

**La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione:
la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari**

di Alessio Rauti *

(25 luglio 2004)

1. *I diversi "impianti" della legislazione sull'immigrazione e le ultime modifiche apportate dalla l. "Bossi-Fini"*

Con le sentenze nn. 222 e 223 di quest'anno, la Corte costituzionale ritorna ad occuparsi dei meccanismi di limitazione della libertà personale degli stranieri clandestini o irregolari, segnando due ulteriori "tappe" del "cammino" da tempo intrapreso in merito alla legislazione sull'immigrazione. Quest'ultima, tra l'altro, risulta ormai composta da diversi "impianti" normativi succedutisi nel corso degli ultimi anni, spesso ispirati a logiche complessive tra loro distanti, ma ugualmente capaci di mutuare l'uno dall'altro anche gli elementi più discutibili e le previsioni apertamente incostituzionali.

Com'è noto, il testo unico c.d. Turco-Napolitano (D.Lgs. n. 286/1998) nella sua formulazione originaria prevedeva un sistema di espulsione a doppio binario, che poteva realizzarsi in sostanza attraverso l'intimazione a lasciare il territorio italiano o con l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Mentre nel primo caso ad essere incisa risultava la libertà di circolazione e di soggiorno, la seconda "misura" - prevista come eccezione in quanto ad essa si poteva ricorrere solo in determinati casi - è stata più volte considerata di carattere coercitivo (seppure questo non sia sempre stato un dato pacifico; ma, in senso affermativo, v. la sent. n. 105 del 2001) e dunque implicitamente "ancorata" al rispetto delle garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione per la tutela della libertà personale. L'accompagnamento coattivo, inoltre, avrebbe dovuto essere eseguito con immediatezza, residuando la possibilità di trattenere lo straniero presso centri di detenzione amministrativa solo qualora la celerità dell'azione fosse impedita da motivi tassativamente previsti.

Già in relazione a tale normativa si era messa in luce, da parte della dottrina, la violazione dell'art. 13 della Costituzione nella parte in cui si prevedeva che il provvedimento amministrativo con cui si dispone la permanenza in un centro di detenzione fosse comunicato entro 48 ore all'A.G., la quale - secondo lo schema indicato dall'art. 13 Cost. - avrebbe dovuto convalidarlo entro le successive 48 ore. Era evidente, infatti, la presenza in tale previsione di una logica distorta (o rovesciata) del giudizio di convalida, il quale interveniva come elemento finale di una vicenda in cui risultava invertito il rapporto logico/cronologico fra controllo giurisdizionale e provvedimento di limitazione della libertà personale, finendosi dunque per considerare sempre e comunque presupposta quell'urgenza che può normalmente legittimare l'azione delle forze di pubblica sicurezza ai sensi del secondo comma dell'art. 13.

Sebbene l'anomalia riscontrata continuasse a persistere, se non altro la Corte nel frattempo aveva ritenuto, con una interpretativa di rigetto (la già citata sent. n. 105/2001), che «l'atto motivato dell'autorità giudiziaria costituisce il presidio della libertà personale». Di conseguenza, «il diniego di convalida, da parte del giudice, del provvedimento che dispone il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea travolge, insieme con tale provvedimento, anche la misura dell'espulsione, nella sua specifica modalità esecutiva dell'accompagnamento dello straniero alla frontiera a mezzo della forza pubblica». In definitiva, l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto portare al suo esame i motivi che avevano indotto l'amministrazione precedente a disporre la peculiare modalità esecutiva dell'espulsione amministrativa. Un tale controllo, insomma, doveva intendersi «nella sua accezione più piena, secondo quanto imposto dal precetto costituzionale di cui all'art. 1». Benchè la Corte si riferisse precipuamente all'*accompagnamento alla frontiera* quale logico presupposto del trattenimento e non come misura autonoma, tuttavia, come si afferma nella sent. n. 222, «quanto in essa affermato già preannunciava la soluzione di una eventuale questione di legittimità costituzionale che avesse avuto ad oggetto l'accompagnamento alla frontiera quale autonoma misura non legata al trattenimento presso i centri di permanenza temporanei».

Tra l'altro, in relazione a quest'ultima ipotesi, si registrava un vuoto di tutela che ha successivamente spinto il legislatore ad intervenire con il decreto legge n. 51 del 2002, il cui art. 2 - così come modificato in sede di conversione nella legge n. 106 dello stesso anno - prevede l'obbligo del questore di comunicare il provvedimento *de quo* immediatamente e comunque entro quarantotto ore dalla sua adozione al tribunale in composizione monocratica territorialmente

competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. Il tribunale, poi, verificata la sussistenza dei requisiti, può convalidare il provvedimento entro le quarantotto ore successive alla comunicazione. Tuttavia, la normativa *de qua* attribuisce al provvedimento adottato dal questore natura *immediatamente esecutiva* e ciò comporta la possibilità che il giudice sia chiamato a convalidare lo stesso nel momento in cui lo straniero sia stato già materialmente espulso.

A ciò si aggiunga che nel frattempo, pur restando inalterata una tale previsione (già di per sé di dubbia conformità a Costituzione), il legislatore ha completamente modificato il sistema dell'espulsione, prevedendo all'art. 12 della legge n. 289 del 2002, che quest'ultima «è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato» e che la stessa «è sempre eseguita (...) con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica». L'unica eccezione è costituita dai casi in cui lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato quando la validità del permesso di soggiorno è scaduta da più di sessanta giorni e non è stato chiesto il rinnovo (nel qual caso si prevede l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni, salvo il caso in cui il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento).

In altri termini, abbandonato - se non per ipotesi residuali - il sistema del doppio binario, la regola è divenuta ormai l'accompagnamento coattivo alla frontiera, eseguito *immediatamente* salvo il caso in cui ricorra una delle ipotesi ancora attualmente previste dal testo unico del 1998, quale, ad esempio, l'impossibilità di accertare tempestivamente l'identità o la nazionalità dei clandestini o l'attuale indisponibilità di mezzi di trasporto idonei per l'esecuzione dell'accompagnamento. In questi casi, comunque, venuto meno il motivo che legittima la permanenza temporanea, il questore esegue l'espulsione o il respingimento dandone comunicazione al giudice.

Senonchè, mentre nel caso in cui lo straniero venga trattenuto presso il centro di permanenza temporanea, il giudizio di convalida assume i tratti pieni del giudizio *de libertate* - in quanto: non si tratta più, ormai, di una valutazione meramente cartolare; è assicurato il diritto di difesa; l'eventuale esito negativo dello stesso determina l'effetto tipico del giudizio preventivo, ossia la cessazione della limitazione della libertà personale - nel caso invece dell'accompagnamento eseguito *immediatamente* (che dunque si presenta come misura autonoma), la previsione dell'art. 5 *bis* del testo unico del 1998 (introdotto dal decreto legge n. 51 del 2002) determina una vera e propria lesione di diversi parametri costituzionali.

Da ciò traggono origine le diverse ordinanze sollevate dinanzi alla Corte costituzionale, successivamente riunite in un unico giudizio e decise con la sentenza n. 222.

1. La sentenza n. 222 tra ruolo "collaborativo" dei giudici a quibus e timore dell'horror vacui

In merito, il primo elemento da considerare è indubbiamente di carattere processuale, legato alla comprensibile eccezione di inammissibilità avanzata dall'Avvocatura dello Stato in ordine alla presunta *irrelevanza* della questione, considerato che difficilmente la decisione della Corte avrebbe potuto spiegare i suoi effetti, atteso il termine perentorio prescritto dalla Costituzione per il giudizio di convalida. Addirittura, alcune delle questioni sono state sollevate quando già la misura dell'accompagnamento coattivo era stata eseguita e lo straniero materialmente espulso. Proprio in quest'ultimo caso neppure il giudizio stesso di convalida avrebbe potuto spiegare i suoi effetti tipici, ossia la risoluzione dell'efficacia del provvedimento restrittivo. Le censure dell'Avvocatura si appuntano dunque sul difetto di motivazione della rilevanza e, in aggiunta, sulla contraddittorietà della condotta del giudice che solleva la questione nonostante abbia riscontrato la sussistenza dei requisiti per l'adozione e l'esecuzione del provvedimento coercitivo.

Tuttavia, secondo la Corte, «la consistenza (rilevanza) della questione è appunto questa: che sia imposto al giudice di procedere ad una convalida meramente 'cartolare', in base alla sola comunicazione ha inviata dal questore e in assenza dello straniero espulso». A dire il vero, l'indicazione della Consulta non appare logicamente risolutiva dell'eccezione di irrilevanza, visto che comunque la sua decisione non ha affatto sgravato il giudice *a quo* dall'onere di giudicare nel tempo previsto e di farlo nell'ambito di un sistema che riconosce alla sua valutazione una natura meramente "cartolare".

Probabilmente, i giudici costituzionali si accontentano in questo caso della nozione "minimale" di rilevanza - intesa come *ragionevole probabilità di applicazione nel giudizio concreto della norma sulla quale è sollevata la questione* - proprio al fine di entrare nel merito della questione. Del resto, v'è l'evidente necessità di una adeguata tutela di valori costituzionali fondamentali. Sembrerebbe quasi che il bilanciamento operato dal legislatore tra la garanzia della libertà personale e le esigenze ineliminabili di presidio delle frontiere e di contenimento dei flussi migratori si sia rivelato per la Corte

eccessivamente... *sbilanciato* a danno della prima. La nuova "ponderazione" degli interessi in gioco effettuata nelle sentenze in esame ha probabilmente inciso sul "livello" di rilevanza richiesto per la regolare instaurazione del giudizio spingendo la Corte a ritenere sufficiente, a tal fine, l'*applicabilità* della norma censurata al giudizio di convalida, riscontro peraltro decisamente agevole, considerato che proprio dalla doverosa applicazione del comma 5 *bis* dell'art. 13 in esame trae origine in questo caso la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Venendo adesso specificamente alle censure presenti nelle ordinanze di rimessione alla Corte, può notarsi innanzitutto il costante riferimento all'art. 13 della Costituzione, nonché agli articoli 24 e 111, lamentandosi rispettivamente la lesione della libertà personale e del diritto di difesa e di contraddittorio.

Si contesta, insomma, la natura meramente "cartolare" del giudizio di convalida, il quale «non influisce sulla esecutività del provvedimento di accompagnamento immediato alla frontiera» e non contempla alcuna contestazione o audizione dell'interessato, né qualsivoglia forma di contraddittorio o di difesa. Ciò che resta al giudice è solo un controllo formale sul decreto di espulsione - ben distante da quel controllo preventivo, effettivo e pieno della legittimità del provvedimento stesso - che non potrebbe in alcun modo ripristinare la situazione di fatto preesistente al provvedimento dell'autorità di polizia. Anche qualora il giudice convalidasse il decreto di espulsione, l'interessato non avrebbe di fatto possibilità alcuna di impugnazione, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, essendo egli già fuori dal territorio nazionale e difficilmente raggiungibile dal provvedimento. Infine, si potrebbe anche considerare l'evidente disparità di trattamento che intercorre tra l'ipotesi dello straniero *immediatamente* espulso e quella di chi invece viene trattenuto presso uno dei centri di detenzione amministrativa.

Considerate tali premesse, v'è da rilevare in questo specifico caso l'esistenza di una particolare "sintonia" fra giudici *a quibus* e Corte in ordine al rapporto di corrispondenza fra chiesto e pronunciato. Difatti, nelle ordinanze di rimessione si richiede ai giudici costituzionali un intervento decisamente manipolativo - articolato sull'adozione di formule *riduttive* e formule *additive* - ossia, la dichiarazione di illegittimità dell'art. 5 *bis* «nella parte in cui prevede che il provvedimento di espulsione venga eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria e nella parte in cui non prevede che lo straniero colpito dal provvedimento di espulsione sia sentito dal giudice della convalida».

Poiché una tale istanza risulterà poi accolta dalla Corte, ciò conferma ancora una volta non solo la natura decisamente penetrante del controllo sulla non manifesta infondatezza della questione svolto dal giudice (il quale non si limita affatto, come può agevolmente constatarsi, ad una mera delibazione sommaria), ma anche l'ausilio che la stessa Corte può trarre da una formulazione ben costruita dell'ordinanza di rimessione. Si tratta probabilmente di uno di quegli aspetti in cui si manifesta la progressiva collaborazione fra tribunale costituzionale e giudici *a quibus*, nonché il crescente tasso di *diffusione* del giudizio di costituzionalità, al punto che in questi casi specifici sembra essere in presenza di una *co-decisione* o quantomeno di una "proposta" articolata di... *legislazione positiva*.

In effetti, proprio questa richiesta dei giudici della convalida risulta avere un preciso accoglimento non solo in *motivazione*, ma anche nella formulazione del *dispositivo*.

Quanto al primo aspetto, la Consulta ritiene innanzitutto «vanificata la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 della Costituzione, e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria» nelle quarantotto ore successive alla comunicazione da parte del questore. In secondo luogo, si considera «violato il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile, visto che la disposizione censurata non prevede (...) che questi debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza del difensore». Infine, a scanso di futuri equivoci, si chiarisce come tali censure non possono ritenersi «superate facendo ricorso alla tesi del c.d. "doppio binario" di tutela per lo straniero: convalida soltanto 'cartolare' del provvedimento di accompagnamento alla frontiera e successivo ricorso sul decreto di espulsione con adeguate garanzie difensive. Sarebbe infatti elusa la portata prescrittiva dell'art. 13 Cost., giacché il ricorso sul decreto di espulsione (art. 13, comma 8) non garantisce immediatamente e direttamente il bene della libertà personale». Decisamente rilevante è poi la conclusione della Corte, la quale ribadisce come non sia assolutamente «in discussione la discrezionalità del legislatore nel configurare uno schema procedimentale caratterizzato da celerità e articolato sulla sequenza provvedimento di polizia-convalida del giudice».

Quella pronunciata dalla Corte può dirsi dunque una vera propria pronuncia *additiva*, considerato che nel dispositivo la norma *de qua* non è annullata *tout court*, ma dichiarata illegittima «nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa». In particolare, trattasi di una pronuncia "additiva di principio", la quale dunque lascia libero il legislatore

nella individuazione della procedura preferibile; e tuttavia, «quale che sia lo schema prescelto, in esso devono realizzarsi i principi della tutela giurisdizionale. Non può quindi essere eliminato l'effettivo controllo sul provvedimento *de libertate*, né può essere privato l'interessato di ogni garanzia difensiva».

3. (segue): *i rischi conseguenti alla pronuncia della Corte e tentativo di una lettura "costruttiva" e immediatamente applicativa della stessa*

Tuttavia, una volta riconosciuta la necessità della convalida *prima* dell'esecuzione del provvedimento coercitivo e il necessario rispetto delle garanzie di difesa, occorre anche considerare gli effetti destabilizzanti del vuoto creato dalla sentenza *de qua*. Proprio l'esistenza di diverse modalità individuabili dal legislatore per garantire tali aspetti dimostra come successivamente alla pubblicazione della pronuncia in esame potrebbe verificarsi una situazione di *impasse*, in cui non può darsi esecuzione all'espulsione se non dopo la pronuncia di convalida e tuttavia per quest'ultima non risultano individuate le modalità di garanzia del diritto di difesa. Ciò potrebbe seriamente costituire anche un "invito" implicito - rivolto a tutti gli stranieri irregolari - ad approfittare del temporaneo stato di confusione per evitare l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

La stessa Corte, in realtà, sottolinea la necessità di tenere nella giusta considerazione - nella predisposizione della nuova normativa - anche i valori connessi alla sicurezza e al mantenimento dell'ordine pubblico, suscettibili di esser compromessi da flussi immigratori incontrollati. E tuttavia, proprio per evitare lesioni a tali "beni" costituzionali, sarebbe stata probabilmente preferibile una modulazione degli effetti temporali (in particolare, *pro futuro*) della pronuncia *de qua*, lasciando quantomeno al legislatore il tempo necessario per un intervento in via d'urgenza. In particolare, poteva anche adottarsi una sentenza di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", riconoscendo nella relativa motivazione l'illegittimità della norma censurata, senza tuttavia annullare quest'ultima nel dispositivo (appunto, di rigetto), in virtù di un ragionevole bilanciamento tra valori costituzionali e solo «per il momento». A dire il vero, però, una tale soluzione avrebbe forse lasciato eccessivamente scoperta la tutela della libertà personale dello straniero, a meno, invece, di non ipotizzare una pronuncia più articolata, tale da «accoppiare *uno actu*» una decisione di rigetto «fino ad un certo punto» ed una, invece, di accoglimento «a partire da». Scegliendo invece la pronuncia "additiva di principio", la Corte avrebbe anche potuto indicare un *termine* al fine comunque di fissare un margine temporale ben definito per l'intervento del legislatore in conformità alla direttiva fissata, sebbene non sembri che attualmente le forze di Governo abbiano comunque altra possibilità se non quella di rimediare *urgentemente* ai gravi inconvenienti che emergeranno in seguito alla sentenza in esame.

Come che sia di ciò, sono già rilevabili conseguenze aberranti ed estremamente pericolose per il necessario presidio delle frontiere (verosimilmente destinate a protrarsi fino al 6 agosto, data tendenzialmente indicata dalle forze di Governo per l'adozione di un decreto legge) e sembrano verosimili applicazioni "a macchia di leopardo", considerato che cominciano a registrarsi, da un lato, situazioni di Procure in cui sono già state diramate circolari in cui si invitano i magistrati a non convalidare i fermi e, dall'altro, perduranti applicazioni dell'art. 5 *bis* che verosimilmente potrebbero continuare nel periodo transitorio come se la sentenza della Corte risultasse *inutiliter data*.

V'è dunque il rischio di incidere pesantemente anche sul principio di eguaglianza, riservando in via provvisoria agli stranieri un trattamento diverso a seconda del luogo in cui è stato adottato il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera. Si tratta, com'è ovvio, di una situazione patologica, visto che quantomeno la sentenza della Corte richiede il rispetto delle garanzie previste per tutti i casi in cui può essere incisa la libertà personale dello straniero.

Senonché, la situazione, di per sé complessa, potrebbe apparire addirittura paradossale laddove si ritenesse legittimata dalla stessa pronuncia n. 222 una situazione di *impasse* così pericolosa. Difatti, è da ritenere che la Corte abbia evitato di pronunciare una "accoglimento secco" proprio per sfuggire ad una conseguenza ancora più disastrosa per i diritti del singolo, ossia l'abolizione stessa del giudizio di convalida per l'accompagnamento coattivo alla frontiera (considerato quale misura autonoma rispetto al trattenimento presso i centri di detenzione amministrativa). Ma in questo caso si arriverebbe alla situazione assurda per cui, in presenza di una additiva di principio, *non si potrebbe neppure procedere al giudizio di convalida e dunque sarebbe precluso qualsiasi accompagnamento alla frontiera*. Di fronte a problemi così complessi, dovrebbe invece evitarsi qualsiasi effettivo vuoto di disciplina, specie se, come qui può accadere, lo stesso può comportare conseguenze discriminatorie (e la stessa lesione della certezza del diritto) e altresì la perdita di ogni controllo sulla presenza degli stranieri irregolari nel nostro territorio.

Dunque, cercando di ricostruire il principio indicato nella sentenza in esame come *autoapplicativo*, si dovrebbe innanzitutto applicare l'art. 5 *bis* per quanto attiene l'obbligo di comunicazione *immediata* (e comunque non oltre le 48

ore) da parte del questore e il dovere del giudice di convalidare, se sussistono i requisiti, nelle 48 ore successive. Ciò premesso, andrebbe disconosciuta, in conformità alle indicazioni della Corte, la possibilità di eseguire l'accompagnamento alla frontiera *prima* della convalida del giudice.

I problemi consisterebbero a questo punto nell'individuazione dei meccanismi di difesa garantiti allo straniero e nella necessità di "collocare" lo straniero in attesa del provvedimento del giudice. Quanto al primo aspetto, si potrebbero applicare le garanzie previste anche per il giudizio di convalida - così come conformato dalla sentenza n. 105 del 2001 - in relazione al trattenimento presso i centri di detenzione. Ugualmente potrebbe dirsi circa la possibilità di "fermare" lo straniero irregolare presso tali strutture. Difatti, per quanto le due situazioni siano diverse in relazione a diversi aspetti, v'è comunque una *ratio* comune, consistente nella necessità di trattenere lo straniero *nei casi in cui non sia possibile disporre l'accompagnamento alla frontiera con immediatezza*. È pur vero che nel T.U. il trattenimento è ammesso solo in casi tassativamente previsti, ma proprio la sentenza della Corte si può dire abbia *implicitamente introdotto un'ipotesi non prevedibile e dunque la necessità* di un'interpretazione *analogica* che estenda a quest'ultima la disciplina prevista per i casi simili.

Tutto sommato, del resto, considerando che dal momento di richiesta della convalida al giudice decorrono quarantotto ore (cui dovrebbero aggiungersi quelle successive all'atto dell'espulsione e precedenti la stessa richiesta), si potrebbe in tal modo conciliare la necessità di garanzia dell'ordine pubblico con una *ragionevole* limitazione della libertà personale dello straniero, sebbene non può tacersi il serio rischio di un collasso delle strutture di detenzione amministrativa. In merito, tuttavia, sarebbe quanto mai auspicabile una più proficua collaborazione fra Stato, Regioni ed Enti locali, considerato anche che la stessa materia dell'immigrazione, per quanto formalmente riconducibile alla potestà esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, II c., lett. b), rimane comunque un ambito di interesse anche regionale, come del resto risulta anche dal riferimento operato dalla legge costituzionale di riforma del titolo V a "necessarie" forme di coordinamento fra Stato e Regioni in relazione ai complessi problemi posti da questo specifico ambito di disciplina. La presenza di interessi così strettamente congiunti fa sì, insomma, che il problema dell'immigrazione sia da considerare una vera propria «*metamateria*», come tale idoneo a ripresentarsi "trasversalmente" nei diversi campi materiali di competenza statale e regionale.

In definitiva, la sentenza della Corte impone una sorta di sdoppiamento fra l'*adozione* del provvedimento di espulsione e la sua *esecuzione*, potendosi immaginare in via temporanea una sequenza procedimentale di questo tipo: I) adozione dell'atto di espulsione (in questo caso, non più *immediatamente esecutivo*) → II) comunicazione al tribunale (in composizione monocratica) *immediatamente* e comunque non oltre quarantotto ore → III) giudizio di convalida che si svolge con le garanzie del diritto di difesa e si conclude entro le quarantotto ore successive → IV) in caso di convalida del provvedimento, *esecuzione immediata* di quest'ultimo.

Malgrado una tale soluzione appaia inevitabilmente frutto di *specifiche* distinzioni fondate su una lettura *particolarmente* "costruttiva" della sentenza n. 222 e propensa ad un ragionevole "bilanciamento" fra i diversi valori in gioco, non credo comunque che le alternative siano preferibili, visto che si determinerebbe una lesione inaccettabile della libertà personale oppure il verificarsi di una situazione completamente priva di controllo.

Una cosa, però, è certa: dalla dichiarazione di illegittimità dell'art 5 *bis* - nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba intervenire comunque *prima* dell'esecuzione del provvedimento *de libertate* - discende anche l'*incostituzionalità implicita* dello stesso oggetto di giudizio *nella parte in cui prevede sempre e comunque il carattere immediatamente esecutivo del provvedimento* o, se si vuole, *nella parte in cui non subordina l'immediata esecutività del provvedimento all'avvenuta convalida da parte del tribunale in composizione monocratica*.

Si tratta, a questo punto, di restituire ai giudici (e alla stessa responsabilità degli organi amministrativi competenti) il compito di individuare, in questo periodo di transizione, una linea comune capace di conformarsi alle indicazioni di principio della Consulta e allo stesso tempo di non vanificare l'azione di contenimento dei flussi migratori o comunque di controllo della presenza nel nostro Paese degli stranieri irregolari.

4. L'irragionevolezza dell'arresto obbligatorio dello straniero nella sentenza n. 223

Un altro *pilastro* fondamentale della normativa in esame è stato poi, per così dire, "abbattuto" dalla sentenza n. 223. In particolare, la legge 189 del 2002 ha introdotto all'art. 13 del T.U. anche i commi 5-*bis*, 5-*ter*, 5-*quater* e 5-*quinquies*, stabilendo innanzitutto che, laddove non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, ovvero siano trascorsi i termini di permanenza (trenta giorni, prorogabili di ulteriori trenta da parte del

giudice, su richiesta del questore) senza aver eseguito l'espulsione o il respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. Il comma 5-ter prevede poi che in questo caso, laddove l'ordine di allontanamento impartito dal questore venga ad essere disatteso dallo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato, quest'ultimo venga punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e si procede a nuova espulsione, questa volta con accompagnamento coattivo alla frontiera (5-ter). Laddove, nonostante l'esecuzione di quest'ultima misura, lo straniero venga nuovamente trovato nel territorio dello Stato, si prevede la reclusione da uno a quattro anni (5-quater).

Ora, sia nel primo che nel secondo caso, è *obbligatorio* l'arresto dell'autore del fatto e si procede con rito direttissimo (5-quinquies). Sennonché, proprio su quest'ultima previsione - in cui sembrano sovrapporsi due distinte vicende, ossia quella del giudizio di convalida e l'altra, di instaurazione del giudizio direttissimo - sono state sollevate diverse ordinanze, nelle quali si ritrovano censure relative a svariati parametri costituzionali, quali l'art. 3, 13, 27 e 97 della Costituzione.

Alcune di queste sono state poste dalla Corte a fondamento della sua decisione, altre invece sono rimaste, per così dire, "assorbite". In particolare, nella parte motiva si sottolinea come il reato per cui è previsto l'arresto obbligatorio abbia natura contravvenzionale e lo stesso risulti per di più sanzionato con una pena detentiva di gran lunga inferiore a quella per cui il codice ammette la possibilità di disporre misure coercitive (e da qui - come affermano i *giudici a quibus* - ben si potrebbe rilevare «un evidente contrasto con l'art. 3 Cost., sia per il maggior rigore della disciplina censurata rispetto a quella prevista per altri reati contravvenzionali, di pari o maggiore gravità, sia per l'irragionevole equiparazione operata con i gravi delitti elencati nell'art. 389 del codice di procedura penale»). Ciò premesso - e considerata anche l'autonomia tra giudizio di convalida e rito direttissimo, il quale non richiede come condizione necessaria lo stato di detenzione dell'imputato - la Corte rileva innanzitutto la violazione dell'art. 13, sotto il profilo della carenza di quel nesso strumentale fra il procedimento in via d'urgenza - che induce l'autorità di pubblica sicurezza a disporre la limitazione della libertà personale e comunicare il provvedimento all'A.G. - e la possibilità del giudice di adottare misure cautelari. Considerato, infatti, che per tale tipo di reato non è possibile l'adozione di misure cautelari, nè di qualsiasi altra misura coercitiva, il giudice della convalida dovrebbe comunque disporre l'immediata liberazione dell'arrestato, ex art. 391, comma 6, cod. proc. pen., «ove non vi abbia già provveduto il P.M. a norma dell'art. 121 delle norme di attuazione del codice di procedura penale». In definitiva, una tale limitazione provvisoria della libertà personale risulta «priva di qualsiasi funzione processuale ed è quindi, sotto questo aspetto, manifestamente irragionevole».

In secondo luogo, neppure può ravvisarsi una giustificazione di una tale misura considerandola «finalizzata, sia pure impropriamente, ad assicurare l'espulsione amministrativa dello straniero che non abbia ottemperato all'ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato», visto che «un tale procedimento seguirebbe il suo corso a prescindere dall'arresto dello straniero, destinato comunque a rimanere privo di effetti decorso il termine massimo di novantasei ore previsto per la convalida dell'art. 13, terzo comma, Cost.». In aggiunta, poi, la stessa espulsione mediante accompagnamento alla frontiera potrebbe comunque essere assicurata anche in presenza di temporanei problemi pratici legati, ad esempio, al reperimento di un vettore o di un mezzo di trasporto idoneo, trattenendo lo straniero in un centro di detenzione per il periodo strettamente necessario.

In conclusione, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della norma in questione (art. 14, comma 5-quinquies) «nella parte in cui stabilisce che per tale fattispecie di reato è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto». In realtà, benchè la norma in esame preveda come obbligatorio l'arresto nei casi previsti dai commi 5-ter e 5-quater, il dispositivo, relativo al primo, non si estende formalmente anche al secondo, atteso che tutti i giudizi di convalida nel corso dei quali è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale erano comunque relativi soltanto alla prima delle due fattispecie.

Anche qui, comunque, almeno fino a quando mancherà un intervento del legislatore, v'è da aspettarsi una situazione *patologicamente* confusa, in cui la chiarezza delle indicazioni della Corte potrebbe perdersi nell'opacità dell'azione amministrativa. Probabilmente, infatti, a partire dalla pubblicazione della sentenza in esame si potrebbe anche assistere ad una perdurante (e, a questo punto, decisamente illegittima) applicazione della normativa sull'arresto obbligatorio, così come pare emergere da alcune notizie di agenzia. Ma si tratterebbe, ovviamente, di un vero e proprio abuso, per il quale dovrebbero valere tutte le responsabilità del caso.

* Dottorando di ricerca in "Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali" nell'Università di Pisa e Assegnista di ricerca nell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria - arauti@inwind.it

Sul punto, anche per l'analisi di ulteriori profili di incostituzionalità/irragionevolezza e per necessarie indicazioni

bibliografiche, sia consentito rinviare al nostro *Novità in tema di immigrazione: il disegno di legge Bossi-Fini alla sua prima "approvazione"*, in questa stessa *Rivista*.

Cfr. la relazione del Presidente Ruperto sulla giustizia costituzionale nel 2001, consultabile in <http://www.cortecostituzionale.it/>

Cfr. A.Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2004, 175 ss.

Sul punto, anche per notazioni problematiche circa la praticabilità di quest'ipotesi in casi diversi da quelli di diritto transitorio, cfr. A.Ruggeri - A. Spadaro, *op. cit.*, 154 ss.

Sul punto, per opportuni approfondimenti, v. A. Ruggeri-C. Salazar, *"Ombre e nebbia" nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione-immigrazione dopo la riforma del titolo V*, in *Quad. reg.*, 1/2004, 27 ss.

Cfr. L. D'Andrea, *Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità*, in Aa.Vv., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2000, 79 ss.

Cfr. C. Marrone, *Caos nelle questure: che fare degli irregolari?*, in *Corriere della Sera*, 17 Luglio 2003, 6.