

« OSSERVAZIONE » E TRATTAMENTO NEI CONFRONTI DEGLI IMPUTATI: CRITICA DI UN ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE

CIRO SALTALAMACCHIA (*)

1. — In tema di affidamento in prova al servizio sociale, negli ultimi tempi è insorta un'acuta disputa sul punto se la custodia preventiva sia computabile nel periodo minimo di tre mesi di osservazione richiesto dall'art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354.

La questione riveste notevole interesse sia per i problemi interpretativi che suscita sia, più in generale, per la posizione assunta dalla Corte di cassazione che, da ultimo, ha negato la computabilità della custodia preventiva, con una serie di pronunzie nelle quali può ravvisarsi una linea di tendenza riduttiva nei riguardi della riforma penitenziaria, se non confliggente con contenuti e finalità di quest'ultima.

Si avverte che la presente nota ha soprattutto valore di contributo di esperienza reso da chi vive giorno per giorno la realtà della pratica attuazione della riforma e che essa scaturisce dal radicato convincimento che nella suddetta materia una preponderante rilevanza debba essere assegnata al dato oggettivo costituito da quel magma incandescente che è il carcere, oggi, nel Paese, e che, evidentemente mal si concilia con talune elaborazioni condotte in chiave di mera astrazione.

L'art. 47, nella prima parte del terzo comma, prevede che il provvedimento di affidamento in prova al servizio sociale sia adottato « sulla base dei risultati dell'osservazione della personalità, condotta per almeno tre mesi in istituto ».

(*) Magistrato di sorveglianza presso il Tribunale di Cosenza.

In materia, può considerarsi del tutto prevalente — come si è fatto cenno — l'orientamento, conforme all'ormai costante indirizzo della Cassazione, secondo il quale l'osservazione della personalità per almeno tre mesi è solo quella effettuata nei confronti dei condannati e degli internati, cioè dei soggetti già ritenuti colpevoli di un reato, e, pertanto, per tale osservazione non può essere utilizzato il periodo trascorso dall'imputato in custodia preventiva (ved. Cass., Sez. I, 15 luglio 1980, Toscano, ined.; conf.: Cass., Sez. I, 24 maggio 1978, Branchini, in *Foro It.*, 1979, II, 113, con nota di richiami; Cass., Sez. I, 26 aprile 1979, Talluto, ined.; Sez. I, 25 maggio 1979, Coccia, ined.; Sez. I, 17 gennaio 1980, ined.; Sez. I, 31 marzo 1980, Paparella; in dottrina, BRICOLA, « La misura alternativa alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale », in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 55 ss.; contra, Sez. I, 22 febbraio 1978, Fusilli, in *Giust. pen.*, 1978, III, 211; Sez. I, 13 novembre 1978, Sergio, in *Mass. Cass. pen.*, 1979, 103).

2. — La soluzione ermeneutica privilegiata dalla Corte di cassazione si fonda, in modo precipuo, su due ordini di rilievi. Il primo, che si fa discendere dal letterale dettato dalla legge penitenziaria, attiene al requisito dell'« osservazione ». Si sono all'uopo richiamati l'art. 13 della legge n. 354/1975 e gli artt. 27 e 28 del Regolamento di esecuzione approvato con D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, secondo i quali l'osservazione sarebbe prevista soltanto nei confronti dei soggetti già riconosciuti colpevoli di un reato o in esecuzione di misure di sicurezza.

La Corte ha altresì proceduto alla enucleazione della dicotomia « trattamento » - « trattamento rieducativo ».

Partendo dalla rilevazione delle particolari modalità del trattamento previsto per gli imputati dall'art. 1, comma 5°, della legge, in cui è statuito che « il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva », si è evidenziato come l'art. 1, comma 6°, della medesima legge nonché l'art. 1, comma 2°, del Regolamento postulino per i condannati e gli internati un « trattametno rieducativo ».

In virtù di una tale dicotomia, si è assunto che solo nei confronti dei condannati e degli internati, per i quali è affermata la esigenza del trattamento « rieducativo », può essere ese-

guita la osservazione « scientifica », che resterebbe pertanto esclusa nei confronti degli imputati.

Con il secondo ordine di rilievi, di carattere più generale, la Corte si è, invece, riferita alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2°, Cost., la quale non consentirebbe alcun trattamento né quindi osservazione, dal momento che trattamento ed osservazione postulano un accertamento definitivo di responsabilità; conseguentemente, essi sarebbero esclusi nei confronti degli imputati, di soggetti cioè che non possono essere considerati colpevoli e che quindi si presume non abbiano bisogno di interventi risocializzanti.

Come appare evidente, l'intera impostazione poggia su una differenziazione riconducibile ai differenti *status* di imputato e condannato.

3. — A nostro giudizio, l'anzidetta soluzione non può essere condivisa.

Riteniamo, invero, che il periodo di custodia preventiva può essere utilizzato ai fini dell'osservazione di cui all'art. 47, alla unica condizione che non vi sia stato un eccessivo intervallo di tempo tra la medesima custodia preventiva ed il passaggio in giudicato della sentenza. È chiaro, per quanto attiene a quest'ultima condizione, che si tratterebbe in ogni caso di valutazione di merito non rilevabile in sede di giudizio di legittimità.

D'altro canto, si è dell'avviso che l'attuale indirizzo prevalente della Cassazione non costituisca un invalicabile punto fermo e possa intervenire un ulteriore ripensamento.

Intanto, le ripetute oscillazioni verificatesi sono di già sintomatiche di notevole travaglio interpretativo, che non può considerarsi esaurito.

Ma è ancor più significativo osservare che, nell'unica decisione adeguatamente motivata che sia edita (ved. Cass. 24 maggio 1978, Branchini), è stato posto l'accento sulla esigenza che l'osservazione, per rilevare agli effetti di cui all'art. 47, sia avvenuta in epoca non remota rispetto al provvedimento.

La precisazione è probabilmente scaturita dalla esigenza di arginare il pericolo che si giungesse a ritenere comunque sufficiente un periodo di detenzione di tre mesi, anche se sofferto in epoca remota. E su una tale esigenza si concorda pienamente perché la pur recente storia della riforma ha insegnato come, in questo campo, occorra il massimo rigore e le soluzioni affret-

tate o paternalistiche possano dare forza ad una controriforma che è sempre dietro l'angolo.

Purtuttavia, il fatto che, dalla sottolineatura della esigenza che non vi sia intervallo di tempo tra custodia preventiva e carcerazione per espiazione di pena, la Cassazione sia giunta ad escludere *tout court* la computabilità della medesima custodia preventiva, appare idoneo a suffragare il convincimento che sia intervenuta nella specie una sorta di amplificazione applicativa, che è forse ascrivibile a motivi di politica criminale in senso lato.

Dal rilevato passaggio scaturiscono, poi, la previsione e lo auspicio che sulla questione possa esservi un ripensamento, una volta che ci si sarà avveduti della forzatura operata e come le ragioni di politica criminale non abbiano nulla da spartire con contenuti e finalità della riforma carceraria.

4. — Le motivazioni adottate dalla Suprema Corte appaiono agevolmente confutabili.

L'argomento letterale, nel quale può cogliersi un'ispirazione del tutto formalistica, è contrastato dai molteplici rilievi ugualmente desumibili dal letterale tenore dell'ordinamento penitenziario.

Non si contesta che l'osservazione scientifica sia prevista solo per i condannati e gli internati, né il valore della dicotomia trattamento - trattamento rieducativo, così come è stata enucleata.

Resta fermo, però, che gli artt. 1 della Legge e del Regolamento espressamente ipotizzano il trattamento anche nei confronti degli imputati, sia pure con le specifiche connotazioni che la posizione giuridica di questi ultimi suggerisce.

Dunque, poiché « trattamento » è praticabile per gli imputati, se ne deduce che esso deve essere preceduto dall'osservazione. Altrimenti, non si comprende in base a quali dati o elementi il trattamento possa essere praticato.

A conforto della tesi qui sostenuta soccorrono, altresì, ulteriori argomenti, anch'essi avvalorati dalla lettera della legge.

Il richiamato art. 47, infatti, disciplina il requisito della (semplice) osservazione nei confronti dei soggetti aspiranti alla concessione dell'affidamento al servizio sociale, senza alcun riferimento ad eventuale osservazione scientifica. Ma, se vale la equazione « osservazione scientifica - trattamento rieducativo »

non può non individuarsi l'altra equazione « osservazione-trattamento ».

Ed invero si è già osservato come gli imputati siano comunque assoggettabili a trattamento (non rieducativo) e come questo sarebbe una mera astrazione se non fosse preceduto da una qualsiasi osservazione, pur convenendo sul punto che l'osservazione scientifica è prevista solo nei confronti dei soggetti già giudicati definitivamente.

Ordunque, alla stregua del disposto dell'art. 47 che ipotizza, appunto, il requisito dell'osservazione (semplice), atteso che gli imputati sono assoggettabili a trattamento, la medesima equazione osservazione-trattamento consente di formulare la conclusione che i periodi trascorsi in stato di custodia preventiva possono essere computati ai fini dell'osservazione di cui all'art. 47.

L'osservazione nei confronti di tutti i detenuti è, d'altro canto, espressamente regolata dall'art. 26, comma 5°, del Regolamento, dal quale è previsto che « allo scadere di ogni semestre di custodia preventiva e di pena detentiva, nella cartella personale di ciascun detenuto è annotato il giudizio espresso dalla direzione sugli elementi indicati nel secondo comma dell'art. 94 ».

Ora, sebbene la citata norma contenga la specificazione degli elementi da valutare per la concessione delle riduzioni di pena per la liberazione anticipata, ciò non può sminuire il valore del richiamo contenuto nell'art. 26, che, a meno che non si voglia accedere ad una inammissibile interpretazione contraria all'imputato, pone la fondamentale esigenza di una osservazione da compiersi nei confronti di tutti i detenuti e da utilizzare per qualsiasi esigenza compatibile con le finalità della legge.

La ragione dell'applicabilità del principio in tema di affidamento in prova al servizio sociale deriva, anzitutto, dalla interpretazione sistematica, per la evidente analogia della materia. Ma vi è anche da rilevare che la concessione della liberazione anticipata è condizionata alla sussistenza del requisito della partecipazione all'opera di rieducazione e dev'essere, pertanto, fondata su un'approfondita osservazione che, per quanto si è visto, vale anche nei confronti degli imputati. Ciò posto, non si vede perché la medesima osservazione non possa, poi, valere, nel silenzio della legge, ai fini di cui al più volte menzionato art. 47.

Per quanto concerne la seconda argomentazione, sembra veramente incongruo il richiamo all'art. 27, comma 2°, Cost.,

se diretto ad avallare la tesi della sostanziale diversità, agli effetti che ne occupano, degli *status* di imputato e condannato e, quindi, della non computabilità della carcerazione preventiva. Il principio costituzionale ha carattere interpretativo e programmatico ed è rivolto, da un lato, a valorizzare il *favor libertatis* e, dall'altro, a neutralizzare ogni prevenzione contraria all'imputato.

La filosofia espressa dall'art. 27 non può essere capovolta, sì da rovesciare completamente il principio di non colpevolezza. In altri termini, non vi è chi non veda come con la citata norma costituzionale si sia inteso soprattutto circondare delle massime garanzie la condizione dell'imputato. Per contro, la soluzione adottata dalla Cassazione, dal momento che ne diminuisce la capacità e stabilisce una prevenzione contraria al medesimo imputato, urta contro il *favor libertatis* e si pone, quindi, in contrasto con il dettato garantistico che è espresso dalla norma costituzionale.

Ma anche qui soccorre un rilievo che discende dalla normativa vigente.

Com'è noto, con la introduzione del quinto comma dell'art. 271 cod. proc. pen. a seguito della novella del 1955, si è pervenuti al riconoscimento della detraibilità della custodia preventiva, anche se subita per altro reato, dalla pena in corso di espiazione, all'unica condizione della posteriorità della carcerazione preventiva rispetto al fatto-reato per il quale è stata irrogata la pena (ved., Cass., Sez. V, 29 dicembre 1977, P.M. c. Argentin, in *Giust. Pen.* 1979, III, 73).

Da tale norma — la cui collocazione nella disciplina processuale non ne elimina il contenuto prevalentemente sostanziale, del resto sancito dall'espresso collegamento con l'art. 137 cod. pen. — si desume la sostanziale equiparazione, perlomeno « pro reo », tra custodia preventiva e carcerazione per espiazione di pena.

Sul piano pratico, poi, la equiparazione appare tanto più giustificata nell'attuale momento giudiziario, in cui, anche a seguito di talune leggi « eccezionali », si verifica la costante dilatazione dell'istituto della custodia preventiva, che, da *extrema ratio*, è divenuta una nuova specie di sanzione detentiva, sia pure anticipata. Ma, se la custodia preventiva è divenuta una nuova figura di sanzione detentiva, non può delinearsene un contenuto esclusivamente afflittivo e privo di ogni finalità di

trattamento. Altrimenti, si configurerebbe un insormontabile contrasto con il principio di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., che come consaputo, assegna alla sanzione-pena funzione rieducativa.

5. — Ulteriori argomenti, a sostegno della tesi che qui si intende avallare, si rinvencono sul piano della prassi, alla luce della pratica attuazione che la riforma penitenziaria ha sinora ricevuto, previa una doverosa ricognizione della realtà-carcere.

Non può invero obliterarsi il dato costituito dall'attuale situazione carceraria, che è tale da non consentire sia operata alcuna distinzione, in fatto di osservazione, trattamento ed a qualsiasi livello, nei confronti degli imputati e dei condannati, tutti coinvolti in una condizione di totale promiscuità.

Per restare in termini più vicini alla questione dibattuta, è doveroso convenire sulla sostanziale analogia dei regimi cui sono sottoposti in carcere l'imputato ed il condannato. Se di ciò non si tiene conto, si potrà compiere un'operazione di alta chirurgia giuridica, ma si prescindere dai fatti, che sono e devono essere il fondamento di qualsiasi provvedimento giudiziario.

6. — Sembra, tuttavia, opportuno precisare che la linea interpretativa da noi privilegiata, in contrasto con l'indirizzo della Cassazione, merita taluni approfondimenti, per quanto attiene alle condizioni che devono realizzarsi perché la custodia preventiva possa costituire oggetto di osservazione.

Condizione fondamentale, come si è fatto cenno, è che l'osservazione non sia avvenuta in epoca remota rispetto al provvedimento. Osservazione utile non può essere che quella effettuata in un periodo temporale immediatamente precedente la data della decisione, non potendo il giudizio sul soggetto essere effettuato con riferimento ad elementi che, a causa del tempo trascorso, potrebbero rilevarsi non più attuali e, comunque, superati.

La diversa disciplina dell'osservazione e del trattamento come configurata rispettivamente nei confronti degli imputati e dei condannati — per i quali ultimi, come si è visto, si è prospettata la equazione osservazione scientifica-trattamento rieducativo — è, peraltro, idonea a legittimare la esigibilità di un *quid pluris* in fatto di dati concreti emergenti dall'osservazione e dal trattamento degli imputati. E tale *quid pluris* può essere,

ad esempio, indicato nella medesima richiesta da parte dell'imputato o nella spontanea adesione alle finalità dell'osservazione e del trattamento.

Deve restare comunque ben fermo che ove osservazione e trattamento siano stati compiuti, di essi, all'atto dell'emissione del provvedimento, si potrà e si dovrà tenere conto, al di là di ogni dibattito interpretativo.

RIASSUNTO

In tema di affidamento in prova al servizio sociale si discute se la custodia preventiva sia computabile nel periodo minimo di osservazione di tre mesi richiesto dall'art. 47 della legge n. 354/1975 per l'affidamento in prova al servizio sociale.

La Corte di cassazione, dopo alcune iniziali oscillazioni, ha assunto sul punto un orientamento costante che esclude la computabilità della carcerazione preventiva ed appare dettato dalla strutturale diversità delle posizioni e prerogative del detenuto-imputato e del detenuto-condannato. Da tale diversità si è fatta discendere la impossibilità dell'osservazione nei confronti degli imputati.

La tesi della suprema Corte si fonda sul tenore letterale della vigente normativa in materia penitenziaria, che disciplina la osservazione scientifica della personalità solo nei confronti dei condannati e fa altresì richiamo alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, 2° comma, Cost., la quale non consentirebbe alcuna osservazione in ordine agli imputati, non essendo intervenuto per questi ultimi un definitivo accertamento della responsabilità.

L'Autore assume una posizione estremamente critica nei confronti di un tale orientamento, che si colloca in una linea di tendenza riduttiva ed elusiva dei contenuti della riforma carceraria.

Gli argomenti formali sono confutabili sullo stesso piano della lettera della legge che, se postula la osservazione per l'affidamento in prova al servizio sociale, non esclude che osservazione sia eseguita nei confronti del detenuto-imputato.

È del pari contraddetto il richiamo all'art. 27 Cost., per il fatto che la presunzione di non colpevolezza, che è diretta a valorizzare il *favor libertatis*, non può dare luogo ad una prevenzione contraria all'imputato, come invece si verifica ove si aderisca alla tesi accolta dalla Cassazione.

Sul piano della prassi, la distinzione fra imputato e condannato appare ancor meno giustificabile alla luce della attuale realtà carceraria, nella quale non è realizzata, nè realizzabile, alcuna separazione tra i diversi soggetti detenuti.

Ai fini di una più corretta applicazione dell'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale si auspica, pertanto, un ulteriore ripensamento della Cassazione, che sancisca la eseguibilità della osservazione anche nei confronti dei detenuti imputati.

Sono, peraltro, da individuare concrete correzioni le quali, da un lato, legittimino la estensione applicativa e, dall'altro, ostacolino una generalizzata utilizzazione, per quanto attiene la osservazione richiesta dall'art. 47, di qualsiasi periodo trascorso in custodia preventiva.

A tal proposito, a titolo di proposta e di esemplificazione, possono richiedersi le seguenti condizioni: 1) che la osservazione sia avvenuta in un intervallo di tempo immediatamente precedente la decisione in tema di affidamento; 2) che la osservazione dell'imputato sia preceduta da esplicita richiesta dell'interessato; 3) che quanto meno, sia intervenuta la spontanea adesione del medesimo imputato; 4) che, in ogni caso, se osservazione sia avvenuta, di essa, in sede di decisione, sia doveroso tener conto.

RESUME

En matière de probation sous contrôle du service social, on se demande si l'on doit tenir compte de la période de détention préventive pour le calcul de la période minimale d'observation prévue par l'art. 47 de la loi n. 354/1975 sur la probation sous contrôle du service social.

La Cour de Cassation, après quelques oscillations initiales, a adopté une orientation constante à ce sujet, excluant la possibilité de tenir compte de la détention préventive, et apparemment dictée par la diversité structurelle des positions et prérogatives du détenu-accusé et du détenu-condamné. On a déduit de cette diversité l'impossibilité de toute observation des accusés.

La thèse de la Cour suprême est basée sur la lettre de la norme en vigueur en matière pénitentiaire, qui régit l'observation scientifique de la personnalité uniquement envers les condamnés, et se réfère en outre à la présomption de non culpabilité prévue à l'art. 27, 2ème alinéa, de la Constitution, qui n'autoriserait aucune observation des accusés, ceux-ci n'ayant pas encore été définitivement reconnus coupables.

L'Auteur est extrêmement critique envers cette orientation qui se situe sur une ligne de tendance réductrice et évasive quant au contenu de la réforme pénitentiaire.

Les arguments formels sont réfutables sur le plan même de la lettre de la loi laquelle, si elle postule l'observation pour la probation sous contrôle du service social, n'exclut pas l'observation envers le détenu-accusé.

De même, la référence à l'art. 27 de la Constitution est contestée du fait que la présomption de non culpabilité, visant à valoriser la *favor libertatis* ne peut donner lieu à une prévention contraire à l'accusé, comme c'est par contre le cas si l'on admet la thèse de la Cassation.

Sur le plan de la pratique, la distinction entre accusé et condamné apparaît encore moins justifiable à la lumière de la réalité pénitentiaire actuelle, où il n'existe, ni ne pourrait exister, aucune séparation entre les différents détenus.

Pour une application plus correcte de la probation sous contrôle du service social, il est donc souhaitable que la Cassation réexamine sa position et sanctionne également l'observation sur les détenus accusés.

En outre, des corrections concrètes devront être définies afin, d'une part, de légitimer l'extension du champ d'application, et d'autre part, de s'opposer à un usage généralisé, en ce qui concerne l'observation prévue par l'art. 47, de n'importe quelle période de détention préventive.

A cet égard, et à titre de proposition et d'exemple, on pourrait poser les conditions suivantes: 1) que l'observation ait eu lieu dans un laps de temps immédiatement précédant la décision concernant la probation; 2) que l'observation de l'accusé soit précédée par une demande explicite de la part de l'intéressé; 3) que l'accusé ait au moins marqué spontanément son accord; 4) qu'en tout cas, si l'observation a eu lieu, il en soit dûment tenu compte au moment de la décision.

SUMMARY

On the subject of assignment to the Social Service for a period of observation, the question is being debated whether preventive custody shall be included in the minimum period of three months laid down in Art. 47 of Law No. 354 of 1975 in cases of assignment to the Social Service.

After some initial hesitation, the Court of Cassation has come out with a firm line which rules out the possibility of preventive custody being taken into account for the purpose of calculating the period of observation. This attitude appears to be dictated by structural differences between the position and the prerogatives of prisoners awaiting trial and those of prisoners who have already been sentenced. It is this difference which is preventing prisoners awaiting trial from being placed under observation.

The assumption of the Supreme Court is based on a literal interpretation of current prison legislation, which provides for scientific personality observation only in the case of prisoners who have been sentenced, and also refers to the presumption of innocence laid down in Article 27, paragraph 2, of the Constitution. This would rule out any observation for prisoners awaiting trial, whose guilt has not been definitely established.

The Author's attitude towards this trend is extremely critical, since it tends to limit and elude the content of the prison reform. The formal arguments can be disproved even by a literal interpretation of the law, which makes provision for assignment to the Social Service for a period of observation but without specifically ruling out observation for prisoners awaiting trial.

The Author also contests the reference to Article 27 of the Constitution on the grounds that the presumption of innocence, which is designed to make the most of *favor libertatis*, must not be used to create bias against the accused. Acceptance of the Supreme Court's assumption would in fact mean just that.

On a practical level the distinction between a prisoner awaiting trial and a sentenced prisoner appears even less justifiable in the light of the present prison situation, in which a separation between the various types of prisoner is neither provided for nor capable of being achieved.

In order to ensure a more correct application of the system of assignment to the Social Service for observation, the author expresses the hope that the Court of Cassation will give the matter further consideration and ensure that prisoners awaiting trial likewise qualify for observation.

Some changes have in fact been made. On the one hand they do provide for a more extensive application of the system of observation, but on the other they hinder a generalized use of any period of preventive detention insofar as the observation required under Article 47 is concerned.

The following conditions could for example be established, which the author advances in the form of a proposal: (1) that observation takes place during a period immediately preceding the decision with regard to assignment; (2) that observation of a prisoner awaiting trial is preceded by a specific request on the part of the prisoner; (3) that observation is accepted by the prisoner of his own free will; (4) that due account is taken of any observation when judgment is pronounced.

RESUMEN

En lo que respecta al tema de la fianza a prueba al servicio social se discute si la custodia preventiva es computable en el período mínimo de observación de tres meses requerido por el artículo 47 de la ley n. 354/1975 para la fianza a prueba al servicio social.

La Corte Suprema, después de algunas vacilaciones iniciales, ha asumido sobre este punto una orientación constante que excluye la computabilidad de la encarcelación preventiva y que surge dictada por la diversidad estructural de las posiciones y prerrogativas del detenido-imputado y del detenido-condenado. De tal diversidad se ha hecho derivar la imposibilidad de la observación en lo que respecta a los imputados.

La tesis de la Suprema Corte se funda sobre el tenor literal de la normativa vigente en materia penitenciaria, que reglamenta la observación científica de la personalidad solamente en lo que respecta a los condenados, y hace también referencia a la presunción de no culpabilidad mencionada en el art. 27, c. 2, Cost., la cual no consentiría ninguna observación en lo que respecta a los imputados, si no hubiese existido una definitiva verificación de la responsabilidad para estos últimos.

El Autor asume una posición extremadamente crítica en lo que respecta a dicha orientación, que se coloca en una línea de tendencia reductiva y evasiva de los contenidos de la reforma carcelaria.

Los argumentos formales son refutables dentro del mismo plano de la letra de la ley que, si postula la observación para la fianza a prueba al servicio social, no excluye qué observación para la fianza a prueba al servicio social, no excluye qué observación se deba seguir en lo que respecta al detenido-imputado.

Del mismo modo se contradice el reclamo al artículo 27 Cost., por el hecho que la presunción de no culpabilidad, dirigida a valorizar el *favor libertatis*, no puede dar lugar a una prevención contraria al imputado, como se verifica en cambio en los casos en que se adhiera a la tesis admitida por la Suprema Corte.

Dentro del plano de la praxis, la distinción entre imputado y condenado aparece todavía menos justificable a la luz de la realidad carcelaria actual, en la cual no se ha realizado, ni es realizable, ninguna separación entre los diversos sujetos detenidos.

A los fines de una aplicación correcta del instituto de fianza a prueba al servicio social se espera, por lo tanto, una reflexión ulterior del Tribunal Supremo, que sancione la posibilidad de ejecución de la observación también en relación con los detenidos imputados.

Sin embargo, se deben individualizar correcciones concretas que, por un lado, legitimen la extensión aplicativa y, por otro, obstaculicen una utilización generalizada, en lo que respecta a la observación solicitada por el artículo 47, de cualquier período transcurrido en custodia preventiva.

Con tal propósito, a título de propuesta y de ejemplificación, se pueden solicitar las siguientes condiciones: 1) que la observación ocurra en un intervalo de tiempo inmediatamente precedente a la decisión del tema de la fianza; 2) que la observación del imputado sea precedida por un pedido explícito del interesado; 3) que por lo menos, pueda intervenir la adhesión espontánea del mismo imputado; 4) que, en cualquier caso, si ocurre una observación, en sede de decisión, sea obligación tener en cuenta a la misma.

ZUSAMMENFASSUNG

Zum Thema, Häftlinge zur Bewährungsprobe der Sozialfürsorge anzuvertrauen, setzt man sich mit der Frage auseinander, ob die Untersuchungshaft bei einer von Artikel 47, Gestz Nr. 354/1975 vorgesehenen Dauer von mindestens dreimonatiger Aufsichtshaft der Bewährungsprobe angerechnet werden kann.

Der Kassationshof hat nach anfänglichem Wankelmut den festen Beschluss gefasst, der die Anrechnung der Untersuchungshaft ausschliesst, was auf die unterschiedliche Stellung und Rechte des Häftlings zurückzuführen ist, d.h. ob es sich um einen Angeklagten oder um einen Verurteilten handelt. Diese Unterscheidung macht eine Aufsichtshaft für Angeklagte unmöglich.

Die These des Hohen Gerichts stützt sich auf den schriftlichen Wortlaut der gültigen Strafvollzugsnorm, die eine Aufsichtshaft zur Untersuchung der Charaktereigenschaften nur für Verurteilte vorsieht und auf die Vermutung der Nicht-Schuldigkeit laut Artikel 27, Absatz 2 der Verfassung hinweist, die keine Aufsichtshaft von Angeklagten erlaubt, da noch kein definitiver Nachweis ihrer Verantwortlichkeit erbracht worden ist.

Der Verfasser steht dieser Einstellung äusserst kritisch gegenüber, da sie Tendenzen folgt, die von den Inhalten der Gefängnisreform abweichen oder sie reduzieren.

Die formalen Argumente sind auch durch den Wortlaut des Gesetzes widerlegbar, das, indem es die Aufsichtshaft für Häftlinge fordert, die der Sozialfürsorge anvertraut werden, die Aufsichtshaft für den Häftling-Verurteilten nicht ausschliesst.

Die Berufung auf Artikel 27 der Verfassung wird ausserdem widerlegt, weil die Vermutung der Nicht-Schuldigkeit, die den *favor libertatis* hervorheben soll, nicht zu einer Prävention Anlass geben kann, der der Angeklagte nicht zustimmt. Das ist aber der Fall, wenn man der These des Kassationshofs beipflichtet.

Was die Praxis anbelangt, scheint die Unterscheidung zwischen Angeklagten und Verurteilten angesichts der gegenwärtigen Gefängnissituation noch weniger gerechtfertigt zu sein, weil keine Trennung zwischen den verschiedenen Häftlingen durchgeführt wurde und auch nicht durchführbar zu sein scheint. Um eine korrektere Anwendung der Einrichtung einer probeweisen Aufsichtshaft durch die Sozialfürsorge zu erzielen, wird es für wünschenswert erachtet, dass der Kassationshof seine These überdenkt und die Durchführbarkeit der Aufsichtshaft für Häftlingen-Angeklagte beschliesst.

Es müssen ausserdem konkrete Änderungen vorgenommen werden, die einerseits eine Ausdehnung der Anwendung legitimieren und andererseits den verallgemeinerten Gebrauch behindern, was die von Artikel 47 geforderte Aufsichtshaft anbelangt, die für einen beliebig langen Zeitraum in Untersuchungshaft verbracht worden ist.

In diesem Zusammenhang werden folgende Bedingungen gestellt, die als Vorschläge und Beispiele zu verstehen sind:

1. Dass die Aufsichtshaft zu einem Zeitpunkt stattgefunden hat, der vor der Entscheidung für die Bewährung lag.

2. Dass die Aufsichtshaft ausdrücklichen und vorherigen Wunsch des Angeklagten erfolgte.

3. Dass der Angeklagte zumindest freiwillig sein Einverständnis gegeben hat.

4. Dass, wenn eine Aufsichtshaft stattgefunden hat, diese in jedem Fall von der Entscheidung treffenden Instanz berücksichtigt wird.