

ISDU, Avenue Beauregard 1, 1700 Friburgo

Segreteria di Stato della migrazione
Dipartimento federale di giustizia e polizia
(DFGP)
Palazzo federale ovest
3003 Berna

Friburgo, 14 novembre 2024

**PARERE NEL QUADRO DELLA CONSULTAZIONE SUL RECEPIMENTO DEL PATTO EUROPEO
SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO**

Egregio signor Consigliere federale,
Gentile signora,

L'Istituzione svizzera per i diritti umani (ISDU) vi ringrazia per averle dato l'opportunità di esprimere il proprio parere sul previsto recepimento del Patto europeo sulla migrazione e l'asilo.

L'ISDU è l'istituzione nazionale indipendente per i diritti umani della Svizzera. Protegge e promuove i diritti umani a livello nazionale in tutti gli ambiti della vita e a tutti i livelli statali. In quanto istituzione nazionale per i diritti umani, opera secondo i Principi di Parigi definiti dalle Nazioni Unite. L'ISDU è un ente di diritto pubblico strutturato in modo analogo a un'associazione. È autonoma e indipendente sul piano politico, istituzionale e ideologico.

L'ISDU ritiene che il recepimento parziale del Patto dell'UE sulla migrazione e l'asilo comporti più rischi che opportunità dal punto di vista dei diritti umani. Uno dei motivi è la forte tendenza a trasferire la responsabilità in materia di diritti umani ad altri Stati europei o non europei. Queste «esternalizzazioni» determinano ulteriori rischi per i diritti umani. Pregiudicano tra l'altro l'accesso a una procedura equa, necessaria per garantire il diritto all'asilo e tutelare dal respingimento. Dal nostro punto di vista, la riforma contribuirebbe inoltre ad accentuare anziché ridurre gli effetti controproducenti insiti nel sistema europeo di migrazione e asilo; infatti gli Stati che, per la loro posizione geografica, registrano un numero di primi ingressi di gran lunga superiore alla media sono incentivati a consentire la migrazione secondaria e a segnalare agli altri Stati Schengen/Dubliino di non essere più in grado di gestire l'arrivo di richiedenti l'asilo.

Siamo consapevoli di quanto il margine di manovra della Svizzera sia limitato dall'associazione a Schengen/Dublino. In quest'ottica riteniamo tanto più importante sfruttare quello disponibile in modo coerente e sistematico per tutelare i diritti delle persone in cerca di protezione.

In virtù del suo ruolo e del suo mandato, nel contesto del Patto dell'UE sulla migrazione e l'asilo l'ISDU potrebbe contribuire al meccanismo di monitoraggio dei diritti fondamentali e dei diritti umani nell'ambito della procedura di accertamento. Di conseguenza ci limitiamo a formulare un parere sul decreto federale che approva e traspone nel diritto svizzero lo scambio di note tra la Svizzera e l'Unione europea concernente il recepimento del regolamento (UE) 2024/1356 che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne.

Impostazione del meccanismo di monitoraggio della procedura di accertamento

Il regolamento (UE) 2024/1356 (di seguito «regolamento sugli accertamenti») introduce una nuova procedura di accertamento a monte di quella principale. Per garantire il rispetto dei diritti fondamentali durante la procedura di accertamento, deve essere creato un meccanismo di monitoraggio indipendente (art. 10 regolamento sugli accertamenti). L'ISDU accoglie con favore la base prevista nell'avamprogetto per la creazione di un tale meccanismo che si applicherebbe da un lato alle procedure di accertamento negli aeroporti (art. 21*b* avamprogetto della legge sull'asilo [AP-LAsi]) e dall'altro alle procedure di accertamento ai valichi di frontiera o sul territorio svizzero (art. 9*d* avamprogetto della legge sugli stranieri e la loro integrazione [AP-LStrI]).

Il regolamento sugli accertamenti prevede la partecipazione al meccanismo di monitoraggio delle istituzioni nazionali dei diritti umani e degli organismi di prevenzione della tortura istituiti nell'ambito dell'OPCAT (art. 10 par. 2 terzo comma (UE) 2024/1356). Nel progetto di recepimento svizzero si rinuncia a menzionare questi due organismi e la determinazione dell'organismo competente è lasciata al Consiglio federale nell'ambito della sua competenza di emanare ordinanze.

L'ISDU desidera esprimere il proprio interesse a partecipare attivamente a questo meccanismo. Come già rilevato, il regolamento sugli accertamenti menziona, oltre alle istituzioni nazionali per i diritti umani, i meccanismi nazionali di prevenzione della tortura quali possibili servizi responsabili per il monitoraggio della procedura di accertamento. In Svizzera questo compito è assunto dalla Commissione nazionale per la prevenzione della tortura (CNPT). L'ISDU e la CNPT lavorano a stretto contatto nel segno di un'efficace collaborazione. L'assunzione congiunta dei compiti del meccanismo di monitoraggio da parte dell'ISDU e della CNPT appare quindi sensata. Da un lato perché le due istituzioni sono menzionate nel regolamento sugli accertamenti, dall'altro e soprattutto perché i loro ruoli si completano in modo ottimale. Oltre a svolgere attività analitiche, la CNPT vanta una grande esperienza in fatto di visite a centri e strutture e riconoscimento di trattamenti disumani e violenze in situazioni di restrizione o privazione della libertà. Dal canto suo l'ISDU, con il suo mandato generale, dispone di un'ampia gamma di strumenti che le permettono di collegare i diversi aspetti attinenti ai diritti umani e di evidenziare problemi strutturali (in particolare per quanto concerne i diritti procedurali, v. sotto).

Grazie a questa complementarità e considerato che il regolamento sugli accertamenti menziona entrambe le istituzioni, ci sembra opportuno valutare la possibilità che la Svizzera preveda già a livello di legge la possibilità di designare queste due istituzioni per il compito di monitoraggio.

Diritti procedurali concernenti la procedura di accertamento

Il meccanismo di monitoraggio avrà necessariamente carattere retrospettivo. Bisogna quindi garantire anche che le persone interessate abbiano la possibilità di esprimersi in corso di procedura e caso per caso, prima che insorgano pregiudizi irreparabili. I diritti procedurali devono essere efficacemente tutelati per poter individuare e affrontare eventuali lacune in casi concreti o a livello strutturale. Pertanto, anche un meccanismo di monitoraggio ben funzionante potrà servire allo scopo solo se nella procedura di accertamento sono garantiti i diritti procedurali alle persone interessate. Proprio a tal riguardo, molti aspetti dell'attuale progetto sono ancora poco chiari o non sufficientemente precisati. Se i diritti procedurali non sono garantiti esplicitamente, sussiste il pericolo che, in seguito, i tribunali li considerino implicitamente esclusi.

I diritti procedurali concernenti la procedura di accertamento riguardano due aspetti: da un lato, la rappresentanza legale in corso di procedura e, dall'altro, le possibilità di ricorso contro il suo esito. Oltre agli aspetti procedurali in senso stretto, si pone anche la questione degli strumenti giuridici che permettano di far esaminare le condizioni di alloggio durante la procedura, in particolare quando queste sono assimilate a una privazione della libertà.

Rappresentanza legale

In determinate circostanze, la procedura di accertamento prefigura elementi essenziali della procedura di asilo vera e propria. Dichiarazioni fatte nel corso della procedura di accertamento sull'esigenza di protezione e l'identità di una persona o sulla sua pericolosità potrebbero tuttavia essere difficilmente rettificabili nel quadro della procedura di asilo. Tutte queste dichiarazioni influiscono però in modo determinante sull'esito della procedura di asilo. Nel quadro di quest'ultima è importante poter accedere a una rappresentanza legale, in particolare da quando sono state introdotte, nel 2019, procedure accelerate e cadenzate. Tale rappresentanza fa da contrappeso all'accelerazione e garantisce che le procedure si svolgano in modo equo. Ora, se gli elementi determinanti per l'esito della procedura di asilo vengono posti già prima della procedura stessa, segnatamente nella procedura di accertamento, è indispensabile che anche per quest'ultima valgano gli stessi diritti in fatto di rappresentanza legale riconosciuti nella procedura di asilo vera e propria.

A escludere questa possibilità è lo stesso progetto posto in consultazione. L'articolo 22 capoverso 7 e l'articolo 102*h* capoverso 1 AP-LAsi stabiliscono che l'accesso alla rappresentanza legale è garantito solo una volta conclusa la procedura di accertamento. In questo modo si apre una fase critica nella quale si prefigurano già elementi determinanti della procedura di asilo, senza che la persona interessata disponga ancora di una rappresentanza legale. Rispetto al vigente articolo 102*h* Lasi, si tratta di un passo indietro che spezza l'equilibrio tra l'accelerazione della procedura e l'efficacia della rappresentanza legale. Quanto vale attualmente per la fase preparatoria della procedura di asilo, dovrebbe applicarsi anche alla procedura di accertamento: fin dall'inizio di quest'ultima andrebbe assegnata una rappresentanza legale. In questo modo sarebbe tra l'altro presa in debito conto la *ratio* dello stesso regolamento, che prevede che le persone sottoposte a

procedura di accertamento abbiano accesso a prestazioni di consulenza (art. 8 par. 6) e a determinate informazioni (art. 11).

All'inizio della procedura di accertamento non è naturalmente dato di sapere se sfocerà o meno in una procedura di asilo vera e propria. Questo presuppone in sé che tutte le persone sottoposte a procedura di accertamento abbiano accesso a una rappresentanza legale.

Via giudiziaria

Il progetto sottoposto a consultazione non precisa come si concluda la procedura di accertamento, se con una decisione formale o meno. La documentazione e il preambolo relativi al regolamento sugli accertamenti (consid. 32 regolamento UE 2034/1356) lasciano supporre che la procedura si concluda in modo informale ossia mediante un mero atto materiale. Alle persone che vi sono sottoposte viene riconosciuta unicamente la facoltà di indicare eventualmente in un modulo che le informazioni rilevate su di loro non sono corrette. L'esito della procedura vincola tuttavia i diritti delle persone interessate, essendo determinante per stabilire a quale procedura vera e propria queste possono accedere e a quali condizioni. La valutazione risultante dalla procedura di accertamento non costituisce nemmeno una decisione preparatoria, dato che chiude una procedura prima che ne venga aperta un'altra (di norma una procedura di asilo). Anche partendo dal presupposto che si tratti di una semplice decisione incidentale, questa deve essere suscettibile di ricorso se può comportare pregiudizi irreparabili (art. 46 PA, cfr. anche DTF 138 V 271 consid. 3, sul rapporto tra pregiudizi di fatto e pregiudizi di diritto, cfr. DTF 137 V 210 consid. 3.4.2.7). Questo potrebbe essere tipicamente il caso nella fattispecie in esame, dato che sarà difficilmente possibile contestare la valutazione versata nella procedura di asilo a partire dalla procedura di accertamento. Nell'ottica della garanzia della via giudiziaria (art. 29a Cost.), è pertanto necessario che la procedura si concluda con una decisione suscettibile di ricorso. Se si insiste nel vedere l'esito della procedura di accertamento come mero atto materiale non destinato ad avere effetti giuridici, fondandosi su di esso le persone interessate potrebbero comunque esigere, in forza dell'articolo 25a PA, una decisione per la quale siano previsti rimedi giuridici. Pertanto, anche in termini di razionalità procedurale, pare opportuno fissare nella legge la possibilità di accedere alla via giudiziaria.

Condizioni di alloggio e privazione della libertà

La procedura di accertamento va effettuata entro sette giorni per le persone rintracciate o presentatesi alla frontiera, ossia nei posti di confine o negli aeroporti, (art. 9b cpv. 1 AP-LStrl e art. 21a cpv. 1 AP-LAsi) ed entro tre giorni per le persone rintracciate sul territorio svizzero (art. 9c, cpv. 1 LStrl). Le persone interessate hanno l'obbligo di «tenersi a disposizione» delle autorità competenti per la durata degli accertamenti (art. 21a cpv. 5 AP-LAsi, art. 9b cpv. 3 AP-LStrl e art. 9c, cpv. 2 AP-LStrl). In pratica ciò significa che, in determinate situazioni, le persone in questione vengono di fatto private della libertà. In questi casi, deve essere possibile far valutare da un giudice la congruità del provvedimento alle stesse condizioni e negli stessi termini di altre forme di privazione della libertà, e quindi nelle ore successive, ma al massimo entro 48 ore (cfr. DTF 136 I 274 consid. 2.2). Solo così si possono in effetti evitare forme di limitazione o di privazione della libertà non consentite (art. 5 CEDU, art. 31 Cost.) o condizioni di detenzione inammissibili.

Slittamento semantico nella versione in lingua tedesca da «*Vulnerabilität*» a «*Schutzbedürftigkeit*»

La versione in lingua tedesca del progetto di recepimento posto in consultazione introduce uno slittamento semantico a nostro avviso problematico. La nozione che nel regolamento sugli accertamenti (art. 8 par. 5 lett. b regolamento UE 2034/1356) è designata come *Vulnerabilität* è rimpiazzata nel progetto (art. 9b cpv. 2 lett. b AP-LStrl e art. 21a cpv. 4 lett. b AP-LAsi) da *Schutzbedürftigkeit*. I due termini non sono però equivalenti.

La nozione di *Vulnerabilität* designa una particolare fragilità e non si riferisce solo alla situazione della persona nel suo Paese di origine, ma anche, in particolare, alla sua situazione e ad eventuali esigenze in corso di procedura o inerenti alle condizioni di alloggio. Il controllo delle vulnerabilità deve permettere di determinare se le persone hanno subito torture o altri trattamenti inumani o degradanti, se sono apolidi o se potrebbero avere esigenze particolari in fatto di condizioni di accoglienza o di procedura (consid. 37 regolamento sugli accertamenti). In quest'ottica, va riservata una particolare attenzione alle donne in gravidanza, alle persone anziane, alle famiglie monoparentali, alle persone con evidenti disabilità, alle persone che hanno subito traumi psicologici o fisici e ai minori non accompagnati (consid. 38 regolamento sugli accertamenti). Inoltre, per tale controllo delle vulnerabilità deve essere impiegato personale specializzato appositamente formato (art. 8 cpv. 9 primo comma regolamento sugli accertamenti).

La nozione di *Schutzbedürftigkeit* può invece essere intesa come il diritto di una persona alla protezione internazionale e si riferisce in questo caso alla situazione della persona nel Paese d'origine (o eventualmente in un Paese di transito) e non alle sue esigenze in corso di procedura o a quelle inerenti alle condizioni di alloggio.

Questo slittamento semantico porta quindi ad anticipare nella procedura di accertamento quanto in realtà costituisce l'oggetto fondamentale della successiva procedura di asilo, ossia l'esame del diritto alla protezione internazionale contro il rimpatrio nello Stato di origine. Lo slittamento semantico nella versione in lingua tedesca accentua quindi considerevolmente le ripercussioni della procedura di accertamento sulla procedura di asilo. Questo effetto non corrisponde alla *voluntas* del regolamento sugli accertamenti (art. 12 regolamento sugli accertamenti) ed è problematico dal punto di vista dei diritti procedurali. Nell'ordinamento svizzero andrebbe quindi recepita la nozione di *Vulnerabilität* senza alcun slittamento semantico.

Raccomandazioni dell'ISDU

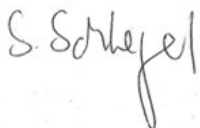
Dato che le procedure di accertamento previste si svolgono in modo molto rapido e possono riguardare persone particolarmente vulnerabili in ragione della loro situazione, l'ISDU ritiene essenziale che siano adottate misure efficaci per la tutela dei diritti umani e dei diritti fondamentali. A questo scopo, il meccanismo di monitoraggio deve essere strutturato in modo accurato e va dotato delle risorse necessarie. L'ISDU desidera quindi richiamare l'attenzione del Consiglio federale sulle condizioni che un meccanismo di monitoraggio efficace dovrebbe soddisfare e raccomanda, nell'attuazione della legge, di tenere in particolare considerazione i seguenti punti intervenendo ove necessario sugli avamprogetti.

- Primo: deve essere garantita l'indipendenza del meccanismo di monitoraggio. Dato che sia l'ISDU sia la CNPT soddisfano i requisiti di indipendenza e si integrano funzionalmente, sarebbe sensata un'attribuzione congiunta a queste due istituzioni dei compiti connessi a tale meccanismo.
- Secondo: le istituzioni incaricate del meccanismo di monitoraggio devono avere accesso all'insieme delle persone, dei luoghi e dei documenti pertinenti (art. 10 par. 2 quinto comma regolamento sugli accertamenti). Ciò vale in particolare anche per gli accertamenti a cui sono sottoposte le persone rintracciate sul territorio svizzero (art. 9c AP-LStrl). Affinché il meccanismo sia efficace, è necessario definire in modo chiaro i processi riguardanti gli accertamenti svolti sulle persone rintracciate sul territorio, incluse le responsabilità e le competenze delle autorità locali. Le istituzioni incaricate del meccanismo di monitoraggio devono poter sapere quali persone vengono sottoposte alla procedura di accertamento, in quali luoghi e in quali momenti.
- Terzo: il meccanismo deve essere dotato di mezzi finanziari adeguati (art. 10 par. 4 e consid. 28 regolamento sugli accertamenti) e delle ulteriori risorse necessarie allo scopo.
- Quarto: il meccanismo dovrebbe avere la facoltà di formulare raccomandazioni annuali al fine di migliorare la tutela dei diritti fondamentali, come previsto dall'articolo 10 paragrafo 2 secondo comma del regolamento sugli accertamenti. Tali raccomandazioni dovrebbero essere sottoposte regolarmente al Consiglio federale nel quadro di un processo di rendicontazione.
- Quinto: la procedura di accertamento dovrebbe prevedere una via giudiziaria e chiudersi quindi con una decisione suscettibile di ricorso.
- Sesto: deve essere garantito che le persone sottoposte a procedura di accertamento abbiano le stesse possibilità di accesso a una rappresentanza legale previste dalla procedura di asilo vera e propria, dato che già nel corso della prima vengono posti elementi decisivi difficilmente rettificabili in seguito.
- Settimo: deve essere evitato lo slittamento semantico da *Vulnerabilität* a *Schutzbedürftigkeit* introdotto dalla versione in lingua tedesca del progetto posto in consultazione, dato che porta ad anticipare nella procedura di accertamento quanto in realtà costituisce l'oggetto fondamentale della successiva procedura di asilo, ossia l'esame del diritto alla protezione internazionale, e rischia di svuotare di senso l'esame delle vulnerabilità. Si potrebbe, per esempio, procedere a un recepimento meno selettivo dell'articolo 10 del regolamento sugli accertamenti (v. anche punto successivo).
- Ottavo: il recepimento frammentario nel progetto posto in consultazione di alcune parti dell'articolo 10 del regolamento sugli accertamenti porta a chiedersi le ragioni per cui queste sono recepite nell'ordinamento svizzero, mentre per altre viene fatto un semplice rimando. Per evitare imprecisioni terminologiche o sostanziali e chiarire in modo inequivocabile la portata del recepimento, l'articolo 10 del regolamento sugli accertamenti dovrebbe essere ripreso integralmente nell'articolo 21b AP-LAsi.

A parere dell'ISDU, solo se questi punti sono soddisfatti potrà essere garantita una tutela efficace dei diritti umani e dei diritti fondamentali nel quadro della procedura di accertamento e sarà possibile adottare eventuali misure correttive in caso di lacune.

Riassumendo, l'ISDU approva l'istituzione di un meccanismo di monitoraggio indipendente per garantire il rispetto dei diritti umani e dei diritti fondamentali nel quadro della procedura di accertamento e propone di parteciparvi attivamente. Per quanto riguarda l'attuazione, attribuisce particolare importanza agli aspetti giuridico-procedurali durante e dopo la procedura di accertamento. Vanno garantiti l'accesso alla rappresentanza legale nonché una decisione trasparente e suscettibile di ricorso, al fine di garantire al meglio i diritti delle persone interessate durante e dopo la procedura di accertamento. Infine, le parti rilevanti del regolamento sugli accertamenti dovrebbero essere recepite direttamente e alla lettera per evitare imprecisioni terminologiche o sostanziali. L'ISDU è convinta che l'attuazione delle sue raccomandazioni possa contribuire in modo efficace alla tutela dei diritti fondamentali nel campo della migrazione e dell'asilo in Svizzera.

Vogliate gradire, egregio signor Consigliere federale, gentili signore e signori, l'espressione della nostra massima stima.



Stefan Schlegel

Direttore