

IL GIUDIZIO DI NON COMPATIBILITÀ DI CONDIZIONI DI INFERMITÀ CON LO STATO DI DETENZIONE

*Presupposti giuridici e prospettive di applicazione per effetto
dell'evoluzione normativa penitenziaria e processuale*

MARCELLO ALBINO (*)

BRUNO PANNAIN (**)

In tema di provvedimenti relativi all'applicazione di misure restrittive della libertà personale dell'imputato e del condannato (o internato) sono divenute sempre più frequenti le questioni relative alla rilevanza — ai fini della scelta, modifica o revoca della misura — di condizioni personali, in particolare di salute, che risultino non compatibili con lo stato di detenzione. È andato così via via aumentando negli ultimi anni il numero di istanze e conseguentemente di accertamenti, anche peritali, volti a risolvere tali questioni.

Si è dovuta però constatare in merito una particolare disomogeneità di orientamenti e criteri, che ha contribuito a rendere controversa la tematica e l'applicazione della relativa normativa. Né vi è stata poi un'adeguata e proficua attenzione della dottrina, che s'è occupata solo sporadicamente dell'argomento: mancava infatti normativamente la possibilità della chiara individuazione di una criteriologia che

(*) Direttore della Casa circondariale di Isernia e professore a contratto di 'criminologia' nella Facoltà di 'scienze economiche e sociali' dell'Università degli studi del Molise.

(**) Professore ordinario di 'medicina legale' nella Facoltà di 'medicina e chirurgia' dell'Università degli studi di Reggio Calabria-Catanzaro.

Il lavoro, risultato di stretta collaborazione, va attribuito agli autori in misura uguale: prevalentemente, a B. PANNAIN la impostazione e la struttura dello sviluppo e dell'elaborazione, a M. ALBINO la ricerca e l'elaborazione penitenziaristica e storico-legislativa.

scaturisse dalla evidenziazione di principi definiti ed univoci; anche perché, sotto la spinta della continua evoluzione in senso garantista e liberistico della legislazione e della giurisprudenza, la normativa in materia è stata più di una volta significativamente innovata, il che non ha sempre consentito di cogliere tempestivamente i punti di riferimento da cui partire.

Ma ora, con le modifiche dell'ordinamento penitenziario e l'avvento del nuovo codice di procedura penale, riteniamo che si sia giunti ad una strutturazione della normativa tale da consentire di riflettere proficuamente sul tema, al fine di individuarne da un lato con chiarezza presupposti giuridici e principi informatori e definirne dall'altro adeguatamente la metodologia applicativa. È questo il fine che ci proponiamo in questo studio, che condurremo con stretto riferimento logico alla legislazione e alla giurisprudenza (1).

1. I PRESUPPOSTI GIURIDICI

1.1. La normativa

I principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano in tema di *non compatibilità tra condizioni di infermità e stato di detenzione* sono enunciati nella carta costituzionale ed esplicitati in specifiche norme penali — sostantive e processuali —, sanitarie, penitenziarie (2):

(1) Per i motivi esposti, in questa fase del nostro studio sulla 'non compatibilità' non esaminiamo la dottrina. Riteniamo infatti preferibile — per evitare condizionamenti — che il discorso riparta dal punto d'arrivo, sufficientemente fermo (oltre che nuovo), cui la legislazione sul tema appare essere pervenuta in questi ultimi tempi: un confronto di carattere dottrinario risulterà invece proficuo quando si sarà in possesso anche di una sufficiente casistica giurisprudenziale sulla normativa più recente.

(2) Nell'esposizione delle principali norme, costituzionali ed ordinarie, concernenti la tematica in esame, omettiamo commi o parti di essi non rilevanti ai nostri fini; evidenziamo in corsivo espressioni particolarmente significative per il nostro studio. Quanto al nostro testo, adoperiamo talvolta — in un'accezione lata e non strettamente 'tecnica' — le espressioni 'detenuto' e stato di 'detenzione' (o 'detentivo') come comprensive rispettivamente delle espressioni 'internato' e stato di 'internamento'.

Costituzione della Repubblica

Art. 2: 1. La Repubblica riconosce e garantisce i *diritti inviolabili* dell'uomo, sia come singolo; sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei *doveri inderogabili di solidarietà* politica, economica e sociale.

Art. 3: 1. Tutti i cittadini hanno *pari dignità* sociale e sono *eguali* davanti alla legge, senza distinzione ... di condizioni personali e sociali.

Art. 13: 4. È *punita* ogni *violenza* fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

Art. 27: 2. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. 3. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al *sensu di umanità* e devono tendere alla *rieducazione* del condannato.

Art. 32: 1. La Repubblica tutela la *salute* come fondamentale *diritto dell'individuo* e *interesse della collettività* ... 2. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal *rispetto della persona umana*.

Codice penale

Art. 146 (*rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena*): 1. L'esecuzione di una pena, che non sia pecuniaria, è differita: 1) se deve aver luogo contro donna incinta; 2) se deve aver luogo contro donna che ha partorito da meno di sei mesi ...

Art. 147 (*rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena*): 1. *L'esecuzione di una pena può essere differita*: 1) se è presentata domanda di grazia, e l'esecuzione della pena non deve essere differita a norma dell'articolo precedente; 2) *se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica*; 3) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro donna che ha partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno ...

Art. 148 (*infermità psichica sopravvenuta al condannato*): 1. *Se, prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale, o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica*, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un ospedale psichiatrico giudiziario, ovvero in una casa di cura e custodia. Il giudice può disporre che il condannato, invece che in un ospedale psichiatrico giudiziario, sia ricoverato in un ospedale [psichiatrico] civile, se la pena inflitta sia inferiore a tre anni di reclusione o di arresto, e non si tratti di delinquente abituale o professionale o di delinquente per tendenza (3).

(3) Considerazione della prevalenza della tutela della salute del condannato rispetto ad esigenze 'penali' è evidenziata dalla C. cass. anche a proposito dell'art. 148: «... ove si tratti di ricovero in manicomio giudiziario per sopravvenuta

Codice di procedura penale (1988) (4)

Art. 275 (*criteri di scelta delle misure*): 1. Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. 2. Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata. 3. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. 4. *Non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputata è una persona incinta o che allatta la propria prole o una persona che si trova in condizioni di salute particolarmente gravi o che ha oltrepassato l'età di sessantacinque anni.* 5. Non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputata è una persona tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso un programma terapeutico di recupero nell'ambito di una struttura autorizzata, e l'interruzione del programma può pregiudicare la disintossicazione dell'imputato. Con lo stesso provvedimento, o con altro successivo, il giudice stabilisce i controlli necessari per accertare che il tossicodipendente o l'alcooldipendente prosegua il programma di recupero (5).

infermità psichica, vige la ... regola della *priorità* della esecuzione della misura di sicurezza, a *carattere curativo*, rispetto a misure di sicurezza detentive di diversa specie e rispetto all'ordinaria pena restrittiva della libertà personale» (Cass., sez. VI, 1599, 16 01 76 (14 10 75), m. 131911).

(4) Oltre alle norme — recentemente emanate — del c. p. p. 88, è utile tener presenti, per la loro incidenza, fino a ieri, sull'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina in argomento, le norme del c. p. p. '30, come via via via modificate (attraverso un iter particolarmente tormentato) fino alla l. 330 del 1988, significativa ai fini di questo studio:

Art. 254 bis (*misura disposta in luogo della custodia in carcere — principio di adeguatezza*): 1. In ogni stato e grado del procedimento, nell'emettere il mandato di cattura, il giudice dispone che l'imputato, in luogo di essere custodito in carcere, rimanga in *stato di arresto nella propria abitazione, in altro luogo di privata dimora o in un luogo pubblico di cura o di assistenza*, quando tale misura appare sufficiente a salvaguardare le esigenze che hanno determinato l'emissione del provvedimento. 2. Nel corso dell'istruzione sommaria e dopo l'emissione del mandato di cattura il pubblico ministero o il pretore dispongono che l'imputato, in luogo di essere custodito in carcere, rimanga in stato di arresto in uno dei luoghi di cui al comma precedente quando tale misura appare sufficiente a salvaguardare le esigenze cautelari previste nell'articolo 253 ...

Art. 277 (*rimessione in libertà*): 1. In ogni stato e grado del procedimento, quando sono venute meno le esigenze cautelari indicate nell'articolo 253, l'imputato in stato di custodia cautelare deve essere rimesso in libertà.

(5) Fino all'entrata in vigore del nuovo codice, la norma corrispondente all'art. 275 c. p. p. '88 era l'art. 254 bis c. p. p. '30 come modificato dalla l. 330 del 1988; prima di tale modifica esso era così formulato: art. 254 bis (*misura disposta in luogo della custodia in carcere con il mandato o l'ordine di cattura*) «1. Nell'emettere il mandato o l'ordine di cattura, quando esso è facoltativo, il giudi-

Art. 277 (*salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a misure cautelari*): 1. Le modalità di esecuzione delle misure devono *salvaguardare i diritti della persona* ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto.

Art. 284 (*arresti domiciliari*): 1. Il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza. 5. L'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare.

Art. 286 (*custodia cautelare in luogo di cura*): 1. Se la persona da sottoporre a custodia cautelare si trova in stato di infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere o di volere, il giudice, in luogo della custodia in carcere, può disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero, adottando i provvedimenti necessari per prevenire il pericolo di fuga ...

Servizio sanitario nazionale (6)

Art. 1 (*i principi*): 1. La Repubblica tutela *la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività* mediante il servizio sanitario nazionale. 2. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel *rispetto della dignità e della libertà della persona umana*. 3. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla *promozione*, al *mantenimento* ed al *recupero della salute fisica e psichica* di tutta la popolazione *senza distinzione di condizioni individuali o sociali* e secondo modalità che assicurino l'*eguaglianza dei cittadini* nei confronti del servizio. ... 4. Nel servizio sanitario nazionale è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività.

ce o il pubblico ministero può disporre che l'imputato; in luogo di essere custodito in carcere, rimanga in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza, se ritiene che tale misura sia idonea a salvaguardare le esigenze che hanno determinato l'emissione del provvedimento ... 2. Nello stesso modo possono provvedere nei confronti dell'imputato di reato per il quale l'emissione del mandato di cattura è obbligatoria, quando risulta evidente che non sussistono le ragioni indicate nel secondo comma dell'articolo 254. 3. La misura di cui al primo e al secondo comma va disposta, salvo che vi ostino le ragioni indicate nel secondo comma dell'articolo 254, quando imputata è una donna incinta o che allatta la propria prole o persona che si trova in condizioni di salute particolarmente gravi o che ha oltrepassato l'età di 65 anni ovvero che è minore degli anni 18» (per un confronto tra le due formulazioni della norma in questione, v. art. 254 bis da noi riportato sub nota 4).

(6) L. 833 del 1978 (*istituzione del servizio sanitario nazionale*).

Art. 2 (*gli obiettivi*): 1. ... 1) la formazione di una moderna coscienza sanitaria sulla base di un'adeguata educazione sanitaria del cittadino e delle comunità; 2) la *prevenzione* delle malattie e degli infortuni in ogni ambito di vita e di lavoro; 3) la *diagnosi* e la *cura* degli eventi morbosi quali che ne siano le cause, la fenomenologia e la durata; 4) la *riabilitazione* degli stati di invalidità e di inabilità sociale e psichica; 5) la *promozione* e la *salvaguardia* della *salubrità* e dell'*igiene dell'ambiente naturale di vita* e di lavoro ...

Art. 27 (*strumenti informativi*): 1. Le unità sanitarie locali forniscono gratuitamente i cittadini di un *libretto sanitario personale*. Il libretto sanitario riporta i dati caratteristici principali sulla salute dell'assistito esclusi i provvedimenti relativi a trattamenti sanitari obbligatori ... L'unità sanitaria locale provvede alla compilazione ed all'aggiornamento del libretto sanitario personale, *i cui dati sono rigorosamente coperti dal segreto professionale* ... 2. *Il libretto è custodito dall'interessato o da chi esercita la potestà o la tutela e può essere richiesto solo dal medico, nell'esclusivo interesse della protezione della salute dell'intestatario* (7).

(7) Analogamente — va opportunamente chiarito — non occorre autorizzazione da parte dell'autorità competente (giudiziaria o penitenziaria) per consentire al medico di fiducia (così come direttamente all'interessato) di prendere visione (ed ottenere copia) del diario clinico compilato in istituto: esso (a differenza della cartella personale) è documento che 'appartiene' all'interessato, riguardando la *sua salute* (alla pari di qualsiasi altro documento o cartella clinica di strutture sanitarie non penitenziarie, e del 'libretto sanitario personale' previsto dalla 833); per gli stessi motivi, del diario clinico prende visione, tra il personale dell'istituto, solo quello sanitario e, nei limiti di finalità istituzionali (tra cui anzitutto quelle concernenti la tutela della salute del singolo e della comunità), il direttore (o chi è da questi legittimamente delegato); solo con il consenso dell'interessato, o con specifica — legittima — disposizione dell'autorità giudiziaria, può prendere visione del diario clinico il perito di ufficio. La trasmissione illegittima, cioè «senza giusta causa» del diario clinico o di informazioni in esso contenute può costituire violazione di segreto professionale.

Circa il rilascio di copia della cartella clinica riguardante detenuti od internati ai diretti interessati ovvero ad enti pubblici che la richiedano, il Ministero di grazia e giustizia — ufficio studi e ricerche —, con circolare n. 3031/5481 del 26.3.1984 (*rilascio copia cartella clinica*), ha formulato le seguenti disposizioni: «Il rilascio di copia della cartella clinica ai diretti interessati che ne facciano richiesta per seri e *ragionevoli motivi* ed a loro spese deve ritenersi in linea di massima consentito. ... La valutazione della serietà e ragionevolezza dei motivi viene rimessa all'ispettore distrettuale per adulti o al direttore del Centro di rieducazione per minorenni, a seconda della rispettiva competenza... Occorre in ogni caso evitare che nella copia della cartella clinica siano riportate le sottoscrizioni e le indicazioni dei nominativi dei sanitari e degli altri operatori penitenziari. ... Il rilascio di copia della cartella clinica di un detenuto o internato ad un ente pubblico che ne faccia richiesta ... deve ritenersi consentito solamente ove l'acquisizione di tale documento sanitario da parte dell'ente medesimo si appalesi necessaria in relazione ai compiti istituzionali di quest'ultimo. ... È sempre necessaria l'autorizzazione dell'ispettore distrettuale o del direttore del Centro di rieducazione per minorenni, cui è demandato il compito di accertare la legittimazione dell'ente pubblico in ordine alla richiesta avanzata».

Art. 33 (*norme per gli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori*): 1. *Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari.* 2. Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'art. 32 della Costituzione, *nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura.*

Ordinamento penitenziario (8)

Art. 5 (*caratteristiche degli edifici penitenziari*): 1. Gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati.

Art. 6 (*locali di soggiorno e di pernottamento*): 1. I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere *di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale ... aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigano ... in buono stato di conservazione e di pulizia.*

Art. 9 (*alimentazione*): 1. Ai detenuti e agli internati è assicurata un'alimentazione sana e sufficiente, *adeguata all'età, al sesso, allo stato di salute, al lavoro, alla stagione, al clima.*

Art. 10 (*permanenza all'aperto*): 1. ... è consentito di permanere almeno per due ore al giorno all'aria aperta ... periodo ... ridotto a non meno di un'ora ... per motivi eccezionali. 2. La permanenza all'aria aperta ... è dedicata, se possibile, ad esercizi fisici.

Art. 11 (*servizio sanitario*): 1. Ogni istituto penitenziario è dotato di servizio medico e di servizio farmaceutico rispondenti alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati; dispone, inoltre, dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria. 2. Ove siano necessari cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, i condannati e gli internati sono trasferiti, con provvedimento del magistrato di sorveglianza, in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura. Per gli imputati, detti trasferimenti sono disposti, dopo la pronunzia della sentenza di primo grado, dal magistrato di sorveglianza; prima della pronunzia ... [dall'autorità giudiziaria che procede] ... 3. L'autorità giudiziaria competente ... può disporre, quando non vi sia pericolo di fuga, che i detenuti e gli internati trasferiti in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ... non siano sottoposti a piantonamento durante la degenza, salvo che sia necessario per la tutela della loro incolumità personale (9). 5. ... L'assistenza sanitaria è prestata,

(8) L. 354 del 1975 e successive modificazioni — tra cui, particolarmente rilevante, la l. 663 del 1986 — fino alla l. 134 del 1989.

(9) La disposizione di cui al co. 3 è stata introdotta con la recente l. 134 del 1989 ed è espressione, oltre che di duttilità operativa, di una maggiore attenzione alla tutela della salute ed al rispetto della persona. È evidente nella soluzione

nel corso della permanenza nell'istituto, con periodici e frequenti riscontri, indipendentemente dalle richieste degli interessati. 6. Il sanitario deve visitare ogni giorno gli ammalati e coloro che ne facciano richiesta; deve segnalare immediatamente la presenza di malattie che richiedono particolari indagini e cure specialistiche; deve, inoltre, controllare periodicamente l'idoneità dei soggetti ai lavori cui sono addetti. 7. I detenuti e gli internati sospetti o riconosciuti affetti da malattie contagiose sono immediatamente isolati. Nel caso di sospetto di malattia psichica sono adottati senza indugio i provvedimenti del caso col rispetto delle norme concernenti l'assistenza psichiatrica e la sanità mentale. 10. *L'amministrazione penitenziaria, per l'organizzazione e per il funzionamento dei servizi sanitari, può avvalersi della collaborazione dei servizi pubblici sanitari locali, ospedalieri ed extra ospedalieri, d'intesa con la regione e secondo gli indirizzi del Ministero della sanità.* 11. *I detenuti e gli internati possono richiedere di essere visitati a proprie spese da un sanitario di loro fiducia.* Per gli imputati è necessaria l'autorizzazione del magistrato che procede, sino alla pronuncia della sentenza di primo grado (10).

adottata, accanto all'utilità pratica di evitare un impegno delle forze dell'ordine se non necessario, il vantaggio per il paziente di non subire l'opprimente presenza di persone in divisa ed armate'.

(10) Quanto ad aspetti specifici dell'assistenza sanitaria in ambiente penitenziario, va rilevato come in carcere sia particolarmente avvertito il legame tra malattia e paura (nella più lata delle accezioni, fino a quella di morire). Ciò si verifica per una serie di motivi di carattere psicologico, tra i quali assume particolare rilevanza da un lato il fatto di trovarsi nella impossibilità di fronteggiare la malattia (e i problemi che essa pone) facendo appello a tutte le energie e le risorse personali e familiari, e dall'altro il doversi rimettere integralmente all'istituzione per qualsiasi tipo di accertamento o di terapia, senza alcuna ragionevole certezza che si faccia veramente tutto quanto le scienze mediche oggi consentono per risolvere adeguatamente il caso. A ciò si aggiunga il timore che richieste di migliore assistenza sanitaria e di più adeguata terapia (specie se ripetute ed insistenti) finiscano per irritare il personale penitenziario (in modo non sostanzialmente diverso, d'altronde, da quanto avverrebbe in ambiente libero), traducendosi in una valutazione comportamentale non positiva foriera oggi di conseguenze non trascurabili in ordine ai benefici che, proprio richiamandosi alle cattive condizioni di salute, successivamente egli potrebbe chiedere. Da problemi di tale rilevanza emerge la necessità di riaffermare la significatività, in ambito sanitario penitenziario, di una 'prassi' non solo correttamente attuativa della normativa, ma autenticamente permeata dello spirito e dei valori di solidarietà che la informano, sì che il detenuto non si senta del tutto 'consegnato' all'istituzione anche per la salute così come per la libertà.

Tra gli altri aspetti significativi in tema di servizio sanitario penitenziario, mette conto di sottolineare come, contrariamente a una prassi frequentemente ricorrente, vada evitato che il sanitario dell'istituto sia chiamato dall'autorità giudiziaria a formulare giudizi sulla compatibilità delle condizioni di infermità con lo stato detentivo. Il problema può porsi in due ipotesi:

- il giudice chiede al sanitario dell'istituto relazione sullo stato di salute e, magari, anche conclusioni in ordine alla compatibilità;
- il giudice affida al sanitario dell'istituto incarico di perizia su questo punto.

Art. 13 (*individualizzazione del trattamento*): 1. Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. 2. Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche ... 3. Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma ...

Indipendentemente dai profili strettamente giuridici riguardanti la scelta del perito ed i motivi della sua possibile ricusazione, appare evidente l'inopportunità non solo della scelta del medico dell'istituto quale perito, ma anche della semplice richiesta di relazione che gli viene rivolta dall'autorità giudiziaria in quanto sanitario di quella struttura, specialmente se con giudizio conclusivo sulla compatibilità: potendosi ipotizzare violazione di segreto professionale, censurabile penalmente o quanto meno deontologicamente (all'art. 14 della l. 740 del 1970 espressamente si indica per il medico incaricato il *dovere* di «osservare ... le regole deontologiche professionali»). Ovviamente diverso il caso in cui la relazione ed il giudizio siano autorizzati con l'istanza dell'interessato diretta all'accertamento della non compatibilità anche attraverso l'acquisizione di documentazione sanitaria penitenziaria.

Peraltro, un tale compito — di natura fiscale, se così configurato — non rientra fra quelli istituzionali, che sono essenzialmente finalizzati all'assistenza sanitaria del detenuto. Inoltre la funzione 'fiscale' inciderebbe negativamente sul rapporto medico-paziente: il detenuto non solo potrebbe tendere a simulare per mirare ad un 'certo' giudizio del sanitario, ma soprattutto potrebbe perdere fiducia in lui quale medico curante; il risultato, ove si determinassero questi effetti, sarebbe certamente l'interferenza negativa nell'attività diagnostica e terapeutica, che verrebbero falsate o quanto meno alterate. Si aggiungano motivi di opportunità inerenti alla 'sicurezza' del sanitario, considerati nella circolare del Ministero di grazia e giustizia (citata in nota 7).

Contro tali argomentazioni non appare condivisibile l'obiezione che, indubbiamente, il sanitario dell'istituto è colui che ben conosce le reali condizioni di salute del detenuto: il perito 'esterno' potrà sopperire all'iniziale non conoscenza con lo studio del diario clinico. Si è anche da taluni obiettato che compiti 'fiscali' sono comunque richiesti ad ogni medico che esercita attività assistenziale: si tratta però di certificazioni comunque esplicitamente richieste dall'interessato (certificato medico generale ai fini dell'abilitazione alla guida) o implicitamente consentite (certificazioni di prognosi di durata della malattia al fine di giustificare l'assenza dal lavoro).

Su questo problema si veda la circolare n. 3258/5708 del 28 dicembre 1988 (*tutela della vita e della salute dei detenuti e degli internati*) con cui il Ministero di grazia e giustizia — segreteria rep. I — ha richiamato l'attenzione sul fatto «che i medici degli istituti non devono in alcun modo esprimere giudizi circa la compatibilità o la incompatibilità delle condizioni fisio-psichiche del detenuto o dell'internato con lo stato di detenzione o di internamento, a meno che, ovviamente, essi non ricevano al riguardo esplicito incarico da parte delle competenti autorità giudiziarie. Una tale valutazione rientra, infatti, nella esclusiva competenza del giudice, il quale potrà anche, ove lo ritenga, disporre al riguardo un accertamento peritale».

Discorso completamente diverso è quello del *dovere* del sanitario dell'Istituto di segnalare (indipendentemente da richieste o sollecitazioni) che le condizioni di salute del soggetto affidato alle sue cure sono (o sono divenute) non compatibili con lo stato di detenzione in istituto.

Art. 33 (*isolamento*): 1. Negli istituti penitenziari l'isolamento continuo è ammesso: 1) quando è prescritto per ragioni sanitarie; 2) durante l'esecuzione della sanzione della esclusione dalle attività in comune ...

Art. 36 (*regime disciplinare*): Il regime disciplinare ... è adeguato alle condizioni fisiche e psichiche dei soggetti.

Art. 39 (*sanzioni disciplinari*): 2. La sanzione della esclusione dalle attività in comune (per non più di quindici giorni) non può essere eseguita senza la certificazione scritta, rilasciata dal sanitario, attestante che il soggetto può sopportarla. Il soggetto escluso dalle attività in comune è sottoposto a costante controllo sanitario [anche psichiatrico].

Art. 42 (*trasferimenti e traduzioni*): 1. I trasferimenti sono disposti ... per motivi ... di salute ... 2. Nel disporre i trasferimenti deve essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie.

Art. 47 bis (*affidamento in prova in casi particolari*): 1. Se la pena detentiva ... entro il limite di [tre anni] ... deve essere eseguita nei confronti di persona tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi, l'interessato può chiedere in ogni momento di essere affidato in prova al servizio sociale, per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica sulla base di un programma da lui concordato con una unità sanitaria locale o con uno degli enti ... previsti [dalla legge] ...

Alla domanda deve essere allegata certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza e la idoneità, ai fini del recupero del condannato, del programma concordato (11).

Art. 47 ter (*detenzione domiciliare*): 1. *La pena della reclusione non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate, se non vi è stato affidamento in prova al servizio sociale, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza quando trattasi di:* 1) donna incinta o che allatta la propria prole ovvero madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente; 2) *persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali;* 3) *persona di età superiore a 65 anni, se inabile anche parzialmente;* 4) *persona di età minore di 21 anni, per comprovate esigenze di salute ...*

Art. 65 (*istituti per infermi e minorati*): 1. I soggetti affetti da infermità o minorazioni fisiche o psichiche devono essere assegnati ad istituti o sezioni speciali per idoneo trattamento.

Art. 69 (*funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza*): 3. Sovrintende all'esecuzione delle misure di sicurezza personali. 4. Provvede

(11) Questa norma non costituirà oggetto di ulteriore esame in questo studio, riguardando situazioni - e relativi provvedimenti - del tutto peculiari e disomogenei rispetto al tema in discussione.

al riesame della pericolosità ai sensi del primo e secondo comma dell'art. 208 del codice penale, nonché all'applicazione, esecuzione, trasformazione e revoca, anche anticipata, delle misure di sicurezza ... 7. Provvede, con decreto motivato, ... sulle modifiche relative ... alla detenzione domiciliare. 8. Provvede, con ordinanza, ... sui ricoveri di cui all'articolo 148 del codice penale.

Art. 70 (*funzioni e provvedimenti del tribunale di sorveglianza*): 1. In ciascun distretto di corte d'appello e in ciascuna circoscrizione territoriale di sezione distaccata di corte d'appello è costituito un tribunale di sorveglianza competente per ... la detenzione domiciliare, ... la [sua] revoca o cessazione ..., il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione delle pene detentive ai sensi degli articoli 146 e 147, numeri 2) e 3), del codice penale ... 2. Il tribunale di sorveglianza decide inoltre in sede di appello sui ricorsi avverso i provvedimenti di cui al comma 4 dell'articolo 69 (12).

Regolamento di esecuzione (13)

Art. 17 (*assistenza sanitaria*): 1. L'organizzazione dei servizi sanitari degli istituti viene programmata, nell'ambito di ciascuna regione, tra gli ispettori distrettuali e i preposti agli enti pubblici sanitari locali, d'intesa con l'ente regione. 2. I programmi sono periodicamente aggiornati secondo il variare delle esigenze ed approvati dal Ministero di grazia e giustizia, tenuto conto degli indirizzi del Ministero della sanità. 3. Il Ministero, sulla base delle indicazioni desunte dalla rilevazione e dall'analisi delle esigenze sanitarie della popolazione penitenziaria, sentiti gli organi sanitari, organizza, con opportune dislocazioni nell'ambito nazionale, reparti clinici e chirurgici. 4. All'organizzazione e al funzionamento di detti reparti possono concorrere, anche con destinazione di proprio personale, gli enti pubblici sanitari locali. 5. In ogni caso in cui le prestazioni di carattere psichiatrico non siano assicurate a mezzo dell'opera di specialisti in psichiatria del ruolo dell'amministrazione penitenziaria, la direzione dell'istituto si avvale di specialisti ai sensi del quarto comma dell'articolo 80 della legge. 6. L'autorizzazione per le visite a pro-

(12) Nella l. 663 del 1986 il problema della non compatibilità, per il condannato, di condizioni di infermità con lo stato di detenzione trova una specifica possibilità di soluzione con l'introduzione dell'istituto della detenzione domiciliare. Sotto altro profilo, poi, significativo della valorizzazione della magistratura di sorveglianza quale organo specificamente competente per i provvedimenti da adottare nella fase dell'esecuzione è il trasferimento ad essa (per l'esattezza, al tribunale) della competenza a disporre il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione delle pene detentive ai sensi degli articoli 146 e 147, numeri 2) e 3) del codice penale.

(13) D. p. r. 431 del 1976 e successive modificazioni e integrazioni fino al d. p. r. 248 del 1989 e alle rettifiche di cui al comunicato pubblicato Sulla G. U. n. 171 del 24 07 89.

prie spese di un sanitario di fiducia per gli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado e per i condannati e gli internati è data dal direttore. 7. Con le medesime forme previste per le visite a proprie spese possono essere autorizzate cure mediche e chirurgiche da effettuarsi da parte di sanitari di fiducia nelle infermerie o nei reparti clinici e chirurgici dell'amministrazione penitenziaria a spese degli interessati. 8. Quando deve provvedersi con assoluta urgenza al trasferimento di un detenuto o di un internato in luogo esterno di cura, e non sia possibile ottenere l'immediata decisione dell'autorità giudiziaria che procede o del magistrato di sorveglianza, il direttore provvede direttamente al trasferimento, dandone contemporanea comunicazione alla predetta autorità o al magistrato di sorveglianza; inoltre, dà notizia del trasferimento all'ispettore distrettuale e al Ministero.

Art. 20 (*disposizioni particolari per gli infermi e i seminfermi di mente*): 1. La sottoposizione a visto di controllo della corrispondenza dei detenuti e degli internati infermi o seminfermi di mente può essere disposta ... anche per esigenze connesse al trattamento terapeutico, accertate dal sanitario. 2. Nella concessione dei permessi di colloquio e nelle autorizzazioni alla corrispondenza telefonica, si devono tenere in conto anche le esigenze di cui al precedente comma. 3. I detenuti e gli internati infermi o seminfermi di mente che, a giudizio del sanitario, sono in grado di svolgere un lavoro produttivo o un servizio utile, sono ammessi al lavoro e godono di tutti i diritti relativi. 4. Coloro che non sono in grado di svolgere un lavoro produttivo o un servizio utile, possono essere assegnati, secondo le indicazioni sanitarie, ad attività ergoterapiche ... 6. Nei confronti degli infermi e dei seminfermi di mente le sanzioni disciplinari si applicano solo quando, a giudizio del sanitario, esista la sufficiente capacità naturale che consenta loro coscienza dell'infrazione commessa ed adeguata percezione della sanzione conseguente.

Art. 27 (*osservazione della personalità*): 1. L'osservazione scientifica della personalità è diretta all'accertamento dei bisogni di ciascun soggetto connessi alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali, che sono state di pregiudizio all'instaurazione di una normale vita di relazione. Ai fini dell'osservazione, si provvede all'acquisizione di dati giudiziari e penitenziari, biologici, psicologici e sociali e alla loro valutazione con riferimento al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento. 2. All'inizio dell'esecuzione, l'osservazione è specificamente rivolta, con la collaborazione del condannato o dell'internato, a desumere elementi per la formulazione del programma individualizzato di trattamento, il quale è compilato nel termine di nove mesi.

Art. 30 (*assegnazione dei condannati e degli internati*): 1. I condannati e gli internati, all'inizio dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, sono provvisoriamente assegnati in un istituto destinato all'esecuzione del tipo di pena o di misura cui sono stati sottoposti, situato nell'ambito della regione di residenza. Qualora ciò non sia possibile per mancanza di tale istituto o per indisponibilità di posti, l'assegnazione deve avvenire ad altro istituto della stessa categoria situato in località prossima.

Art. 31 (*raggruppamento nelle sezioni*): 1. Gli istituti penitenziari ... sono organizzati in modo da realizzare nel loro interno suddivisioni in sezioni che consentono raggruppamenti limitati di soggetti.

Art. 35 (*colloqui*): 6. Per i detenuti e gli internati infermi, i colloqui possono aver luogo nell'infermeria. 9. Ai soggetti gravemente infermi ... sono concessi colloqui anche fuori dei limiti stabiliti ...

Art. 68 (*isolamento*): 1. L'isolamento continuo per ragioni sanitarie è prescritto dal medico nei casi di malattia contagiosa. Esso è eseguito, secondo le circostanze, in appositi locali dell'infermeria o in un reparto clinico. Durante l'isolamento, speciale cura è dedicata dal personale all'infermo anche per sostenerlo moralmente. L'isolamento deve cessare non appena sia venuto meno lo stato contagioso.

Art. 75 (*sospensione e condono delle sanzioni*): 3. Qualora il sanitario certifichi che le condizioni di salute del soggetto non gli permettono di sopportare la sanzione della esclusione dalle attività in comune, questa è eseguita quando viene a cessare la causa che ne ha impedito l'esecuzione.

Art. 91 ter (*detenzione domiciliare*): 3. Nei casi preveduti dai numeri 1), 2) e 3) del co. 1 dell'art. 47 ter della legge e fatto salvo quanto previsto dal co. 2, lettera c), dell'art. 71 del presente regolamento, la detenzione domiciliare può essere concessa ... anche su segnalazione della direzione dell'istituto. 7. Il centro di servizio sociale, sulla base delle disposizioni impartite dal tribunale di sorveglianza, stabilisce validi collegamenti con i servizi assistenziali territoriali al fine di fornire al condannato l'aiuto per superare le difficoltà connesse con l'esecuzione della detenzione domiciliare.

Art. 92 (*regime di semilibertà*): 7. Per il semilibero ricoverato in luogo esterno di cura ai sensi dell'art. 11, secondo co. della legge, non è disposto piantonamento.

Art. 98 (*ospedali psichiatrici giudiziari, case di cura e custodia, istituti e sezioni speciali per infermi e minorati fisici e psichici*): 5. Gli imputati e i condannati, ai quali nel corso della misura detentiva sopravviene una infermità psichica che non comporti, rispettivamente, l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero in manicomio giudiziario o l'ordine di ricovero in manicomio giudiziario o in casa di cura e custodia, sono assegnati a un istituto o sezione speciale per infermi e minorati psichici.

Ordinamento delle categorie di personale sanitario addetto agli istituti di prevenzione e pena non appartenenti ai ruoli organici dell'amministrazione penitenziaria (14).

Art. 1 (*qualifica*): 1. I medici chirurgici non appartenenti al personale civile di ruolo dell'Amministrazione degli istituti di prevenzione e di pena, i quali prestano la loro opera presso gli istituti o servizi dell'amministrazione stessa, sono qualificati medici incaricati. 2. Essi han-

(14) L. 740 del 1970.

no le attribuzioni previste dai regolamenti per gli istituti di prevenzione e di pena.

Art. 14 (*doveri*): 1. Il medico incaricato è tenuto a svolgere servizio adeguato alle esigenze dell'istituto presso cui è addetto e ad osservare le vigenti disposizioni in materia sanitaria e le regole deontologiche professionali. 2. Egli è tenuto, altresì, alla osservanza dei regolamenti per gli istituti di prevenzione e di pena e del regolamento interno dell'istituto cui è addetto, e deve tener conto, compatibilmente con le esigenze sanitarie, delle disposizioni impartite dal direttore dell'istituto o servizio. 3. Il medico incaricato addetto agli istituti diretti da medici di ruolo è tenuto ad osservare anche le direttive tecniche impartite dal direttore. 4. Il medico incaricato addetto agli istituti presso i quali il servizio sanitario è diretto da un medico dirigente è tenuto ad osservare le direttive tecniche da questi impartite e, qualora se ne discosti, deve fornire motivata spiegazione al medico provinciale, il quale ne valuta la fondatezza. 5. Il Ministero della sanità, di concerto con il Ministro di Grazia e giustizia, organizza corsi di aggiornamento e di specializzazione in medicina carceraria. 6. Il personale sanitario che senza giustificato motivo non partecipa a detti corsi decade dall'incarico.

1.2. - Le direttive internazionali

Dal dopoguerra ad oggi, l'esigenza di assicurare il rispetto della dignità della persona umana nelle istituzioni penitenziarie e di tendere ad omogenizzare il trattamento si è tradotta in una serie di accordi, risoluzioni e raccomandazioni sia dell'ONU che del Consiglio d'Europa, che hanno giocato un ruolo particolarmente importante per l'evoluzione della normativa penitenziaria, specialmente a livello europeo. In questi significativi interventi di organismi internazionali particolare attenzione è stata rivolta al problema della salute, nella sua accezione più lata.

Riteniamo — anche per ragioni di economia espositiva — che possa in questo studio prescindere dall'esame delle «regole minime per il trattamento dei detenuti» dell'ONU del 1955 e di quelle del Consiglio d'Europa del 1973, che hanno trovato sostanziale accoglimento nell'ordinamento penitenziario italiano. È utile invece soffermarsi, per quanto attiene al tema in esame, sulle «regole penitenziarie europee» — emanate dal Consiglio d'Europa nel 1987 (successivamente quindi anche alla nostra l. 663 del 1986) -, potendosi considerare un punto di riferimento fondamentale non soltanto per l'ulteriore evoluzione della legislazione dei singoli Stati in

materia penitenziaria e per le decisioni di organismi come la Corte e la Commissione europea dei diritti dell'uomo, ma anche per l'interpretazione e l'applicazione della normativa vigente, specialmente in ordine a una tematica tanto delicata e fluida quale quella della non compatibilità' (15).

Regole penitenziarie europee (1987)

Principi fondamentali

1. La privazione di libertà deve essere attuata in *condizioni materiali e morali che assicurino il rispetto della dignità* umana conformemente alle presenti regole.

3. *Il trattamento dei detenuti deve essere diretto a tutelarne la salute, a salvaguardarne la dignità* e, nella misura in cui la durata della pena lo consente, a determinare lo sviluppo del loro senso di responsabilità, a dotarli di competenze che li aiuteranno a reinserirsi nella società, a vivere nel rispetto della legge, a provvedere ai propri bisogni dopo la dimissione dal carcere.

Amministrazione degli stabilimenti penitenziari

11. 1. *Per la ripartizione dei detenuti negli stabilimenti e per la individuazione del regime applicabile, si deve tenere conto particolarmente ... delle esigenze di salute ...*

15. *I locali di detenzione ... devono rispondere alle esigenze della salute e dell'igiene, tenuto conto delle condizioni climatiche, particolarmente per quel che concerne la cubatura d'aria, una superficie ragionevole, l'illuminazione, il riscaldamento e l'aerazione.*

(15) Le «regole minime per il trattamento dei detenuti» furono approvate con risoluzione del 30 agosto 1955 dal I Congresso internazionale dell'ONU per la prevenzione del delitto e il trattamento dei delinquenti (Ginevra, 22 agosto — 23 settembre 1955). «L'insieme delle regole minime per il trattamento dei detenuti» furono approvate con risoluzione (73) 5 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 5 giugno 1973. Le «regole penitenziarie europee (versione europea aggiornata dell'insieme delle regole minime per il trattamento dei detenuti)» sono contenute nell'allegato alla raccomandazione n. R(87)3 approvata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987 (nel corso della 404ª riunione dei delegati dei ministri). Per un'esposizione articolata di tale normativa, v. Daga L., *Le regole penitenziarie europee*, Documenti giustizia, 1, 98-104 (2), 1988; Comucci P., Presutti A. (a cura di), *Le regole penitenziarie europee*, Giuffrè, Milano, 1989; in tema di sanità penitenziaria v. da ultimo Daga L., *La sanità penitenziaria nella normativa internazionale, in particolare nelle regole penitenziarie europee*, relazione presentata al Conv. su «Prospettive della medicina penitenziaria», organizzato dall'AMAPI, sezione del lazio «Giuseppe Furci» (Roma, 7 ottobre 1989).

19. Tutti i locali di ogni istituto devono essere mantenuti in perfetto stato di conservazione e di pulizia.

25. 1. L'amministrazione ... deve fornire ai detenuti ... pasti ... *rispondenti per qualità e quantità alle regole della dietetica e dell'igiene moderne*, tenendo conto dell'età, dello stato di salute ...

26. 1. Ogni stabilimento penitenziario deve disporre almeno delle prestazioni di un medico generico. I servizi sanitari devono essere organizzati in stretta relazione con l'amministrazione del servizio sanitario della comunità o della nazione. Essi devono comprendere un servizio psichiatrico per la diagnosi e, ove possibile, il trattamento dei disturbi psichici.

2. *Per i detenuti che necessitano di cure mediche specialistiche* deve essere previsto il trasferimento in *stabilimenti penitenziari specializzati* o in *ospedali civili*.

29. Il medico deve visitare ogni detenuto il più presto possibile dopo la sua ammissione e, successivamente, con la frequenza necessaria, in particolare allo scopo di accertare l'eventuale presenza di malattie fisiche o mentali e di adottare tutti i provvedimenti necessari per le cure mediche; di assicurare l'isolamento dei detenuti sospetti di essere affetti da malattie infettive o contagiose; di rilevare le deficienze fisiche e mentali che potrebbero essere di ostacolo al reinserimento dopo la liberazione e di determinare la capacità fisica di lavoro di ogni detenuto.

30. 1. Il medico ha il compito di controllare lo stato di salute fisica e mentale dei detenuti. Deve visitare, seguendo i criteri e con la frequenza imposta dalle regole ospedaliere, i detenuti malati, coloro che dichiarino di essere malati o feriti e tutti quelli che richi amino in particolare la sua attenzione.

2. Il medico deve fare rapporto al direttore ogni volta in cui ritenga che la salute fisica o mentale del detenuto sia stata o sarà pregiudicata dal protrarsi della detenzione ovvero da una qualunque delle sue modalità di esecuzione.

31. 1. Il medico o una autorità competente deve compiere regolarmente delle ispezioni e dare al direttore i suggerimenti necessari per quanto concerne: a) la quantità, la qualità, la preparazione e la distribuzione dei cibi e dell'acqua; b) l'igiene e la pulizia dello stabilimento e dei detenuti; c) gli impianti igienici, il riscaldamento, l'illuminazione, l'aerazione dello stabilimento; d) la qualità e la pulizia degli indumenti e della biancheria da letto dei detenuti.

2. Il direttore deve prendere in esame le relazioni ed i suggerimenti del medico indicati nelle regole 30.2 e 31.1 e, in caso di accordo, deve adottare immediatamente le misure necessarie affinché vi sia data attuazione; in caso contrario, o se la materia non è di sua competenza, trasmetterà immediatamente le sue osservazioni e la relazione medica all'autorità superiore.

32. Gli operatori del servizio sanitario dello stabilimento devono adoperarsi per individuare e curare ogni malattia fisica o mentale, o correggere le deficienze che potrebbero ostacolare il reinserimento del detenuto dopo la sua dimissione. A questo scopo, il detenuto deve poter fruire di tutte le cure mediche, chirurgiche e psichiatriche necessarie, comprese quelle che sono fornite all'esterno.

38. 1. La sanzione dell'isolamento disciplinare ed ogni altra misura punitiva che può compromettere l'integrità fisica e mentale del detenuto, non possono essere inflitte senza che il medico, dopo aver visitato il detenuto, abbia certificato per iscritto che questi è in grado di sopportarle. 3. Il medico deve visitare ogni giorno i detenuti sottoposti a tali sanzioni e deve informare il direttore qualora ritenga necessario farle cessare o modificarle per motivi di salute fisica o mentale.

61. 1. Si deve garantire che un medico qualificato e autorizzato sia in grado di intervenire tempestivamente in casi di urgenza. 2. Negli istituti che non dispongono di uno o più medici in servizio permanente, un medico a tempo parziale ovvero un dipendente autorizzato di un servizio sanitario deve effettuare visite con regolarità.

64. La carcerazione, in quanto comporta la privazione della libertà, è di per sé stessa una punizione. Le condizioni di detenzione e i regimi penitenziari non devono pertanto aggravare la sofferenza in tal modo provocata, a meno che la segregazione o il mantenimento della disciplina lo giustificino.

65. Deve essere compiuto ogni sforzo per accertarsi che i regimi degli stabilimenti siano stabiliti e diretti a questi fini: *a)* assicurare condizioni di vita conformi alla dignità dell'uomo ed alle regole accettate dalla collettività; *b)* ridurre al minimo gli effetti negativi della detenzione e le differenze rispetto alla vita libera al fine di evitare che i detenuti perdano il rispetto di sé o il senso di responsabilità; *c)* conservare e rafforzare i legami dei detenuti con la loro famiglia ed il mondo esterno nell'interesse di entrambi; ...

66. In questa prospettiva, ogni mezzo di cura ... ed ogni altro idoneo dovrebbero essere disponibili ed impiegati per soddisfare le esigenze del trattamento dei detenuti ...

70. 2. I programmi di trattamento dovrebbero in ogni caso contemplare disposizioni relative ai *permessi* penitenziari che dovrebbero anche essere concessi il più ampiamente possibile *per motivi di salute* ...

71. 2. I detenuti condannati possono essere sottoposti all'obbligo del lavoro, tenuto conto della loro idoneità fisica e mentale così come accertata dal medico.

83. I regimi penitenziari devono riconoscere *l'importanza, per la salute fisica e mentale, di attività che mirano a mantenere i detenuti in buona forma fisica*, a consentire loro di fare esercizio e di distrarsi.

85. Le amministrazioni penitenziarie dovrebbero controllare che i detenuti i quali partecipano a questi programmi siano in possesso dei requisiti fisici richiesti. Speciali provvedimenti dovrebbero essere presi, sotto la direzione di un medico, per organizzare corsi di educazione fisica e terapia curativa per i detenuti che necessitano di tali interventi.

98. All'imputato deve essere consentito di ricevere la visita e le cure del medico e del dentista personale, se la richiesta è ragionevolmente fondata. L'eventuale diniego deve essere motivato. ...

100. 1. Gli alienati non devono essere detenuti nelle carceri e devono essere previste disposizioni perché siano trasferiti il più presto possibile in stabilimenti appositi per malati di mente. 2. Devono essere predisposti, sotto direzione medica, istituti o sezioni specializzate per l'osservazione e

il trattamento dei detenuti colpiti da altre affezioni o turbe mentali. 4. In accordo con gli organismi competenti devono essere presi provvedimenti per far proseguire, se necessario, il trattamento psichiatrico dopo la liberazione e perché sia assicurata una assistenza sociale post-penitenziaria a carattere psichiatrico.

1.3. - La giurisprudenza

Per quel che concerne la giurisprudenza, esponiamo principi ed orientamenti rilevanti ai fini del tema in esame, che abbiamo riassuntivamente tratto da sentenze della Corte di cassazione e della Corte costituzionale anteriori all'entrata in vigore del c. p. p. '88 (16):

Art. 147 c. p. (*rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena*)

Ai fini della concessione del *differimento facoltativo dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale* per chi si trova in *condizioni di grave infermità fisica* occorre aver riguardo a tre principi costituzionali: il principio di *eguaglianza*, quello secondo cui *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità* e quello secondo il quale *la salute è un diritto fondamentale dell'individuo*.

Perché l'infermità possa ritenersi *grave*, non è sufficiente che essa sia suscettibile di generico miglioramento per effetto del ritorno in libertà ma è necessario che essa sia *di tale gravità da porre in serio pericolo la vita del condannato o provocare rilevanti conseguenze dannose o incidere sul diritto alla salute*, nel senso che il soggetto possa giovare in libertà di cure e trattamenti indispensabili, non praticabili in stato di detenzione neanche mediante ricovero in ospedale civile o in altri luoghi esterni di cura (sostanzialmente diversi e più efficaci di quelli che possono essere prestate dalle strutture sanitarie — compresi i luoghi esterni di cura — previste nell'ordinamento penitenziario), ovvero ancora *a causa della gravità delle condizioni l'espiazione della pena si riveli in contrasto con il senso di umanità*.

(16) La giurisprudenza esaminata è prevalentemente quella, relativa agli ultimi cinque anni, dei 'tabulati' del centro elettronico della Corte di cassazione, integrata da alcune significative sentenze riportate in *Esposizione di giurisprudenza sul codice penale* (dal 1976), a cura di Conti G., Daga L., La Greca C., Lo Piano M., Lupo E., Preden R. e diretta da Brancaccio A., Lattanzi G., Giuffrè, Milano 1988, II (art. 85-240); al momento della consegna di questo elaborato alla redazione della rivista non v'è ancora giurisprudenza in argomento relativa al nuovo codice di procedura penale.

La prognosi infausta *quoad vitam*, in quanto espressione di un giudizio probabilistico, non crea di per sé un contrasto tra l'esecuzione della pena e il senso di umanità e non rende automaticamente operativa la disposizione dell'art. 147 n. 2.

Non assume rilevanza il carattere cronico o inguaribile della malattia, poiché il requisito della guaribilità o della reversibilità non è previsto dalla norma; la concessione del differimento non configura una rinuncia all'attuazione della potestà punitiva.

È concesso il differimento ove la malattia sia, allo stato, di tale gravità da escludere la pericolosità, e la capacità di avvertire l'effetto rieducativo del trattamento penitenziario.

L'esecuzione della pena non può incidere sul diritto alla salute sì che il condannato che non possa essere curato nella struttura sanitaria penitenziaria o in luoghi esterni di cura, ha il diritto al differimento dell'esecuzione della pena (ove non possa essere ammesso alla detenzione domiciliare) (17).

Art. 254 bis (*misura disposta in luogo della custodia in carcere principio di adeguatezza*) e art. 277 (*rimessione in libertà*) c. p. p.

A seguito delle modifiche apportate dalla l. 330 del 1988, non viene più prescritto che la rimessione in libertà sia condizionata ad uno stato di salute incompatibile con il regime carcerario, né che gli arresti domiciliari (o misure collaterali) vadano concessi, salvo specifiche ragioni ostative, quando le condizioni di salute siano particolarmente gravi. Si richiede, invece, che lo stato detentivo sia adeguato a determinate necessità processuali da salvaguardare o alle esigenze di tutela della collettività. Ne consegue che le condizioni di salute, normativamente non più prese in considerazione, devono essere esaminate solo al fine di stabilire se esse, escludendo o attenuando la pericolosità dell'imputato, siano tali da rendere la misura sostitutiva sufficiente per soddisfare le esigenze cautelari.

In base al principio di adeguatezza, indicato anche nel titolo dell'art. 254 bis, il giudice è tenuto a motivare sulla scelta tra la custodia in car-

(17) L'affermazione della C. cass. del 14.12.82 secondo cui la prognosi infausta *quoad vitam* non crea di per sé un contrasto fra l'esecuzione della pena e il senso di umanità, né rende automaticamente operativa la disposizione dell'art. 147 n. 2 c. p. è fondata su una concezione che successivamente risulterà superata dall'art. 254 bis c. p. p. '30 (inserito dalla l. 398 del 1984) in cui al co. 3 si sanciva che la «misura ... in luogo della custodia in carcere ... va disposta, salvo che vi ostino le ragioni indicate nel co. 2 dell'art. 254, quando imputata è ... persona che si trova in condizioni di salute particolarmente gravi o che ha oltrepassato l'età di 65 anni». Anche se la norma del 1984 era riferita alla custodia cautelare, mentre la sentenza della C. cass. aveva riguardato l'esecuzione della pena, il diverso orientamento circa la considerazione dello stato senile equiparato a quello di condizioni di salute particolarmente gravi è evidente: v. ad es. Cass. sez. I, 476., 28 03 85 (19 02 85), m. 168473.

cere e la misura alternativa degli arresti domiciliari con riferimento alla salvaguardia delle esigenze indicate nel co. 2 dell'art. 253 ed alla *minore afflizione* per l'imputato.

Al giudice spetta il potere di *scegliere* in rapporto alla consistenza del «*periculum libertatis*» la *misura più adeguata*, fra quelle normativa-mente previste, a *salvaguardare le esigenze cautelari* in concreto esistenti.

Qualora l'imputato detenuto alleggi ragioni di salute incompatibili con lo stato di detenzione, al giudice spetta compiere un'attenta valutazione delle esigenze cautelari, nel senso che egli ha l'obbligo di *verificare* che il «*periculum libertatis*» possa ritenersi, se non escluso, almeno ridotto in *misura tale da potersi fronteggiare con la misura dell'arresto domiciliare*.

Anche dopo le modifiche apportate alla disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, la *detenzione cautelare* si giustifica con *due fondamentali ed esclusive ragioni*: da un lato le *esigenze processuali* e dall'altro quelle di *difesa sociale*. In coerenza con tali principi la nuova disciplina prevede la concessione della libertà provvisoria e l'applicazione di misure sostitutive (anche di natura non custodiale) non appena si siano esaurite, nel loro grado di consistenza, le esigenze cautelari indicate dall'art. 253. Pertanto, in tale sistema è chiara la *tendenza legislativa a ridurre al minimo indispensabile* e compatibile con tali esigenze la *privazione della libertà personale*, sicché l'istituto della custodia cautelare rappresenta una soluzione compromissoria fra le esigenze sopra richiamate, spesso inderogabili, e l'altrettanto inderogabile principio «*nulla poena sine iudicio*». Siffatta tendenza legislativa trova ulteriore esplicazione nella definizione del tipo di *discrezionalità*, cui deve ispirarsi il giudice *nell'uso del potere di scelta della misura cautelare* da applicare nel caso concreto, potere che risulta strettamente *correlato* al criterio dell'*adeguatezza* e della *proporzionalità*: che deve, di volta in volta, concretizzarsi nella specificazione di dati oggettivi verificabili e valutabili nella loro rilevanza attraverso il controllo della motivazione del provvedimento, rimarcata, con le premesse sistematiche poste in essere, la *maggior incisività dell'obbligo di motivazione* imposto al giudice nell'applicazione della normativa attualmente in vigore.

In caso di scelta della custodia in carcere come unica misura idonea a soddisfare le esigenze cautelari, il giudice è tenuto ad indicare le ragioni per le quali ritenga le singole misure di coercizione diverse dalla custodia inidonee ed insufficienti ad assicurarne la tutela.

Art. 47 ter (*detenzione domiciliare*) ord. penit. e 91 ter reg. esec.

Non sono risultate decisioni significative ai fini del nostro studio.

La soluzione cui il condannato fa ricorso per evitare la detenzione in carcere è di solito quella prevista dall'art. 147 c. p.: perché la sua applicazione non richiede la considerazione delle condizioni limitative dell'art. 47 ter che «la pena della reclusione» ancora da espiare sia «non superiore a due anni», che non sia «accertata l'attualità di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata o di una scelta di crimi-

nalità», che «le condizioni di salute particolarmente gravi ... richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali»), e perché con l'applicazione del 147 c. p. «l'esecuzione» della «pena» è «differita», invece che essere sostituita da altra misura restrittiva (sia pure limitatamente) della libertà.

2. - IL GIUDIZIO DI NON COMPATIBILITÀ

L'impostazione del tema della non compatibilità di condizioni di infermità con lo stato di detenzione è venuta via via modificandosi per effetto di un triplice ordine di motivi:

1. l'evoluzione normativa, che ha avuto di recente due momenti di particolare significatività nelle modifiche al c. p. '30 apportate dalla legge 330 del 1988 e nell'emanazione del nuovo codice di procedura penale;

2. la sempre maggiore attenzione che il nostro ordinamento, le risoluzioni di organismi internazionali, la dottrina e l'opinione pubblica (attraverso un'accentuata presa di coscienza) hanno dedicato alla salvaguardia dei diritti della persona ed in particolare del diritto alla salute (del singolo come della collettività);

3. l'evoluzione dello stesso concetto di salute, che da assenza di malattia' ha finito per divenire «benessere fisico, mentale e sociale dell'individuo» (definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità), cioè una condizione di benessere globale in cui rientra anche un soddisfacente rapporto con gli altri.

Ed è proprio da questa definizione di 'salute' che deve dedursi, per contrapposizione, la nozione di 'infermità' (in senso generale): ossia la non presenza di condizioni di 'benessere', quali indicate nella su citata definizione.

Tanto premesso, la 'infermità non compatibile con lo stato detentivo' deve desumersi dalla valutazione correlata di tale nozione generale di infermità e delle specifiche indicazioni normative in materia.

Le indicazioni normative sono quindi quelle specificamente fornite dalla legislazione penale — sostantiva e processuale — e da quella sanitaria e penitenziaria, da interpretarsi — in via sistematica — alla luce dei principi fondamentali ap-

plicabili — enunciati nella carta costituzionale, e riproposti nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale e nell'ordinamento penitenziario — e tenendo conto degli orientamenti giurisprudenziali (oltre che delle direttrici promananti da organismi internazionali).

Seguendo l'ordine cronologico dell'emanazione delle norme che specificamente riguardano il tema in esame, nell'art. 147 c. p. si fa riferimento a «condizioni di grave infermità fisica», nell'art. 47 ter ord. penit. a «condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali», nell'art. 275 c. p. p. '88 a «condizioni di salute particolarmente gravi»: l'elemento comune (guardando anche all'evoluzione della normativa nel tempo) è quindi la qualificazione dell'infermità come 'grave' (18).

Occorre pertanto porsi preliminarmente il quesito di quali siano le condizioni perché l'*infermità del soggetto in stato detentivo* sia da considerare *grave*. Per la risposta si deve valutare correlatamente la nozione generale di infermità e i principi fondamentali applicabili; e, alla luce di tali principi e dei valori di cui essi sono espressione, interpretare le norme di carattere specifico.

Nella Costituzione, l'art. 2 sancisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i *diritti inviolabili* dell'uomo» («sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»), «e richiede l'adempimento dei *doveri inderogabili di solidarietà*» («politica, economica e sociale»); l'art. 3 che «tutti i cittadini hanno *pari dignità* sociale e sono *eguali* davanti alla legge senza distinzione di ... condizioni personali e sociali»; l'art. 13 che «è *punita ogni violenza* fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»; l'art. 27 che «le pene non possono consistere in trattamenti

(18) Anche nel testo dell'art. 277 c.p.p. '30 (*facoltà di concedere e revocare la libertà provvisoria*) come formulato prima della sostituzione operata dalla l. 330 del 1988, al co. 4 si disponeva che «anche nei casi di cui al secondo comma» («imputato ... di un delitto per cui è prevista la pena dell'ergastolo», etc) «può essere concessa la libertà provvisoria se trattasi di persona la quale si trova in condizioni di salute particolarmente gravi che non consentono le cure necessarie nello stato di detenzione». L'espressione — in cui per la prima volta si introduce nella normativa in argomento il criterio della considerazione della possibilità o meno di praticare la terapia in 'stato di detenzione' — è contenuta nell'art. 1 — oggi *abrogato* della l. 152 del 1975, nota anche come legge 'Reale'.

contrari al *senso di umanità* e devono tendere alla *rieducazione* del condannato»; l'art. 32 che «la Repubblica tutela la *salute* come *fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*», che «nessuno può essere obbligato a un determinato *trattamento sanitario* se non per disposizione di *legge*» e che «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal *rispetto della persona umana*».

Nella l. 833 del 1978, l'art. 1 sancisce che «il servizio sanitario nazionale» è finalizzato «alla *promozione*, al *mantenimento* ed al *recupero* della *salute* fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio»; e l'art. 33 che «gli *accertamenti* ed i *trattamenti sanitari* sono di norma *volontari*», ma «nei casi ... espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria *accertamenti* e *trattamenti sanitari obbligatori*, ... nel rispetto della *dignità della persona* e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla *libera scelta del medico e del luogo di cura*».

Nell'ord. penit., l'art. 1 sancisce che «il *trattamento* penitenziario deve essere conforme ad *umanità* e deve assicurare il rispetto della *dignità della persona*»; e l'art. 11, *in tema di salute*, garantisce una serie di condizioni per cui sono assicurati al detenuto e all'internato, *nel rispetto della dignità della persona*, gli *stessi diritti* riconosciuti al *cittadino libero*, mediante un «servizio sanitario» penitenziario parallelo a quello sanitario nazionale e in parte con esso coincidente.

Infine nelle regole penitenziarie europea (n. 83) si raccomanda che «i regimi penitenziari devono riconoscere l'importanza, per la salute fisica e mentale, di attività che mirano a mantenere i detenuti in buona forma fisica, a consentire loro di fare esercizio e di distrarsi.

Alla luce della valutazione correlata della nozione di infermità e delle indicazioni normative su riferite, per identificare quando sia 'grave' l'infermità si richiede che la permanenza nello stato di detenzione del soggetto da essa affetto non consenta l'applicazione dei principi e delle norme indicate e, conseguentemente, il concreto esercizio dei diritti tutelati.

È grave, pertanto, l'infermità quando — in riferimento ad essa — la permanenza nello stato di detenzione comporta:

- che si ledano uno o più *diritti inviolabili*;
- che non si adempiano uno o più *doveri inderogabili di solidarietà*;

- che si violi il principio della *pari dignità* sociale e dell'*eguaglianza* davanti alla legge, senza distinzione di condizioni personali e sociali;
- che si realizzi una qualche *violenza* fisica o morale sulla persona;
- che si attui un qualche trattamento contrario al *senso di umanità* o che si realizzino condizioni in contrasto con la *finalità rieducativa* della pena;
- che non si tuteli la *salute* come *fondamentale diritto dell'individuo* e *interesse della collettività*;
- che si violino i limiti imposti dal *rispetto della persona umana*;
- che non si assicuri la *promozione*, il *mantenimento* e il *recupero* della *salute* fisica e psichica, compresa la 'riabilitazione' (e il mantenimento della 'buona forma fisica');
- che non si rispetti o non si renda attuabile la *volontarietà* (di norma) degli *accertamenti* e dei *trattamenti sanitari*, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili, compreso il *diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura*;
- che il *trattamento* penitenziario non sia conforme ad *umanità* e non assicuri il rispetto della *dignità* della persona;
- che non si assicurino al detenuto ed all'internato mediante il servizio sanitario penitenziario gli *stessi diritti in tema di salute* riconosciuti al *cittadino libero*.

Da tale serie di indicazioni normative, di carattere generale (principi o valori) e specifiche, si desume che *per comportare la formulazione di un giudizio di 'non compatibilità' l'infermità deve essere di entità tale per cui lo stato detentivo costituisca — con ragionevole prevedibilità — causa di peggioramento delle condizioni del soggetto o di non miglioramento — anche riabilitativo — o, pur non incidendo sull'evoluzione dell'infermità, sia però motivo di sofferenza non conciliabile con la salvaguardia dei diritti della persona o non consenta un'attuazione, ragionevole, del diritto di scelta del medico e del luogo di cura.*

Quanto ai criteri per verificare nel caso concreto la sussistenza o meno di tali requisiti, riteniamo che non sia proficuo cercare di identificare categorie nosografiche o sistemi tabellari — come pur è stato proposto — neanche al fine di semplicemente 'orientare' il giudizio sulla compatibili-

tà: già, in generale, non deve costituire oggetto di valutazione la *malattia* ma la *condizione di persona malata*; in particolare poi nel caso del detenuto la peculiarità individuale di adattamento e di reazione a condizioni morbose è ulteriormente influenzata dalla particolare condizione psicologica di imputato o condannato, per di più 'ristretto'; infine, nell'operare la valutazione, lo stato di malattia, come risultante dall'insieme dei fattori ora indicati, va esaminato in correlazione con le condizioni e le potenzialità terapeutiche dell'istituto e del suo servizio sanitario e, quando il caso lo richieda, dell'intero circuito penitenziario (19).

L'emanazione del nuovo codice di procedura penale e le modifiche al vecchio c. p. p. che l'hanno preceduta di qualche mese (l. 330 del 1988, concernente la *nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*) (20) inducono a riflettere sull'incidenza che l'evoluzione normativa in te-

(19) Possono ipotizzarsi, per vero, particolari patologie per le quali il giudizio di incompatibilità può dirsi scontato per la sola presenza dell'infermità: malattie neoplastiche di tipo e in fase tali da poter considerare probabile l'esito letale in un tempo ragionevolmente breve. Da più parti poi, anche in sedi ufficiali, si è affermato che la condizione di AIDS conclamata debba essere considerata sempre incompatibile con il regime carcerario: il detenuto in fase acuta deve essere ricoverato in un reparto di malattie infettive; non è pensabile — a nostro avviso — il trattamento in 'day hospital', sia perché la presenza dell'ammalato di AIDS in istituto, anche se soltanto 'di notte', è irta di problemi, sia perché altri — non meno delicati — ne creerebbe il duplice trasferimento quotidiano con i connessi controlli, a cominciare dalle perquisizioni. Neppure appare sostenibile un generico orientamento di tipo indulgenzialistico volto a risolvere il problema con la trasformazione della detenzione in carcere in arresti domiciliari: molto spesso, infatti, il soggetto affetto da AIDS può risultare più di altri socialmente pericoloso perché non avendo gran che da perdere può diventare facilmente oggetto di strumentalizzazione criminale. Il ricovero non sarebbe indispensabile per i detenuti affetti da A.R.C. o da L.A.S. e per i sieropositivi asintomatici, per i quali ultimi negli istituti penitenziari non è stato, finora, ritenuto necessario l'isolamento, mentre si è programmato di sottoporli, con il loro consenso, a controlli periodici per accertare l'eventuale comparsa di segni predittivi di evoluzione in pejus, al fine di intervenire con trattamenti farmacologici specificamente più adeguati.

(20) V., in particolare, per quel che concerne la l. 330, gli art. 15 e 37 con cui era stato sostituito nel c. p. p. ,30 il contenuto degli art. 254 bis ('misura disposta in luogo della custodia in carcere con il mandato o l'ordine di cattura' con 'misura disposta in luogo della custodia in carcere — principio di adeguatezza') e 277 (facoltà di concedere e revocare la libertà provvisoria' con 'rimessione in libertà'); v. anche gli art. 13, 14, 39 e 43 che avevano sostituito rispettivamente il contenuto degli art. 253, 254, 278 e 282 c. p. p. 30.

ma di libertà personale dell'imputato ha avuto sul problema della non compatibilità di condizioni di infermità con lo stato detentivo (cautelare).

Infatti, anteriormente all'entrata in vigore della 330, all'art. 254 bis c. p. p. '30 era prevista la possibilità della sostituzione della custodia in carcere con lo «stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza» «quando imputata è una donna incinta o che allatta la propria prole o persona che si trova in condizioni di salute particolarmente gravi o che ha oltrepassato l'età di 65 anni ovvero che è minore degli anni 18»; invece, nel nuovo testo dell'art. 254 bis (sempre del c. p. p. '30) introdotto dalla su citata legge era previsto che poteva disporsi analoga sostituzione della custodia in carcere «quando» la «misura» adottata «appare sufficiente a salvaguardare le esigenze che hanno determinato l'emissione del provvedimento» (*principio di adeguatezza*), senza più riferimento a condizioni di salute o ad altre condizioni personali. L'*avere* pertanto strettamente *legato l'emissione di provvedimenti restrittivi* della libertà personale *a necessità di ordine cautelare* (art. 253: «quando sussistono inderogabili e concrete esigenze di tutela dell'acquisizione di specifiche fonti di prova ovvero quando l'imputato si è dato alla fuga o vi è concreto pericolo che si dia alla fuga ed il giudice ritenga in base ad elementi specifici che per il delitto per cui si procede verrà irrogata con la sentenza una pena che non rientri nei limiti della sospensione condizionale» — *principio di proporzionalità*, specificamente poi delineato nell'art. 278 c. p. p. '30 — ovvero quando, per la pericolosità dell'imputato desunta dalla sua personalità e dalle circostanze del fatto sussistono esigenze di tutela della collettività) *rendeva di fatto superata*, perché finiva concretamente per non porsi come problema specifico, *la considerazione della non compatibilità* (21).

(21) Questa interpretazione della normativa così modificata (dalla l. 330) discende da un duplice ordine di considerazioni: — di tipo 'formale', per la non più esplicitata previsione di 'condizioni personali' di salute; — di tipo 'sostanziale', per la indicazione delle sole esigenze cautelari ai fini dell'applicazione di misure restrittive della libertà. La formulazione adottata, da un lato non indicava 'tecnicamente' altro tipo di valutazione, dall'altro rendeva, in pratica, poco frequentemente verificabile l'esigenza di valutazione della suddetta non compatibilità. La

Né disomogenea appare l'impostazione nel c. p. p. '88. Infatti nell'art. 275 ricompare la considerazione di condizioni personali, ma solo per indicare che *«non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputata è una persona incinta o che allatta la propria prole o una persona che si trova in condizioni di salute particolarmente gravi o che ha oltrepassato l'età di sessantacinque anni»*: queste condizioni personali risultano così, nel nuovo c. p. p., ordinariamente ostative alla custodia cautelare in carcere.

Fra le tante aspettative che l'avvento del nuovo codice di procedura penale alimenta vi è quella di poter ricondurre il carcere alla sua funzione fondamentale di luogo di 'espiazione della pena' detentiva (da limitare, anche in questa funzione,

previsione di «luogo pubblico di cura o di assistenza» come sede dell'arresto» finiva infatti per essere solo un'alternativa rispetto all'ipotesi principale dell'«arresto nella propria abitazione» o «in altro luogo di privata dimora»: cioè, sussistendo le condizioni per l'arresto nella propria abitazione» o «dimora» può disporsi (ora come allora) che il luogo dell'«arresto» sia «un luogo pubblico di cura o di assistenza», senza necessità di specifici accertamenti da parte del giudice. In definitiva, la scelta scaturisce prevalentemente dall'indicazione, motivata, dell'interessato, che il giudice non può — ordinariamente — non accettare, a meno che non vi siano fondati motivi per ritenere che la richiesta di soggiornare in quel luogo di cura nasconda un secondo fine (come l'interesse a poter avvicinare — a fini criminosi — persona che si trovi in quel luogo).

Inoltre, dovendosi limitare la custodia cautelare alle situazioni di assoluta necessità e per il tempo strettamente indispensabile, finisce per non esserci ordinariamente l'ambito 'temporale', cioè l'esigenza di provvedere, se non di fronte a improcrastinabili condizioni di non compatibilità con lo stato detentivo per infermità. Cioè, si riducono notevolmente le occasioni perche si pongano casi di infermità a lungo decorso; e per le infermità 'acute', anche se con carattere di gravità, i provvedimenti da adottare — autonomamente dall'autorità giudiziaria o penitenziaria — saranno, nella gran parte dei casi, di tipo 'ospedaliero' (resi oggi eventualmente più agevoli per quanto rappresentato in nota 9). Del resto, anche nell'art. 254 c. p. p. 30 (*obbligo di motivazione in caso di non emissione del mandato di cattura per determinati reati*) — sempre come riformulato dalla l. 330 — non vi è indicazione di accertamenti di tipo sanitario o comunque di considerazione di condizioni di infermità, in quanto la «motivazione» per «non emettere mandato di cattura» è riferita esplicitamente soltanto alla «insussistenza delle esigenze cautelari».

Resta comunque possibile che, in presenza di non particolari esigenze cautelari, la compromissione delle condizioni di salute dell'imputato risulti determinante per la decisione del giudice di rimetterlo in libertà o di disporre che in luogo di essere custodito in carcere rimanga in stato di arresto nella propria abitazione, in altro luogo di privata dimora o in un luogo pubblico di cura ed assistenza.

ai casi per i quali non sia possibile provvedere con misure diverse) (22): obiettivo che potrà essere realizzato non solo e non tanto circoscrivendo ai casi di necessità il ricorso alla custodia cautelare in carcere, ma anche abbreviando i tempi del processo (il che consentirà, altresì, un più effettivo rispetto del principio della presunzione di non colpevolezza).

L'evoluzione normativa cui stiamo assistendo *dovrà essere accompagnata da una migliore organizzazione di tutto il sistema penitenziario e quindi anche del suo servizio sanitario* (in linea con l'accentuato, diffuso rilievo dato alla tutela della salute): sistema penitenziario e suo servizio sanitario che mai come in questo momento sono chiamati ad un impegno tanto delicato quanto rilevante sul piano dell'evoluzione della civiltà giuridica; impegno che, tra l'altro, la riduzione della popolazione penitenziaria rende oggi più agevole assolvere.

Si tratta di un'esigenza di particolare rilevanza se si pensa che finora molti giudizi di non compatibilità sono stati formulati sulla considerazione — determinante, anche se non sempre esplicitata — che la struttura penitenziaria non offrisse garanzie sufficienti di adeguatezza di condizioni strutturali, organizzative, igieniche oltre che di efficienza di prestazioni sanitarie. A questi fini non può essere considerata risolutiva — per la gran parte dei casi — l'organizzazione di centri 'diagnostico-terapeutici', spesso situati a notevole distanza dal luogo in cui la persona si trova ristretta, dovendosi anche il più possibile rispettare il principio che il soggetto privato della libertà permanga in un ambito ragionevolmente non lontano dalla residenza della famiglia (23).

(22) In questa linea la recentissima sentenza della C. cost. (n. 569, 13-22 dicembre 1989) che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47, co. 3, della l. 354 del 1975, così come modificato dall'art. 11 della l. 663 del 1986, nella parte in cui non prevede che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, il condannato possa essere ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale se, in presenza delle altre condizioni, abbia serbato un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al precedente co. 2 dello stesso articolo.

(23) «Nel disporre i trasferimenti deve essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie» (art. 42 co. 2 ord. penit.). «I condannati e gli internati ... sono ... assegnati in un istituto ... situato nell'ambito della regione di residenza. Qualora ciò non sia possibile ... l'assegnazione deve avvenire ad altro istituto ... situato in località prossima» (art. 30 co. 1 reg. esec.).

Gli *obiettivi* — rilevanti ai fini del tema in discussione — *che l'attuale normativa* penitenziaria e processuale — e la *presa di coscienza dei valori* che ne sono alla base — *consente oggi di prospettare come perseguibili* sono:

— *riduzione* nei limiti dell'indispensabilità *della custodia cautelare in carcere*;

— *sostituzione*, quanto più ampia possibile, *delle pene detentive con pene sostitutive e misure alternative* alla detenzione; accorta ma anche *adeguata e 'coraggiosa' utilizzazione di permessi premio e licenze in una rinnovata prospettiva di trattamento*) (24);

— *potenziamento del servizio sanitario penitenziario*, nel quadro di un globale miglioramento delle strutture e dell'organizzazione di tutta l'istituzione; maggiore *collegamento e coordinamento con i presidi del servizio sanitario nazionale*, da parte dei cui operatori — oltre che di tutta la collettività — si richiede, oggi più che mai, un'avvertita sensibilità per la *tutela della salute del soggetto in stato detentivo*, che — per espresso disposto del legislatore, costituente e ordinario — è *titolare nei confronti di tale servizio dei medesimi diritti riconosciuti al cittadino libero*.

Il raggiungimento di tali obiettivi ridurrà i casi di 'incompatibilità': alle infermità 'ordinarie' del detenuto potrà, specialmente se per tempo limitato, ben provvedere il servizio sanitario penitenziario, al quale può affiancarsi — quando l'interessato lo chiede — il sanitario di fiducia (opportunità che deve essere in ogni modo facilitata). Nei casi in cui l'assistenza in istituto, o eventualmente in centro diagnosti-

(24) Significativo al riguardo l'inserimento (operato dal d. p. r. 248 del 1989 — *modificazioni ed integrazioni al regolamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975 n. 354 in materia di ordinamento penitenziario e misure privative e limitative della libertà*) dell'art. 61 bis (*permessi premio*), che al co. 1 dispone: «Il direttore dell'istituto deve corredare la domanda del condannato di concessione del permesso premio con l'estratto della cartella personale ..., esprimendo il proprio parere motivato al magistrato di sorveglianza, avuto riguardo alla condotta del condannato, alla sua pericolosità sociale, ai motivi addotti, ai risultati dell'osservazione scientifica della personalità espletata e del trattamento rieducativo praticato, nonché alla durata della pena detentiva inflitta ed alla durata della pena ancora da scontare».

co-terapeutico, non dovesse risultare adeguata, potrà disporsi il trasferimento in luogo esterno di cura (consentendosene, per quanto possibile, la scelta): soluzione oggi ancor più praticabile per la possibilità offerta dalla nuova normativa di ricorrere solo in caso di necessità al 'piontamento'.

Sarà così possibile limitare a casi particolarissimi l'adozione di misure cautelari diverse dalla custodia in carcere motivata da ragioni di salute.

La misura detentiva non può e non deve comportare alcuna sofferenza e danno oltre quelli connessi alla mera privazione della libertà: cioè, per quanto attiene all'aspetto in discussione, non può e non deve comportare danno alla salute e connessa sofferenza aggiuntiva. Va peraltro considerato che il sottrarre alla sofferenza e al danno connessi alla privazione della libertà le persone malate costituisce disparità di trattamento nei confronti di chi, nella stessa posizione giuridica, patisce sofferenza e danno perché malato non è.

La soluzione cui si deve mirare è quella di evitare il più possibile che si realizzino condizioni per cui si ponga il problema della compatibilità: riducendo al minimo la durata dei processi, migliorando le condizioni di vita nelle istituzioni penitenziarie, assicurando al detenuto e all'internato la più adeguata tutela della sua salute.

RIASSUNTO

La disomogeneità di orientamenti e criteri in tema di 'non compatibilità' ha contribuito a rendere controversa la tematica e l'applicazione della relativa normativa. Non vi è stata poi un'adeguata attenzione della dottrina: mancava normativamente, anche per le frequenti modifiche, la possibilità della individuazione di una criteriologia che scaturisse da principi definiti ed univoci.

Con le modifiche dell'ord. penit. e con l'avvento del nuovo c.p.p., riteniamo si sia giunti ad una strutturazione della normativa che consente di individuare presupposti giuridici e principi informativi e definire la metodologia applicativa.

L'impostazione del tema è venuta via via modificandosi per effetto di un triplice ordine di motivi: l'evoluzione normativa cui abbiamo accennato; la sempre maggiore attenzione che l'ordinamento, gli organismi internazionali, la dottrina e l'opinione pubblica hanno dedicato al diritto alla salute; l'evoluzione del concetto di salute, intesa oggi come benessere fisico mentale e sociale, da cui dedurre la nozione di infermità. La non compatibilità si desume dalla correlazione di tale nozione di infermità e delle specifiche indicazioni penali, processuali, sanitarie, penitenziarie, alla luce dei principi fondamentali della normativa e degli orientamenti giurisprudenziali. L'infermità deve essere grave; la identificazione della gravità va poi dedotta dalla correlazione della ricavata nozione di infermità e dei principi fondamentali con le norme specifiche: è grave l'infermità per cui lo stato di detenzione impedisca l'esercizio dei diritti tutelati (nel testo analiticamente in-

dicati); l'infermità deve essere tale per cui lo stato detentivo sia causa di peggioramento o di non miglioramento anche riabilitativo o motivo di sofferenza non conciliabile con la salvaguardia dei diritti della persona o non consenta la ragionevole attuazione del diritto di scelta degli operatori sanitari.

La più recente normativa, condizionando in modo assorbente l'emissione di provvedimenti restrittivi a esigenze di ordine cautelare, rende superata, perché finisce per porsi raramente come problema specifico, la considerazione della non compatibilità.

Fra le aspettative che il nuovo c.p.p. alimenta è il ricondurre il carcere alla funzione di espiazione (limitata ai casi di indispensabilità), circoscrivendo il ricorso alla custodia in carcere e abbreviando i tempi del processo; si impone peraltro un miglioramento del sistema penitenziario e del suo servizio sanitario.

Con l'attuale normativa si prospettano: riduzione all'indispensabile della custodia in carcere; sostituzione di pene detentive con pene sostitutive e misure alternative; utilizzazione di permessi premio e licenze in una rinnovata prospettiva di trattamento; potenziamento-miglioramento del servizio sanitario penitenziario e migliore collegamento-coordinamento con il servizio sanitario nazionale.

Si ridurranno così le ipotesi di 'incompatibilità': per le infermità ordinarie provvederà il servizio sanitario penitenziario (eventualmente in centri diagnostico-terapeutici), se del caso affiancato dal sanitario di fiducia del detenuto; ove opportuno potrà disporsi il trasferimento in luogo esterno di cura (consentendosi eventualmente la scelta) eventualmente senza piantonamento.

La misura detentiva non deve comportare sofferenza e danno oltre quelli della privazione della libertà; ma va considerato che sottrarre a tali sofferenza e danno il malato si traduce in disparità di trattamento nei confronti di chi, con la stessa posizione giuridica, malato non è.

Si deve mirare ad evitare che il problema della compatibilità si ponga: riducendo al minimo la durata dei processi, migliorando le condizioni di vita nelle istituzioni penitenziarie, assicurando al detenuto la più adeguata tutela della salute.

RESUME

L'inhomogénéité des orientations et des critères en matière de «non compatibilité» a contribué à rendre controversées la thématique et l'application des normes y afférentes. Il n'y a pas eu, par ailleurs, une attention adéquate quant à la doctrine et ce, du fait du défaut, au niveau de la législation — par suite également de fréquentes modifications — de la possibilité de repérer un système de critères découlant de principes définis et univoques.

Avec les modifications de l'organisation pénitentiaire et avec l'avènement du nouveau code de procédure pénale, nous estimons que l'on est parvenus à une structuration normative qui permet de repérer les principes juridiques et les principes informateurs et de définir la méthodologie d'application.

La structuration du thème s'est modifiée, au fur et à mesure, par l'effet de trois catégories de motifs: l'évolution des normes que nous avons déjà mentionnées; l'attention sans cesse croissante que l'organisation, les organismes internationaux, la doctrine et l'opinion publique ont consacrée au droit à la santé; l'évolution du concept de santé, entendue aujourd'hui comme bien-être physique, mental et social, duquel déduire la notion d'affection. La non-compatibilité se déduit de la corrélation de cette notion d'affection et des indications spécifiques d'ordre pénal, sanitaire, pénitentiaire et relatives au procès, à la lumière des principes fondamentaux de la législation et des orientations jurisprudentielles. L'affection doit être grave; l'identification de la gravité doit ensuite être déduite de la corré-

lation de la notion d'affection établie et les principes fondamentaux avec les normes spécifiques: l'affection est grave lorsque l'état de détention empêche l'exercice des droits de sauvegarde (indiqués analytiquement dans le texte); l'affection doit être telle que l'état de détention soit une cause de l'aggravation ou bien un motif de souffrance non conciliable avec la sauvegarde des droits de la personne ou bien ne permette pas la réalisation du droit d'option des opérateurs sanitaires.

La législation la plus récente, qui conditionne de façon contraignante la promulgation de dispositions restrictives à des exigences préventives, rend dépassée, parce qu'elle finit par se configurer rarement comme un problème spécifique, la considération de la non compatibilité.

Parmi les attentes suscitées par le nouveau code de procédure civile, il y a celle de ramener la prison à la fonction d'expiation (limitée aux cas d'indispensabilité) en réduisant le recours à l'emprisonnement et en abrégant les temps du procès; par ailleurs, il s'avère nécessaire d'améliorer le système pénitentiaire ainsi que son service sanitaire.

Avec la législation actuelle, on envisage: réduction à l'indispensable de la détention; remplacement des peines de détention par des peines substitutives et des mesures alternatives; utilisation de permis-prime et de licences dans une perspective de traitement renouvelée; renforcement-amélioration du service sanitaire pénitentiaire et amélioration de la corrélation-coordination avec le service sanitaire national.

On réduira ainsi les hypothèse d'«incompatibilité»: le service sanitaire pénitentiaire pourvoira aux affections ordinaires (éventuellement dans des centres diagnostico-thérapeutiques), ce service étant étayé, le cas échéant, par le médecin jouissant de la confiance du détenu; si cela s'avère opportun, on pourra décider le transfert dans un lieu de soins extérieur (en en permettant, si possible, le choix) éventuellement sans surveillance.

La disposition de détention ne doit pas comporter de souffrance ni de dommage outre ceux de la privation de la liberté; mais il faut tenir compte de ce que le fait de soustraire le malade à cette souffrance et à ce dommage se traduit en une disparité de traitement à l'égard de ceux qui, ayant la même position juridique, ne sont pas malades.

Il faut tendre à éviter que ne se pose le problème de la compatibilité en réduisant au minimum la durée des procès, en améliorant les conditions de vie dans les institutions pénitentiaires, en assurant au détenu la sauvegarde de la santé la plus adéquate.

SUMMARY

The problem of «non-compatibility» and the application of the legal standards that regulate it are controversial issues. This is partly due to the lack of a homogeneous approach to the problem, both in terms of a theoretical orientation and the criteria for determining its definition. The doctrine on the subject has been lacking: partly due to frequent modifications it is in need of the kind of legal standards that make it possible to determine clear criteria based on well defined and univocal principles.

We believe that with the changes in the laws governing prisons and with the coming of the new penal procedure code we will have come to a structuring of the legal standards that will finally make it possible to determine juridical premises and informative principles and to define the methodology for applying them.

The way this problem has been approached has changed over the years for three main reasons: the evolution of the legal standards that we have referred to above; the everincreasing importance that the laws, international organizations,

doctrine and public opinion have dedicated to the right-to-health issue; and the evolution of the concept of health itself, seen as it is today in terms of physical, mental and social well-being, from which the concept of illness is derived. Non-compatibility can thus be deduced from the correlation of this notion of illness and the specific penal, judicial, health and penitentiary indications, in the light of the fundamental principles of the law and judicial orientations. The illness must be serious. The definition of the gravity must then be inferred from the correlation of the derived notion of illness and the fundamental principles with the specific legal standards: an illness is serious when imprisonment makes it impossible to exercise tutelary rights (indicated analytically in the text). The illness must be such that imprisonment causes a worsening or prevents an improvement, even rehabilitative, or is a cause of suffering such that it is not possible to protect the rights of the person, or that does not permit the reasonable fulfilment of the right of choice of the health assistants.

The most recent standards tend to subordinate the emission of restrictive provisions to protective measures. The consideration of non-compatibility is consequently rendered outdated because it rarely comes up as a problem in itself.

One of the expectations reinforced by the new penal procedure code is that prison goes back to having the function of expiation (limited to those cases where it is indispensable) resorting less to custody in prison and shortening the times of trial proceedings. The result is an improvement of the penal system as well as of its health service.

With the current standards we may expect: reduction of the period of imprisonment to the minimum indispensable; substitution of imprisonment with substitutive sentences and alternative measures; the use of good conduct leaves in a new prospect of treatment; improvement of the prison health service and a better coordination and connection with the national health service.

The hypotheses of non-compatibility are thus reduced. The prison health service will take care of ordinary illness (if necessary in special diagnostic-therapeutic centers) and in some cases side by side with the prisoner's own doctor. When necessary the patient can be transferred to an outside health institution (preferably on his own choice) and possibly without guards.

The detentive measures must not cause suffering or damage beyond that of the deprivation of freedom. On the other hand it must be taken into consideration that taking a sick prisoner out of that suffering and damage creates an inequality of treatment in relation to those who, with the same judicial position, are not sick.

The goal must be that the problem of compatibility not be posed at all. This can be achieved by reducing the length of the trials to the minimum, improving the quality of life in the penal institutions and insuring the best possible health care to the prisoner.

RESUMEN

La falta de homogeneidad de enfoques y pautas que aclaren el asunto de «no compatibilidad» ha llevado a embarullar la cuestión y la aplicación de la normativa correspondiente. Además no se ha prestado mayor atención a la doctrina: al faltar un planteo, en parte debido a las modificaciones sucesivas, que normativamente permita individualizar un criterio que responda a principios definidos e inconfundibles.

A nuestro parecer, las modificaciones del orden penitenciario y la aparición del nuevo C.P.P. dan una estructuración de la normativa que permite plantear presupuestos jurídicos y principios de información con los cuales definir un planteo de aplicación.

El enfoque de la cuestión se ha venido modificando por efecto de un triple orden de motivos: la evolución normativa que esbozábamos antes; la atención cada vez mayor que la opinión pública, el ordenamiento y los organismos internacionales han dedicado al derecho a la salud; la evolución del concepto mismo de salud, que hoy se entiende como bienestar físico-mental y social con cuyos parámetros se define el concepto de enfermedad. La «no compatibilidad» resulta de la correlación entre dicho concepto de enfermedad y las indicaciones específicas penales, procesuales, sanitarias y penitenciarias a la luz de los principios fundamentales de la normativa y de las indicaciones de la jurisprudencia. La enfermedad ha de ser *grave*; la identificación de la gravedad se deducirá de la correlación entre el concepto sentido de enfermedad y los principios fundamentales con las normas específicas: es grave la enfermedad debido a la cual el estado de detención impida ejercitar los derechos tutelados (en el texto están indicados analíticamente); la enfermedad ha de ser tal que el estado de detención sea motivo de empeoramiento o una falta de mejoría hasta de rehabilitación o motivo de sufrimiento no conciliable con la salvaguardia de los derechos de la persona o que no permita razonable aplicación del derecho de elegir a los agentes sanitarios.

La normativa más reciente ha subordinado de manera absorbente la toma de medidas restrictivas a necesidades de orden preventivo y así ha dejado atrás el planteo de no compatibilidad pues muy de vez en cuando se presenta como problema específico.

Entre las distintas expectativas que alimenta el nuevo C.P.P. se encuentra la/de devolverle a la cárcel su función expiatoria (limitándola a los casos indispensables), limitando el recurso a la custodia en la cárcel y abreviando los plazos del proceso; por otra parte se impone mejorar el sistema penitenciario y su servicio sanitario.

Con la actual normativa se vislumbra: una reducción de la custodia en la cárcel a lo indispensable; sustitución de la privación de libertad con penas y medidas alternativas; utilización de permisos premio y licencias con un enfoque nuevo del trato; mejoramiento general del servicio sanitario penitenciario y de su coordinación y enlace con el servicio sanitario nacional.

De esta manera disminuirán los supuestos de «incompatibilidad»: el servicio sanitario penitenciario se encargará de las enfermedades ordinarias (hasta en centros de diagnóstico y tratamiento), y en todo caso acompañado por un médico de confianza del detenido; si fuere necesario podrá decidirse su traslado a un lugar de tratamiento fuera del instituto (autorizándolo a seleccionarlo) y hasta sin vigilancia.

La medida de privación de la libertad no ha de conllevar sufrimiento ni daño alguno que vayan más allá de la privación misma; pero no se debe pasar por alto que evitarle al enfermo dichos sufrimientos y daños se traduce en disparidad de tratamiento con respecto a quienes, con la misma posición jurídica, no estén enfermos.

Hay que tener cuidado de evitar que se plantee el problema de la compatibilidad: reduciendo al mínimo la duración de los procesos, mejorando las condiciones de vida en las instituciones penitenciarias, y asegurándole al detenido la tutela de salud más apropiada.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Unausgewogenheit der Ausrichtung und der Kriterien hinsichtlich der 'Unverträglichkeit' hat dazu beigetragen, die Thematik und Anwendung der betreffenden Bestimmungen strittig werden lassen. Schliesslich fehlte es an einer angemessenen Aufmerksamkeit der Lehre: es mangelte normativ an der Möglichkeit, auch wegen der häufigen Änderungen einen Kriterienkatalog auszumachen, der aus festgelegten und eindeutigen Prinzipien entstanden wäre.

Mit der Änderung der Strafvollzugsordnung und mit der Einführung der neuen Strafprozessordnung ist unseres Erachtens eine Strukturierung der Bestimmungen erreicht worden, die es erlaubt, die juristischen Voraussetzungen und informatorischen Prinzipien zu identifizieren sowie die Anwendungsweise zu definieren.

Der Themenansatz hat sich nach und nach aus dreierlei Gründen gewandelt: die erwähnte normative Entwicklung; die immer grösser werdende Aufmerksamkeit, die die Vollzugsordnung, die internationalen Einrichtungen, die Lehre und die öffentliche Meinung dem Recht auf Gesundheit geschenkt haben; die Entwicklung des Gesundheitsbegriffs, der heute als körperliches, geistiges und soziales Wohlbefinden verstanden wird, woraus seinerseits der Krankheitsbegriff abzuleiten ist. Die Unverträglichkeit folgt aus der Korrelation dieses Krankheitsbegriffes und der spezifischen Straf-, Prozess-, Sanitäts- und Vollzugsanweisungen im Lichte der grundlegenden Prinzipien der Bestimmungen und der rechtsprechungs-mässigen Ausrichtung. Die Krankheit hat *schwer* zu sein; die Bestimmung der Schwere wird dann aus der Korrelation des gewonnenen Krankheitsbegriffs und der grundlegenden Prinzipien mit den spezifischen Bestimmungen geschlossen: die Krankheit ist schwer, falls die Inhaftierung die Inanspruchnahme der geschützten Rechte verhindert (im Text analytisch angegeben); die Krankheit muss so beschaffen sein, dass die Inhaftierung Ursache dafür ist, dass die Krankheit sich verschlechtert oder keine Besserung bzw. Genesung eintritt oder Leiden hervorruft, die nicht mit der Wahrung der Rechte der Person vereinbar sind, oder die Krankheit es nicht gestattet, das Recht auf freie Wahl des Arztes vernünftig auszuüben.

Die jüngste Bestimmung, die den Erlass restriktiver Massnahmen absorbierend von den Anforderungen der Vorsichtsmassregeln abhängig macht, lässt die Berücksichtigung der Unverträglichkeit überholt erscheinen, da sie sich nur noch selten als spezifisches Problem darstellt.

Eine der Erwartungen, die an die neue Strafprozessordnung gestellt werden, ist die, das Gefängnis wieder der Funktion der Strafverbüssung zuzuführen (begrenzt auf die Fälle, in denen dies unerlässlich ist), die Inanspruchnahme der Verwahrung im Gefängnis einzuschränken und die Prozesszeiten abzukürzen; weshalb sich allerdings eine Verbesserung des Strafvollzugssystems und seines Gesundheitswesens durchsetzt.

Mit den gegenwärtigen Bestimmungen erschliesst sich folgendes: Reduzierung der Gefängnisverwahrungen auf das Unerlässliche; Ersetzung der Haftstrafen durch Ersatzstrafen und Alternativmassnahmen; Gewährungs von Sonderbewilligungen als Prämie und von Urlaub im Rahmen einer erneuerten Haftperspektive; Besserung des Gesundheitswesens im Gefängnis und eine bessere Verbindung und Koordination mit dem nationalen Gesundheitsdienst.

Auf diese Weise werden sich die Annahmen einer 'Unverträglichkeit' verringern: für gewöhnliche Krankheiten wird der Gesundheitsdienst im Gefängnis zum Einsatz kommen (eventuell in Diagnose- und Therapiezentren), und gegebenenfalls mit Unterstützung des Vertrauensarztes des Inhaftierten; wo dies angebracht scheint, Überführung in eine externe Behandlungsstätte (möglichst unter Bewilligung der freien Wahl), eventuell unter Verzicht auf strenge Bewachung.

Die Massnahme der Inhaftierung darf kein Leiden nach sich ziehen und keinen Schaden ausser dem der Freiheitsentziehung; doch sollte berücksichtigt werden, dass die Tatsache, den Kranken einem solchen Leiden und einem solchen Schaden zu entziehen, sich in eine Ungleichbehandlung gegenüber dem verwandten, der, obwohl in derselben rechtlichen Stellung, nicht krank ist.

Man sollte darauf abstellen zu vermeiden, dass sich das Problem der Verträglichkeit stellt: indem die Dauer Prozesse auf ein Minimum reduziert wird, indem die Lebensbedingungen in den Haftanstalten verbessert werden und dem Inhaftierten ein geeigneterer Gesundheitsschutz gewährleistet wird.