma di “attività organizzativa”.

In secondo luogo, il governo magiaro ritiene che, pur ammettendo che la normativa abbia alcuni caratteri controversi, essa non sortisce alcun effetto dissuasivo dimostrabile. Infine, attraverso una argomentazione trasversale a molte delle cause che coinvolgono o hanno coinvolto di recente l’Ungheria per inadempimento in materia di asilo e immigrazione, che le disposizioni in esame non riguarderebbero i richiedenti protezione internazionale, ma si applicano soltanto alle azioni che precederebbero l’avvio della procedura di asilo, sortendo effetti dunque su soggetti che non ricadrebbero ancora nell’ambito applicativo delle direttive procedure e accoglienza.

### *3. Le conclusioni dell’Avvocato generale: l’assistenza ai richiedenti come diritto simmetrico e complementare*

L’Avvocato generale osserva preliminarmente che le citate disposizioni del diritto dell’Unione, relative al sostegno ai richiedenti protezione internazionale, constano e si realizzano attraverso due elementi simmetrici e complementari: da un lato, il diritto dei richiedenti di consultare e farsi assistere da organizzazioni e persone e, dall’altro, il diritto di queste ultime di poter accedere a siffatti richiedenti, compresi, come evidente, quelli detenuti (par. 28).

In questa luce, l’argomentazione e il ragionamento elaborato dall’Avvocato generale si basa su una domanda principale, ovvero se le disposizioni magiare costituiscano un impedimento all’effettività di siffatti diritti. Come infatti le stesse disposizioni prevedono, le autorità possono limitare la portata del diritto in esame, ma esclusivamente alla una valutazione dei criteri di necessità e proporzionalità e purché non ne sia impedita l’effettività.

Ebbene, per ciò che concerne la prima parte della prima censura, l’Avvocato generale smonta una ad una le giustificazioni dell’Ungheria. In primo luogo, rispetto all’elemento soggettivo del reato di cui all’art. 353/A del Codice penale ungherese, egli osserva che, in linea di principio, qualunque persona o associazione che agisca con l’intento di offrire sostegno lo fa col fine di permettere alla persona di avviare una procedura di richiesta della protezione internazionale e, dunque, nutre necessariamente dei dubbi sulla sussistenza dei requisiti per ottenere tale protezione. A suo parere, infatti, spetta alle autorità competenti, e non alle associazioni o agli assistenti legali, valutare il ricorrere dei presupposti per la concessione di detta protezione. Ne consegue che la giustificazione del governo ungherese non è sufficiente a escludere da siffatte sanzioni i soggetti che compiono tali azioni in ottica “umanitaria”. Ma la vera problematicità della disposizione, nel ragionamento dell’Avvocato generale, risiede nei suoi effetti combinati con altre novelle contestualmente introdotte nel sistema di asilo ungherese.

In primo luogo, la norma oggetto della prima censura, che prevede l’aggiunta di un ulteriore motivo di inammissibilità delle domande di asilo, che consiste nel provenire da un c.d. paese terzo sicuro (sul concetto, si veda V. MORENO LAX, *The Legality of the ‘Safe third country’ Notion Contested: Insights from the Law of the Treaties*, in *Migration and Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects*, a cura di G. S. Godwin-Gill, P. Weckel, The Hague Academy of International Law Centre for Research, 2015, pp. 665-721). Inoltre, per effetto di disposizioni derogatorie introdotte per gestire la crisi provocata da un’immigrazione di massa sul territorio, l’obbligo per chi volesse ottenere protezione in Ungheria, di recarsi presso le zone di transito al confine con la Serbia, notoriamente giudicato dall’Ungheria come paese

terzo sicuro. Ne risulta dunque che la quasi totalità delle domande non soddisfa i criteri per la concessione della protezione internazionale e sia dunque destinata all'insuccesso. Ne consegue che i soggetti e le associazioni che prestano assistenza siano perfettamente consapevoli di incorrere in sanzioni penali (par. 37).

Passando alla questione dell'elemento oggettivo, ovvero il carattere organizzato delle attività di assistenza ai richiedenti protezione internazionale, l'Avvocato generale non la ritiene sufficiente a neutralizzare il carattere restrittivo della norma. Infatti, prosegue, qualunque associazione presti assistenza ai richiedenti svolge, per definizione, una attività organizzata. Dunque, la norma in esame, *de facto*, finisce con l'ostacolare la quasi totalità delle persone o delle organizzazioni che operino in questo senso.

Per quanto riguarda l'argomento del governo ungherese, secondo il quale la norma in esame è stata scarsamente applicata e non ha sortito alcun effetto dissuasivo dimostrabile, viene rigetto *in toto* tale argomento, in quanto l'esistenza stessa della legge, indipendentemente dai suoi effetti concreti, è sufficiente a far incorrere lo Stato in violazione. Infine, venendo all'ultima argomentazione del governo magiaro, secondo il quale la normativa non si applicherebbe ai richiedenti protezione ai sensi delle direttive 2013/32 e 2013/33, in virtù di una distinzione tra la *presentazione* della domanda e il suo *inoltrato*, l'Avvocato generale ricorda che, ai fini del riconoscimento in quanto *richiedente protezione internazionale*, è sufficiente la manifestazione di volontà di richiedere siffatta protezione ([Commissione c. Ungheria](#), causa C-818/19, 17 dicembre 2020, ECLI:EU:C:2020:1029; cfr. F. NEGOZIO, [La Corte di giustizia ribadisce l'incompatibilità della normativa ungherese in materia di asilo e immigrazione con il diritto dell'Ue. La distinzione tra "making an application" e "lodging an application" nel dettato dell'articolo 6 della direttiva 2013/3](#), in *Rivista OIDU*, 2021, pp. 224-231), senza che sia richiesto l'adempimento di alcuna formalità amministrativa. Ne consegue che tale distinguo operato dal governo ungherese non rileva ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione e non giustifica l'applicazione di tale norma ai soggetti coinvolti.

Infine, secondo l'Avvocato generale, è anche l'assenza di qualsivoglia riferimento a tali criteri, e dunque l'applicazione automatica della norma, a renderla contraria al diritto dell'Unione. Una tale restrizione del diritto di persone e associazioni di prestare assistenza ai richiedenti asilo, indipendentemente dalle loro chances di successo, rende il diritto di questi ultimi di contattare e ricevere assistenza legale nullo o seriamente limitato. In questa luce, dunque, egli suggerisce alla Corte di accogliere tale censura e di dichiarare che l'Ungheria è venuta meno ai suoi obblighi in virtù del diritto dell'Unione.

#### 4. *La distinzione tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e aiuto umanitario nella Direttiva 2002/09*

Le conclusioni in esame appaiono di interesse alla luce della tendenza crescente alla criminalizzazione delle attività di sostegno ai richiedenti asilo attraverso la strumentalizzazione delle politiche di dissuasione delle attività di favoreggiamento all'immigrazione irregolare nell'Unione Europea (si veda, *Crackdown on NGOs*, cit.).

Infatti, la dichiarata priorità nell'agenda dell'Unione data all'obiettivo dell'eliminazione dell'immigrazione irregolare e dunque del traffico illecito di migranti (Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. [Agenda Europea sulla Migrazione](#), Bruxelles, 13.5.2015 COM(2015) 240 final), ha avuto effetti perversi e nocivi sulle attività cd di "solidarietà" e di assistenza.

Gli obiettivi e i metodi non paiono aver subito modifiche sostanziali in occasione del nuovo Patto Europeo per la migrazione e l'asilo ([Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo](#), COM (2020) 609 final), che si limita a ribadire quanto già previsto dalla precedente Agenda, nell'ambito di una generica lotta alle reti criminali (cfr. A. DI PASCALE, [Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti](#), in *rivista.eurojus.it*, 28 settembre 2020).

In particolare, la distinzione tra attività umanitarie e attività di favoreggiamento è diventata sempre meno chiara, con un conseguente impatto nocivo sulle prime. Si è infatti parlato della cosiddetta “criminalizzazione della solidarietà”, per indicare appunto la tendenza dei Stati Membri ad adottare politiche di dissuasione che considerano qualunque attività di assistenza ai migranti, in particolare quelli irregolari anche nel momento in cui dichiarino la volontà di presentare istanza di protezione internazionale, come attività di favoreggiamento.

Tali effetti trovano una ragione anche nel modo in cui il tema è affrontato in uno degli strumenti cardine del diritto dell'Unione in materia di lotta al traffico illecito di migranti, il c.d. “*Facilitation Package*” (si veda, S. CARRERA, [Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update](#), European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union, Study requested by the PETI Committee, 2018).

Il *Facilitation Package* si compone di due strumenti: la Direttiva 2002/90 ([Direttiva 2002/09/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali](#), L328/17) che definisce il concetto di crimine di “favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali” e la Decisione quadro 2002/946 ([Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali](#), L328/1) relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del crimine di favoreggiamento.

Ai sensi dell'articolo 1 della Direttiva, gli Stati membri sono tenuti ad adottare sanzioni adeguate nei confronti: a) di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri.

Il paragrafo 2 dello stesso articolo prevede la possibilità, non già l'obbligo, per gli Stati di non sanzionare i comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata.

La falla principale del sistema di sanzioni prescritto dal *Facilitation Package* risiede proprio nell'includere nelle attività di favoreggiamento anche le attività che non si basino sullo scopo di lucro, consentendone l'esclusione solo in maniera opzionale, falla che ha consentito, negli anni, lo sviluppo di prassi e normative che hanno impattato negativamente, e talvolta proibitivamente, anche sulle attività umanitarie. Tale circostanza ha dunque lasciato agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento circa l'applicazione della normativa, con la conseguenza che, per la maggior parte degli Stati membri, lo scopo di lucro non costituisce elemento essenziale nella definizione delle attività di favoreggiamento.

Un secondo elemento di problematicità risiede nell'assenza di una definizione dell'assistenza umanitaria citata al paragrafo 2 dell'articolo 1 della Direttiva, assenza che ha contribuito ad ampliare il margine di discrezionalità lasciato agli Stati circa la sua applicazione (cfr. A. PITRONE, [La questione irrisolta del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali degli stranieri](#), in *AISDUE*, n. 2/2020).

In dottrina molti hanno evidenziato come la normativa in esame viga in contrasto con gli standard posti in sede ONU, ed in particolare col Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aerea (cfr. J. ALLSOPP, *Solidarity, smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2017).

Il protocollo, infatti, esclude esplicitamente dalla definizione delle attività di favoreggiamento tutte le azioni che non abbiano scopo di lucro, prevedendo, al suo articolo 3, che il traffico di migranti consiste in «the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident» (corsivo aggiunto).

All'articolo 6, il Protocollo prevede inoltre che ai fini della definizione del reato, le attività punibili devono necessariamente indicare l'intenzione, sia essa diretta o indiretta, di ottenere un vantaggio finanziario o altro tipo di vantaggio materiale, a differenza di quanto si è appena detto circa la Direttiva 2002/90 (S. CARRERA, cit.).

Infine, la dottrina ha anche sottolineato come l'eccessiva ambiguità definitoria degli strumenti in esame possa avere un impatto negativo sul diritto di asilo stesso e sugli obblighi internazionali, in quanto la criminalizzazione degli individui e delle attività che prestano assistenza ai richiedenti asilo può di fatto ridurre la portata del diritto stesso a richiedere protezione internazionale (A. PITRONE, cit.).

##### 5. La distinzione tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e aiuto umanitario nelle conclusioni dell'AG: verso una maggiore tutela dell'aiuto umanitario nel diritto UE?

Il precedente paragrafo ha tracciato alcune linee di criticità circa la disciplina del reato di favoreggiamento all'immigrazione irregolare nel diritto dell'Unione e nel *Facilitation Package*.

Si è detto che l'assenza del requisito dello scopo di lucro, unito all'assenza di una definizione delle attività umanitarie, ha un impatto negativo non solo sulle attività umanitarie stesse e sulla loro possibilità di sopravvivenza, ma anche sull'effettività del diritto di asilo stesso.

Ebbene, le conclusioni dell'Avvocato generale nel caso C-821/19, se confermate nella sentenza di merito, potrebbero rappresentare un importante passo verso una interpretazione delle disposizioni del *Facilitation Package* che convergano con gli obblighi internazionali stipulati in sede ONU e con gli obblighi di tutela dell'effettività del diritto di asilo.

Le opinioni in oggetto contengono infatti diversi spunti in tal senso. In primo luogo, come si è illustrato, si sostiene che la normativa ungherese non distingue in modo chiaro e sufficiente l'intento umanitario da quello di favoreggiamento, rendendo di fatto punibili per favoreggiamento tutte le attività di assistenza e soccorso ai richiedenti asilo. L'Avvocato generale infatti afferma scientemente che «la configurazione come reato del sostegno ai richiedenti protezione internazionale potrebbe avere un effetto dissuasivo particolarmente forte per tutte le persone od organizzazioni che, scientemente, tentano di promuovere un

cambiamento della legislazione o un'interpretazione più elastica del diritto nazionale, o anche di sostenere l'incompatibilità del diritto nazionale pertinente con il diritto dell'Unione. D'altronde, far "evolvere" la normativa nazionale o agevolare l'accesso dei richiedenti alla procedura di asilo o al sostegno umanitario, pur essendo molto difficile o, come nel caso di specie, molto probabile che tali richiedenti non soddisfino tutte le condizioni previste dal diritto nazionale per ottenere la protezione internazionale, rientra generalmente negli obiettivi legittimi di un'organizzazione che presta sostegno ai richiedenti protezione internazionale» (par. 36).

Inoltre, e tale elemento è ancor più rilevante, l'Avvocato generale configura il diritto dei richiedenti asilo di consultare organizzazioni o persone che offrono consulenza e assistenza, sancito dagli articoli 8, paragrafo 2, 12, paragrafo 1, lettera c), e dall'articolo 22 della Direttiva 2013/32, nonché dall'articolo 10, paragrafo 4, della Direttiva 2013/33 (Procedure e accoglienza), in quanto composto egualmente dal simmetrico diritto per tali persone o organizzazioni di entrare in contatto con i richiedenti protezione internazionale (par. 28).

In questo senso, indirettamente afferma che l'effettività di tali disposizioni di natura procedurale applicabili al diritto di asilo nel diritto dell'Unione dipende anche ed in larga misura dalla possibilità per tali organizzazioni a carattere "umanitario" di poter svolgere il loro lavoro e le loro attività. In buona sostanza, dunque, l'effettività del diritto di asilo è indissolubilmente legata anche alla possibilità per i richiedenti di consultare a farsi assistere da persone e/o organizzazioni.

Le conclusioni in esame appaiono dunque favorire un rinnovato interesse verso le numerose problematiche della normativa europea e nazionale in materia di lotta all'immigrazione irregolare e, in particolare, del suo impatto sulle attività umanitarie, aprendo forse uno spiraglio verso una maggiore chiarezza circa la liceità delle attività di natura umanitaria e circa la necessità evitare che la lotta all'immigrazione irregolare non avvenga mai a scapito della tutela primaria ed effettiva del diritto di asilo.

FRANCESCA RONDINE