

Ritenuto in fatto

1. — Con decreto in data 27 giugno 2008 depositata l'8 ottobre 2008, il Magistrato di Sorveglianza di Firenze rigettava l'istanza proposta nell'interesse di () volta a ottenere l'applicazione dell'espulsione dal territorio dello Stato ai sensi dell'art. 16, comma quinto D. Lgs n. 286/1998, e successive modificazioni (misura peraltro già applicata dall'Ufficio Sorveglianza in data 7 gennaio 2008 e successivamente revocata il 31 marzo), rilevando che il PM presso il Tribunale di Trieste aveva negato il nulla osta all'espulsione in quanto avrebbe determinato grave pregiudizio allo svolgimento delle indagini per un traffico di sostanze stupefacenti, procedimento in relazione al quale il () era stato raggiunto da misura custodiale poi revocata dal Giudice del riesame che non aveva ravvisato, pur nella sufficienza degli indizi, la relativa gravità.

2. — Avverso il citato provvedimento, tramite il difensore di fiducia, ha proposto opposizione depositata in data 15 luglio 2008 presso l'Ufficio di Sorveglianza di Firenze, deducendo la violazione di legge per errato ricorso alla procedura di espulsione ex art 13, commi 3 e 3bis D. Lgs n. 286/98 e alla richiesta di nulla osta, nella procedura in questione non applicabile, e violazione di legge per errata applicazione degli artt. 13 e 14 stesso D Lgs. per essere stato individuato erroneamente nella Procura della Repubblica l'ufficio preposto al rilascio del nulla osta, il cui diniego è stato comunicato oltre i quindici giorni prescritti dalla legge.

Il Tribunale di Sorveglianza di Firenze in data 2 ottobre 2008, dichiarata la propria incompetenza a decidere sull'opposizione, qualificava la stessa come ricorso per cassazione trasmettendo gli atti ai sensi dell'art. 568, comma quinto c.p.p.

Osserva in diritto

3. — Il ricorso è fondato e l'ordinanza impugnata va annullata con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Sorveglianza di Firenze.

3.1. — Come questa Corte ha avuto modo di evidenziare la 'sanzione sostitutiva' dell'espulsione ex art. 16, comma quinto D.Lgs.vo n. 286/98 ha natura amministrativa,

secondo quanto ha stabilito la Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 226 del 2004, e va ricondotta nell'alveo delle misure alternative alla detenzione (e non delle sanzioni amministrative) ancorché debba ritenersi atipica (Sez. 1, Sentenza n. 4429 del 24 gennaio 2006). Tale misura tuttavia non è equiparabile alle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario in quanto volta non a consentire l'inserimento del condannato nel contesto sociale attivo, quanto piuttosto per deflazionare la popolazione carceraria allontanando dal territorio dello Stato quegli stranieri, non appartenenti alla Comunità europea, che non sono in regola con il permesso di soggiorno, purché si tratti di pene contenute (inferiori a due anni di reclusione) e non siano di particolare gravità. Vi è, dunque, nella fattispecie una sorta di rinuncia da parte dello Stato alla pretesa punitiva (sospesa per dieci anni, periodo entro cui il cittadino straniero non deve far rientro clandestinamente nel nostro territorio) a fronte del vantaggio immediato di evitare un sovraffollamento del circuito carcerario.

3.2. — Si osserva ulteriormente che la richiesta dell'interessato di applicazione di questo tipo di espulsione funge da sollecitazione all'AG per l'emissione del provvedimento, e che la parte, nell'ipotesi di diniego (confutandosi sul punto l'opposta conclusione scritta cui è pervenuto il PG), potrà pur sempre proporre ricorso per cassazione, posto che, sebbene il comma sesto D. Lgs.vo n. 286/98 preveda l'opposizione solo avverso il decreto di espulsione quando applicato dall'Autorità giudiziaria, trattasi di provvedimento che attiene allo *status libertatis* del soggetto e pertanto è sempre impugnabile ai sensi dell'art. 111 Cost. e dell'art. 568, comma secondo c.p.p. davanti alla Corte di Cassazione.

3.2. — Qualora dunque lo straniero versi nelle condizioni di legge per poter usufruire della 'sanzione sostitutiva' dell'espulsione ex art. 16, comma quinto D.Lgs.vo n. 286/98 (e pertanto sia identificato, detenuto, si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2 D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, debba scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni' e la condanna non riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dallo stesso D.lgs. citato) è titolare di un diritto ad essere espulso (giusto il chiaro tenore della norma che utilizza l'espressione: 'è disposta l'espulsione') con esclusione di qualsivoglia potere discrezionale da parte del giudice di merito circa

la sua concedibilità o del potere del PM di rilasciare il nulla osta all'emissione del relativo provvedimento. Il comma sesto dell'art. 16 D.lgs. n. 286/1998, che disciplina il profilo procedurale, stabilisce del resto che il magistrato di sorveglianza decida con decreto motivato, senza formalità, 'acquisite le informazioni degli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero' senza disporre che sia richiesto anche il nulla osta, giacché questo, nell'ambito del D.lgs. n. 286/1998, è stabilito a salvaguardia delle esigenze della giurisdizione penale (come nei casi di cui all'art. 13 stesso D.lgs.) qui non riscontrabili.

Ne consegue che deve adottarsi pronuncia ai sensi dell'art. 623 c.p.p. come da dispositivo.

PQM

annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Sorveglianza di Firenze.

Così deciso in Roma, in camera di consiglio, il 18 febbraio 2009