

RISTRUTTURAZIONE DEL PROCESSO PENALE E NUOVA IDENTITÀ DEL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA (*)

ELVIO FASSONE (**)

Un tentativo di bilancio sulla riforma penitenziaria a sette anni dalla sua entrata in vigore, un « che fare? » che i Magistrati di sorveglianza rivolgono a se stessi in un momento di riflessione collettiva, non possono prescindere dallo sforzo di cogliere preventivamente le linee portanti di un vistoso fenomeno di assestamento, quale sta attraversando da anni il nostro sistema penitenziario globalmente considerato.

Noi siamo avvezzi a dire che il processo penale è in crisi, anzi ormai la voce « bancarotta » ha sopraffatto le diagnosi più ovattate, introducendo un connotato di insanabile fallimento anche in quegli eventuali residui di ottimismo e di transitorietà che potevano aleggiare nel concetto di crisi. Ebbene, penso che la valutazione non sia esatta. Il processo penale è certamente fallimentare rispetto ai suoi fini dichiarati ed ufficiali; non lo è affatto rispetto a quelli effettivi ed occulti. Esso è senz'altro impari rispetto al perseguimento di tutti i reati che dichiara di voler reprimere, e sempre più lo sarà in futuro ove proseguano gli attuali *trend* evolutivi; ma è decentemente efficace rispetto agli scopi più circoscritti che si è venuto assegnando nell'ultimo decennio.

(*) Il presente scritto riproduce, con variazioni non di sostanza, la relazione introduttiva tenuta al Convegno per Magistrati di sorveglianza, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, e svoltosi in Castelgandolfo nei giorni 12-14 marzo 1982.

Dato il carattere di conversazione, le note hanno semplice funzione illustrativa, e non di corredo bibliografico.

(**) Magistrato di Tribunale.

Il fenomeno del ritirarsi su obiettivi più limitati, concentrando su di essi forze e risorse, è ben noto in altri campi, e suole ricevere il nome di ristrutturazione: e di ristrutturazione, appunto, penso possa parlarsi nel processo penale moderno. Essa si esprime secondo due linee fondamentali: da un lato si constata l'abbandono della ricerca della sanzione come momento tipico e qualificante della funzione penale, ed il correlativo diffondersi del processo stesso come pena (con le parallele distorsioni afflittive, quali la carcerazione preventiva, il discredito sociale anticipato, la criminalizzazione suppletiva operata dai « mass-media », e così via). Dall'altro lato si verifica l'abbandono di aree crescenti di penalizzazione, e la pedissequa applicazione delle forze su territori più ristretti, scelti ad emblema del funzionamento dell'intero apparato.

Il primo fenomeno è estraneo alle presenti riflessioni, e ne faccio menzione unicamente perché ha in comune con l'altro lo scarto dalle garanzie e dalle finalità costituzionali. Il secondo è quello che più ci interessa in questa sede, ed esige approfondimenti.

Il primo aspetto della ristrutturazione in atto è, dunque, l'abbandono dell'intervento penale in un numero crescente di situazioni, ieri considerate significative, oggi abbandonate di fatto al penalmente insignificante.

Il pensiero corre con immediatezza alle ripetute leggi di depenalizzazione che si sono susseguite nell'ultimo quindicennio (1): ma sbaglierebbe di gran lunga chi pensasse ad esse come alla principale causa di contrazione della sanzione penale.

A tacere del fatto che ogni legge di depenalizzazione è ampiamente compensata dall'estendersi della penalizzazione in aree nuove, è notorio che gli effetti concreti prodotti da tali leggi — in termini di sfollamento di carceri — sono stati irrilevanti, poiché la depenalizzazione agisce, per definizione, su fattispecie in ordine alle quali è minimo l'allarme sociale, e perciò minima la repressione concreta.

(1) Possono essere ricordate le più importanti: la legge 3 maggio 1967, n. 317 in materia di violazioni sulla circolazione stradale; la legge 9 ottobre 1967, n. 950 in materia di polizia ferroviaria; il D.P.R. 29 dicembre 1969, n. 1228 in tema di trasporto di merci; e le leggi 24 dicembre 1975, n. 706 e 24 novembre 1981, n. 689 a contenuto generalizzato.

Quella che, viceversa, ha avuto massiccia incidenza è la c.d. depenalizzazione occulta, introdotta a partire dal 1974, della quale poco si parla a livello di indagine scientifica, ma che è ben nota agli operatori giudiziari. Il D.L. 11 aprile 1974, n. 99, attraverso l'amplissimo bilanciamento delle circostanze reso possibile dalla nuova formulazione dell'art. 69 cod. pen., ha comportato il declassamento di numerosi reati in termini di prescrizione più ristretti, dal momento che, nel caso di concorso di circostanze aggravanti ed attenuanti, si applicano le disposizioni dell'art. 69 cod. pen. al fine di individuare il tempo necessario a prescrivere (art. 157, 2° e 3° comma cod. pen.): e ciò significa, con i tempi lunghi del processo e la prassi di abbondanza nelle circostanze attenuanti, l'avvio a prescrizione di una massa enorme di reati di modesta entità (2).

La nuova disciplina della continuazione, e l'uso massiccio fattone dalla giurisprudenza, ha praticamente de-sanzionato il reato (o i reati) satellite, la cui pena effettiva costituisce ormai i decimali della cifra riservata al reato-base. Se è innegabile che sul piano tecnico una certa sanzione permane, è altrettanto palese che sul piano operativo essa tende a valori trascurabili, e contribuisce indirettamente a convogliare il totale sanzionatorio verso la successiva evaporazione, che si attua per effetto dei benefici, dell'indulto, delle misure alternative.

Ancora: la seconda sospensione condizionale della pena (parimenti introdotta dal D.L. n. 99/1974), e la dilatazione del principio elaborata dalla giurisprudenza, hanno de-sanzionato di fatto le prime due condanne nella maggior parte delle vicende giudiziarie, almeno sino al *plafond* dei due anni di reclusione, che oggi rappresentano una sorta di licenza a delinquere. La prospettiva di revoca dei benefici inopportunamente concessi è, a sua volta, azzerata in pratica dalle amnistie e dagli indulti, nei quali si affloscia la pena eventualmente fatta rivivere.

Anche il trasferimento di numerose fattispecie dalla perseguibilità d'ufficio alla perseguibilità a querela di parte (3) ne

(2) Gli operatori giudiziari constatano quotidianamente l'ampiezza del fenomeno soprattutto in materia di furto e di falso, ed in genere a proposito di quei reati la cui pena edittale massima raggiunge o varca di poco la soglia dei cinque anni per effetto di aggravanti, destinate ad essere compensate attraverso il giudizio di equivalenza con attenuanti.

(3) Artt. 86 e segg. della legge 24 novembre 1981, n. 689.

ha significato la sostanziale esclusione dalla scena processuale, poiché l'esperienza sta rivelando come ben raramente il soggetto passivo di tali reati si induce a richiedere la defatigante tutela offertagli dal processo penale.

Ed infine il tumultuoso incremento del rito direttissimo (4), mentre rappresenta uno dei sintomi più appariscenti del ricordato altro versante della ristrutturazione, produce effetti indiretti pure sul versante dell'abbandono, poiché l'anticipazione di taluni tipi di processo ha come risolto la post-datazione degli altri, e quindi il loro ancor più sicuro avvio a prescrizione (non diversamente da quanto accade in una procedura concorsuale, dove l'inserimento di crediti privilegiati nel magro bottino porta alla mortificazione finale dei crediti chirografari).

Se dall'esame di quanto accade in sede di cognizione si passa al momento esecutivo, si coglie con altrettanta chiarezza la forbice costituita dall'abbandono da un lato e dall'inasprimento dall'altro.

Le misure alternative hanno rappresentato la prima forma di erosione di massa dell'intangibilità del giudicato, e quindi un ulteriore imponente accorciamento dell'aspetto sanzionatorio: il che, se è un fattore positivo quando alla detenzione brutta si sostituiscano tecniche di crescita e di maturazione del condannato, diventa invece un fattore di disgregazione quando la misura si trasformi in un semplice strumento indulgenziale.

La giurisprudenza e la prassi, poi, hanno dilatato i confini di applicazione delle misure al di là del pensabile. La prima ha coniato principi apparentemente garantistici, ma in realtà evasivi sul piano criminologico (basti pensare alla tesi che ammette all'affidamento in prova il soggetto che abbia riportato condanna per più reati, sia pure non superiore a due anni e sei mesi di reclusione, ma conteggiati al netto delle cause di estinzione della pena e addirittura della carcerazione presof-

(4) L'adozione obbligatoria di questo rito è stata sancita dall'art. 2 della legge 14 ottobre 1974, n. 497; dagli artt. 12, 17 e 26 della legge 22 maggio 1975, n. 152; dall'art. 2 della legge 18 maggio 1978, n. 191; dall'art. 4 del D.L. 4 marzo 1976, n. 31.

La struttura e la praticabilità del giudizio direttissimo erano già state ampliate e modificate in via generale dal citato D.L. n. 99 del 1974.

ferta) (5). La prassi giudiziaria, poi, mostra di ricorrere ad un uso massiccio delle misure alternative, soprattutto della semi-libertà; forse per un senso di colpa nascente dall'inferno delle strutture carcerarie, certo con perniciosi effetti sulle possibilità rieducative di massa, e con risultati di attesa consolidata in capo al detenuto, il quale sa di poter contare sul quasi certo dimezzamento della pena inflitta.

A ciò si affianca il numero bassissimo di revoche, che rende le misure alternative prive di concrete valenze curative; l'improvviso doppio ruolo assegnato agli assistenti (sostegno e controllo insieme), che li conduce ad accantonare il secondo per preservare un rapporto fiduciario con l'affidato; l'incipiente trasferimento dell'osservazione scientifica della personalità dal piano almeno formalmente tecnico a quello casereccio realizzato in qualche modo durante la carcerazione preventiva (6). Dall'insieme si percepisce nitidamente che l'operazione-rieducazione si è stinta in un'assai più anodina operazione-sfollamento, che può non dispiacere a certi fini, ma che certo non soddisfa quanti auspicavano un atteggiamento costruttivo verso la devianza, e non una semplice abdicazione dagli obiettivi.

Quella sin qui vista non è che la prima delle due lame della forbice, il fronte morbido del processo di ristrutturazione. Il versante ostile, come si è anticipato, è rappresentato dalla guerra dichiarata nei confronti di taluni tipi di autore, cui l'ordinamento penal-penitenziario mostra il viso dell'armi e destina tutte le sue residue forze.

Sono questi i delitti di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di rapina od estorsione; sono i delitti di armi

(5) Cass., 17 gennaio 1978, in *Giust. pen.*, 1978, II, c. 206, ritiene concedibile l'affidamento in prova quando la pena irrogata supera il limite dei due anni e sei mesi di reclusione, ma ne ridiscende al di sotto una volta detratto il periodo che non deve essere espriato per effetto di una causa estintiva della pena (e la ravvicinata concessione di indulti può estendere a ben tre anni di reclusione tale scomputo); Cass., 2 dicembre 1977, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1979, pag. 995, m. 1065, allarga il principio al caso in cui la pena ridiscenda sotto il noto livello per effetto di qualsiasi causa incidente sulla sua effettiva durata, quale l'imputazione di pena già espriata per altri reati, ove ricorrano le condizioni per la fungibilità; Cass., 26 aprile 1977, *ivi*, 1978, pag. 867, m. 888, ritiene concedibile l'affidamento se il condannato sta espriando una pena detentiva non superiore a due anni e sei mesi, anche se successivamente ha riportato altra condanna con pena sospesa che, sommata alla precedente, supera la detta quantità.

(6) Cass., 19 febbraio 1979, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1980, pag. 541, m. 565; Cass., 13 novembre 1978, *ivi*, 1980, pag. 556, m. 593.

e di terrorismo; sono, in qualche misura, la ricettazione e taluni reati di ordine pubblico (7); sono — e questo denota una sensibilità più moderna — taluni reati usualmente attribuiti ai « colletti bianchi », dei quali o si inasprisce il trattamento sanzionatorio (8), ovvero si limitano i benefici indulgenziali (9). Una certa quale ricapitolazione dei reati a trattamento differenziato si rinviene, ad esempio, negli artt. 165 *ter* e 225 *bis* cod. proc. pen., nonché nell'art. 8 della legge 6 febbraio 1980, n. 15, che modellano una sorta di procedura speciale tarata su reati avvertiti come particolarmente significativi.

Questa ostilità circoscritta, pertanto, si manifesta a livello edittale (con la comminazione di pene più elevate, con la creazione di fattispecie di mero sospetto o di attentato, e con la preclusione dell'impiego di meccanismi attenuativi); a livello processuale (con la previsione della cattura obbligatoria, con il divieto di libertà provvisoria, con l'estensione della carcerazione preventiva, con il rafforzamento di determinati poteri di polizia, con l'abbassamento dei livelli di garanzia probatoria, con l'ampliamento dei casi di arresto, e con l'adozione del rito direttissimo); ed infine a livello penitenziario (con il divieto di applicazione delle misure alternative, e con la esclusione o limitazione di amnistie e condoni).

A questo riguardo è interessante ricordare come la preclusione di determinati benefici in funzione di determinate figure di reato avesse in passato carattere del tutto eccezionale e disorganico, e soprattutto fosse prevista per fattispecie di limitata applicazione (10); là dove l'attuale ricorso massiccio, ed attinente fattispecie di frequente impiego, rivela appunto i tratti

(7) Si veda l'art. 1 del D.L. 21 marzo 1978, n. 59; la legge 10 maggio 1976, n. 342; l'art. 2 della legge 8 agosto 1977, n. 533; l'art. 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152; l'art. 4 della legge 18 aprile 1975, n. 110.

(8) Cfr. la legge 10 maggio 1976, n. 319 sugli inquinamenti; la legge 27 novembre 1976, n. 787 relativa alle manovre speculative su merci; ed il ricordato D.L. 4 marzo 1976, n. 31 (e relative leggi di conversione e di modifiche) in materia di reati valutari.

(9) Si vedano le esclusioni dalle amnistie concesse con i D.P.R. 4 agosto 1978, n. 413 e 18 dicembre 1981, n. 744.

(10) Gli esempi pregressi sono rappresentati dal R.D. 24 febbraio 1938, n. 329, che esclude la possibilità della prescrizione per i reati di omissione dolosa dalle liste di leva; dalla legge 26 febbraio 1963, n. 441 e dal D.P.R. 20 marzo 1967, n. 223, i quali escludono la possibilità di concedere i benefici in caso di condanna rispettivamente per frode tossica e per reati elettorali.

di una guerra normativa, ai limiti dell'ortodossia costituzionale (11).

Da questa operazione complessiva il ruolo e l'identità del magistrato di sorveglianza escono profondamente ridisegnati.

L'incremento della carcerazione preventiva, coniugato all'estendersi delle misure alternative, porta ad un aumento dei detenuti in attesa di giudizio e ad una contrazione dei detenuti definitivi, e quindi ad un restringersi del suo campo di manovra nel carcere. Sono note, e non mette conto ripeterle, le difficoltà di trattamento degli imputati, ove pur li si volesse assoggettare a tali tecniche con il loro consenso: giacché si tratta di persone distolte da eventuali occasioni di maturazione a causa della elevata mobilità, delle preoccupazioni del processo, dell'impossibilità di conoscere il momento finale della custodia, di offrire loro quegli stimoli che possono scaturire dalla prospettiva delle misure alternative e dell'art. 21 ord. penit. (il lavoro all'esterno dell'imputato « è svolto sempre sotto scorta », in forza dell'art. 46 reg. esec.).

Né basta. La divaricazione in atto, che porta ad espellere dal carcere la devianza di piccolo conto ed a calcare la mano con l'altra, conduce senza rimedio ad un ispessimento della qualità della popolazione carceraria. Si assottigliano le schiere dei marginali, si infittiscono quelle degli incalliti. L'evoluzione della tipologia del detenuto medio pare stia avviando le carceri a diventare un'antologia di irriducibili, un'area ipotecata dai « duri », un ghetto sempre più infernale e sempre più intrattabile (12). Esclusi dalle misure alternative e da improbabili itinerari di risocializzazione, gravati da carichi di pena sempre più pesanti, questi detenuti senza orizzonte penitenziario alimentano la spirale di coloro che « non hanno nulla da perdere », e che non solo recuperano un loro ruolo personale trasformandosi in killer professionisti, ma rafforzano la cultura e l'omogeneità carceraria intorno al polo della violenza e della

(11) Ne è un sintomo l'imbarazzata risposta di Corte Cost., 7 luglio 1980, n. 107, alle eccezioni di legittimità costituzionali sollevate a proposito dell'esclusione dalle misure alternative sancite dall'art. 47, 2° comma, Ord. penit.

(12) Cfr. COHEN, « Uno scenario per il sistema carcerario futuro », in *Crimini di pace*, a cura di F. BASAGLIA e F. BASAGLIA ONGARO, 1975, pag. 441.

prevaricazione, rendendo anche gli altri più impermeabili ai discorsi di trattamento e di reinserimento.

Come un circolo vizioso, questo ispessimento della qualità media dei detenuti spinge l'istituzione a sottolineare la tenaglia già descritta, accentuando la neutralizzazione brutale verso i « duri » e l'espulsione indifferente nei confronti dei marginali, e preoccupandosi unicamente dei due risultati minimi, costituiti dal circoscrivere il contagio, e dall'assicurare l'esecuzione della pena. Ma a nessuno sfugge che segregazione ed espulsione sono i becchini delle già magre velleità di rieducazione che la riforma pareva avere introdotto.

Ci si può domandare come mai questa gigantesca ristrutturazione, nelle cui maglie sta soffocando il verbo rieducativo di ieri, riesca a funzionare egregiamente senza contraccolpi a livello di opinione e di cultura penitenziaria. E la risposta è tanto sorprendente quanto lineare: la tenaglia funziona perché è sorretta da un diffuso consenso politico e sociale, ormai sempre meno imbarazzato e sempre più esplicito.

Questo consenso si manifesta per intanto sul piano dell'opinione pubblica, cui non dispiace l'espulsione dei marginali perché in tal modo il carcere attenua l'immagine di istituzione di classe, che ieri ne turbava la credibilità, quasi fosse capace di abbattersi unicamente sulla devianza di piccolo cabotaggio, proletaria o sottoproletaria.

Ma non dispiace nemmeno, al pensar corrente, il profilo simmetrico di un carcere duro e spigoloso verso gli irriducibili, poiché ciò soddisfa il ricorrente « bisogno di Stato » che le masse avvertono quando le tensioni sociali si acuiscono, ed i pericoli di sovversione mettono in forse i loro sudati diritti, di cui lo Stato è pur sempre miglior difensore che le classi antagoniste.

Ma — e la constatazione è di grande rilievo — il consenso all'opera di razionalizzazione dell'apparato si manifesta anche attraverso una certa inconscia adesione della dottrina e del pensiero scientifico, profondamente travagliato dopo talune ubriacature degli anni '60 e '70. Intendiamoci: la dottrina non plaude all'imbarbarimento di certa legislazione, né a certi pericolosi scarti dall'ortodossia costituzionale. Essa, anzi, è per lo più molto puntigliosa nel denunciare i pericoli delle varie norme

e talora sembra addirittura insensibile a concrete esigenze di difesa in nome della purezza dei principi. Ma, pur riconoscendo queste benemeritenze sul piano garantistico, occorre constatare che la prevalente cultura penal-penitenziaria ha contribuito in misura non trascurabile al ridimensionamento del mito della rieducazione, rendendo meno doloroso, se non ben accetto, lo sbriciolamento operato dalla ristrutturazione politico-operativa.

Il dibattito è amplissimo e ogni scelta rischia l'arbitrio. Tuttavia un dato diffuso è la constatazione dell'inefficacia del trattamento rieducativo, o almeno della sua efficacia non maggiore rispetto a sanzioni puramente retributive. La letteratura statunitense, scandinava e germanica riferisce che il tasso di criminalità e di recidiva è indifferente alle tecniche di trattamento, e fluttua piuttosto in funzione di fenomeni sociali variabili, quali le migrazioni interne, le congiunture economiche, le più o meno marcate conflittualità sociali.

A ciò si aggiunge che il trattamento è ritenuto praticabile solo in « società consensuali », come poteva dirsi l'Italia degli anni '60, mentre ha poche probabilità di riuscita in « società conflittuali », come viene ritenuta l'Italia degli anni '80, caratterizzata non soltanto da marcate tensioni fra gruppi sociali, ma anche dall'assenza di un ceto egemone, e di riflesso dalla mancanza di un progetto unificante nel quale la maggioranza dei consociati si riconosca, con valori e modelli comunemente accettati.

Correlativamente si rafforza il senso della laicità dello Stato, e la conseguente esitazione culturale ad affidare all'istituzione compiti rieducativi. Nulla autorizza lo Stato (è opinione sempre più diffusa) a prendersi cura della moralità dei cittadini; nulla lo abilita a farsi propositore di un paradigma di vita; o almeno nulla lo legittima a sostenere tale paradigma (fosse pur condiviso dalla maggioranza) con la forza di pressione delle sue istituzioni (13).

Il classico verbo del Carrara (secondo il quale se lo Stato pretendesse di imporre ai cittadini dei comportamenti morali, usurperebbe un attributo divino), tenacemente ripreso e sviluppato negli ultimi decenni soprattutto dalla coerente opera del Bettiol, trova oggi nuovi assertori, sia là dove si reagisce alla

(13) Cfr. STELLA, « Laicità dello Stato: fede e diritto penale », in *Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica*, 1978, pag. 305.

pretesa di fare del carcere un veicolo di indottrinamento politico (14), sia là dove si sottolinea il collegamento tra risocializzazione e ideologia (15), ed il più propizio terreno che i Paesi di monismo ideologico offrono alle misure alternative con intenti dichiaratamente rieducativi (16).

In particolare, poi, si sottolinea l'inadeguatezza del fine rieducativo nei confronti dei soggetti che hanno già ricevuto dalla società una adeguata possibilità di integrazione, e l'hanno rifiutata consapevolmente in nome di differenti tavole di valori. Sono queste le situazioni di criminalità politica, o di delinquenza organizzata ad alto livello, o dei c.d. crimini dei colletti bianchi. E sono, come è agevole vedere, proprio le forme emergenti di criminalità, quelle destinate a caratterizzare sempre più incisivamente la devianza di domani e le scelte politiche di uno Stato moderno che ad essa voglia contrapporsi.

Nei confronti di soggetti di questo tipo la risposta penal-penitenziaria sarà segnata in minima misura dall'offerta di interventi socializzanti, ed in misura saliente dall'efficacia dissuasiva di una sanzione corretta e tempestiva (17).

Non si tratta solo di contrasti di scuola, ma, più in generale, di quella acculturazione filosofico-politico-sociale che poi fatalmente trascolora nelle opzioni scientifiche e nelle realizzazioni normative. Si diffonde, infatti, il superamento razionale dell'antitesi un po' enfatica tra l'ottimismo ed il pessimismo in materia criminale, per far posto ad un neutrale e pragmatico realismo.

All'impostazione trionfalistica secondo la quale il crimine può essere debellato (tipica delle società o ideologie fortemente evolutive o palingenetiche, quali l'illuminismo, il marxismo,

(14) V., ad esempio, GUARNERI, « Diritto penale, sociologia ed ideologia », in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, pag. 16.

(15) Si può ricordare l'ampio influsso esercitato dall'opera di FOUCAULT (*Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1976) là dove critica la filosofia del riadattamento, intesa quale moderna accezione dell'esigenza di sorvegliare, e della pretesa di trasformare non più il corpo attraverso i supplizi, ma l'anima attraverso il trattamento.

(16) MANTOVANI, « Pene e misure alternative nel sistema vigente », in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, 1977, pag. 15.

(17) Significative le considerazioni di DOLCINI (« La rieducazione del condannato tra mito e realtà », in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, pag. 473), il quale, nell'ottica di un necessario contenimento del preteso diritto di rieducare in capo allo Stato, sostiene che « il compito della sanzione può dirsi conseguito anche quando il rispetto della legge, per il futuro, risulti affidato soltanto al timore della pena ».

la Nuova difesa sociale, le discipline sociologiche aventi come referente la diffusione del benessere quale antidoto del delitto), non si giustappongono tanto le concezioni pessimistiche secondo le quali il crimine non può essere vinto ma solo neutralizzato (rinvenibili, ad esempio, nel tardo positivismo ed in altre scuole sociologiche), quanto piuttosto opzioni di tipo empirico-realistico, secondo le quali il crimine non è destinato né a sparire né a dilagare, ma può semplicemente essere contenuto, ove ci si avvalga di una oculata strategia differenziata, ed ove si abbia presente che il delitto aumenta quando diminuisce il controllo sociale (18).

Parallelamente si assiste ad un rilancio delle teorie retributive, non più in chiave sapienziale, ma in un'ottica politico-sociologica: all'azione socialmente corretta corrisponde un aumento delle proprie capacità giuridiche, così come è giusto corrisponda una diminuzione a fronte dell'azione socialmente nociva (19).

Si parla di un « ritorno neoclassico » (20), ed anche il dettato costituzionale viene letto in chiave riduttiva, nel senso che l'art. 27, terzo comma Cost. impone bensì alla pena di « tendere » alla rieducazione del condannato, ma solo dopo che sia stata fatta salva l'essenza della pena (21). E mentre si contrasta il tentativo frettoloso di rovesciare la responsabilità penale su quella nebulosa galassia che è la società, riaffermando che appunto il dettato costituzionale fa perno sulla responsabilità penale personale (22), si attenua la fiducia collettiva nella prevenzione generale sociale (incapace di incidere sui fattori criminogeni individuali) ed anche nella prevenzione generale specia-

(18) Cfr. BETTIOL, « Ottimismo e pessimismo in tema di prevenzione del reato », in *L'indice penale*, 1978, p. 5; MANTOVANI, « Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale », in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, pag. 69.

(19) MANTOVANI, op. ult. cit., pag. 75. V. anche MATHIEU, *Perché punire?*, 1978.

(20) PEDRAZZI, *Relazione di sintesi al V Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine ed il trattamento dei delinquenti* (Ginevra, 1-2 settembre 1975).

(21) Cfr., ad esempio, SPASARI, « Capacità a delinquere e pena », in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, pag. 30; ed in giurisprudenza Cass., 12 gennaio 1978, in *Cass pen. mass. ann.*, 1978, pag. 560.

(22) NUVOLONE, Relazione introduttiva all'XI Convegno di studio E. De Nicola su *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, cit., 1977, pag. 4.

le (incapace di contrastare i fattori criminogeni sociali e di distogliere dal crimine le nuove leve).

Cadono, insomma, le spiegazioni monogenetiche del delitto, e di riflesso cade la pretesa di assegnare alla pena un'unica funzione. Come non ressero a lungo le eziologie di Lombroso e Patrizi, a base biologica e psicologica (23), così ora appare sempre meno plausibile il voler radicare il delitto nei soli condizionamenti sociali e di classe.

In questo orientamento globale, che può senza dubbio scorrere sul piano inclinato della restaurazione se non viene sorvegliato da spirito critico, si è inserita di recente la legge 24 novembre 1981, n. 689, che, nonostante le apparenze, ne è figlia assai più di quanto si proponga.

Essa ha proseguito nell'opera di depenalizzazione sopra richiamata, sia quella esplicita (24), sia quella occulta rappresentata dalla procedibilità a querela di parte (25) e dalle sanzioni sostitutive (26).

La legge esibisce un apprezzabile sforzo di accentuare la pressione penale su talune fattispecie, avvertite come socialmente rilevanti (27), ma lascia prevedere modesti risultati in questo campo, dal momento che la permanente natura contravvenzionale dei reati « appesantiti » non li salverà da amnistie o prescrizioni. Così pure, se è apprezzabile il nuovo quadro delle pene accessorie (28), è fatale che l'« accessorio » segua la sorte del « principale », e dunque ne conosce la stessa elevata mortalità e la stessa modestia operativa.

Ambigua, poi, è la nuova disciplina della seconda sospensione condizionale della pena (29): sul piano tecnico, la norma non chiarisce se la subordinazione del beneficio continua a dipendere oppure no dalla costituzione di parte civile della persona offesa dal reato; e sul piano criminologico il permanere della possibilità di una seconda sospensione della pena in un ordina-

(23) Di LOMBROSO le citazioni paiono superflue; di PATRIZI si può ricordare *La fase psicologica dell'antropologia criminale e la monogenesi del delitto*, 1911.

(24) Artt. 32 e segg.

(25) Artt. 86 e segg.

(26) Artt. 53 e segg.

(27) Artt. 44 e segg.

(28) Artt. 118 e segg.

(29) Art. 128.

mento che conosce l'affidamento in prova soltanto come istituto di diritto penitenziario (e cioè non applicabile in sede di cognizione) è controproducente, perché il giudice del dibattimento applicherà sempre il beneficio sinché è tecnicamente praticabile, ed alla misura alternativa affluiranno soggetti già ricchi di precedenti esperienze giudiziarie e perciò scarsamente idonei alla prova.

Può, invece, definirsi buona l'individuazione di reati modellati sulla violazione del c.d. « patto penitenziario », e cioè nascenti dall'inosservanza delle prescrizioni inerenti alla semidetenzione ed alla libertà controllata (30), ovvero dalla violazione degli obblighi nascenti dal c.d. patteggiamento (31). Ma anche questa innovazione è povera di valenze educative, perché gli obblighi violati sono privi di contenuti risocializzanti, e perciò il condannato, attraverso la sanzione, non introietta modelli di maturazione, ma solo precetti formali e fiscali.

Merita assenso anche la prosecuzione nello sforzo di costruire un diritto penale minorile, là dove viene dilatata per i minori la possibilità di fare ricorso alle misure sostitutive (32), e là dove si prevede che la libertà controllata inflitta al minore sia eseguita con le modalità previste per l'affidamento in prova al servizio sociale (33): ma si tratta, come è evidente, di un campo di azione estraneo alla competenza del Magistrato di sorveglianza ordinario.

Apprezzabile, infine, è la novità delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: ma scarna e timorosa è la loro tipologia, non solo perché ancorata ai reati di competenza pretorile, ma soprattutto perché ancora plasmata su forme di mera inibizione e contenimento, anziché su modelli di promozione positiva. È innegabile, infatti, che la semidetenzione è assai simile ad una semilibertà anticipata e più lieve; che la libertà controllata è in fondo una terza sospensione condizionale, unicamente arricchita di qualche timido accessorio che le legislazioni di

(30) Art. 66, che prevede l'ulteriore esclusione di tale reato da altre forme di « patto » penitenziario, e cioè dalle misure alternative tipiche.

(31) Art. 83.

(32) Art. 54, sempre che si accolga la tesi — già fatta propria da alcuni tribunali per i minorenni — che l'applicabilità delle misure sostitutive ai minori prescinde dalla gravità del reato commesso, e cioè dal limite della competenza pretorile.

(33) Art. 75.

molti Stati già prevedono per la prima; e che la pena pecuniaria, oltre che enormemente limitata nella sua possibilità di applicazione, è in gran parte svuotata dal permanente aggancio alle tariffe di conversione, anziché ai tassi giornalieri, che la modellerebbero meglio sulla persona piuttosto che sul fatto.

L'impressione complessiva, pertanto, è quella già affacciata all'inizio: un ulteriore raschiamento sul basso della popolazione carceraria o giudiziaria; un appesantimento (ma più apparente che reale) sull'alto; un ennesimo rifiuto di costruire le sanzioni alternative alla detenzione in chiave costruttiva e promozionale (34).

A questo punto, se il quadro tracciato non pecca (come è sempre possibile) di pessimismo preconcelto, la consueta domanda sul « che fare » ha i toni dello smarrimento, e la risposta ha i colori della presunzione. Ma la prima è inevitabile, la seconda è doverosa.

Abbiamo visto, in sostanza, che la ristrutturazione in atto presenta il carattere di un movimento a tenaglia. Da un lato registra l'abbandono a se stessa della devianza di piccolo cabotaggio, afferrata e rimescolata più e più volte dal processo, ma alla fine restituita alla situazione di partenza, sino a che l'ennesimo fatto delinquenziale consegna il pluri-recidivo alla devastazione carceraria, con risultati di semplice ritardo rispetto ai precedenti impatti. In altre parole, l'ordinamento riserva meno carcere alla marginalità sociale, ma continua a non offrirle strumenti di integrazione.

Dall'altro lato si constata l'inasprimento della pressione sulle forme di criminalità ritenute rilevanti (cui vengono parificate le forme più lievi ma con aspetti di forte recidivanza): e con quest'opera una presunzione di non trattabilità penitenziaria. Il rapporto tra la società e la devianza si evolve, dunque, verso la guerra o verso l'indifferenza. Fra le braccia della tenaglia va in frantumi il concetto della rieducazione. Sempre più evanescente si fa la terza via, fatta di approccio non ostile né

(34) Sul tema v. GRASSO, « La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata », in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, pag. 1411.

indifferente, di risposta costruttiva incuneata tra la risposta distruttrice e l'assenza di risposta.

Eppure, nonostante tutto ciò, uno spazio va perseguito: e l'identità del Magistrato di sorveglianza, lungi dall'essere in crisi, può essere riaffermata con particolare mordente, proprio ora che il processo di ristrutturazione sembra sfuggire di mano ad ogni proposta riformista, e seguire cadenze sue interne ed ingovernabili.

Se è consentito sintetizzare in singoli punti quello che è un moto di adattamento plastico e complessivo, vorrei indicare tre possibili campi di azione. Il primo è rappresentato dalla riscoperta di una funzione garantista e tutelatrice. Può apparire una battaglia di retroguardia, dopo che la gestazione della riforma e la stessa legge 354/1975 sembravano avergli affidato ben più stimolanti compiti di motore del trattamento rieducativo. Ma è una battaglia necessaria, dal momento che ormai nel carcere si muore e si soffoca ogni giorno, e queste violenze diffuse (e provenienti da entrambi i fronti, l'istituzione ed i detenuti) non solo inquinano tutto il clima carcerario, ma forniscono ognuna la giustificazione per l'altra, ed alimentano disprezzo verso i problemi del trattamento, intesi come un lusso da accantonare *sine die*.

Dunque, il Magistrato di sorveglianza deve riscoprire la sua funzione di garante innanzitutto. Essere nel carcere, ed esserci spesso; essere nei bracci e non solo negli uffici; ascoltare, ascoltare ed ascoltare ancora. Escogitare accorgimenti per aiutare a parlare. Promuovere le visite degli organi che ne hanno il diritto, insegnando loro che questo diritto è anche un dovere. Agevolare la formazione di organi permanenti di controllo. Assicurare l'incolumità di chi parla. Riferire, riportare, denunciare. Certo, tutto questo impegno richiede ben più tempo di quello lasciato libero dalle infinite incombenze burocratiche che assorbono quasi tutte le energie del Magistrato di sorveglianza: ma spetta a ciascuno trovare un punto di equilibrio tra doveri di *routine* e necessità essenziali; e spetta a tutti esercitare quel tanto di legittima pressione perché la funzione del Magistrato di sorveglianza non sia soffocata da uno sterile disbrigo di pratiche, ed il suo ruolo non si trasformi a poco a poco in un banale quarto grado di giudizio con funzione clemenziale delegata.

Il secondo possibile filone è quello di utilizzare i magri spazi di inventiva offerti dalla legislazione vigente per farne degli strumenti di sperimentazione prima, di trazione poi.

Uno di questi spazi potrebbe essere scoperto nell'art. 105 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che prevede per la prima volta una forma di sanzione « positiva », rappresentata dalla prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività. Questa attività, da svolgersi presso enti pubblici o presso organizzazioni con compiti di assistenza, istruzione, protezione civile e tutela dell'ambiente naturale o incremento del patrimonio forestale, passa attraverso speciali convenzioni da parte del Ministero di grazia e giustizia, il quale può delegare il Magistrato di sorveglianza.

Orbene, questo spazio è avaro e quasi illusorio per vari motivi: perché il lavoro sostitutivo consegue ad una pena pecuniaria da convertire non superiore ad un milione di lire (35); perché il ragguglio è sulla base di cinquantamila lire al giorno, cosicché il lavoro non supererà i venti giorni; perché al lavoro sostitutivo si perviene solamente su richiesta del condannato, il quale per giunta può già ottenere la rateazione della pena sino alla cifra di sole trentamila lire al mese (36), e può far cessare in ogni momento il lavoro sostitutivo pagando la somma ancora dovuta (37); perché il lavoro sostitutivo si svolge per una sola giornata la settimana (38); ed infine perché è pur sempre il Ministero ad assumere l'iniziativa delle convenzioni, ed è pensabile che un ambito così limitato di applicazione non lo stimoli più di tanto.

E tuttavia questa strada può assumere un eccezionale significato politico-criminologico. Le prestazioni di pubblica utilità, infatti, sono le uniche a poter recuperare una operatività pratica ed una dignità teorica al verbo rieducativo: questa, in forza del fatto che la restituzione sociale è pratica profondamente maturante, ed al tempo stesso è svincolata da qualsiasi ipotesi ideologica, radicandosi unicamente nei doveri di solidarietà sociale che la Costituzione impone a tutti. E la praticabilità concreta, d'altro canto, nasce dalla constatazione che, pur in pre-

(35) Art. 102.

(36) Art. 102, 2° comma e art. 100.

(37) Art. 102, 4° comma.

(38) Art. 105, 2° comma.

senza di una risaputa stagnazione del mercato di lavoro ordinario, vi sono innumerevoli bisogni collettivi che non trovano risposta: cosicché l'incontro di questa domanda con questa disponibilità non pregiudicherebbe le legittime aspettative degli « incensurati », né le risorse economiche della collettività, dal momento che all'esborso (già pesante in costanza di mera detenzione) corrisponderebbe almeno un vantaggio.

E se certamente saranno pochi i condannati a pena pecuniaria convertita (vale a dire i fruitori tipici dell'istituto), toccherà al Magistrato di sorveglianza dimostrare che possono essere moltissimi quelli che oggi non possono accedere alla semilibertà per difetto di lavoro, o ne fruiscono in modo truffaldino attraverso il mercato delle dichiarazioni compiacenti; così come toccherà ancora al Magistrato di sorveglianza dare spazi all'angusta utilizzabilità attuale dell'art. 21 ord. penit. Dunque, le convenzioni, previste dall'art. 105 per aree estremamente ristrette, possono e debbono diventare uno strumento di larga applicazione e di profonda innovazione.

Non ignoro le implicanze di simili scelte, né il profondo mutamento di pelle che verrebbe a rivestire il Magistrato di sorveglianza, trasformato da operatore giuridico (ma lo è ancora?) in controparte di un potere amministrativo, ed in atipico pungolatore di adempimenti imprenditoriali. D'altra parte, non vedo alternative migliori di fronte ad un processo in corso, al cui sbocco il Magistrato rischia di trovarsi bensì ancora paludato di funzioni giurisdizionali, ma sostanzialmente svilito al rango di notaio della clemenza delegata e di paravento della rieducazione accantonata.

Resta il terzo filone, il più vago, il più complesso, il meno fortificato da appigli normativi ed il più esorbitante rispetto alle possibilità di incidenza del singolo Magistrato di sorveglianza; ma il più stimolante ed il più efficace in una prospettiva di medio periodo. Intendo riferirmi alla c.d. « strategia differenziata », da attuarsi tuttavia non più solo a livello di previsioni edittali, ma soprattutto a livello di organizzazione di istituti penitenziari. Sino ad oggi la strategia differenziata (parola così abusata da divenire logora ancor prima di avere inciso nella realtà) si è manifestata ed espressa essenzialmente nel solco tracciato dalla ristrutturazione della quale si è detto: attenua-

zione o sostituzione di pena nei confronti della piccola criminalità, e conservazione od appesantimento del trattamento sanzionatorio nei confronti dell'altra.

All'interno delle singole sanzioni, viceversa, la differenziazione è stata pressoché inesistente, limitandosi alla previsione di quelle carceri di massima sicurezza che, differenziando *in peius*, hanno praticamente azzerato la riforma. A questa stregua, ogni qual volta si irroga la pena detentiva (ed è noto in quante situazioni ciò finisca con l'essere inevitabile) le prospettive di trattamento sono compromesse dalle generali esigenze di sicurezza, tarate sul livello più severo.

È tempo di trasportare la strategia differenziata all'interno della sede carceraria, bilanciando gli istituti di sicurezza rinforzata con quelli a sicurezza attenuata, e dando applicazione a quell'embrione di diversificazione che è contenuto nell'art. 64, e che sino ad ora ha trovato attuazione solo sul versante rigido dell'art. 90.

Gli istituti a sicurezza attenuata sono gli unici a poter restituire respiro ad una situazione detentiva oggi ossessionata dalla pur comprensibile esigenza della sicurezza; gli unici a poter scindere il binomio segregazione-rieducazione, il primo termine del quale è strutturalmente incompatibile con il secondo.

In questa sede è impossibile sviluppare a fondo il tema (del resto ben noto ai Magistrati di sorveglianza, posto che proprio alcuni di essi ne sono stati i primi proponenti) (39): qui basta accennare che la vera possibilità, per il Magistrato di sorveglianza, di uscire dalla nota tenaglia sta appunto nel recuperare uno spazio della rieducazione accanto a quello della sicurezza; così che il primo non sia né illusoriamente dimentico del secondo, né puramente declamatorio siccome soffocato dall'altro.

Già anticipavo che il singolo Magistrato di sorveglianza ben poco può fare in questa direzione; ma un'azione coordinata dei vari Magistrati, di concerto con un'auspicata disponibilità del Ministero, può giungere ad adeguati scorrimenti della popola-

(39) Cfr. MARCARA, « Carceri: riflessioni sulla possibilità della riforma fra le esigenze di sicurezza e quelle di progresso », in *Questione Giustizia*, 1982, n. 1, pag. 33; TAMBURINO, « Sicurezza degli istituti penitenziari: diritti soggettivi e interessi legittimi del detenuto e loro tutela », in *Diritto penitenziario e misure alternative* (a cura del C.S.M.), 1979, pag. 101.

zione carceraria, così da raggruppare in determinati istituti tutti quei soggetti per i quali l'istanza della sicurezza è minima, e per i quali pertanto il carcere può essere realmente trasformato in formazione sociale.

Da queste sedi (inizialmente poche) può partire la sperimentazione di una pena diversa, che non si preoccupi tanto di ammaestrare il condannato con una violenza simmetrica alla sua, ma di compensare quel difetto di socialità della quale il reato (almeno il reato dei marginali) è il sintomo. In ogni caso, mi pare che questa linea — pur con i rischi e le difficoltà che nessuno intende nascondere — sia l'unica che può evitare ai Magistrati di sorveglianza il lento scivolamento verso la complicità con la ristrutturazione in atto e verso un ruolo notarile-clemenziale che la maggior parte di essi non cerca e non gradisce.

RIASSUNTO

A sette anni dall'entrata in vigore della riforma penitenziaria, l'A. fa il bilancio di quanto è accaduto sia rispetto al sistema penale sia rispetto al Giudice di sorveglianza, di cui si domanda quali debbano essere oggi la funzione e il ruolo. Costata che il sistema penale, sia pure in crisi, si è adattato alle mutate esigenze e si è automaticamente « ristrutturato » in modo da evidenziare l'accentuarsi di un movimento a forbice: da una parte una depenalizzazione (più occulta che legalizzata) spinge fuori dal sistema penale una massa di reati (commessi prevalentemente da persone marginali) ridimensionando l'area dell'esecuzione penale; dall'altro un inasprimento della pressione penale, favorito dal consenso politico e sociale, sulle forme di criminalità ritenute rilevanti (rapina, estorsione, sequestro di persona, terrorismo, delinquenza organizzata) rende più dura la reazione.

A livello penitenziario, queste linee di tendenza si traducono in un aumento dei detenuti in carcerazione preventiva e in una diminuzione di condannati definitivi. Questi ultimi — verso cui potrebbe essere diretta un'azione rieducativa — sono, per i meccanismi descritti dall'A., sempre più incalliti e quindi irrecuperabili. Ne consegue la crisi dei tradizionali ideali penal-penitenziaristici ed in particolare del trattamento rieducativo e la ripercussione sul ruolo del Giudice di sorveglianza della situazione determinatasi (con la necessità di riconversione delle funzioni di tale organo). Occorre il superamento razionale dell'antitesi pessimismo-ottimismo nei confronti della pena, a favore di un neutrale pragmatico realismo che tenda non a debellare o a riscattare il crimine ma a controllarlo e a contenerlo mediante un'oculata strategia differenziata.

In quest'ottica il Giudice di sorveglianza dovrà abdicare al suo ruolo attuale di notaio della clemenza delegata e dovrà invece: 1) accentuare le sue funzioni garantiste e tutelatrici dei diritti umani del detenuto; 2) rappresentare una forza trainante nella sperimentazione e nella realizzazione di nuove forme valide di rieducazione; 3) essere, insomma, strumento di attuazione a livello penitenziario di quella strategia differenziata che assicuri in taluni casi sicurezza e in altri la reintegrazione sociale mediante nuove tecniche di rieducazione.

RESUME

Sept ans après l'entrée en vigueur de la réforme pénitentiaire, l'Auteur dresse un bilan de ce qui s'est vérifié, aussi bien au regard du système pénal qu'en ce qui concerne le juge de surveillance, pour lequel on se demande en quoi doivent consister aujourd'hui la fonction et le rôle. Il constate que le système pénal, quoiqu'en crise, s'est adapté aux exigences modifiées et s'est automatiquement « restructuré » de façon à mettre en évidence l'accentuation d'un mouvement « en ciseaux »: d'une part une dépenalisation (plutôt occulte que légalisée) met hors du système pénal une grande quantité de crimes (commis en majorité par des marginaux) en réduisant à de plus justes proportions le domaine de l'exécution des peines: d'autre part, un durcissement de la pression pénale, favorisé par le consensus politique et social, pour les formes de criminalité considérées importantes (vols, extorsions, séquestrations, terrorisme, délinquance organisée) rend plus dure la réaction.

Au niveau des pénitenciers, ces lignes de tendance se traduisent en une augmentation des détenus en prévention et en une diminution des condamnés définitifs. Ces derniers — auxquels pourrait s'adresser une action de réhabilitation — sont, en raison des mécanismes décrits par l'Auteur, de plus invétérés et donc irrécupérables. Cela provoque la crise de idéaux traditionnels concernant les peines et les pénitenciers et notamment du traitement de rééducation, ainsi que la répercussion sur le rôle du juge de surveillance de la situation qui s'est créée (avec la nécessité de reconversion des fonctions de cet organe). Il est nécessaire de surmonter l'antithèse rationnelle pessimisme-optimisme à l'égard de la peine, en faveur d'une réalisme neutre et pragmatique visant non pas à anéantir ou à racheter le crime, mais à le contrôler et à le contenir à travers une stratégie différenciée réfléchie.

A cet effet, le juge de surveillance devra reconcer à son rôle actuel de notaire de la clémence déléguée et devra par contre: 1) accentuer ses fonctions de garantie et de tutelle des droits humains du détenu; 2) représenter une force trainante dans l'expérimentation et la réalisation de nouvelles formes valables de rééducation; 3) être, en conclusion, un instrument de réalisation au niveau des pénitenciers de la stratégie différenciée capable d'assurer dans certains cas la sécurité et dans d'autres la réintégration social à travers de nouvelles techniques de rééducation.

SUMMARY

A seven years since the coming into force of the penitentiary reform, the Author draws up the balance sheet of what has occurred both with regard to the penal system and with regard to the supervisory judge, for whom it is demanded what function and role he has to the perform today. He notes that the penal system, even if in crisis, has adapted to the changed requirements and has automatically « reorganized » it self in such a way as to bring into evidence the accentuation of a « scissors » mouvement: on the one hand, a depenalization (more occult than legalized) drives a mess of offences (committed mainly by marginal individuals) out the penal system, redimensioning the area of penal operation; on the other, an exacerbation of the penal pressure, favoured by the political and social consensus, on the forms of criminality deemed important (robbery, obtaining money by force or menaces, false imprisonment, terrorism, and organized delinquency) makes the reaction tougher.

At penitentiary level, these trends are translated into an increase of the prisoners in preventative detention and a drop in the number of convicts. The latter — towards whom a re-educative action could be directed — are, on account of the mechanisms described by the Author, even more callous, and thus irrecoverable. From this stems the crisis of the traditional penal-penitentiary ideals, and, in particular, the re-educative treatment and the repercussions of the situation arising on the role of the supervisory judge (with the need of reconversion

of his functions). The rational overcoming of the pessimism/optimism antithesis is needed vis-à-vis the penalty, in favour of a neutral pragmatic realism which would tend not to weaken or redeem crime but to control it and contain it through a heedful, differentiated strategy.

In this context, the supervisory judge will have to renounce his present role as « notary of delegated clemency », and will have, instead: 1) to accentuate his functions as guarantor and custodian of the prisoner's human rights; 2) to represent a driving force in the experimentation and in the realization of new, valid forms of re-education; 3) to be, in short, the instrument for the actuation, at penitentiary level, of that differentiated strategy which may ensure security in certain cases, and, in others, social re-integration through new techniques of re-education.

RESUMEN

A siete años de la entrada en vigor de la reforma penitenciaria, el Autor realiza el balance de todo lo que ha sucedido tanto en lo que respecta al sistema penal como en lo que respecta al juez de vigilancia, preguntándose cuales deben ser hoy la función y el rol. Constatada que el sistema penal, si bien en crisis, se ha adaptado a las cambiantes exigencias y se ha « reestructurado » automáticamente en forma tal de evidenciar el acentuarse de un movimiento con orientación divergente (« en tijera »): por una parte, la eliminación de penas (más oculta que legalizada) cancela del sistema penal una serie de delitos (cometidos preferentemente por personas marginadas) redimensionando el área de la ejecución penal; por la otra parte, una exarcebación de la presión penal, favorecida por el consenso político y social, bajo las formas de criminalidad consideradas relevantes (robo, extorsión, secuestro de personas, terrorismo, delincuencia organizada) hace más dura la reacción.

A nivel penitenciario, estas tendencias se traducen en un aumento de los detenidos en prisión preventiva y en una disminución de condenados en forma definitiva. Estos últimos — hacia quienes se podría dirigir una acción reeducativa — se vuelven, por los mecanismos descritos por el Autor, cada vez más endurecidos y por lo tanto, irrecuperables. La consecuencia de esto es la crisis de los tradicionales ideales penales y de penitenciaría y en especial del tratamiento reeducativo y la repercusión sobre el rol del juez de vigilancia de la situación que se ha producido (con la necesidad de reconversión de las funciones de dicho órgano). Es necesario superar racionalmente la antítesis pesimismo/optimismo respecto de la pena, en favor de un realismo pragmático neutral que lo tienda no a vencer o a redimir el delito, sino a controlarlo y a contenerlo por medio de una cautelosa estrategia diferenciada.

Bajo esta óptica, el juez de vigilancia deberá abdicar a su rol actual de notario de la clemencia delegata y deberá, en cambio: 1) acentuar sus funciones de garantía y de tutela de los derechos humanos del detenido; 2) representar una fuerza de arrastre en la experimentación y en la ejecución de nuevas formas válidas de reeducación; 3) ser, en resumidas cuentas, instrumento de actuación a nivel penitenciario de esa estrategia diferenciada que otorgue en algunos casos, seguridad y que en otros asegure la reintegración social mediante nuevas técnicas de reeducación.

ZUSAMMENFASSUNG

Jahre nach Inkrafttreten der Strafvollzugsreform zieht der Artikel Bilanz über Vorgänge im Strafsystem sowie Funktion und Rolle des sog. Aufsichtsrichters (Staatsanwaltschafts-Abteilung für Strafvollzug). Festgestellt wird, das Strafsystem durchlaufe zwar eine Krise, passe sich aber den veränderten Erfordernissen, auch durch eine automatisch « restrukturierende » scherenförmige Entwicklung an: auf

der einen Seite verdrängt eine eher unterschwellige als legalisierte Entpenalisierung viele Vergehen überwiegend marginaler Personen aus dem Strafsystem, wodurch sich der Bereich des Einsatzes von Strafe verändert; andererseits erfolgt unter dem Eindruck eines politischen und gesellschaftlichen Konsenses Verschärfung des Strafdrucks für als bedeutsam erachtete Kriminalitäts-Formen (Raub, Erpressung, Personentführung, Terrorismus, organisiertes Verbrechen) im Sinne härterer Reaktion.

Im Strafvollzug setzen sich diese Tendenzrichtungen um in eine Vermehrung der Untersuchungsgefangenen und Verringerung endgültig Verurteilter. Letztere — für die evtl. Resozialisierungs-Massnahmen bestimmt sein sollten — sind aufgrund von im Artikel beschriebenen Mechanismen immer verhärterter und somit keiner Besserung zugänglich. Daraus folgt eine Krise hergebrachter Strafvollzugsideale und insbesondere des Resozialisierungs-Vollzugs, was wiederum Auswirkungen hat auf die Rolle des sog. Aufsichts-Richters (Staatsanwalt für Strafvollzug) (d.h. notwendigerweise Veränderungen in den Aufgaben dieser Institution). Notwendig wird in der Straf-Auffassung eine rationale Überwindung des Gegensatzes zwischen Pessimismus und Optimismus zugunsten eines neutralen pragmatischen Realismus, der Verbrechen nicht ausrotten oder tilgen, sondern mit einer abgewogenen, differenzierten Strategie kontrollieren und eindämmen will.

So gesehen, müsste der « Aufsichts-Richter » auf seine gegenwärtige Rolle als « Notar für Gnaden-Gewährung » verzichten, und stattdessen: 1) die Sicherung und Überwachung der Menschenrechte des Gefangenen stärker wahrnehmen; 2) ständig Anregungen geben bei Versuch und Durchführung neuer, erfolgversprechender Resozialisierungs-Formen; 3) schliesslich auf Strafvollzugs-Ebene Durchführungsorgan werden für eine differenzierte Strategie, die in bestimmten Fällen Sicherheit, in anderen Resozialisierung durch neue erzieherische Massnahmen in den Vordergrund stellt.