NUOVA SERIE - ANNO XVII
Pubblicazione trimestrale Fasc. 1 - Gennaio-Marzo 1974

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE

21 SET 1974

366

FONDATA DA
GIACOMO DELITALA

DIRETTA DA
B. PETROCELLI - G. BETTIOL - T. DELOGU
G. VASSALLI - P. NUVOLONE - P. FRISOLI
G. BELLAVISTA - G. GUARNERI - G. SABATINI
G. D. PISAPIA - M. GALLO - G. CONSO
A. CRESPI - C. PEDRAZZI - G. DE LUCA
M. SINISCALCO - D. SIRACUSANO - F. BRICOLA
V. CAVALLARI - C.F. GROSSO - G. LOZZI
G. MARINUCCI

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

ESPERIENZE STRANIERE: LA LIBERTÀ DI ABORTIRE, DIRITTO DELLA DONNA COSTITUZIONALMENTE GARANTITO

Lo è diventata per la prima volta, nella storia generale del diritto costituzionale, come conseguenza delle sentenze *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolton* pronunciate dalla Corte Suprema degli Stati Uniti il 22 gennaio 1973. La data dell'evento è troppo recente perché se ne possano percepire tutte le implicazioni anche solo nel quadro rigorosamente limitato dell'ordinamento americano e delle tendenze evolutive che sembrano oggi manifestarsi in esso. Pure, vale la pena di tentare una prima, approssimata valutazione d'esso, sia sotto il profilo, appunto, della novità che introduce e delle linee d'evoluzione che conferma nel diritto costituzionale degli Stati Uniti, sia in rapporto ad alcune riflessioni di carattere comparatistico che si suggeriscono quasi da sé a chi volga il pensiero ad altri ordinamenti in cui sono presenti rigidità della Costituzione e sindacato giudiziale di costituzionalità.

I

Fino alle sentenze or ora menzionate, negli Stati Uniti molti ordinamenti degli Stati membri contenevano norme incriminanti il fatto del « procurare » o del « facilitare » l'aborto di donna incinta consenziente, fuori del solo caso che il fatto fosse commesso per la necessità di salvare la vita della donna (1): norme la cui applicazione fino a tempi recenti

(1) La materia è regolata dalla legislazione statale e presenta discipline varie, nei particolari, da Stato a Stato.

È importante sottolineare subito la circostanza che le legislazioni statali americane in materia di aborto, mentre puniscono universalmente l'aborto procurato a donna non consenziente con norme analoghe, per es., a quelle del codice penale italiano (art. 545) e di quello tedesco federale (art. 218 n. 3) — un reato che ovviamente non è stato intaccato dalle recentissime sentenze della Corte Suprema —, riguardo all'aborto voluto dalla donna presentavano spesso una caratteristica che le distingueva dai modelli italiano e tedesco. Le legislazioni di vari Stati, infatti, punivano solo, nell'ipotesi di questo tipo di aborto, coloro che avevano aiutato la madre a interrompere la gravidanza e non anche la donna stessa che aveva consentito o che si era procurato l'aborto da sé (non contemplavano, in altre parole, norme equivalenti a quella del 2° comma dell'art. 546 e dell'art. 547 del codice italiano e dell'art. 218 n. 1 del codice tedesco). Di questo tipo di legislazione — escludente la responsabilità della madre — era appunto la normativa dello Stato del Texas che la Corte Suprema ha fatto oggetto di giudizio di costituzionalità in *Roe v. Wade*.

La circostanza va sottolineata non solo perché indice di una impostazione diversa di varie legislazioni statali americane rispetto a quella in genere delle legislazioni europee, ma perché essa è elemento indispensabile per poter capire i termini in cui il problema di costituzionalità si è posto, in concreto, alla Corte Suprema.

Sulla tradizione americana, che in materia d'aborto è spesso indulgente nei confronti della madre, cfr. *Corpus Juris Secundum*, voce *Abortion* (il quale così sintetizza quella tradizione: « All who participate in, or aid and abet, the procuring of an abortion, are ordinarily guilty as principals, except the woman. ... In the absence of a statute to the contrary, a woman who commits an abortion upon herself is generally considered to be guilty of no crime but is regarded rather as the victim than the perpetrator of the crime; nor is she generally considered to be an accomplice, notwithstanding the fact that she willingly submitted to the performance of the abortion upon her », Vol. 1, pp. 323-24).

(2) Nel 1908 la legge del Texas, divenuta ora oggetto di giudizio della Corte in *Roe v. Wade*, fu impugnata di incostituzionalità presso una Corte del Texas per indeterminatezza della definizione normativa del fatto criminoso: ma la pretesa incostituzionalità sembra venisse prospettata in rapporto a principi della costituzione statale e in ogni caso l'impugnazione fu respinta (*Jackson v. State*, 115 S.W. 262, 268 - 1908).

(3) S. MEANS, *The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Fetus, 1664-1968*, in 14 *N.Y.L. Forum*, pp. 411, 418-28 (1968); L. STERN, *Abortion: Reform and the Law*, in 59 *J. Crim. L.C. and P.S.*, p. 84 (1968); E. QUAY, *Justifiable Abortion: Medical and Legal Foundations*, in 49 *Geo. L. Rev.*, pp. 395, 450-52 (1961).

In Inghilterra, Bracton nel tredicesimo secolo (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, ed. Thorne, Cambridge Mass., 1968, II, p. 341), Coke nel diciassettesimo (*Institutes Third Part*, London, 1648, p. 50-1) e Blackstone nel diciottesimo (Com-

non aveva mai fatto sorgere il sospetto, nella giurisprudenza, di un contrasto coi precetti della Costituzione federale (2). Per quel che sembra si tratterebbe di norme la cui origine risale ad un passato relativamente prossimo, cioè per lo più alla seconda metà del secolo diciannovesimo. Nella tradizione più antica della Common Law, sia in terra americana, sia, più indietro, nella terra d'origine di quel diritto e rimontando fino al medioevo, la giurisprudenza non avrebbe considerato reato in nessun caso l'aborto procurato a donna consenziente prima che il feto, nel seno materno, avesse dato segno di vita muovendosi e, neppure, forse, quando intervenisse dopo i primi movimenti del feto (3). Insomma, la tradizione

della Common Law sarebbe stata in genere indulgente e anche molto indulgente nei confronti della donna che voleva interrompere la gravidanza e delle persone — in particolare, dei medici — che le prestassero aiuto in ciò. Solo nell'Ottocento, a un diritto giudiziario relativamente indulgente si sarebbe sovrapposta, in Inghilterra e in America, una legislazione fattasi via via più costrittiva, la quale parve dapprima accettare in genere — quanto meno agli effetti della gravità della pena — la suaccennata distinzione tra aborto relativo a feto non ancora « animato » e aborto relativo a feto « animato » (4), poi mise da parte decisamente

mentaries on the Laws of England. IV. Oxford, 1769 — rist. Oceana, 1966 —, p. 198) consideravano reato l'aborto, almeno se provocato quando il feto si fosse già mosso o fosse, quindi, « animato » (*quick*).

Ma il MEANS in un recente articolo (*The Phoenix of Abortional Freedom: Is a Penumbral or Ninth Amendment Right about to Arise from the Nineteenth Century Ashes of a Fourteenth Century Common Law Liberty?*, in 17 *N.Y.L. Forum*, p. 335, 1971) ha sostenuto che, se si prescinde dalla *dottrina* e si guarda puramente ai *precedenti giurisprudenziali*, rettamente interpretati, si può concludere che mai la Common Law in Inghilterra, prima dell'Ottocento, avrebbe considerato reato l'aborto di donna consenziente, anche a feto già « animato ».

In America, nel diciannovesimo secolo, alcune Corti stabilirono espressamente che « abortion of an unquickened fetus » non era reato a termini di Common Law (*Commonwealth v. Bangs*, 9 *Mass.* 387-8, 1812; *State v. Cooper*, 22 *N.J.L.* 52, 58, 1849; *Mitchell v. Commonwealth*, 78 *Ky.* 204, 210, 1879). Altre, seguendo Coke, affermarono che « abortion of a quick fetus » era « a misprision », cioè, nella loro terminologia, un « misdemeanor », un reato minore (*Smith v. State*, 33 *Me.* 48, 55, 1851; *Lamb v. State*, 67 *Md.* 524, 533, 1887). Ma poiché quest'ultima affermazione non si incorporò mai, a quanto sembra, in un vero *holding*, ma restò *dictum*, sarebbe dubbio che anche il diritto giudiziario degli Stati americani — distinto come tale dalle norme emanate dal legislatore — abbia mai incluso tra i reati da esso contemplati l'aborto. (Naturalmente il discorso qui fatto vale per l'aborto provocato su donna consenziente o da essa stessa procurarsi. La violenza sulla donna che produceva come conseguenza l'interruzione della maternità, poteva venir pur sempre punita ad altro e più generale titolo e in misura che teneva conto della gravità della violenza).

(4) In Inghilterra la prima norma legislativa istituente un distinto reato d'aborto fu l'Ellenborough Act del 1803, il quale colpiva l'aborto di un « quick fetus » addirittura con la pena capitale ma con pene minori l'aborto « before quickening ». Negli Stati Uniti, il Connecticut, per esempio, adottò la normativa del Ellenborough Act nel 1821, ma solo per la parte relativa all'aborto del feto « animato » (e senza commisurare la pena di morte) lasciando invece senza sanzione l'aborto di feto « non animato ». Il New York a sua volta, nel 1828, introdusse una legge che, mentre vietava l'aborto sia di un « quick », sia di un « unquickened fetus », considerava il primo « second degree manslaughter », ma il secondo semplice « misdemeanor ».

anche questa, e colpì con pene pesanti ogni tipo di opera data per la interruzione della gravidanza, anche se consentita dalla donna (5).

Se questa ricostruzione storica (sostenuta da vari autori e fatta propria anche dalla Corte Suprema (6)) è esatta, se ne dovrà dedurre che, per questo punto, il diritto dei popoli anglosassoni, sebbene cresciuto nella medesima atmosfera culturale e religiosa del Cristianesimo che circondò e accompagnò lo sviluppo dei diritti continentali europei, fu in passato meno pronto di questi ultimi ad assumere un atteggiamento d'intransigenza: fu più cauto nel rinforzare col rigore della pena le concezioni cristiane relative alla vita dei non ancora nati e al rispetto che le è dovuto (7). Comunque, in America, dopo la metà dell'Ottocento, quasi tutti

(5) In Inghilterra una riforma legislativa del 1837 aboliva la pena di morte ma cancellava anche la distinzione tra aborto di feto « animato » e di feto « non-animato » parificandone la disciplina. Negli Stati Uniti la distinzione fu tenuta ferma per lo più fino agli anni immediatamente successivi alla guerra civile, poi anche lì disparve. Le pene prestabilite furono in genere severe. La legge del Texas, per esempio, che è stata giudicata incostituzionale in *Roe v. Wade*, comminava, per l'aborto procurato a donna consenziente, la reclusione da due a cinque anni (la stessa pena prevista dall'art. 546 del nostro codice penale del 1930).

Sulla storia della « abortion legislation » negli Stati Uniti vedasi in particolare QUAY, *op. cit.*, pp. 447-520.

(6) Nella *opinion* in *Roe v. Wade*, ove la Corte indugia in una diffusa analisi storica del problema. Naturalmente non potremmo e non intendiamo, per parte nostra e in questa sede, né avvallare né contestare la ricostruzione storica fatta propria dalla Corte.

(7) Stando almeno a quanto dice il PERTILE, in tutti i paesi del continente fin dal Medioevo l'aborto veniva severamente punito, sia nella donna che lo procurasse volontariamente a se stessa sia nei terzi che le prestassero in ciò aiuto (oltreché, ovviamente, nei terzi che lo cagionassero contro la volontà di lei). Si faceva usualmente la distinzione tra feto « animato » e feto « non animato » (la quale risaliva fino a Plinio e ad Aristotele ed era stata accolta da scrittori ecclesiastici — per es. S. Agostino — e dalle collezioni canoniche. Cfr. del resto, DANTE, *Purgatorio*, XXV). Ma se la punizione era severissima per l'aborto dopo l'« animazione » (parificato a un omicidio e talvolta trattato anche più severamente di questo) una punizione colpì sempre anche l'aborto prima dell'« animazione ». Pertile cita Reginone *De synodalibus causis*, c. 68 : « Si qua mulier partum suum ante 40 dies in utero sponse perdiderit, unum anno poeniteat. Si vero post 40 dies eum occiderit tres annos poeniteat. Si vero postquam animatus fuerit eum perdiderit, quasi homicida poeniteat »); la Lex Alamannorum, 91; la Lex Wisigothorum, VI, 3, 2; la Lex Baiuvariorum, VII, 19, 2, 3, VII, 21; la Carolina § 133; gli Statuti della Valsellina, II, 51; le Costituzioni Piemontesi, III, 34; quelle Modenesi, V, 4, 11; la Theresiana, art. 88, § 4; e via dicendo (*Storia del Diritto italiano*, vol. V, Roma, 1892, pp. 588-590). *Cfr.* anche A. MARONGIU, voce *Aborto (Storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1938, p. 126. Per ciò che concerne il mondo classico precristiano (che non contemplava l'aborto volontario come delitto) cfr. E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, Milano, 1971.

gli Stati della Federazione avevano adottato norme di legge proibenti l'aborto nei termini che si sono riferiti sopra: anche lì, dunque, la severità s'era alla fine fatta strada, ed è restata la regola, appunto, sino ai nostri giorni (8).

Dopo la seconda guerra mondiale, alcuni Stati cominciarono ad attenuare la rigidità delle loro proibizioni sull'onda di un'opinione pubblica che veniva mutando almeno parzialmente i suoi punti di vista in materia (9). Nel 1972, circa un terzo degli Stati ammetteva che il medico

(8) Per una rassegna della legislazione dei vari Stati vedasi il già citato scritto del QUAY; cui *adde*, per un'analisi della situazione nel 1972, la nota anonima *A Survey of the Present Statutory and Case Law on Abortion: The Contradictions and the Problems*, in *Ill. L. Forum*, 1972, p. 177. La severità della legislazione restava pur sempre attenuata, rispetto a quella europea, dalla già ricordata esclusione — prevista nelle leggi di vari Stati — della donna consenziente all'aborto, o procuratosi il medesimo da sé, dalla cerchia delle persone punibili per quel titolo di reato.

(9) Si tratta, come è noto, di un mutamento di punti di vista verificatosi un po' in tutto il mondo occidentale e, entro esso, anche presso i popoli anglosassoni in genere. Come indice del nuovo orientamento dell'opinione pubblica negli Stati Uniti ci limitiamo qui a ricordare l'evoluzione del giudizio di due autorevolissime associazioni professionali, in passato schierate invece su posizioni nettamente intransigenti.

L'*American Medical Association*, che si era battuta energicamente per una sistematica repressione penale dell'aborto nell'Ottocento, solo escludendolo nei casi in cui l'interruzione della maternità fosse necessaria per salvare la vita della madre, ha in anni recenti assunto un atteggiamento più « liberale », ammettendo di principio la legittimità dell'aborto, da un astratto punto di vista socio-professionale, quando la gravidanza possa costituire minaccia per la salute fisica o mentale della madre, quando il bambino rischi di nascere abnorme, quando vi sia stata violenza carnale o incesto (ma l'Associazione vuole ancora che nel giudizio sull'opportunità dell'aborto concorrano almeno tre medici e che l'operazione sia effettuata in ospedale particolarmente autorizzato all'uopo. *Cfr. Proceedings of the AMA House of Delegates*, 40-81, giugno 1967). Più recentemente (1970), l'atteggiamento sembra essersi fatto anche più flessibile.

A sua volta l'*American Bar Association*, che aveva occupato [illegible] ben altre posizioni, ha approvato a maggioranza nel 1972 un modello di Uniform Abortion Act, raccomandandolo al legislatore degli Stati, il quale prevede la liceità dell'aborto quando praticato dalla donna su se stessa col consiglio di un medico e del medico col consenso della donna in un ospedale di Stato, purchè entro venti settimane dal concepimento; ovvero da un medico dopo venti settimane, ma allora solo se vi sia rischio per la salute fisica o mentale della donna, o il bambino sia per nascere abnorme o il concepimento sia frutto di violenza, incesto o altro rapporto illecito (58 *Am. Bar Assn. J.*, p. 580).

Per l'atteggiamento di un terzo importante ente, pure dotato di alta rappresentatività nazionale, quale l'American Law Institute, vedi oltre, nota 34.

La mutata atmosfera pubblica spinse alcuni Stati dell'Unione a correggere,

369

potesse prestarsi ad interrompere la gravidanza su richiesta della donna quando, in qualsiasi momento, la cosa apparisse necessaria a preservare non solo la salute fisica, ma anche quella psicologica di lei, nonché quando vi fosse rischio che il bambino nascesse con gravi difetti fisici o mentali o quando il concepimento fosse avvenuto a seguito di violenza o di incesto (10). Quattro Stati erano andati più in là, abrogando ogni disposizione penale per aborti procurati durante le prime fasi della gravidanza da medici autorizzati e operanti nel rispetto di certe procedure sanitarie (11). Tuttavia, la maggioranza degli Stati rimaneva, come s'è detto, sulla linea intransigente del quasi-assoluto divieto ottocentesco (12). Ed è su questo sfondo di legislazione in prevalenza contraria all'interruzione della maternità non giustificata da uno stato impellente di necessità che si sono inserite le sentenze drasticamente « liberalizzatrici » della Corte Suprema.

Sentenze, a dir il vero, non attese, o, per lo meno non attese nella misura davvero larghissima di « liberalizzazione » che impongono in modo uniforme su tutto il territorio degli Stati Uniti (13) e che va al

dopo il 1945, la rigida legislazione di origine ottocentesca; così come spinse l'altro grande paese di Common Law, l'Inghilterra, a varare la nota riforma del 1967 con cui in misura rilevante si tolsero quei divieti rigorosi che abbiamo ricordato nelle note precedenti (*Abortion Act*, 15 and 16 Eliz. 2, c. 87).

(10) Tra questi Stati: Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Kansas, Maryland, Mississippi, New Mexico, North Carolina, Oregon, South Carolina, Virginia.

(11) Gli Stati erano: Alaska, Hawaii, New York e Washington.

(12) Tra questi Stati — che dunque talvolta non contemplavano la punibilità della donna consenziente o praticante su di sé l'aborto, ma colpivano sempre chiunque la aiutasse a interrompere in qualsiasi momento la gravidanza, fuori solo dell'ipotesi della necessità del fatto per salvare la vita di lei (e fissando d'altronde pena molto dure per l'aborto procurato contro la volontà della donna) —: Arizona, Connecticut, Idaho, Illinois, Indiana, Kentucky, Louisiana, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, West Virginia, Wisconsin, Wyoming.

(13) Alcune Corti inferiori avevano tra il 1970 e il 1972, cominciato a considerare incostituzionale, almeno in parte, la prevalente legislazione americana in materia d'aborto (*cfr. Abele v. Markle*, 342 F. Supp. 800, 1972; *Poe v. Menghini*, 339 F. Supp. 986, 1972; *Babbitz v. McCann*, 310 F. Supp. 293, 1970). Ma queste sentenze non facevano prevalere la radicalità della soluzione abbracciata dalla Corte Suprema. Quest'ultima, a sua volta, tre anni fa, nel 1971, aveva stabilito che una norma legislativa per il Distretto di Columbia puniva l'aborto procurato a donna consenziente, eccetto per il caso che il fatto fosse compiuto per preservare la vita o la salute della madre, non era incostituzionale per « eccessiva indetermina-

di lì, probabilmente, di quella stessa attuata dalla legislazione dei quattro Stati membri più avanzati in materia. Un'ennesima, incisiva riforma realizzata da un Giudiziario che da vent'anni non si stanca di stupire l'opinione pubblica per l'audacia con cui adopera lo strumento dell'interpretazione costituzionale a rinnovare in radice le strutture e il volto dell'ordinamento giuridico.

II

La Corte Suprema degli Stati Uniti nella causa *Roe v. Wade* (che è la fondamentale tra le due menzionate) ha ammesso una donna incinta a contestare la legittimità costituzionale (in rapporto a vari articoli della Costituzione federale) delle norme dello stato del Texas che non le consentivano di sottoporsi a un lecito intervento medico diretto a interrompere la maternità (14). Ammessa la legittimazione della donna ad agire (cosa essa stessa in verità non del tutto e a priori scontabile alla luce delle circostanze e dei precedenti) (15), la Corte Suprema ha poi ricono-

---

sezza » (vaghezza) del precetto normativo, come sosteneva l'imputato. (Aveva però precisato che, in sede di interpretazione della norma, il concetto di « salute della donna », bene a tutela del quale poteva venir interrotta la gravidanza, andava di fatto inteso come comprensivo della « salute mentale » oltreché di quella « fisica »: cosicché sulla base di questa interpretazione aveva rinviato il processo nei confronti del medico, che aveva operato, di nuovo davanti al giudice inferiore). *United States v. Vuitch*, 91 S. Ct. 1294, 402 U.S. 62.

(14) *Roe v. Wade*, 93 S. Ct. 705 (1973). La causa fu dapprima discussa il 13 dicembre 1971, poi ridiscussa l'11 ottobre 1972. Fu decisa il 22 gennaio 1973. Sulla laboriosa gestazione della decisione — trascinatasi per oltre un anno per via, a quanto sembra, delle incertezze del Chief Justice Burger che cercava a tutti i costi la maggioranza della Corte ma non voleva d'altra parte figurare tra i giudici dissenzienti — vedi il resoconto e le supposizioni di *Time*, numero del 5 febbraio 1973 (eur. ed., p. 47).

(15) Roe è lo pseudonimo della donna incinta, il cui vero nome non figura, col consenso della Corte, agli atti della causa. La sua esistenza e il suo stato di gravidanza sono accettati come un dato di fatto dalla Corte, senz'ombra di istruttoriale indagine. Poiché la legge del Texas non prevedeva la punibilità della donna che commettesse su di sé aborto, essa non avrebbe potuto — nemmeno se avesse voluto — eccepire l'incostituzionalità della legge dopo l'interruzione della maternità e in sede di applicazione, a lei, della sanzione penale. Aveva perciò agito, in corso di gravidanza, per ottenere che una Corte federale inferiore emettesse *declaratory judgment* e *injunction* nei confronti del District Attorney della Contea al fine di infliggli preventivamente di incriminare, in base alla legge del Texas da ritenersi incostituzionale, il medico che l'avrebbe aiutata ad abortire. Quando la causa, dopo il diniego della injunction da parte della Corte inferiore, era giunta davanti alla Corte Suprema l'attrice doveva peraltro aver perso interesse al suo esito,

sciuto che la legge del Texas, col non permettere l'aborto se non allo scopo di salvare la vita della donna, violava la sfera esclusiva di « privatezza » (*right of privacy*) garantita alla persona dal XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (16).

Questo diritto a una sfera inviolabile di « privatezza » la Corte dice lei per prima che non risulta affermato esplicitamente dalla Costituzione. Ma lo sviluppo della giurisprudenza l'avrebbe fatto emergere, per graduale enucleazione, da una serie di disposizioni costituzionali che vanno dalle norme su certe libertà fondamentali del Bill of Rights (I, IV e V Emendamento), alla norma del IX Emendamento che stabilisce una categoria di diritti soggettivi costituzionali « innominati », alla nor-

---

postoché ormai la sua gravidanza era comunque terminata e un giudizio di accertamento non avrebbe potuto utilmente liberare alcun medico dal timore di sanzioni se le avesse prestato assistenza. La causa avrebbe potuto quindi ritenersi divenuta moot (finita o priva di un sostanziale concreto interesse delle parti). Ora, la Corte Suprema per principio non decide cause moot. Ma in questo caso la Corte ha escluso il carattere moot della controversia, osservando che Roe aveva proposto una *class action* (un'azione diretta a difendere non solo il proprio interesse ma anche quello del gruppo di persone che potrà trovarsi in una medesima situazione: azione prevista, a certe condizioni, dalla procedura federale) e che lei stessa o altre donne nel Texas avrebbero potuto in futuro versare in circostanze tali da doversi giovare della pronuncia (93 S. Ct. 710-713). Per una critica della decisione della Corte anche su questo punto cfr. la *dissenting opinion* del giudice Rehnquist, 93 S. Ct. 736.

(16) 93 S. Ct. 732-733.

Le norme legislative del Texas dichiarate incostituzionali sono quelle degli artt. 1191-1194 e dell'art. 1196 dello *State of Texas Penal Code*. Per migliore intelligenza del lettore trascriviamo qui gli artt. 1191 e 1196 di quel codice:

« Article 1911. Abortion.

If any person shall designedly administer to a pregnant woman or knowingly procure to be administered with her consent any drug or medicine, or shall use towards her any violence or means whatever externally or internally applied, and thereby procure an abortion, he shall be confined in a penitentiary not less than two nor more than five years; if it be done without her consent, the punishment shall be doubled. By abortion is is meant that the life of the fetus or embryo shall be destroyed in the woman's womb or that a premature birth thereof be caused ».

« Art. 1196. By medical advice.

Nothing in this chapter applies to an abortion procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother ».

(L'art. 1193 del codice puniva chi fornisse i mezzi per procurare un aborto. L'art. 1193 puniva il tentativo. L'art. 1194 contemplava l'aggravante della morte della madre come effetto dell'aborto o del tentativo d'esso. L'art. 1195 — non impugnato in causa e pertanto ancora pienamente in vigore — punisce chi uccida il bambino sul punto di nascere nel corso di un parto).

870

ma del XIV che pone il concetto generale di « libertà » della persona: sicché esso si può ormai considerare ancorato, appunto, alla garanzia globale di quest'ultimo Emendamento (17). I confini di codesto particolare diritto fondamentale — che si pone adesso al fianco di altri noti diritti fondamentali, quali, per esempio, la libertà di coscienza e la libertà d'espressione — non possono venir definiti con nettezza. Ma l'idea del suo contenuto può ottenersi — secondo la Corte — pensando che esso include dentro di sé aree (che la giurisdizione ha già abbastanza nettamente individuate) come quelle di certe attività relative al matrimonio, alla procreazione, all'uso di contraccettivi, all'allevamento e all'educazone dei figli: aree che la Costituzione vuole libere da indebite interferenze statali (18).

Dentro i confini di questo diritto rientra senz'altro, ad avviso della Corte, anche la facoltà della donna di decidere l'interruzione di una maternità incominciata. Ritenere diversamente — e cioè pensare che lo

(17) 93 S. Ct. 726-727.

La giurisprudenza cui la Corte si riferisce è quella che ha riportato ai principi del I Emendamento in materia di libertà d'espressione il diritto dell'individuo di detenere impunemente, nell'intimità della sua casa, pubblicazioni oscene (*Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 1969); che ha ricollegato ai principi del IV Emendamento sulle « perquisizioni irragionevoli » e a quelli del V sul divieto di autoincriminazione certi diritti della persona a non essere « scoperta » e inquisita in taluni suoi atteggiamenti, comportamenti od associazioni (*Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 1967; *Boyd v. United States*, 216 U.S. 616, 1886); che ha ravvisato in una « penombra » protettiva, che promana cumulativamente dall'insieme dei singoli diritti tutelati dal Bill of Rights, la garanzia del diritto dell'individuo a possedere e a usare contraccettivi (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965); che ha ritenuto quest'ultimo diritto compreso altresì tra quelli che il IX Emendamento, senza specificarli, afferma « riservati alle persone » sebbene non enumerati nel Bill of Rights (*Griswold v. Connecticut*, cit., nella *concurring opinion* del giudice Goldberg); e via dicendo.

La Corte dice che il diritto di « privacy » costituzionalmente protetto potrebbe anche venir considerato uno di quelli tacitamente contemplati dal IX Emendamento; ma che essa preferisce scorgerne la garanzia nell'ampia formula della « due process clause » del XIV.

(18) 93 S. Ct. 726.

La Corte menziona, come facoltà ormai riconducibili al contenuto di un generale diritto di « privacy », il potere della persona di sposare persona d'altra razza (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 1967); di non esser sterilizzata in conseguenza di reati commessi (*Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 1942); di usare contraccettivi (*Griswold v. Connecticut*, cit., *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972); di educare i bambini presso scuole di propria scelta e di allevarli a parlare la lingua di propria preferenza (*Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 1925; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 1923).

stato potrebbe, se volesse, escludere del tutto o quasi del tutto la libertà di abortire — significherebbe incidere troppo profondamente sull'interesse della donna a decidere da sé in ordine alla propria disponibilità futura, fisica e psicologica, a dar la vita e ad allevare un figlio.

Certo, il ricondurre quella facoltà nell'ambito di un diritto costituzionalmente garantito non equivale ad assicurare una tutela assoluta, incondizionata. La Corte osserva che anche per altri aspetti il diritto alla « privatezza » è stato ritenuto in passato, dalla sua giurisprudenza, suscettibile di qualche regolamento da parte del legislatore, quando lo richiedessero « impellenti interessi statali » (*compelling state interests*) (19). Tale è anche il caso della facoltà di abortire: la quale può entro certi limiti venir regolata dallo stato. Ma appunto l'analisi degli « interessi statali impellenti » che potrebbero giustificare un regolamento conduce a vedere che la legge del Texas, così come formulata, eccede di gran lunga quei limiti.

La Corte non si sofferma neanche a discutere l'ipotesi che i divieti penali del Texas possano venir fatti salvi da un punto di vista costituzionale come norme miranti indirettamente a contenere e a disciplinare la vita sessuale dei cittadini (attraverso la proibizione di rimuovere gli effetti naturali di un istinto lasciato troppo libero di esplicarsi) (20). Si concentra invece nell'esame di due altri interessi che lo Stato potrebbe invocare a giustificazione dei divieti da esso emanati: la tutela della salute della gestante e la tutela di quella potenzialità di uomo che è, fin dal primo momento, l'embrione nel seno materno.

Lo stato ha senza dubbio il diritto di preoccuparsi della salute della donna incinta e di pretendere che operazioni dirette a interrompere la maternità non ne mettano a repentaglio la vita. Ma da questo punto di vista — osserva la Corte — i progressi della medicina moderna hanno ridotto di molto, rispetto al passato, i pericoli che accompagnano una operazione d'aborto, se essa viene eseguita da un medico o sotto con-

(19) 93 S. Ct. 727.

La Corte ricorda che « the right of privacy » non è « an unlimited right to do with one's body as one pleases » e richiama in proposito la sentenza che dichiarò legittima la vaccinazione obbligatoria (*Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 1905) e un'altra che persino ammise la costituzionalità, in un caso speciale, della sterilizzazione coattiva (*Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 1927).

(20) La Corte lascia ad ogni modo intendere, in un breve passo, che se lo scopo del divieto legislativo dell'aborto dovesse essere, per esempio, quello di regolare indirettamente la vita sessuale delle persone, per escludere rapporto illeciti tra esse — come suggeriva taluno in passato — il divieto sarebbe comunque, a parte ogni altro rilievo, non razionalmente correlato al fine perseguito.

371

trollo medico: sicché il diritto dello stato di regolare il diritto all'aborto — se visto in funzione della tutela della vita e della salute della gestante — non possono essere che molto ridotti (21). La legislazione ottocentesca vietante in modo quasi assoluto originò forse in gran parte proprio dal desiderio di mettere al riparo la gestante dal pericolo di operazioni che potevano, anche se condotte da persone esperte, risultare fatali alla donna (22). Un divieto così pervadente, in funzione di quell'interesse, sarebbe però oggi macroscopicamente eccessivo rispetto al fine perseguito. L'interruzione della gravidanza nella sua primissima fase, solo che avvenga con l'applicazione di tecniche mediche del resto molto semplici e di facile impiego, coinvolge statisticamente minori rischi per la salute e la vita della donna di quanti non ne comporti il completamento d'esso fino alla nascita del bimbo (23). Man mano che la gravidanza prosegue, crescono tuttavia questi rischi: e perciò dovrà ammettersi che cresca il potere dello stato di prescrivere modi e condizioni per gli interventi diretti a por termine a una maternità, esigendo che essi avvengano con tutte le garanzie dell'arte medica. Ma un divieto generale d'aborto, anche solo relativamente all'ultima fase della gravidanza, non potrebbe, in ragione dell'interesse statale di cui si discute, giustificarsi.

Quanto all'interesse dello stato alla tutela della vita nella sua fase di formazione nel grembo materno, il discorso è più complesso.

V'è chi sostiene che, accendendosi una vita fin dal momento del concepimento, già all'embrione può riferirsi quel diritto fondamentale alla « vita » che il XIV Emendamento garantisce a ogni « persona »: come « persona », il concepito troverebbe nel divieto penale dell'aborto una sanzione legislativa imprescindibile a tutela del suo diritto costituzionale alla « vita » (24). La Corte, però, nega in modo fermo che il

(21) 93 S. Ct. 725.

(22) 93 S. Ct. 724. La Corte Suprema ricorda l'alto grado di mortalità tra le donne che incorrevano in aborti, prima che venissero scoperte e adottate su larga scala, verso la fine del secolo, le tecniche dell'antisepsi.

(23) Per questo giudizio: 93 S. Ct. 725 (la Corte cita varie autorità nel campo della medicina).

(24) 93 S. Ct. 729-29. Ricordiamo che il XIV Emendamento vieta allo Stato di privare « any person of life, liberty and property, without due process of law » (ove la formula « without due process of law » vale sostanzialmente, come è noto, « in contrasto coi principi fondamentali della giustizia »).

Per la tesi che ravvisa nel XIV Emendamento una garanzia per la vita dei concepiti cfr. per esempio LOUISELL, *Abortion: The Practice of Medicine and the Due Process of Law*, in 16 *UCLA L. Rev.*, p. 233 (1969).

concetto di « persona », ricorrente in varie norme della Costituzione e in particolare nel XIV Emendamento, includa in sé anche la classe dei « concepiti non ancora nati »: quel concetto si applica solo e strettamente agli organismi umani venuti vivi alla luce (25).

Anche se il concepito non è « persona » a termini del XIV Emendamento, lo stato può nonpertanto desiderare di proteggere quella « potenzialità concreta d'uomo » che egli pur sempre è (26). Rimane a vedere in che modo e a che punto possa conciliarsi questa pretesa protezione con la libertà della donna di abortire garantita dalla Costituzione.

La protezione, nella misura più piena, dovrebbe essere legittima a partire dal momento del concepimento, secondo chi ritiene (come attualmente la Chiesa cattolica) (27) che da quel momento abbia inizio una vera vita umana. Questa soluzione — che implicherebbe la possibilità di un divieto generale d'aborto fin dal concepimento — è però ovviamente inaccettabile, perché porrebbe addirittura nel nulla la libertà della donna di abortire. La Corte ritiene invece che solo quando la « potenzialità di vita » incorporata nel feto abbia raggiunto un grado molto alto di probabilità di dar luogo a una vita in atto, lo stato possa interferire nella sfera di quella libertà, imponendole un limite (28).

L'insieme di queste considerazioni relative ai due fondamentali interessi che legittimano lo stato a regolare la libertà d'aborto conduce la Corte, che deve definire il necessario punto di compromesso tra i diversi valori in conflitto, a distinguere tra fasi temporali nel processo della gravidanza e a stabilire per ciascuna fase una diversa misura del potere di intervento dello stato, secondo un principio di crescita e in-

(25) 93 S. Ct. 729. La Corte sottolinea il fatto che non esisterebbe « precedente », in tutta la storia della giurisprudenza americana, che applichi il termine « persona » e le correlative norme del XIV Emendamento a un concepito non ancora nato. Il fatto, assieme alla circostanza che nell'Ottocento — quando l'Emendamento fu adottato — le pratiche legali d'aborto erano più libere di quelle d'oggi, la persuade a ritenere che il termine « persona », nel contesto di quella norma, non intendesse ricomprendere, e dunque non ricomprenda, i concepiti non nati.

(26) 93 S. Ct. 731.

(27) La Corte precisa che la Chiesa cattolica avrebbe in passato ritenuto che la vera vita cominciava per il feto quando ad esso veniva comunicata, a un certo punto della gestazione, l'« anima ». La sua posizione sarebbe cambiata nel diciannovesimo secolo. A differenza della Chiesa cattolica d'oggi, la maggioranza dei Protestanti in America farebbe ormai cominciare la vita solo dalla nascita del concepito. Questo sarebbe anche il credo della fede ebraica (così come in passato fu quello della filosofia stoica).

(28) 93 S. Ct. 731.

372

tensificazione del potere a mano a mano che la gravidanza procede. Le tre fasi della gravidanza e i correlativi, crescenti poteri dello stato sono, nella pronuncia della Corte, i seguenti.

a) Dal concepimento fino press'a poco al terzo mese di gravidanza la donna ha il diritto, col consenso e l'assistenza del suo medico di fiducia, di decidere di abortire nonché quello di attuare la decisione seguendo le modalità terapeutiche da lei scelte d'accordo col medico. Lo stato, in questa fase, non ha voce né per proibire né per dettare alcuna prescrizione particolare in ordine alle modalità dell'aborto, poiché il suo interesse a proteggere la potenzialità di vita insita nell'embrione è troppo tenue e il suo interesse a tutelare la salute della donna non può venire in alcun modo intaccato da un fatto che, in questo stadio della gravidanza e quando si usino i metodi prescelti da un qualsiasi medico, presenta oggi pericoli minimi. L'unico potere spettante allo stato è qui quello, al massimo, di prescrivere che l'operazione dell'aborto sia effettuata da un medico, il quale giudichi l'aborto conveniente per la donna e si assuma la responsabilità di curarne l'attuazione (29).

b) A partire dal quarto mese di gravidanza, poiché l'operazione dell'aborto si fa più complessa e potrebbe comportare qualche complicazione, fermo restando il diritto della donna di decidersi per l'aborto, lo stato, in vista di una maggiore tutela della salute di lei, può regolare in modo particolareggiato e vincolante le modalità secondo cui l'aborto dovrà avvenire. Potrà in conseguenza stabilire, per esempio, se lo crede, che l'aborto dopo quella data debba essere eseguito da un medico particolarmente qualificato e munito di speciale licenza all'uopo; che l'aborto debba essere eseguito in un ospedale o in una clinica o in altro luogo attrezzato al bisogno e previamente autorizzato dall'autorità amministrativa; e via dicendo (30).

c) Solo dopo che il feto è divenuto in astratto capace di vita fuori del grembo materno (e cioè, secondo le indicazioni della scienza medica, dopo la ventottesima, o, al più presto, la ventiquattresima settimana dal momento del concepimento) lo stato ha il diritto di proibire l'aborto. Un divieto generale di pratiche abortive in questo breve, ultimo periodo della gravidanza (e salva sempre l'ipotesi di un'interruzione della maternità al fine di preservare la vita o la salute della madre, la quale

(29) 93 S. Ct. 731-32.
(30) 93 S. Ct. 732.

resta in ogni momento un'interruzione non vietabile) rientra nella sfera del costituzionalmente legittimo (31).

Questi essendo i principi in materia di aborto che la Corte Suprema ravvisa emergere dalle pieghe della Costituzione federale, il conseguente giudizio di incostituzionalità della legge del Texas appare inevitabile.

Quella legge contemplava — come s'è detto — una proibizione assoluta di procedere all'aborto, con la sola eccezione dell'aborto necessario per salvare la vita della madre. Essa disconosceva in radice una libertà della persona garantita dalla Costituzione. La Corte — cosa meritevole di particolare rilievo — ritiene di doverne pronunciare l'incostituzionalità, ma di doverla pronunciare *in toto* e non solo nei limiti del suo contrasto con i principi sopra menzionati (32).

(31) 93 S. Ct. 732.
(32) 93 S. Ct. 733.

Di solito la Corte Suprema, se riscontra che il potere dello Stato di por limiti a un diritto costituzionalmente garantito si è spinto oltre la linea che gli era concessa, non dichiara la legge in questione interamente invalida, ma la dichiara invalida nella misura e nei termini precisati nella motivazione della sentenza e per quel tanto che riguarda i fatti dedotti in causa e fatti simili. Solo quando la legge viola i diritti protetti dal I Emendamento (libertà di coscienza; libertà d'espressione; libertà di riunione; ecc., diritti che godono di una «preferred position» nello schema costituzionale), la Corte ha preso di recente l'abitudine di pronunciare l'incostituzionalità della norma impugnata nella sua interezza (sul presupposto che solo l'eliminazione totale della norma garantisce che non resti psicologicamente intimidito un esercizio franco e sicuro di quegli importantissimi diritti). Cfr. la nota *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, in 83 *Harv. L. Rev.*, 844.

In questo caso la Corte avrebbe potuto benissimo dichiarare che il divieto dell'art. 1191 del codice penale del Texas (con la relativa sanzione) non avrebbe più potuto applicarsi in tutte le ipotesi per cui l'interruzione della maternità poteva considerarsi l'esercizio legittimo — anche sotto il profilo modale — della libertà di abortire garantita dalla Costituzione alla donna, ai sensi e nei termini definiti nella sentenza. Invece la Corte ha preferito affermare, sibillinamente, che la semplice dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 1196 che prevedeva come causa di giustificazione soltanto lo scopo del salvare la vita della madre e non anche tutte le altre fattispecie contemplate dalla Corte come casi di esercizio della libertà di abortire) non avrebbe fatto altro che peggiorare, dal punto di vista costituzionale, lo stato della normativa vigente in Texas in materia d'aborto, perché avrebbe resa l'interruzione della maternità sempre illecita. Donde la necessità di invalidare nel loro complesso tutti gli articoli di legge impugnati dalla ricorrente: quelli dal 1191 al 1194 e il 1196 (contro questo ragionamento della Corte vedansi le osservazioni del giudice Rehnquist: *dissenting opinion*: 93 S. Ct. 739).

La pronuncia della Corte va certamente interpretata nel senso che non deve ritenersi travolta la disposizione relativa all'aborto procurato a donna non con-

Posti quei principi, la Corte è stata costretta a pronunciare l'incostituzionalità (nella seconda causa: *Doe v. Bolton*) anche di una più recente e assai più « liberale » legge dello stato della Georgia (33).

La legge della Georgia in materia d'aborto ricalcava per larga parte gli articoli del modello uniforme di codice penale proposto dall'American Law Institute per l'adozione da parte di tutti gli stati dell'Unione (34). In particolare, stabiliva che all'aborto potesse procedere solo un medico

---

senziente contenuta nell'art. 1191 (cfr. retro, nota 16): disposizione non impugnata in giudizio. Resta dubbio se il travolgimento dell'art. 1191, decretato dalla Corte, significhi l'impunità anche di persona che, senz'essere medico, abbia procurato alla donna consenziente l'aborto; mentre sembra sicuro che il medico il quale abbia interrotto la gravidenza a richiesta della donna anche dopo la ventiseiesima settimana dal concepimento non possa più (finché lo Stato del Texas non emani una nuova legge sull'aborto, disponente in tal senso) essere punito.

Quest'ultimo effetto — la legittimazione degli aborti relativi anche all'ultimo periodo di gravidanza, stante la caducazione *in toto* della norma incriminatrice — non sarebbe intervenuto se la Corte si fosse limitata a pronunciare la incostituzionalità dell'art. 1196 ai sensi e nei termini della motivazione. Ma proprio la circostanza che ciò non sia accaduto fa sorgere la domanda se la Corte non abbia voluto tacitamente offrire, in questo caso, alla libertà di abortire costituzionalmente garantita uno speciale trattamento di favore analogo a quello che riserva di salito ai diritti protetti dal I Emendamento.

(33) *Doe et al. v. Bolton*, 93 S. Ct. 739. La causa è stata decisa in unione a quella *Roe v. Wade*. Come in quest'ultima, l'effettivo nome della donna ricorrente si nasconde dietro uno pseudonimo (Doe).

(34) Il modello di codice penale elaborato dall'American Law Institute nel 1972 prevedeva, al § 230.3, la punizione di chi cagionasse l'interruzione della gravidanza di una donna colpendo il fatto come *third degree felony* quando esso intervenisse prima del compimento della ventiseiesima settimana di gravidanza o come *second degree felony* quando intervenisse dopo tale data. Stabiliva però che non fosse punibile il medico che procurasse l'aborto quando la gravidanza rappresentasse un pericolo per la salute fisica o psichica della madre, o quando il bimbo rischiasse di nascere anormale, o quando il concepimento fosse frutto di incesto, violenza o di illecito rapporto carnale. Prevedeva, inoltre che l'operazione dovesse avvenire (salvo casi di emergenza) in un ospedale autorizzato e dopo che due medici avessero dichiarato per scritto che l'aborto era legittimo ai sensi della legge.

Il Model Penal Code dell'American Law Institute contempla anche l'incriminazione della donna che si procuri da sé l'aborto dopo la ventiseiesima settimana di gravidanza. Il resto vi è considerato come una *third degree felony*. Questa parte del « codice penale modello » non era stata riprodotta nella legge della Georgia che, emanata nel 1968, è stata giudicata incostituzionale dalla Corte Suprema.

Tanto il § 230.3 del Model Penal Code dell'ALI quanto le norme della legge della Georgia si leggono in appendice alla decisione *Doe v. Bolton* (93 S. Ct. 752).

e solo quando esso, a suo giudizio, fosse necessario per prevenire la probabile morte della donna o un danno grave e permanente alla salute di lei; per impedire la nascita di un essere con difetti fisici o psichici gravi e irreparabili; per riparare agli effetti di una subita violenza carnale. Stabiliva inoltre che l'operazione dovesse essere eseguita solo se il giudizio del primo medico fosse confortato dal giudizio concordante di altri due; che dovesse eseguirsi solo in ospedali appositamente autorizzati in base ad « accreditamento » da parte di una nota organizzazione medica nazionale (35); che dovesse venire ulteriormente approvata da una speciale « commissione per gli aborti » operante all'interno dell'ospedale stesso; che ad abortire in Georgia, tramite questa procedura, dovessero essere ammesse solo cittadine della Georgia e non di altri stati.

La Corte ha ritenuto che la legge della Georgia non sia incostituzionale per la parte in cui richiede che un medico debba approvare la decisione della gestante di abortire (36). L'approvazione del medico non può però venir circoscritta ai soli casi previsti dalla legge come circostanze legittimanti l'aborto. Quest'ultimo potrà venir reputato necessario anche in moltissimi altri casi. Il giudizio dovrà tenere in conto ogni elemento relativo al benessere della donna (sotto il profilo non solo fisico, ma psicologico, familiare e via dicendo) che possa fare considerare l'aborto opportuno (37). D'altra parte, la legge è anche incostituzionale là dove prescrive il concorso del giudizio autorizzante di due altri medici e là dove richiede che l'aborto si effettui in un ospedale particolarmente accreditato e dopo il giudizio positivo di una commissione interna d'esso: perché, innanzitutto, non contempla la situazione speciale del primo trimestre di gravidanza, quando la donna, con il consenso e l'assistenza del suo medico di fiducia, può interrompere la gravidanza nei luoghi e con le modalità che le appaiano convenienti,

---

(35) Si tratta della Joint Commission on Accreditation of Hospitals, un ente privato di alta reputazione che persegue lo scopo di elevare il livello dei servizi negli ospedali in tutto il territorio nazionale e all'uopo rilascia ai singoli ospedali certificati attestanti la qualità dei loro servizi.

(36) 93 S. Ct. 746 e 752. La Corte nega, in particolare, la incostituzionalità della norma della Georgia che punisce chi, non-medico, presti la sua opera ad interrompere la gravidanza di una donna; respingendo l'argomento che la norma discriminerebbe a danno delle gestanti che, per ragioni di povertà, non potrebbero concedersi di consultare un medico e dovrebbero cercar aiuto presso altre persone (le quali questo aiuto non potrebbero dare senza incorrere, appunto, nelle sanzioni della legge).

(37) 93 S. Ct. 747.

senza che lo stato possa comunque sindacare in proposito (38). Del resto, anche per l'aborto interveniente in periodo successivo al terzo mese di gravidanza, le prescrizioni che lo stato può legittimamente emanare in ordine alle condizioni in cui l'operazione deve avvenire, devono sempre costituire ragionevoli mezzi per la attuazione degli scopi consentiti (la tutela dei « compelling state interests » sopra menzionati): mentre le prescrizioni della legge della Georgia sono eccessive rispetto al fine che dovrebbero perseguire (in quanto pongono una serie di condizioni in sé troppo pesanti e non necessarie alla salvaguardia della salute della donna, come l'« accreditamento » speciale dell'ospedale, il superfluo giudizio conforme di due medici e l'approvazione della « commissione interna » dell'ospedale) (39). È infine incostituzionale anche la norma che limita alle sole cittadine della Georgia la possibilità di ottenere che la loro gravidanza sia interrotta senza offesa della legge penale: i medici georgiani, viceversa, potranno d'ora innanzi impunemente consentire l'aborto di donne di qualsiasi provenienza e prestare ad esse la loro assistenza all'uopo (40).

III

Le sentenze il cui contenuto abbiamo succintamente riferito non hanno delineato in maniera netta ed inequivocabile la misura in cui la libertà di abortire è ormai riconosciuta nell'ordinamento americano, né hanno risolto tutti i delicati problemi collaterali che il riconoscimento di una tale libertà comporta. Vi sono zone lasciate in ombra dalle sentenze della Corte, dove è incerta la precisa estensione del nuovo diritto fondamentale attribuito alla donna ed è incerto il punto fino al quale la Corte sarà disposta in futuro a dargli la prevalenza rispetto ad altri interessi che entrassero in conflitto con esso.

Innanzitutto, dalle due pronunce della Corte sembra emergere con nettezza il potere dello stato di subordinare anche nella prima fase della gravidanza l'effettuabilità dell'aborto alla condizione che un medico lo autorizzi: con la possibilità per lo stato di punire, in assenza di una tale autorizzazione, non solo terzi per l'opera data a produrre o facilitare il fatto, ma anche la donna stessa che si sottoponga all'aborto o se lo procuri da sé. La punibilità della donna, mancando l'autorizzazione di un medico, resta peraltro non del tutto sicura in quanto la

(38) 93 S. Ct. 748-749.
(39) 93 S. Ct. 749-751.
(40) 93 S. Ct. 751.

Corte ha dichiarato incostituzionali norme che non prevedevano punizioni per la donna, ma solo per coloro che la aiutassero ad abortire fuori dei casi indicati rispettivamente dalle due leggi impugnate come ipotesi di aborto legittimo (41). Nessun dubbio che ancor oggi la legge possa colpire chi fornisca alla donna i mezzi per abortire o compia su di lei atti diretti a quel fine se prima un medico non abbia dato il consenso, fondato sul proprio giudizio professionale, all'operazione. Ma *quid* riguardo alla donna che, senza aver consultato un medico, si sottoponga alle pratiche di terzi o da terzi ottenga i mezzi e si procuri l'aborto da sé? La risposta sembrerebbe dover essere certamente positiva se si considera la rilevanza data dalla Corte all'interesse che lo stato ha a tutelare la salute della donna. Ma la certezza piena potrà darla solo una eventuale futura pronuncia in proposito.

Anche ammesso che lo stato possa quanto meno sempre imporre, a tutti gli effetti e con responsabilità per tutti indifferentemente i soggetti coinvolti, la condizione preliminare del giudizio autorizzante di un medico, rimane incerta la precisa portata e il preciso contenuto del giudizio professionale che lo stato potrà esigere dal medico. Dovrà lo stato limitarsi a richiedere, almeno per la prima fase della gravidanza, che il medico accerti che non esistono controindicazioni alla effettuazione dell'aborto dal punto di vista della salute della donna, o potrà stabilire (prevedendo eventualmente sanzioni) che il medico non dia il suo consenso all'operazione se non dopo aver concluso che l'aborto è strettamente necessario per la donna, e sia pure per ragioni attinenti non solo alla sua salute fisica, ma al suo equilibrio psicologico, alle sue relazioni familiari e sociali, ecc., sicché una richiesta da parte di lei non seriamente motivata debba essere respinta? La logica del ragionamento giuridico su cui si fonda la sentenza in *Roe v. Wade* farebbe pensare che la Corte Suprema è decisamente per la prima soluzione, la più restrittiva dei poteri proibitivi e punitivi dello stato: l'aborto vi è definito una *libertà* della donna costituzionalmente protetta e comprimibile solo in funzione della tutela della *salute* di lei e, da un certo punto della gravidanza innanzi, della « potenzialità di vita » insita nel feto. Ma nella causa *Doe v. Bolton* la Corte ha salvato da condanna quella parte della legge della Georgia ove è stabilito che il medico, per poter procedere all'operazione, deve ritenere l'aborto « necessario » (42):

(41) Vedasi quanto sopra precisato alle note 1, 16 e 34.
(42) La legge della Georgia, dopo aver proibito l'opera data da chiunque per far abortire una donna (« 26.1201 Criminal Abortion. Except as otherwise

« necessario » per il benessere della donna, e non semplicemente « non sconsigliato » dal punto di vista della sua salute fisica e mentale, come dovrebbe dirsi se si seguisse con rigore il principio che quello di abortire è un diritto di cui la donna può liberamente disporre, salvo il limite che lo stato può apporvi per salvare la salute di lei e la vita del feto. V'è indubbiamente una certa discrepanza tra le due sentenze e ciò spiega come mai i giudici dissenzienti abbiano ravvisato nel nuovo orientamento della Corte una vera e propria legittimazione dell'« aborto su domanda » (43), mentre il Chief Justice Burger, consenziente ma con cautela, neghi che quello sia l'effettivo significato dell'innovazione giurisprudenziale (44).

Elevando la libertà di abortire alla dignità di diritto fondamentale e concedendo allo stato di subordinarne il concreto esercizio al giudizio positivo di un medico, la Corte Suprema ha consegnato in pratica alla discrezione di quest'ultimo la concreta fruibilità del diritto. Potrebbe la donna titolare del diritto pretendere che, ricorrendo le condizioni stabilite dalla Costituzione, il medico le conceda l'autorizzazione ad abortire e l'assista nell'operazione? La domanda ha una rilevanza per lo meno nei confronti dei medici che operano in ospedali di stato o comunque esercitano la professione in adempimento di un qualunque ufficio retribuito con pubblico danaro. Si tratta di un diritto costituzionalmente protetto: e sembrerebbe perciò logico — più ancora: sembrerebbe costituzionalmente dovuto — che lo stato richieda per lo meno ai medici che lavorano alle sue dipendenze di prestarsi a rendere concretamente

provided in section 26.1202, a person commits criminal abortion when he administers any medicine, drug or other substance whatever to any woman or when he uses any instrument or other means whatever upon any woman with intent to produce a miscarriage or abortion »), stabilisce espressamente: « 26.1202 Exception. Section 26.1201 shall not apply to an abortion performed by a physician duly licensed to practice medicine and surgery... based upon his best clinical judgment that *an abortion is necessary* because ... » (e qui seguono le varie fattispecie di « aborto giustificato » che la Corte ha ritenuto insufficienti a coprire la ipotesi di legittimo esercizio da parte della donna della sua libertà d'abortire). *Doe v. Bolton* non ha dichiarato incostituzionale questa parte della Sezione 26.1202, che pertanto rimane ancora in vigore (cfr. 93 S. Ct. 752).

(43) Cfr. le *dissenting opinions* dei giudici Rehnquist (93 S. Ct. 736) e White (93 S. Ct. 762).

(44) Cfr. la *concurring opinion* di Burger (93 S. Ct. 755) ove egli insiste sul fatto che la decisione di interrompere la maternità è, secondo i principi affermati dalla Corte, affidabile a un giudizio di necessità del medico, che egli presumibilmente eserciterà con serietà e scrupolo professionali.

fruibile, quando ne ricorrano le condizioni, il diritto in questione (45). Ma una legge dello stato in questo senso — o più ancora: un riconoscimento giurisprudenziale dell'obbligo del medico-pubblico impiegato in base ai principi della stessa Costituzione — si risolverebbe in una grave coercizione nei confronti di quei medici che, per ragioni religiose o d'altro genere, considerano moralmente delittuoso l'aborto. È quasi certo che la Corte tutelerebbe la libertà di coscienza di questi medici (e insieme, per quanto possibile, il loro diritto di accedere in condizioni di parità a impieghi pubblici) riconoscendo ad essi il diritto — pure fondato sulla Costituzione — a rifiutarsi di concedere un'autorizzazione e di prestare un'assistenza che offendono le loro convinzioni morali (nella sentenza *Doe v. Bolton* la Corte ha commentato favorevolmente una norma della legge della Georgia sotto esame, la quale espressamente esonera qualsiasi medico che avesse obiezioni di coscienza dal partecipare a qualsiasi atto diretto a procurare un aborto negli ospedali che ammettono pazienti per la pratica ai sensi della legge stessa) (46). Ma, fatta salva l'obiezione di coscienza individuale e fatto salvo, per analoghe ragioni, il diritto di ospedali e cliniche private a rifiutarsi di eseguire operazioni d'aborto (47), resterebbe pur sempre

(45) L'atto del medico dipendente dello Stato che rendesse non fruibile il diritto che la Costituzione *garantisce* potrebbe venir in certo senso interpretato come una *state action* diretta a ledere quel diritto, e potrebbe come tale venir considerato atto vietato (secondo i principi di una giurisprudenza pacifica) dal XIV Emendamento.

Sull'ampia estensione del concetto di *state action* (che include ogni azione non solo di funzionari e agenti dello Stato, ma anche di enti e persone che ricevono dallo Stato, per esplicare la loro azione, contributi economici) cfr. da ultimo E. S. Corwin, *The Constitution and What it Means Today*, ed. riv. da H. W. Chase e C. R. Ducat, Princeton, 1973, pp. 416-18.

(46) 93 S. Ct. 750. La tutela potrebbe essere offerta sulla base del I Emendamento alla Costituzione, che garantisce la libertà di religione e di coscienza. Si noti tuttavia che, a tutt'oggi, manca persino, negli Stati Uniti, un esplicito riconoscimento giurisprudenziale che l'obiezione di coscienza, per esempio, a portar le armi, abbia uno status costituzionale e sia garantita dalla Costituzione federale, anche, eventualmente, in concorso con leggi ordinarie che non la contemplassero o la contemplassero senza la necessaria latitudine. Cfr. in proposito *The Constitution and What It Means Today*, cit., pp. 86, 275-76.

(47) I fondatori e i gerenti di un ospedale o di una clinica privati potrebbero, per ragioni religiose o morali, stabilire per regolamento che l'istituto non presta un certo tipo di servizi. Questa fattispecie sembrerebbe da assimilarsi a quella del medico isolato che, per obiezione di coscienza, non accetti di interrompere la gravidanza di una cliente.

376

il problema per lo stato, che non volesse rinunciare del tutto a un controllo medico purchessia sulle pratiche d'aborto, di render concretamente possibile alla donna che ne è titolare l'esercizio di un diritto fondamentale (48). Vorrà la Corte Suprema ritenere in futuro, in forza della Costituzione, che gli ospedali pubblici sono obbligati ad operare le donne che desiderano abortire e che a lor volta i medici di tali ospedali (e in genere quelli comunque esercitanti alle dipendenze dello stato) sono obbligati, salva l'ipotesi dell'obiezione di coscienza, ad autorizzare e a prestarsi ad eseguirlo quando la donna, a termini di principi giurisprudenziali, ne ha diritto? Vorrà la Corte Suprema ritenere che lo stato debba, per non rendere vano e illusorio il diritto di cui la donna gode, prestabilire, assieme e a contrappeso dell'onere di ottenere una autorizzazione e un'assistenza medica, un sistema efficiente di assistenza medica pubblica per le pratiche d'aborto in tutto il proprio territorio (49)?

---

(48) Trattandosi, per la donna, di un diritto di libertà, lo Stato potrebbe ovviamente sottrarsi ad ogni censura di comportamento incostituzionale col semplice abrogare ogni norma che vietasse, sotto qualsiasi profilo e con riguardo a qualsiasi soggetto coinvolto, pratiche abortive che non costituiscono un fatto contrario alla volontà della donna. In tal modo non si potrebbe rimproverare allo Stato alcuna interferenza nella libertà che la Costituzione garantisce alla donna e, di conseguenza, alcuna violazione del XIV Emendamento. Sia lecito sottolineare il fatto che le decisioni *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolton* non dicono che la deliberazione della donna di abortire *deve* essere approvata da un medico, ma solo che lo Stato può, se crede, imporre quell'autorizzazione come condizione dell'aborto, fin dall'inizio della gravidanza, a tutela della salute della donna. E così per gli altri limiti che, via via che procede la gravidanza, lo Stato è ammesso ad apporre alla libertà della donna.

Ma il problema sorge appunto quando lo Stato eserciti il suo diritto di apporre quei limiti, perché ritenga impellente il dovere di proteggere la salute della gestante e di salvare, da un certo punto della gravidanza innanzi, secondo la concezione della Corte, le « potenzialità di vita » racchiuse nel concepito. In tal caso parrebbe che incomba allo Stato l'onere, mentre stabilisce i limiti, di non renderli di fatto e in concreto più compressivi della libertà della donna di quanto, a stretto rigore e in teoria, non prevedano le sentenze della Corte Suprema.

(49) La Corte sembrerebbe decisamente riluttante ad avviarsi per una tale strada, se si considera la speditezza con cui ha liquidato la eccezione di incostituzionalità relativa alla norma dello Stato di Georgia sull'esclusiva legittimazione dei medici a autorizzare e a effettuare aborti, eccezione fondata sull'accusa di discriminazione a danno delle donne non benestanti. *Cfr. retro*, nota 36. Ma la Corte in *Doe v. Bolton* ha soltanto sfiorato il problema, che presenta implicazioni e complessità che lì non sono ancora riuscite ad emergere.

Non occorre più di quanto s'è detto, ad ogni modo, per capire come l'intervento regolativo statale su un diritto di libertà possa far sorgere l'ombra di un

Infine, un dubbio riguarda l'esclusività dell'esercizio da parte della donna del potere di decidere se impedire al concepito di venire alla luce. Quando la maternità si realizzi fuori del matrimonio e quando la donna sia di maggiore età, è verosimile che la giurisprudenza non esiti a riservare alla donna, per intero e senza interferenze altrui, quella decisione. Ma varrà la stessa regola quando la donna sia minore e quando sia sposata? I genitori della quindicenne non sposata e rimasta incinta e il marito che attende di essere padre, i quali reputino non doversi far luogo all'aborto voluto da colei che porta il concepito, potranno far valere il proprio punto di vista o prevarrà comunque e in ogni caso quello di costei? La libertà di abortire è un diritto che la Corte Suprema ha riconosciuto alla donna: ma ciò non significa che le abbia già attribuito anche l'esclusività in qualsiasi situazione dell'esercizio concreto d'esso. Difficile da risolversi ma, in certo senso, meno socialmente rilevante, il problema dei genitori della minore. Più spinoso, per le gravi implicazioni che sottende, il problema dei poteri del marito. Se, per esempio, la Corte si deciderà ad affermare che la moglie può da sola e sempre, contro l'opposizione del marito, stabilire di interrompere una gravidanza a lei non gradita, la giurisprudenza avrà contribuito con la pronuncia ad alterare per un punto non di secondaria importanza i tratti strutturali dell'istituto del matrimonio, già in corso di profonda trasformazione anche in America, rispetto a quelli tradizionali. Giuridicamente, dalla sola volontà della donna verrà a dipendere la continuazione della famiglia, anche dopo che una scintilla di vita, atta ad assicurarla, si sia accesa nel seno d'essa. Un passo in più nel processo di ridimensionamento della posizione dell'uomo nel rapporto matrimoniale ed anche, indubbiamente, un allentamento ulteriore della famiglia come vincolo tra persone preordinato istituzionalmente alla continuazione e alla propagazione della vita.

Bastano questi pochi cenni (e altri relativi ad altri problemi potrebbero facilmente venir aggiunti ad essi) per dare un'idea del lavoro che ancora attende la Corte Suprema, prima che si possan considerare definite la sostanza e le implicazioni del nuovo diritto fondamentale da essa « enucleato » come più recente momento della « lettura » evolutiva che da tempo vien facendo della Costituzione.

---

concomitante obbligo positivo di prestazione da parte dello Stato e come l'aver affermato sul piano costituzionale la nuova « libertà di abortire » possa, sotto questo profilo, obbligare la Corte ad affrontare in futuro una serie di questioni che forse, nel fare l'affermazione, essa non avrà avute presenti nella loro intera estensione.

377

IV

Ma non vogliamo soffermarci ulteriormente sugli aspetti della complessa problematica giuridica aperta dalle sentenze della Corte, né sulla questione del quanto « libero » sia divenuto *in pratica* l'aborto negli Stati Uniti, per effetto di quelle sentenze (50).

Vorremmo piuttosto accennare brevemente alle ragioni più profonde che hanno potuto indurre la Corte a compiere un passo — tutto considerato e scontate anche eventuali, future interpretazioni restrittive delle pronunce — così incisivo, così, diciamo pure, rivoluzionario.

La Corte avrebbe in fondo potuto respingere del tutto le eccezioni di incostituzionalità delle leggi del Texas e della Georgia per la più che solida ragione indicata dalle *opinions* dei giudici dissenzienti: e cioè che la *due process clause* del XIV Emendamento non era di certo stata intesa, alle sue origini, come uno scudo che potesse estendersi a proteggere un preteso diritto della donna all'aborto (51). Se poi la Corte non avesse creduto di resistere in tutto alle pressione che su questo punto le provenivano da vasti strati dell'opinione pubblica, avrebbe quanto meno potuto limitare la portata delle sue pronunce al riconoscimento di un diritto costituzionale all'aborto nei soli casi previsti, per esempio, dal modello di legislazione uniforme proposto in materia dall'American Law Institute. Ma la Corte non ha fatto né l'una cosa né l'altra: ha scavalcato di un sol passo tutti gli schemi più cauti di « liberalizzazione » per attestarsi su una posizione « liberale » di tendenza estrema. La cosa può destare qualche stupore quando si pensi che le ultime quattro nomine di giudici alla Corte erano state fatte dal presidente Nixon sul presupposto dichiarato che la Corte, abbandonando

(50) Il settimanale *Time* accenna alle incertezze che ospedali, cliniche e medici *operanti* nei vari Stati dell'Unione avvertono dinanzi ai non del tutto chiari contorni dei dispositivi di *Roe v. Wade* e di *Doe v. Bolton* e riferisce che mentre in taluni Stati si è senz'altro subito provveduto a trar massimo vantaggio dai rulings « liberalizzanti » della Corte, in altri enti e personale medico hanno assunto atteggiamento più cauto (eur. ed., 5 febbraio 1973, pp. 46-47). A un anno di distanza il giudizio rimane pressappoco invariato (numero del 4 febbraio 1974: « Despite the landmark decisions, there are many areas in the U.S. where it is still difficult to obtain an abortion », eur. ed., p. 42).

(51) Il giudice Rehnquist, nella sua *dissenting opinion* ha ricordato che, al momento della ratifica del XIV Emendamento, almeno 36 Stati avevano già adottato leggi restrittive dell'aborto e nessuno pensava che i principi dell'Emendamento potessero mettere in questione la costituzionalità di quelle leggi (21 delle quali erano in vigore, sostanzialmente nel loro tenore originario, ancora nel 1973 e sono state ora travolte dalle sentenze della Corte).

la prassi del periodo Warren (1953-1969), dovesse attenersi a un'interpretazione rigorosamente prudente e non-innovativa della Costituzione (52). Tre dei quattro giudici nominati da Nixon hanno contribuito a formare, nelle sentenze che abbiamo esaminate, le maggioranze in favore della dichiarazione di incostituzionalità (e di *quella* dichiarazione di incostituzionalità) (53). Il fatto potrebbe offrire lo spunto per alcune interessanti considerazioni sociologiche generali sul fenomeno dell'orientarsi degli indirizzi giudiziali dei magistrati in senso non infrequentemente diverso da quello sperato dai Presidenti che li nominano. Ma qui dobbiamo circoscrivere il discorso e contentarci di fare qualche supposizione sul perché, nel caso specifico, anche giudici che avrebbero dovuto essere in astratto *strict-constructionists* e sentire il pregio della virtù del *self-restraint*, siano stati invece trascinati dal bisogno di produrre una soluzione del problema radicalmente innovativa.

Senza dubbio hanno potuto pesare, nella considerazione della Corte, motivi che in tutto il mondo vengono oggi avanzati in favore di una piena « liberalizzazione » dell'aborto (54).

Si pensi alle preoccupazioni vivissime destate di recente dal fenomeno dell'esplosiva espansione della popolazione umana sulla terra e al dubbio, sorto in molti, che questo fenomeno, congiunto all'espandersi dappertutto della civiltà industriale e dei consumi, possa rapidamente portare a un esaurirsi delle risorse terrestri e a un collasso della stessa organizzazione sociale e civile onde l'umanità si regge oggi. Que-

(52) Nixon aveva espressamente affermato, quando divenne Presidente nel 1968, che le sue nomine a posti vacanti alla Corte Suprema avrebbero coronato solo giuristi di provata tendenza « anti-attivistica ». Il Presidente faceva proprio il sentimento di quella parte della nazione la quale riteneva che la Corte Suprema del periodo Warren si fosse spinta troppo in là nell'introdurre pericolose riforme attraverso l'illegittimo strumento dell'interpretazione « innovativa » del testo costituzionale. Egli nominò, in ordine successivo, il Chief Justice Burger (1969) e i giudici Blackmun (1970), Powell (1971) e Rehnquist (1971).

(53) Si tratta del Chief Justice e dei giudici Powell e Blackmun (che è stato anche l'autore della *opinion* della Corte).

(54) La Corte (nell'*opinion* del giudice Blackmun) non ha però discusso dei motivi squisitamente politici e sociali che si menzionano qui sopra nel testo, dichiarando anzi di voler per quanto possibile prescindere da essi ed attenersi — malgrado la piena coscienza della loro esistenza e della loro importanza — a una interpretazione costituzionale che fosse strettamente giuridica, « free of emotions and predilections », non pregiudizialmente opposta alle leggi da giudicare (93 S.U. 708-91). Malgrado la dichiarazione della Corte è lecito tuttavia ritenere che quei motivi abbiano pesato — e fortemente pesato — nell'adozione delle decisioni che abbiamo esaminate.

374

sto dubbio conduce non pochi a considerare con favore, in linea di principio, ogni mezzo capace di contenere il crescere del numero dei consumatori futuri. I contraccettivi, ovviamente, vengono, sotto questo profilo, in primo luogo. Ma anche l'aborto, liberamente voluto dalla donna incinta, appare ad alcuni un mezzo di contenimento che, quando siano rispettati i metodi di esecuzione prescritti dalla medicina a tutela della salute, non dovrebbe venir reso inutilizzabile con divieto di legge (55).

Si pensi al fenomeno, per lo più assai diffuso là dove l'aborto è considerato reato, delle interruzioni clandestine della gravidanza, realizzate spesso fuori d'ogni controllo medico e in condizioni pericolose per la gestante, e alla conseguente persuasione, viva in molti, che, se la legge non vale a combattere efficacemente una prassi e questa oltretutto viene guadagnando *status* di legittimità presso gruppi sempre più numerosi, la legge — che non può imporre *standards* troppo difformi da ciò che la coscienza morale media ritiene giusto e deve guardarsi dal provocare, con le sue norme, guai peggiori — debba riconoscere il fatto e togliere i suoi inutili, anzi dannosi divieti (56).

Si pensi alla constatazione che i divieti penali relativi all'aborto sembrano in pratica gravare soprattutto sulle donne di estrazione sociale più bassa e dai mezzi economici più limitati, poiché le donne dei ceti superiori possono facilmente aggirare quei divieti e trovare l'assistenza medica necessaria, sia recandosi in paesi stranieri ove la legislazione è più « liberale » (e il fenomeno di questi viaggi è ormai, come si sa, diffuso) (57), sia giovandosi delle compiacenti prestazioni di costose cliniche locali che accettano il rischio di incorrere nelle sanzioni della legge. Divieti, quelli in discorso, che rivestono in conseguenza — o appaiono rivestire agli occhi dell'opinione pubblica, il che pc. certi aspetti è lo stesso — tutti i caratteri della « legislazione di classe »: una legislazione oggi osteggiata in sé e per sé e sentita ogni volta come cosa da eliminarsi. Per ciò che riguarda gli Stati Uniti in particolare, bisogna

(55) Un motivo di questo genere potrebbe aver particolarmente pesato nel pensiero dei giudici « conservatori » presenti nella Corte, che hanno votato per la dichiarazione di incostituzionalità.

(56) È sempre difficilissimo conoscere il numero anche approssimativo degli aborti illegali che hanno luogo in un paese. Comunque, per gli Stati Uniti, lo Stern, *Abortion*, cit., dà il numero di un milione all'anno.

(57) In Europa, per es., i giornali riferiscono di un notevole afflusso alle cliniche inglesi di gestanti straniere desiderose di interrompere la gravidanza dopo l'entrata in vigore nel 1967 della riforma che in Inghilterra « liberalizzava » l'aborto in misura ignota ad altri paesi del continente.

379

ricordare che, esistendo una legislazione differente nei diversi stati, il fenomeno dei trasferimenti da stato a stato alla ricerca di un regime più « liberale » poteva rendere anche più evidenti, operando all'interno del paese, alcuni degli inconvenienti or ora accennati (58). Senza dire che, come è ovvio, il solo fatto della diversità legislativa nel seno del vasto paese poteva (anche a prescindere da ogni possibile effetto di vera o supposta natura « classista » dell'operare di proibizioni locali accanto a leggi più « liberali » in altri stati) apparire un'anomalia da rimediare, una discriminazione tra cittadini da rimuovere (59).

Tutti questi motivi — ripetiamo — possono aver influito sugli animi dei giudici della Corte Suprema. Soprattutto, il desiderio di unificare il trattamento giuridico dell'aborto in tutto il territorio dell'Unione e il pensiero che l'unificazione non avrebbe mai potuto di fatto realizzarsi, in breve termine, fuorché per virtù di una sentenza giudiziaria « deducente » il trattamento suddetto dalla Costituzione federale (60), devono aver contribuito a determinare i giudici al passo.

Ma un suo peso deve probabilmente aver avuto anche un altro e più generale fattore.

Abbiamo altrove osservato (61) che la più esatta interpretazione dell'« attivismo » che da vent'anni viene spiegandosi nella giurispru-

(58) A cenno di riparare ai quali venivano introdotte disposizioni, come quella dell'art. 26-1202, sez. *b*, n. 1 del Codice penale della Georgia (ora dichiarata incostituzionale, come s'è visto, dalla Corte), con le quali gli Stati dalla legislazione meno severa vietavano che operazioni d'aborto, nei casi autorizzati dalla legge, venissero compiute su donne residenti in altri Stati.

(59) L'uniformità di trattamento comincia a venir sentita come un'esigenza quando un certo interesse o bene della persona tende a rivestire, agli occhi della opinione pubblica o di una larga parte d'essa, il valore di un diritto fondamentale.

(60) L'ipotesi che il Congresso varasse nel prossimo futuro una legge nazionale uniforme di « liberalizzazione » dell'aborto non poteva di fatto considerarsi probabile (a parte il non secondario problema se, dal punto di vista del diritto, la materia dell'aborto rientri tra quelle di competenza della legislazione federale). Ad uno spontaneo uniformarsi delle cinquanta legislazioni statali, fuori dell'ipotesi di intervento legislativo federale, non si poteva d'altra parte seriamente pensare. Non restava dunque, appunto, che una sentenza della Corte Suprema. In questo caso, come in molti altri, l'intervento del giudiziario federale sulla base dell'interpretazione « evolutiva » del dato costituzionale rappresentava l'unico mezzo, nelle complesse e decentrate strutture della federazione americana, per realizzare rapidamente l'unificazione normativa dell'ordinamento sul punto in questione.

(61) *Società industriale e Corte Suprema*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, 1973, pp. 155, 155 ss.

denza della Corte Suprema americana è forse quella che ravvisa in esso una forte, istintiva reazione giudiziaria ai nuovi problemi politico-sociali emergenti da una società altamente industrializzata: reazione corrente sulla falsariga dei valori di un individualismo ideologico ed emotivo che, esso, ha invece radici antiche nella storia americana e ha già prodotto in passato possenti manifestazioni di sé nella giurisprudenza della Corte.

In passato (prima del 1936) l'ideologia individualistica spinse la Corte Suprema a difendere con l'arma del sindacato di costituzionalità le strutture di una società civile fondata sugli istituti della proprietà privata e del contratto, liberi quasi in assoluto da limitazioni e da controlli statali e pubblici. La Corte puntò a mantenere spazi d'azione quanto più possibile liberi per l'iniziativa dell'individuo nel campo della vita economica (62).

Da vent'anni a questa parte, essendosi l'economia del paese, sotto la pressione di un'industrializzazione incalzante, minutamente organizzata e burocratizzata, così da rendere addirittura anacronistica l'idea di un individualismo realizzantesi per le masse attraverso gli istituti di una economia liberista, la Corte Suprema ha spostato la mira del suo fervore ideologico individualistico: mentre nel campo della vita economica e del lavoro, cioè nel campo delle attività del tempo occupato, essa punta oggi tutt'al più a garantire a tutti un minimo di condizioni formali di eguaglianza, lasciando allo stato di disciplinare e regolare a piacere, è nel campo delle *attività del tempo non occupato* (vita intellettuale; relazioni domestiche e sociali; partecipazione politica; ecc.) che si espande la sua antica, tenace tendenza dell'assicurare spazi liberi attorno all'individuo. È in questo settore che la Corte si dimostra oggi particolarmente sensibile all'esigenza di tutelare la persona da tentativi di imporre ad essa, attraverso la norma giuridica, il peso disciplinante di regolamenti che non scaturiscono dalla sua volontà.

Le sentenze sulla libertà di abortire si inquadrano, a nostro avviso, col loro carattere estremo e radicale, proprio nella cornice dello speciale

(62) È questo il *periodo* in cui la prima « legislazione sociale », introdotta a correggere gli effetti più crudi del gioco dei meccanismi di mercato, viene considerata dalla giurisprudenza, in molti casi, un'intollerabile infrazione del diritto di libera iniziativa privata. Cfr. Corwin, *Liberty against Government: the Rise, Flowering and Decline of a Famous Juridical Concept*, Baton Rouge, 1948, passim e in ispecie cap. IV; Mc Closkey, *The American Supreme Court*, Chicago, 1960, cap. VI; Swindler, *Court and Constitution in the Twentieth Century: The Old Legality*, Indianapolis, 1969.

genere di individualismo di cui la Corte si è fatta alfiere da qualche tempo.

Per la donna, poter liberamente decidere se portare a termine una gravidanza, significa diventare più pienamente padrona e arbitra del proprio destino. Significa poter vivere la propria vita sessuale con completa libertà, senza il timore che, in conseguenza delle scelte compiute in quel campo, incomba l'eventuale necessità di far nascere un concepito e, in seguito, di allevare ed educare un figlio, con riflessi decisivi in ordine al tipo di vita che ella potrà condurre. Nell'ambito dei vari aspetti delle attività del « tempo non occupato », la vita sessuale viene, per l'uomo comune della società dei consumi, ai primissimi posti per importanza e rilievo, ben avanti, di regola, per esempio, della vita intellettuale e di quella politica. Contribuire a « liberalizzarne » il campo è perciò oggi altrettanto e forse più importante (dal punto di vista di chi voglia consegnare all'uomo medio di massa una sfera quanto più possibile ampia di autodeterminazione fuori dello svolgimento delle sue attività lavorative) che « liberalizzare » il campo della sua vita intellettuale e politica.

Come è ovvio, si può rendere libero e lecito l'aborto, in misura larghissima, anche per motivi che non discendono da una concezione individualistica, o insensatamente individualistica, della vita. La legislazione di vari stati socialisti fornisce una prova sicura di ciò (63). Ma sta di fatto che per la Corte Suprema degli Stati Uniti l'esigenza di riconoscere questo nuovo diritto alla donna sembra nascere proprio, invece, da una concezione *globale* della persona nella società, secondo la quale occorre che all'individuo lo stato riconosca per principio un larghissimo perimetro di autonomia là dove non sia direttamente in gioco l'esigenza di regolare l'attività e i rapporti della vita economica (64).

(63) In U'nione Sovietica, come è noto, la libertà d'abortire è largamente riconosciuta. Lo è anche — sia pur in minor misura e con limiti più stretti — nei paesi dell'Est europeo retti a regime socialista. Cfr. Becker, *Problem 218*, Frankfurt am Mein, 1972, p. 143 ss., nonché *Abortion Laws. A Survey of Current World Legislation*, World Health Organization, Ginevra, 1971.

(64) Metto particolarmente in rilievo il fatto che le decisioni sull'aborto si inseriscono in una concezione *globale* dell'individuo nella società, fatta propria dalla giurisprudenza della Corte Suprema, la *concurring opinion* che il giudice Douglas ha redatto per le due cause *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolton* (Douglas afferma che la Costituzione americana, come interpretata dalla Corte, protegge oggi, principalmente, tre grandi gruppi di diritti dell'individuo: « First is the autonomous control over the development and expression of one's intellect, interests, tastes and personality... Second is the freedom of choice in the basic decisions of one's life

ASSOCIAZIONE

Finora la Corte aveva dato effetto alle implicazioni di questa concezione soprattutto nel settore della libertà d'espressione, limitando per esempio il potere repressivo dello stato in materia di opinioni sediziose (65) e di manifestazioni oscene (66) in misura ignota ad altre

respecting marriage, divorce, procreation, contraception and the education and upbringing of children ... Third is the freedom to care for one's health and person, freedom from bodily restraint and compulsion, freedom to walk, stroll, or loaf ». La « libertà di abortire » fa appunto parte di questa vasta gamma di libertà che spaziano dal campo culturale a quello politico, dalla libertà personale a quella di espressione, dalla libertà di formare una famiglia a quella di educare i figli, ecc. Si tratta di libertà concernenti tutte — si noti — attività che, per l'uomo comune, per l'uomo che lavora negli uffici, nelle officine, nei campi, sono attività del tempo non-occupato).

(65) Nel periodo della presidenza Warren la Corte è venuta via via, per varie strade, allontanandosi dalla posizione assunta nel 1951 nella sentenza *Dennis v. United States* (relativa al processo e alla condanna dei capi del partito comunista americano) per attestarsi infine sui principi espressi in *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444, 1969): i quali — stabilendo per la punibilità della propaganda eterodossa il criterio-limite del suo esser diretta a suscitare immediatamente azioni criminose e del suo essere idonea allo scopo — rappresentano il massimo di tutela che, a livello costituzionale, si sia finora concesso a quel tipo di propaganda in tutto il mondo.

(66) Nel campo dell'osceno la Corte Suprema del periodo Warren ha fissato limiti rigorosi alla sfera di punibilità (*Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 1957; *A Book Fanny Hill v. Attorney General* 383 U.S. 413, 1966): l'osceno punibile è solo quello che si presenta al tempo stesso come grossolanamente pornografico, come oggetto principale della pubblicazione, come espressione incapace di suscitare qualsiasi idea o emozione dotata di un sia pur minimo valore sociale: limiti rigorosi, per lo meno se paragonati a quelli accolti in un ordinamento come l'italiano (ove l'esclusione della punibilità dell'offesa al pudore è collegata — almeno in teoria — alla sua capacità di assurgere a manifestazione d'arte o di scienza: art. 529 cod. pen.).

Nell'estate del 1973 la Corte Suprema ha peraltro ridotto l'ambito di tutela che la sua lettura della Costituzione concede all'osceno, privandolo, per quanto sembra, su posizioni in qualche modo analoghe a quella assunta, per l'appunto, dal diritto italiano (cfr. *Time*, 2 luglio 1973, nun. ed., pag. 12). È troppo presto per valutare il significato di questo marginale riorientamento della giurisprudenza americana. Ma ci si può domandare se esso non debba spiegarsi, almeno in parte, con la volontà della Corte Suprema di non ostacolare gli Stati che intendano combattere una battaglia contro il basso imbarbarimento del costume, temuta conseguenza dell'ondata gigantesca di pubblicazioni pornografiche abbattutasi di recente sugli Stati Uniti. L'imbarbarimento brutale dei sentimenti è in effetti uno dei pericoli che più insidia la politica del garantire massima libertà alla personalità umana nel settore delle attività del tempo non occupato, in una società di massa ad alto tenore di vita quale quella americana. Cfr. *Società post-industriale e Corte Suprema*, cit., pp. 163-4.

esperienze costituzionali. Adesso la logica della concezione l'ha spinta a togliere di mezzo una legislazione che metteva indirettamente ostacoli a un uso pienamente libero della funzione sessuale (67) e che comunque, escludendo l'eliminabilità dei frutti non desiderati di quell'uso, finiva per limitare la stessa libertà della donna (e, nel caso della donna sposata, dell'intera sua famiglia) di costruire la propria vita, in una serie molteplice di aspetti, secondo un disegno autonomamente prescelto e senza la costrizione di accettare, controvoglia, la nascita di un nuovo essere, con tutte le responsabilità increnti al suo allevamento.

Formalmente, è proprio nel senso di una dovuta tutela della libertà della donna che la Corte ha giustificato la sua sentenza. E riteniamo che in questo caso il motivo espresso corrisponda anche a un'effettiva forza ideologica, a un « credo » obiettivamente sentito, all'efficacia del quale si debba (e sia pure assieme all'efficacia concorrente di altri fattori) la decisione della questione costituzionale nei termini che si sono visti (68).

Se è vera l'interpretazione che abbiamo prospettata — se è vero che la « liberalizzazione » dell'aborto decretata dalla Corte sia dovuta almeno in parte a un connaturato istinto individualistico del Giudiziario americano, che lo porta a limitare, per quanto è possibile, il potere d'intervento dello stato, a preferire di massima le ragioni dell'individuo che non gradisce di essere coattivamente ammaestrato e condotto dalla mano del potere — allora *Roe v. Wade* serve anche a mettere in luce un carattere peculiare dell'individualismo che sembra dominare da sem-

(67) Non si dimentichi che un primo passo in questa direzione la Corte l'aveva già compiuto col dichiarare incostituzionale il divieto di esercizio di contraccettivi per uso tra coniugi (*Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479, 1965) e poi anche per uso tra persone non coniugate (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972). Le sentenze sulla « libertà d'abortire » vengono a proseguire e a prolungare un indirizzo giurisprudenziale ormai precedente per quella strada.

(68) Alcuni rimproverano alla Corte di non aver discusso apertamente, nella sentenza *Roe v. Wade*, dei gravi problemi sociali sottostanti alla questione dell'aborto e di aver impostato la motivazione sul filo di un ragionamento — quello della « libertà » della donna — che terrebbe troppo del giuridico-formalistico. Si può condividere l'opinione che motivi di politica demografica, sanitaria, anticlassista e, non ultimi, di unificazione normativa, abbiano tacitamente concorso a determinare la scelta della Corte e che questa (forse) avrebbe potuto fare utilmente un cenno d'essi nella sua opinion. Ma l'impostazione della motivazione a noi non pare per nulla formalistica e, come tale, occultatrice delle reali ragioni del decidere: essa esprime invece, abbastanza efficacemente, un *valore morale-politico* (la « libertà » della donna) avvertito come importante e decisivo nel pensiero della Corte.

pre (e sia pure in direzioni e con effetti tanto diversi nei diversi periodi) della giurisprudenza degli Stati Uniti.

Non si è mai trattato di un istinto disposto ai facili compromessi. È un atteggiamento della psiche capace, nella volontà di rigore e di estrema coerenza che lo anima, di aspre durezze. Ma in sé, talvolta, la inesorabilità della fede calvinista: così nella versione « liberista » degli anni avanti il 1936 come, e non meno, in quella ammodernata e « progressiva » dell'odierna società postindustriale.

In certo senso può dare un'idea di ciò cui alludiamo il parallelo istituibile tra la sentenza che abbiamo commentata e un'altra di molti anni fa.

Il giudice Rehnquist, nella sua *dissenting opinion*, ha giustamente paragonato *Roe v. Wade* a una delle più famose decisioni del periodo « liberista »: *Lochner v. New York* (1905) (69). Il paragone è perfetto sotto il profilo della determinazione con cui la Corte Suprema ha inserito nel testo aperto e disponibile della Costituzione — in quella vecchia sentenza come in questa recentissima — una precisa, netta scelta ideologico-politica, osteggiata da vari settori del paese e preclusiva di ogni diversa scelta del legislatore. Ma *Roe v. Wade* a noi fa venire anche in mente — in ragione del *che cosa* la scelta della Corte finisce per sacrificare sull'altare della libertà dell'individuo — un'altra notissima sentenza di quell'ormai lontano periodo: *Hammer v. Dagenhart* (1918) (70).

In quest'ultima sentenza la Corte ritenne incompatibile con la struttura federalistica stabilita dalla Costituzione l'esistenza di una legge federale sul lavoro dei minori. La indusse a quella pronuncia il timore di un crescere del potere centrale statale di controllo a danno del sistema del libero gioco delle autonome forze economiche, veicolo sicuro di bene per la nazione (71). In quel caso, la Corte non esitò ad accet-

(69) 93 S. Ct. 737. *Lochner v. New York* (198 U.S. 145) fu la sentenza con la quale venne dichiarata incostituzionale la legislazione statale d'emergenza il massimo d'ore lavorative quotidiane nelle panetterie. Rehnquist rimproverò alla Corte di aver usurpato, in *Roe v. Wade*, la funzione di censore nel merito del legislatore, così come aveva fatto nel caso *Lochner*: di voler decidere in una materia che, per la sua complessità e per la opinabilità del punto ove i diritti di controllo dello Stato (non negati in via di principio né nel caso attuale né in quello di sessant'anni fa) divengon prevalenti rispetto alla libertà dell'individuo, sarebbe meglio restasse affidata alla discrezione del legislativo.

(70) 247 U.S. 251.

(71) La sentenza, per la verità, non escludeva il potere dello stato *in generale* di imporre limiti e controlli sul lavoro minorile nelle aziende industriali, sibbene il solo potere dello Stato *federale* in materia. Ma fu osservato allora da

tare un pesante sacrificio in termini di salute e di sangue giovanili per promuovere e difendere fino a un punto estremo l'ideale, che teneva alto dinanzi ai suoi occhi, di una società di individui realizzanti il meglio di sé nelle dure, non contenute lotte della libera competizione economica. In *Roe v. Wade* non è più la competizione economica il terreno su cui l'individuo deve realizzarsi: il diritto della persona di costruire il proprio destino in indipendenza da prescrizioni dello stato si esercita ora nella sfera della vita personale e delle relazioni familiari e sociali: nelle scelte, tra l'altro, attinenti al modo di conciliare volontà dell'uso del sesso e volontà del trasmettere la vita della specie in rapporto alle esigenze dei propri istinti, dei propri desideri, dei propri programmi di vita e delle proprie speranze per il futuro. Ma anche qui la tutela intransigente della libertà dell'individuo di fronte a interventi condizionatori e limitatori dello stato conosce un suo alto prezzo: la libertà di abortire assicurata alla donna poggia sul sangue delle minuscole « potenzialità di vita » che l'esercizio di quella libertà inevitabilmente sacrifica.

Dalla disponibilità ad accettare il sacrificio, quando occorra, della stessa vita umana nelle sue fasi aurorali e di primo mattino (di solito le più teneramente circonfuse di commosso affetto da parte degli uomini), per difendere le esigenze di un'individualismo rigoroso, si può misurare l'inflessibilità, in quella fede ideologica, della giurisprudenza americana così di oggi come di ieri.

Il parallelo tra *Hammer v. Dagenhart* e *Roe v. Wade* suggerisce d'altronde anche un'altra riflessione.

Tra le due sentenze ci sono molte, ovvie differenze di natura morale e politica. Tra tutte, la coscienza contemporanea è portata a metterne subito in rilievo una. La decisione di tanti anni fa annullava una legislazione diretta a proteggere fanciulli, e cioè esseri pienamente coscienti:

molti che soltanto una legge federale avrebbe potuto combattere efficacemente lo sfruttamento del lavoro minorile (che il singolo Stato membro esitava a colpire a fondo, in mancanza di legislazione uniforme, per tema di ledere la capacità competitiva delle aziende stanziate sul suo territorio): sicché la Corte, adottando quella decisione, sapeva di rendere praticamente impossibile un controllo pubblico effettivo e rigoroso di quel lavoro. A determinarla a tale scelta non poté dunque essere una semplice preferenza per il potere *locale* rispetto a quello *centrale* (cui del resto gli indirizzi giurisprudenziali già allora avevano consentito, per rispetti non toccanti i rapporti di lavoro e la libertà delle imprese, di espandersi in modo ragguardevole), sibbene il timore dell'espandersi del *potere pubblico* (e sia pure in primo luogo di quello *centrale*) a danno di un'economia di mercato operante in modi quasi incontrollati e rudemente autonomi.

il sacrificio che essa compiva degli interessi di costoro cadeva su organismi sensibili e senzienti e si traduceva, in ultima analisi, in dolori avvertiti e patiti da piccoli mal difesi, capaci di soffrire. *Roe v. Wade*, invece, sacrifica alla libertà dei viventi le prospettive di vita di esseri che ancora non sentono consciamente e non patiscono. È questa differenza — tra le altre — spiega forse come mai la prima sentenza appaia oggi agli occhi di tutti che la leggano inaccettabile e, per certi rispetti, crudele e quasi barbara, mentre la seconda in molti (anche fuori degli Stati Uniti) non desterà reazione, ma incontrerà caloroso consenso: in terra non americana, quasi un modello da imitare. Questa osservazione non toglie le ragioni di analogia tra le due sentenze che abbiamo creduto di segnalare. Essa fornisce però la misura di quanto sia di recente avanzato il processo di « secolarizzazione » della cultura nel cui ambito operiamo. Per vaste correnti d'essa — quelle cui tacitamente si ispira la sentenza della Corte americana — la vita coincide ormai in sostanza con la vita cosciente; e per la piena felicità di ciò che ha coscienza e sente non appare troppo grave autorizzare l'eliminazione di ciò che potrebbe acquistare un giorno coscienza, ma non ha ancora raggiunto quel livello. Non v'è più alcun senso di metafisico mistero attorno al fenomeno delle origini della vita, né quell'atteggiamento di religioso rispetto per il germogliare d'essa che caratterizzava la cultura d'altri tempi. L'uomo non è più chiamato a rispettare un ordine che informa di sé le strutture ontologiche dell'universo, ma a curare soltanto la sua immediata, terrena felicità. Conseguentemente, il dolore sentito da un essere senziente viene oggi giudicato un massimo male: il male, in definitiva, da evitarsi quasi a qualsiasi costo. Dove quel dolore invece non vi sia, il sacrificio di una scintilla di vita appare cosa abbastanza trascurabile. *Roe v. Wade* ci permette di renderci conto di quanto, anche in America, il diritto si sia staccato da un'ispirazione cristiana (almeno nel significato storico tradizionale della parola): l'ideologia individualistica che lo pervade non solo s'è adattata alle nuove condizioni di una società totalmente industrializzata, ma ha anche assunto un volto decisamente « secolaristico ». E l'entità e la rapidità del distacco — considerato il diverso modo d'essere complessivo dell'ordinamento americano dell'Ottocento (72) — è davvero impressionante.

(72) Il giudizio concerne l'ispirazione generale di quell'ordinamento, manifestantesi in una molteplicità di campi. Riguardo al punto particolare dell'aborto, qualcuno potrebbe osservare che l'aver vari Stati (e sia pur non tutti) rinunciato anche nel secolo scorso a punire la donna consenziente o che si procurasse da sé l'interruzione della gravidanza, è sintomo che la tradizione ameri-

V

Non è il caso di compiere in questa sede una comparazione — del resto agevole al semplice livello normativo — tra la « liberalizzazione » operata dalla Corte Suprema nell'ordinamento americano e quella realizzata in precedenza da riforme legislative in molti altri ordinamenti del mondo, dai paesi scandinavi all'Unione Sovietica, dall'Inghilterra all'India e al Giappone. Basterà dire che, a primo sguardo, la libertà guadagnata ora dall'aborto in America sembra, almeno sul piano delle astratte regole giuridiche, pari e forse superiore a quella goduta anche in paesi sotto questo profilo oggi i più avanzati (73).

Piuttosto, può valere la pena di chiedersi quale significato rivestano le sentenze della Corte Suprema americana per altri ordinamenti che,

cana non attribuiva valore primario alla vita del concepito (non ne faceva il vero bene da proteggere attraverso i divieti penali in materia d'aborto: altrimenti avrebbe colpito anche i casi di *self-abortion*): e che dunque essa non seguiva, sotto questo profilo, la più rigorosa, tradizionale dottrina cristiana. Si potrebbe però, in contrario, suggerire un'altra interpretazione della esenzione della donna dalla pena. Si potrebbe supporre che quell'esenzione fosse più che altro un fatto di indulgenza umanitaria verso sventurate che avevano agito per disperazione, mentre, avendo riguardo alla normalità dei casi, il legislatore potesse ritenere che pene severe per tutti i terzi che prestassero la loro opera per l'aborto bastassero a offrire una sufficiente tutela (per quanto possono offrirla le minacce del diritto) al bene della vita del concepito. Questo bene restava pur sempre al centro della considerazione della norma penale.

(73) Colpisce, nella « soluzione americana », non solo l'assenza di qualsiasi elenco, per quanto largo ed elastico, di « motivi » capaci di « giustificare » l'aborto (bastando, in sostanza, per le prime 24 settimane di gravidanza un giudizio medico favorevole, non legato a parametri normativi fissati dal diritto), ma anche e soprattutto il carattere di assoluta riservatezza assicurato all'operazione almeno nelle prime dodici settimane dopo il concepimento (consenso e assistenza del solo proprio medico di fiducia).

Di solito, nella legislazione « liberalizzatrice » dell'aborto, emanata nel mondo durante gli ultimi trent'anni, si prevedono espressamente le « ragioni » in base alle quali l'interruzione della gravidanza può essere compiuta: si indicano in rapporto a ciò, per esempio, il pericolo per la salute fisica e psichica della donna (c.d. indicazione terapeutica); l'impossibilità della donna di mantenere e allevare il figlio (c.d. indicazione sociale); il rischio che nasca un essere anormale (c.d. indicazione eugenica); il fatto che la gravidanza sia intervenuta per violenza carnale o altro atto delittuoso (c.d. indicazione etica); ecc.

D'altra parte, per lo più, si richiede che l'operazione di interruzione della gravidanza avvenga sotto il controllo pubblico, in ospedali di stato o cliniche autorizzate, non di rado dopo il parere conforme di una commissione di medici: ecc.

(Per queste notizie vedansi: *Abortion Laws*, cit., *passim*; BECKER, *op. cit.*, pp. 23 ss., 136 ss.).

come quello italiano o quello tedesco federale, conoscano il sindacato giudiziario di costituzionalità sulle leggi. Più in generale, può valer la pena di domandarsi — tenendo presente lo sbocco dell'esperienza americana — quale sia la posizione attuale di queste altre giurisprudenze costituzionali rispetto alla problematica della repressione penale dell'aborto.

La « liberalizzazione » della disciplina dell'aborto appare una tendenza oggi assai diffusa nel mondo. Molti, potenti fattori premono in favore d'essa e non è impossibile che in un tempo più o meno lungo le legislazioni anche dei due ordinamenti italiano e tedesco (per non menzionare che essi tra quelli con sindacato giudiziario di costituzionalità) introducano innovazioni, anche radicali, nel sistema di severi divieti che è loro proprio attualmente (74) (nell'ordinamento tedesco la nuova legislazione liberalizzatrice sembra anzi probabile e addirittura alle porte) (75). Ma è lecito dubitare che, nel prossimo futuro, le Corti Costituzionali dei due paesi ricordati vogliano imitare, almeno fino alle ultime conseguenze, l'esempio della Corte americana, condannando l'attuale, severa normativa in vigore o ampliando i casi di « aborto giustificato » che un'eventuale legge di riforma avesse a stabilire in misura troppo limitata. I due ordinamenti non sembrano per dir così ancora « maturi » per la costituzionalizzazione, introdotta per via giudiziaria, di una integrale o quasi integrale libertà d'aborto. A parte ogni altro rilievo, manca probabilmente nelle due Corti europee il netto prevalere di quell'ideologia individualista, « moderna » e « secolaristica », che sta al fondo delle sentenze americane. Non v'è nemmeno nel loro seno, a quanto è dato vedere, quella disposizione consolidata a introdurre per sentenza profonde e controverse riforme giuridiche non prefigurate in modo cogente dal lato giuridico costituzionale (o addirittura contrastanti con la lettera e il significato originario di questo), la quale è invece caratteristica odierna della Corte Suprema degli Stati Uniti e sarebbe condizione indispensabile, in altre Corti, per un passo di tale portata.

Il dubbio sembra potersi nutrire più forte (per ragioni intuibili) nei confronti della Corte Costituzionale italiana.

Ad ogni modo, in Germania non è stata finora portata davanti al Bundesverfassungsgericht una questione di costituzionalità relativa alla norma incriminatrice dell'art. 218 sez. 1 del St.G.B. (76). In Italia, vi-

(74) Come è noto, in Germania e in Italia la sola causa di giustificazione ammessa nei confronti dell'aborto è a tutt'oggi, grosso modo, quella del pericolo che la madre, se la gravidanza non venisse interrotta, possa perdere la vita o, al massimo, soffrire gravemente nella salute.

Cfr. R. Pannain, voce *Aborto*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1937, pp. 81, 82; G. Zuccalà, voce *Aborto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958, pp. 128, 135; A. Schönke - H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 1969, pp. 1065, 1066 s.; R. Maurach, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 3ª ed., Karlsruhe, 1958, pp. 51, 54 ss.

(75) Di recente al Parlamento di Bonn sono stati presentati quattro progetti di riforma dell'art. 218 del St. G.B.: uno ufficiale del partiti socialdemocratico e liberale; uno ufficiale del partito cristiano-democratico; uno di un gruppo di deputati socialdemocratici; uno di un gruppo di deputati cristiano-democratici (Bull. del *Bundesministeriums der Justiz- Reform für Presse und Oeffentlichkeitsarbeit*, 1973, 55). Ma già da tempo in Germania il problema della riforma dell'art. 218 del Codice penale era dibattuto e serie proposte in favore di una sua « liberalizzazione » erano state avanzate (cfr., per esempio, l'*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, preparato da autorevoli giuristi in contrapposizione all'*Entwurf* governativo nel 1962 dal Governo, e contemplante tra l'altro la depenalizzazione dell'aborto su richiesta, a certe condizioni, entro i primi tre mesi dal concepimento: *A. L. Besonderer Teil Straftaten gegen die Person, Ernst Halbband*, Tubingen, 1970, pp. 8, 30 ss.).

Incidentalmente crediamo interessante segnalare che, dei quattro progetti oggi giacenti avanti il Parlamento tedesco, nemmeno il più radicalmente innovatore, quello socialdemocratico-liberale, passerebbe al vaglio di un giudizio di costituzionalità impostato coi criteri della giurisprudenza americana. (Il progetto prevede la possibilità di aborto per decisione della donna e col semplice consenso del medico di fiducia fino al terzo mese di gravidanza; ma prescrive che dopo tale data l'interruzione debba essere autorizzata da un organo peritale e solo per serie ragioni mediche in rapporto alla salute della madre o quando il bimbo minacci di nascere anormale).

336

(76) L'ipotesi di una possibile incostituzionalità dell'art. 218 sez. 1 St. G.B. è stata prospettata da voci isolate in dottrina: cfr. G. Bemmann, *Zur Frage der Strafwürdigkeit der Abtreibung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 83, 1971, pp. 81, 94, 98 ss. (la possibile incostituzionalità del divieto dell'aborto, nei termini della legge in vigore, viene in genere discussa in rapporto al principio del diritto della donna al libero sviluppo della sua personalità, affermato dall'art. 2 del *Grundgesetz*. Come si vede, il problema finisce per impostarsi, nella dottrina tedesca, lungo linee giuridico-costituzionali analoghe a quelle che hanno condotto in America a *Roe v. Wade*).

Va però detto che di solito in Germania anche gli autori più « avanzati » in questo campo si limitano ad indicare dati costituzionali che renderebbero legittima e inattaccabile una legge « liberalizzatrice » della normativa vigente: non giungono a sostenere addirittura, almeno in modo aperto, l'incostituzionalità di quest'ultima normativa. Cfr., oltre il già citato Bemmann, Wernicke, *Bonner Grundgesetz Kommentar*, Hamburg, 1950, Anm. 112 *b* zu Art. 2; Hamann e Lenz, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 3ª ed., 1970, p. 144. Va d'altra parte ricordato che in Germania, come in America, vi sono anche giuristi che vorrebbero ravvisare nel testo della Costituzione principi capaci, non di render invalidi i rigidi divieti vigenti, ma, al contrario, di produrre l'incostituzionalità di qualsiasi legislazione che tentasse di introdurre novità « liberalizzatrici » in materia d'aborto. (Cfr. Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1971, p. 87 ss.).

caverna, la questione di costituzionalità nei confronti dell'art. 546 c.p. è stata sollevata formalmente dal Tribunale di Milano e dovrà essere decisa dalla Corte Costituzionale (77).

Può convenire soffermarsi brevemente sull'ordinanza di rimessione alla Corte da parte del giudice milanese per sottolineare l'ambito assai più limitato e ristretto in cui ancora si pensa, nella giurisprudenza italiana, ad una incostituzionalità dei divieti relativi all'aborto consentito dalla donna (o da essa effettuato), rispetto all'impostazione che il problema ha avuto nella giurisprudenza americana.

Abbiamo visto che *Roe v. Wade* stabilisce essere la libertà d'abortire un diritto della donna costituzionalmente garantito e limitabile da parte dello stato solo in funzione di cogenti interessi pubblici (la tutela della salute della gestante; la salvezza delle « potenzialità di vita » insite nel feto), e a specifiche, restrittive condizioni.

L'ordinanza del Tribunale di Milano muove, per prospettare l'eventuale illegittimità della norma, da un punto di partenza molto meno impegnativo e molto più circoscritto. Non vi si parla di una « libertà di abortire » che, in generale, possa costituirsi come diritto fondamentale della donna. I divieti del codice penale (che in Italia colpiscono sia la donna che consente o si procura da sé l'aborto sia chi le presta aiuto) sollevano nel giudice perplessità esclusivamente perché essi non esentano — oltre il classico caso dell'aborto effettuato in caso di necessità, ossia quando sussista pericolo attuale, non altrimenti evitabile, per la vita della gestante (78) — l'ipotesi dell'interruzione della gravidanza

(77) G.I. Tribunale di Milano, ordinanza 2 ottobre 1972, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 125 ss. La questione di costituzionalità è sorta in sede di applicazione dell'art. 546 ad una donna che aveva consentito all'aborto.

(78) Il giudice milanese sottolinea il fatto che la nostra legge conosce, come scriminante in caso d'aborto, solo quella fattispecie del cosiddetto « aborto terapeutico » che si riallaccia all'ipotesi contemplata in generale dall'art. 54 c.p. (stato di necessità). Ricorda in particolare che la giurisprudenza della Cassazione è molto severa nel applicare alla figura del reato d'aborto i principi di questa causa di giustificazione.

In pratica, trattandosi di paragonare, agli effetti dello stato di necessità, i beni il cui alternativo sacrificio è in gioco, ed essendo uno di quei beni, nell'ipotesi dell'aborto, la vita del concepito, la giurisprudenza tende ad ammettere la liceità dell'interruzione quasi soltanto quando la vita della madre corre immediato serio pericolo. Né basta. Occorre che il pericolo per la vita di costei non sia altrimenti evitabile: onde la Cassazione ritiene, ad esempio, che non sia lecito l'aborto nel caso di una donna che, in considerazione e per effetto del proprio stato di gravidanza, sia stata assalita da impulsi suicidi (potendosi il suicidio prevenire altrimenti

compiuta per tutelare semplicemente il « benessere fisico e l'equilibrio » di lei, messi altrimenti in pericolo (79). Si tratta essenzialmente, per il giudice italiano, di ampliare il cerchio di impunità tracciato dalla figura dello stato di necessità, i cui rigorosi requisiti non consentirebbero di tutelare la salute della donna se non in situazioni estreme: laddove lo Stato dovrebbe per Costituzione — donde il dubbio sulla legittimità dei divieti — proteggere quella salute in misura più estesa in forza dei principi posti dagli artt. 32, comma 1, e 31, comma 2, della Carta fondamentale (« La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività... ». « La Repubblica... protegge la maternità... ») (80).

Il valore della salute viene invocato, qui, non a giustificare un eventuale intervento dello stato diretto a regolare un diritto all'aborto altrimenti assoluto (la donna che vuole abortire può venir costretta, per esempio, a tutela della sua salute, a farsi assistere da un medico: come sembra dire *Roe v. Wade*): bensì per limitare un potere di vietare l'aborto da parte dello stato, il quale, altrimenti, dovrebbe pensarsi illimitato. Come si vede, l'ordine del ragionamento nell'ordinanza italiana è esattamente l'inverso di quello seguito nella sentenza americana.

Non si tratta di una mera differenza formale nell'andamento delle argomentazioni.

Se la Corte Costituzionale italiana, per ipotesi, dovesse far proprio il dubbio del Tribunale di Milano e ritenere che la Costituzione rende legittimo qualunque aborto necessario per giovare alla salute non solo fisica, ma psicologica ed emotiva della donna, essa allargherebbe la cerchia delle fattispecie lecite rispetto a quella segnata finora dalla figura dello stato di necessità e potrebbe anche spingersi — a tutto immaginare — fino a una « liberalizzazione » prossima a quella che il giudice Burger (preoccupato di dare una versione « conservatrice » del nuovo indirizzo assunto dalla giurisprudenza americana) vorrebbe leggere nella sentenza *Doe v. Bolton* (e cioè: non è costituzionalmente protetto l'a-

che col dar corso all'aborto) *Giur. Cost.*, cit., p. 127. (La giurisprudenza tedesca appare per questo come per altri punti alquanto più liberale dell'italiana, pur muovendo da una analoga restrizione delle « cause di giustificazione » al solo « stato di necessità »: cfr. Schönke-Schröder, *op. cit.*, p. 1066).

(79) *Giur. Cost.*, cit., p. 128. Il giudice milanese ricorda, in particolare, che restano fuori dalla cerchia dei fatti che possono giustificare l'aborto tutte le malattie della sfera neuropsicologica.

(80) *Giur. Cost.*, cit., p. 128.

305

borto che non si giustifichi con una qualche non frivola ragione medica (81).

Ma finché la Corte Costituzionale ragionasse sul solo metro delle esigenze della salute della donna — per quanto latamente intesa — difficilmente essa riuscirebbe a raggiungere su tutti i punti la linea della Corte Suprema degli Stati Uniti. Non potrebbe probabilmente statuire, quanto meno, l'incostituzionalità di un controllo statale ufficiale — realizzato attraverso esami di apposite commissioni mediche — diretto ad accertare l'effettiva esistenza delle supposte esigenze della salute della gestante. Non riuscirebbe mai a realizzare ciò che le sentenze americane hanno invece assicurato alla donna, almeno per il primo periodo della gravidanza: il diritto ad effettuare l'aborto nel modo più semplice e nel più pieno segreto, col solo consiglio e la sola assistenza del proprio medico di fiducia (un segreto e una semplicità di procedura che sembrano di grande importanza da un punto di vista psicologico e sociale, se è vero — come paiono suggerire certi rilevamenti sociologici — che molte donne, mentre non si sentono di continuare la gravidanza, non vogliono però che trapeli in pubblico la decisione presa e desiderano che l'intera operazione si svolga nel più rapido e riservato dei modi, quasi premesse a loro stesse di dimenticarla al più presto). Per raggiungere questo grado più avanzato di tutela, questa semplicità e segretezza di procedura, occorrerebbe superare gli angusti confini delle preoccupazioni per la salute della donna: occorrerebbe ragionare appunto,

(81) Come s'è ricordato, Burger insiste sul fatto che l'aborto, per esser legittimo, deve esser stato ritenuto *necessario* da un medico. Seguendo la pista indicata dall'ordinanza milanese se cioè concentrando lo sguardo sul solo valore « salute » della donna, pur intendendolo nel modo più estensivo possibile) potrebbe peraltro riuscir difficile alla Corte Costituzionale legittimare la fattispecie d'aborto che invece per le sentenze americane (anche nella versione Burger) rientrano di certo nella sfera del lecito: come, per esempio, l'aborto quando vi sia rischio che il concepito nasca essere anormale (questa, anche per effetto di [illegible] che attorno invece rimangia mondiale, è una delle fattispecie ormai sempre [illegible] le « giustificate » nelle leggi anche moderatamente « liberalizzatrici » della disciplina). Si potrebbe giungere a ritenere « giustificato » e costituzionalmente tutelato l'aborto, in questi casi, pur restando sul terreno della tutela della « salute della donna », attraverso l'argomento che la prospettiva di mettere alla luce e di dover allevare un figlio anormale o minorato può turbare l'animo della madre e rischiare perciò di incidere, presto o tardi, sul benessere fisico-psicologico di lei. Sarebbe un argomento difficile a « costruirsi »: anche se le risorse inventive della giurisprudenza (in Italia come altrove) e la sua abilità di passare su fragilissimi ponti di vetro, quando esigenze pratiche lo richiedono, sono ben risapute (e sono — si capisce — del tutto approvabili, in generale, se le esigenze cui servono sono serie e fondate).

francamente, in termini di « libertà di abortire »: come fa la Corte americana.

Da un punto di vista puramente ipotetico e astratto, non sembrano esistere insuperabili ostacoli tecnici ad una « deduzione » giurisprudenziale di un principio di « libertà di abortire » anche nel seno di una Costituzione come quella italiana.

La Corte Suprema americana ha enucleato il principio muovendo dal dato normativo generico della *due process clause* del XIV Emendamento e costruendo un generale diritto di « privacy », costituzionalmente garantito, dal quale la « libertà di abortire » è stata ricavata per inferenza (82). Il diritto di « privacy » costruito dalla Corte americana ha un contenuto eterogeneo e composito che sembra difficilmente riconducibile ad unità logica (fanno parte d'esso, per esempio, stando all'affermazione della Corte, la libertà di sposare chi piaccia; di usare mezzi contraccettivi nel rapporto sessuale; di allevare ed educare i figli secondo metodi e principi di propria scelta, senza interferenza da parte dello stato: una serie di libertà, come si vede, attinenti ad aspetti abbastanza diversi della vita della persona) (83). Elemento di questo nuovo e teoricamente non ben amalgamato diritto sembra essere comunque, tra gli altri, il potere di usare e disporre liberamente del proprio corpo nella sfera della sessualità e nei processi della riproduzione, del quale appunto la « libertà d'abortire » appare una diretta e immediata manifestazione.

(82) Cfr. *retro*, p. 15 ss.

(83) Cfr. *retro*, nota 18. È curioso il fatto che la Corte Suprema abbia da qualche anno elevato a dignità costituzionale, dandogli una portata nuova e via via riconducendo sotto di esso nuove fattispecie, un diritto di « privacy » che era nato sul terreno di Common Law con un significato assai più ristretto e internamente omogeneo. (Nel famoso articolo di Brandeis e Warren, in cui per la prima volta l'espressione fu usata, « privacy » stava a significare il diritto di non essere indagati ed esposti alla frivola curiosità dei terzi negli aspetti che pertengono alla parte « privata » e non « pubblica » della propria persona. BRANDEIS e WARREN, *The Right to Privacy*, in 4 *Harv. L. Rev.*, p. 193 ss., 1890).

Ora quel diritto, munito di garanzia costituzionale, ha mutato per gran parte di contenuto nella giurisprudenza della Corte, venendo ad opporsi, a tutela di una generica « sfera intima » della persona, non tanto ad attività di indagine e divulgazione, quanto a soprattutto ad interferenze regolative o proibitive dello Stato. Ciò che lascia perplessi è la pretesa della Corte di affiancare, come unità distinte ma della stessa specie, il diritto di « privacy » (con l'eterogeneo contenuto che s'è visto) ai diritti di libertà d'espressione, di libertà d'associazione, di libertà di riunione, ecc. (i quali presentano invece ciascuno un proprio contenuto relativamente organico e unitario).

ARCHIVIO GIURIDICO

Ora, la giurisprudenza costituzionale italiana potrebbe abbastanza agevolmente « leggere » tra i « diritti inviolabili » della persona, garantiti dall'art. 2 della Costituzione, un diritto alla libera disponibilità del proprio corpo nelle cose attinenti il sesso e la riproduzione. Si possono immaginare — per ipotesi scolastica — eventuali leggi obbliganti a prestazioni atte a realizzare una riproduzione selezionata della specie o leggi, al contrario, vietanti drasticamente ai meno dotati l'esercizio della funzione riproduttiva (84): leggi che però — ognuno l'avverte immediatamente — sarebbero contrarie a tutto lo spirito che informa la nostra Costituzione e sarebbero tali da dover trovare in essa — se mai venissero davvero in essere — una condanna. La reazione di primo impulso all'ipotesi prospettata testimonia della necessità di ammettere che anche la nostra Carta costituzionale contempli e tuteli, implicitamente, la libertà nella sfera del sesso e della riproduzione come uno dei diritti della personalità umana. La disposizione del secondo comma dell'art. 32 e altre norme costituzionali potrebbero offrire un valido appoggio per mettere in moto l'argomentazione esplicitante di questo nuovo diritto garantito (85); mentre, a nostro avviso, la formula dei « diritti inviolabili » dell'art. 2 costituirebbe pur sempre l'aggancio normativo più con-

(84) Il pensiero corre sul piano del riferimento storico a certe esperienze compiute durante il periodo nazional-socialista in Germania e, sul piano delle ricostruzioni di fantasia, a certe prospettive di organizzazione della futura *riproduzione della specie* come dipinte in *Brave New World* di Huxley o in *1984* di Orwell.

(85) L'art. 32, secondo comma (« Nessuno può essere obbligato ad 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 ») potrebbe esser assunto come indice del fatto che la nostra Costituzione riconosce in generale un primario diritto della persona sul proprio corpo, un diritto che, almeno di principio, implica disponibilità. Gli articoli in materia di famiglia (« società naturale fondata sul matrimonio » e di figliazione (dentro e fuori il vincolo coniugale) — artt. 29 e 30 Cost. — fanno addirittura intravvedere il riconoscimento della libera disponibilità del corpo da parte della persona in direzione particolare dell'uso del sesso e della funzione riproduttiva: che la legge dovrebbe, almeno di massima e nel loro nucleo essenziale, rispettare come campo riservato alle libere decisioni e alle libere scelte degli individui.

Meno sfruttabile forse — ai fini sopra accennati — la norma dell'art. 13 (libertà personale), data la ormai consolidata interpretazione prevalente della dottrina e della Corte Costituzionale nei suoi riguardi (cfr. Corte Cost., sent. n. 2 e n. 11 del 1956; n. 45 del 1960; n. 30 del 1962): la norma non riguarderebbe il generale « potere di disposizione della persona fisica su se stessa », sibbene solo un diritto specifico a non subire detenzioni, ispezioni e perquisizioni personali).

gruo per dargli un fondamento stabile e adeguato (86). Una volta poi dotato di dignità costituzionale il principio della libera disponibilità del proprio corpo nel campo del sesso e della riproduzione, al riconoscimento di una « libertà garantita di abortire », elaborabile per inferenza da esso, il passo non sarebbe, dal puro punto di vista logico, troppo lungo (87).

Senonché, ciò che è possibile in ipotesi e in astratto, per realizzarsi in concreto richiede il concorso di condizioni speciali.

Un conto è infatti inserire nel tessuto della Costituzione, per via interpretativa, la garanzia di un nuovo *generico* diritto di libertà relativo a certi aspetti della vita umana, e un altro ben distinto conto è dedurre da quel diritto, affermato in generale, il principio *specifico* della libertà di abortire e la concomitante impossibilità di circoscriverne la portata se non in misura limitatissima.

Per far ciò, la giurisprudenza costituzionale italiana dovrebbe conferire a quel diritto una posizione di grande preminenza nella scala dei valori tutelati dalla Costituzione, così da farlo prevalere anche sopra e nei confronti di altri valori concorrenti, pure di grande importanza.

(86) V'è una tendenza, nella dottrina costituzionalistica italiana, a ritenere che i « diritti inviolabili » dell'art. 2 Cost. siano solo quelli che risultano poi specificamente tutelati nella 1ª parte della nostra carta fondamentale (e anzi, per la precisione, solo alcuni tra essi: i più importanti ed essenziali). Non sembra che questa tendenza — la quale mortifica le possibilità di utilizzazione della formula dei « diritti inviolabili » — sia da approvare. Meglio concepire i « diritti » dell'art. 2 come una serie aperta, non esaurita dalle successive specificazioni della Costituzione: una serie capace di arricchirsi via via, raccogliendo, sotto la formula generalissima, per opera di interpretazione giurisprudenziale, quelle esigenze relative alla persona umana che i Costituenti non seppero o non vollero esprimere in definizioni particolari nella 1ª parte della Costituzione, ma che l'esperienza susseguente ha poi dimostrato, e dimostrerà in futuro, davvero essenziali e irrinunciabili.

Nel quadro di una concezione non mortificante di questo tipo, dovrebbe esserci spazio, tra i « diritti » dell'art. 2, anche per la libertà della persona nella sfera della sessualità e della funzione riproduttiva.

(87) Basterebbe osservare che il diritto della donna di disporre del proprio corpo in ordine alla riproduzione, come include di certo la libertà di rifiutarlo a tal fine *prima* degli atti che conducono al concepimento, così dovrebbe includere anche il potere di rifiutarlo — come aiuto che si presti a render possibile la maturazione di un nuovo essere — *dopo* il concepimento. Il diritto dovrebbe includere anche tale secondo potere, per dare alla donna sovranità piena, fino all'ultimo momento, in ordine alla scelta (che comporta gravi responsabilità) di allevare ed educare un nuovo essere umano.

337

La giurisprudenza italiana dovrebbe in primo luogo escludere che la Carta costituzionale, nel garantire i diritti inviolabili della persona (art. 2), abbia inteso tutelare implicitamente il diritto alla vita dei meramente concepiti (la tutela di quest'ultimo valore svuoterebbe di qualsiasi concreto significato il principio della « libertà d'abortire »: e infatti abbiamo visto che la Corte Suprema americana, per raggiungere i risultati di *Roe v. Wade*, ha dovuto preliminarmente respingere l'argomento che i meramente concepiti godano delle garanzie offerte dal XIV Emendamento — la controparte normativa, in certo senso, dell'art. 2 della nostra Costituzione —) (88). Dovrebbe poi stabilire che la libertà della donna di disporre del proprio corpo nella sfera del sesso e della riproduzione è bene tanto privilegiato da non tollerare se non compressioni legislative minime in funzione della tutela di un qualsi-

(88) Se l'art. 2 della Costituzione italiana e il XIV Emendamento della Costituzione americana garantiscono il diritto alla vita dei concepiti così come lo garantiscono agli esseri umani nati e viventi, il sacrificio della vita dei primi potrebbe ammettersi solo in rapporto alla necessità di salvare un bene altrettanto grande, di altra persona o della collettività, minacciato dalla continuazione della gravidanza. Attenendosi alla scala di valori propri della civiltà occidentale di impronta liberaldemocratica (la quale non ammette il sacrificio di una vita se non in casi estremi: certi pericoli attuali gravi per la persona di altro essere umano; certe speciali situazioni di legittima difesa; certe imprescindibili esigenze della difesa militare in caso di guerra; l'applicazione della pena di morte in occasione dei delitti più gravi — là dove la pena di morte ancora si applica—), sarebbe difficile, nel caso dell'aborto, giungere a una sua giustificazione fuori, di massima, dell'ipotesi della sua necessità per salvare la vita della madre. Comunque, di una « libertà » della donna di disfarsi del frutto del concepimento (cioè, nei termini dell'ipotesi: di togliere la vita a un essere cui la Costituzione la garantisce, in base a una propria decisione discrezionale, in linea di massima non sindacabile) non potrebbe di certo più parlarsi.

Si può notare che parte della dottrina tedesca ritiene che l'art. 2, ser. 2 del Grundgesetz della Repubblica federale (« Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ») si applichi anche ai « nascituri ». Appunto muovendo da questa premessa il Düring ha concluso che l'aborto non può ritenersi giustificato fuori della stretta ipotesi della necessità di salvare la vita della madre. Ogni altra discriminante che la legge ammettesse, o volesse introdurre per liberalizzare la disciplina, sarebbe incostituzionale (MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, cit., p. 87 ss.).

L'art. 2 della Costituzione italiana e la *due process clause* del XIV Emendamento sono in certo senso accostabili, perché entrambi contengono una formula di garanzia di tutti in genere i fondamentali diritti della persona (tanto è vero che nel caso dell'aborto le due disposizioni normative possono venir dialetticamente invocate, come s'è visto, sia a favore della « libertà di abortire » della madre, sia, sul fronte opposto, a favore del « diritto alla vita » del concepito).

voglia interesse, costituzionalmente garantito o non (la salute della donna stessa (89); una ragionevole politica demografica (90); il desiderio di educare la gente a un sentimento di riverenza dinanzi al mistero dell'origine della vita e di rispetto per i frutti che nascono dall'esercizio della funzione sessuale) (91).

Forse non esistono nella lettera della Carta costituzionale e nei lavori preparatori che ne hanno accompagnato la formazione elementi che incontestabilmente portino a concludere che il costituente voleva, almeno per implicito, fissare nella Costituzione un divieto a qualsiasi « liberalizzazione » per via legislativa della disciplina vigente dell'a-

(89) Art. 32 Cost.

(90) Sotto l'impressione e nel ricordo di quella che fu la politica demografica delle potenze nazi-fasciste in Europa qualcuno potrebbe pensare che allo Stato italiano odierno sia inibito qualsiasi intervento di indirizzo e di regolamento nel campo demografico (vuoi per sostenere, vuoi in ipotesi contraria per contenere il numero delle nascite). Pensare così sarebbe, a nostro avviso, un errore, poiché la Costituzione non preclude allo Stato l'adozione di una politica in quel campo, purché e quando siano rispettati da essa i diritti fondamentali delle persone (e del resto sarebbe imperdonabile privare del tutto e a priori lo Stato, specie nelle presenti condizioni storiche, di uno strumento tanto importante per la guida ragionata della vita collettiva).

(91) Il legislatore potrebbe desiderare — anche se la Costituzione non lo obbligasse, attraverso l'art. 2, a salvare la vita dei concepiti quasi fossero già « persone » — di tutelare, per ragioni etiche di elevamento del sentire e dei costumi, il destino di quegli esseri umani in potenza.

Per dedurre dal generico diritto di disporre del proprio corpo nelle cose del sesso e della riproduzione, non la sola conseguenza — che ne è parte imprescindibile — dell'impossibilità per lo Stato di imporre o vietare alla donna prima del concepimento atti capaci di condurre ad esso, ma anche la libertà della donna di disfarsi, dopo il concepimento, del nuovo essere che si sta sviluppando in lei (e una libertà concepita nella latitudine dei termini previsti dalle pronunce americane), la giurisprudenza dovrebbe attribuire ben piccola importanza, di fronte a quel diritto, agli interessi sanitari, demografici, etici, o d'altro tipo, che potrebbero consigliare di riservare allo Stato, in misura intera o quasi intera, il potere discrezionale di vietare l'aborto. Solo per tal via la « libertà di aborto » (come parte del suddetto diritto) potrebbe trovare una sua collocazione nel sistema delle garanzie costituzionali.

Del resto, abbiam visto che proprio una valutazione comparativa del rilievo rispettivo dei beni contrapposti, « diritto di privacy » della donna e interessi dello Stato a tutelare la salute di lei e la sopravvivenza dei concepiti (e una valutazione in cui la bilancia pendeva tutta dalla parte del primo bene), ha condotto la Corte Suprema americana ai risultati che abbiamo esaminati.

La giurisprudenza italiana, per giungere a risultati analoghi, dovrebbe più o meno compiere lo stesso genere di operazioni valutative.

308

borto. Sta di fatto, comunque, che per attribuire alla Costituzione italiana una volontà esattamente inversa, e cioè l'implicita squalifica, non solo della disciplina legislativa vigente, ma di ogni possibile altra che non lasci larghissimo campo alla « libertà d'abortire », la giurisprudenza dovrebbe assegnare alle formule normative costituzionali significati che esse non avevano originariamente. Dovrebbe collegare ad esse conseguenze le quali, se il costituente se le fosse raffigurate in concreto, avrebbe di certo respinte con decisione (possiamo immaginare la reazione dell'Assemblea del 1946 — composta nella gran maggioranza da persone ancora cresciute nella morale tradizionale dell'Ottocento — a un'eventuale proposta d'inserire nella Carta un principio di « libertà d'aborto »!).

Proprio questo, d'altra parte, ha fatto, con riguardo alla Costituzione americana, la Corte Suprema degli Stati Uniti: la quale — come abbiamo visto — ha « letto » nel XIV Emendamento implicazioni che i suoi autori, se qualcuno gliele avesse prospettate, si sarebbero sdegnosamente affrettati a controbattere e ad escludere. Ma, appunto, a spingere la Corte americana a tanto, c'erano il potente fattore ideologico-politico che abbiamo cercato di analizzare e l'ambizione di partecipare, con la propria opera, alla guida etico-politica del paese. Né il primo né la seconda sembra si riscontrino operanti, almeno in misura altrettanto intensa, presso la Corte italiana.

Anni fa la Corte Costituzionale tedesca ha affermato, in una sua sentenza, che la libertà nella sfera sessuale è garantita dal *Grundgesetz* come parte del diritto dell'uomo al libero sviluppo della propria personalità (92). La Corte tedesca ha enunciato un principio che la Corte italiana non ha ancora avuto occasione di affermare, almeno in modo diretto (93), ma che — come s'è accennato — ha tutti i titoli per venir

(92) Decisione del Bundesverfassungsgericht n. 26 del 10 maggio 1957 (*Entscheidungen des B.V.G.*, e. p. 389 ss.). Cfr. Leibholz e Rinck, *Grundgesetz. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 3ª ed., Köln, 1966, p. 56. La Corte ha affermato: « Zu dem Bereich der in Art. 2 Abs. 1 *Grundgesetz* gewährleisteten freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört auch der Gebiet des Geschlechtlichen. Art. 2 Abs. 1 schützt — in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 — den engsten Bereich der menschlichen Freiheit. Eine Strafvorschrift, die dieses Recht auf Achtung der Intimsphäre des Menschen verletzen würde, wäre verfassungswidrig ».

(93) Indirettamente il principio potrebbe considerarsi affermato dalla sentenza che ha dichiarato incostituzionale il divieto di incitamento e propaganda a favore di pratiche contro la procreazione (sentenza n. 49 del 1971). Nelle decisioni *Griswold* (1965) e *Eisenstadt* (1972), citate sopra, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha invalidato analoghe norme statali americane in base, appunto, al diritto

recepito — e in forma che affianchi alla sfera del sesso quella strettamente connessa della riproduzione — anche nella nostra Costituzione. Tuttavia il giudice tedesco, dopo aver solennemente proclamato quella libertà come principio, non ha poi osato dedurre dal principio l'incostituzionalità — che veniva in concreto eccepita — delle norme che punivano in Germania l'omosessualità come tale, anche quella non violenta, non pubblica, non scandalosa (94). La cautela usata allora dalla Corte tedesca potrebbe parzialmente prefigurare l'atteggiamento prossimo della Corte italiana, sul terreno sia pur diverso dei rapporti tra libertà di disporre del proprio corpo nelle cose del sesso e della riproduzione e « libertà d'abortire ». Se anche la Corte giungesse ad affermare in linea di generico principio la prima libertà, è assai improbabile che la definirebbe in modo così ampio da ricomprendervi la seconda. In altre parole è più in generale: è possibile — anche se tutt'altro che certo — che la Corte italiana, o accogliendo l'impostazione argomentativa dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano o tentando altre vie, allarghi un poco — nella pronuncia su questa ordinanza o in altre eventuali occasioni successive — la cerchia delle fattispecie giustificative dell'aborto prevista dalla nostra legge penale in vigore; ma è molto difficile che, nei limiti di un futuro prossimo, essa si spinga fino a raggiungere i risultati di *Roe v. Wade*.

Se le cose andassero così, non ci sarebbe che da lodarsene. A parte ogni altro rilievo, la politica della cautela giudiziale, se può non confarsi a un ordinamento e a una società come quelli americani, si addice al massimo a un ordinamento e a una società come i nostri: ad un paese in cui il sindacato giudiziario di costituzionalità sulle leggi ha origini recenti e il grande, odierno travaglio mondiale di trasformazione dei valori in cui le comunità si riconoscono presenta aspetti particolarmente delicati.

della persona al libero uso del sesso, che quelle norme in qualche modo istituzionalizzerebbero. Ma la Corte Costituzionale italiana, nel colpire l'art. 553 c.p., ha formalmente invocato, come è noto, non questo principio, ma il diverso principio dell'art. 21 Cost. (libertà d'espressione).

(94) Il Bundesverfassungsgericht ha ritenuto che l'omosessualità contrasta con quel *Sittengesetz* che costituisce limite al libero spiegarsi della personalità umana ai sensi dell'art. 2 cost. 1, comma, che il legislatore è legittimato a reprimerla (*Entscheidungen*, cit., p. 433 ss. Ricordiamo che il *Grundgesetz*, all'art. 2, cost. 1, stabilisce: « Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst »).

Naturalmente, la Corte potrebbe anche « leggere » nell'art. 2 della Costituzione a ferrea garanzia di salvezza per la vita dei concepiti non ancora nati, accogliendo un punto di vista che il giudice americano — ragionando in termini di XIV Emendamento — ha respinto in *Roe v. Wade*. Non sapremmo valutare il grado di probabilità che una tale ipotesi ha per sé, né crediamo necessario esprimere qui un parere circa il merito di una siffatta eventuale scelta. Ci limitiamo a rilevare che essa costituirebbe la manifestazione di un forte atteggiamento « attivistico » del giudice, anche se, ovviamente, di senso etico-politico contrario e direttamente opposto a quello assunto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nelle sentenze che abbiamo commentato. La scelta non solo comporterebbe presumibilmente la reiezione di ogni istanza di « liberalizzazione » per via giudiziale-costituzionale dell'attuale disciplina legislativa dell'aborto (risultato più che ragionevole ed accettabile, ma che si potrebbe conseguire utilizzando mezzi meno impegnativi di quello del ravvisare nella Costituzione una specifica garanzia per la vita dei concepiti non ancora nati) (95). Prolitterebbe in sovrappiù un pesante sospetto di

(95) La richiesta di una invalidazione dell'attuale disciplina legislativa italiana in materia d'aborto può in astratto essere sostenuta sopratutto (ci sembra) in base a due principii: il principio del diritto della donna alla sua salute (il diritto invocato dall'ordinanza di rimessione del giudice milanese); il principio del diritto della donna alla libertà nella sfera del sesso e della riproduzione.

Riguardo al primo principio, la Corte Costituzionale potrebbe respingere il dubbio di costituzionalità sviluppando l'argomento che il Costituente, nell'affermare il diritto alla salute, voleva garantire la salvezza di questo bene, ma non in tutte le circostanze ed a qualunque costo: e che contemplava la possibilità che in molti casi il legislatore imponesse, a sua discrezione, sacrifici anche pesanti di quel bene. La maternità sarebbe uno di questi casi, trattandosi attraverso essa di attuare, eventualmente anche a spese della salute della donna, l'altro bene della possibilità del concepito di venire alla luce. Il Costituente non avrebbe stavolta un vero diritto costituzionale garantito del concepito alla vita; avrebbe però lasciato il legislatore arbitro di chiedere alla donna, in vista di un fine così importante, di accettare conseguenze anche gravemente negative per la sua salute, per il suo benessere, per il suo modo di vivere futuro.

Riguardo al secondo principio, la Corte Costituzionale, ammesso che la libertà nella sfera del sesso e della riproduzione ha statura di diritto costituzionale, potrebbe osservare che la Costituzione ne garantisce l'intangibilità solo per ciò che riguarda il nucleo fondamentale. Questo nucleo includerebbe, per esempio, la libertà nelle scelte e negli atti che antecedono il fatto del concepimento; ma non si estenderebbe fino a ricomprendere la libertà della donna di rifiutarsi alla maternità dopo il concepimento. Il legislatore non potrebbe legittimamente comprimere la

incostituzionalità su ogni passo che il *legislatore* volesse domani fare verso una riforma in senso liberale della legge penale sull'aborto (96). Sarebbe una scelta coraggiosa di intransigente conservazione, di arroccamento a difesa senza compromessi di una normativa giuridica che, almeno in Italia, ha tradizioni millenarie e si collega a una alta e nobile concezione filosofico-religiosa della vita. Ma si tratterebbe di una scelta che andrebbe assai al di là anche di quella compiuta dal conservatore giudice Rehnquist nella sua *dissenting opinion* in *Roe v. Wade* (97).

prima libertà: ma, dopo il concepimento, potrebbe a sua discrezione vietare alla donna l'aborto (fuori del caso di stato di necessità), oppure consentirglielo.

Muovendosi nelle direzioni qui sommariamente indicate, la Corte potrebbe appunto respingere ogni richiesta di « liberalizzare » l'attuale normativa in materia d'aborto con l'arma del sindacato di costituzionalità, senza però impegnarsi nell'affermazione di un diritto garantito del « nascituro » quale quella ipotizzata nel testo.

(96) Perché, riconosciuto un diritto costituzionale dei concepiti alla vita, ogni riforma che puntasse a estendere la cerchia degli aborti giustificati al di là dell'ipotesi dell'aborto compiuto per salvare la vita della madre, sembrerebbe sacrificare — come s'è osservato sopra nella nota 87 — un bene supremo qual è la vita ad altri beni pur importanti ma inferiori: e ciò mentre quel primo bene sarebbe anch'esso garantito dalla Costituzione. L'attuale disciplina penalistica dell'aborto finirebbe per assumere il carattere di normativa necessaria e indispensabile a dar realizzazione concreta alla volontà della Costituzione (il legislatore potrebbe modificarne elementi marginali, ma non la parte sostanziale).

In Germania, concepisce l'art. 218 sez. 1 StGB. proprio come una norma di stretta, obbligatoria attuazione del dettato costituzionale il Dürig, *op. cit.*, p. 88 (vedi *retro*, nota 85). Alcuni, a dir il vero, fanno osservare che la conclusione che il Dürig trae dal riconoscimento di un diritto del « nascituro » alla vita sarebbe troppo rigida e dogmatica e che quel riconoscimento non escluderebbe la possibilità di riforme « liberalizzatrici » in materia d'aborto (cfr. per es. H.-J. Rudolphi, *Strafturen gegen das werdende Leben*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 83, 1971, pp. 105, 114). La finezza degli argomenti addotti a rinforzo dell'osservazione non toglie verità a quanto s'è qui detto: per lo meno un serio sospetto di incostituzionalità graverebbe su leggi di sostanziale « liberalizzazione », qualora si ammettesse che il « nascituro » è già « persona » nel significato pieno del termine e che la Costituzione gli garantisce un vero e proprio « diritto alla vita » (e del resto gli autori sedicenti che più sembrano preoccupati di assicurare una solida base costituzionale a leggi di « liberalizzazione » non esitano: escludono appunto che la Costituzione, nel garantire il diritto alla vita — art. 2, sez. 2 — si riferisca anche al « nascituro ». Cfr. per es. Hamann e Lenz, *Grundgesetz*, cit., p. 144).

(97) Si noti che in *Roe v. Wade* l'unico giudice di religione cattolica nel seno della Corte Suprema, Brennan, votò con la maggioranza per la opinion del giudice Blackmun.

Per Rehnquist — ricordiamolo — la disciplina penalistica dell'aborto è materia da riservarsi sostanzialmente alla libera discrezione del Legislativo, senza sovrapposti interventi del giudice che vigila all'osservanza della Costituzione. C'è da chiedersi se, tutto considerato, questa non sarebbe la soluzione più consigliabile, se non per l'ordinamento americano, almeno per quello italiano.

GIOVANNI BOGNETTI
Ordinario nell'Università di Pavia

321

LA RETRIBUZIONE INDEBITA COME NUCLEO ESSENZIALE DEI DELITTI DI CORRUZIONE (*)

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. — 2. Le dottrine troppo generiche. — 3. La corruzione come offesa alla imparzialità. — 4. La corruzione come indebita accettazione di doni. — 5. La corruzione come compravendita di un atto di ufficio. — 6. La retribuzione privata per l'atto di ufficio. — 7. Il carattere indebito della retribuzione.

1. Le diverse forme di corruzione contemplate dagli artt. 318-322 c.p. hanno tutte un nucleo essenziale comune. La sua esistenza è provata, in modo indiretto ma sicuro, dalla circostanza che, con una forzatura dei testi normativi, la dottrina è praticamente concorde nel riferirsi al « delitto di corruzione », quasi si trattasse di un unico tipo delittuoso: mentre le incriminazioni contenute nella legge sono nove (anzi addirittura diciotto, se si considerano come tipi autonomi quelli nei quali è coinvolto, anziché un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio).

Al momento di determinare quale sia il nucleo essenziale che accomuna le forme di corruzione, peraltro, le indicazioni che si possono ricavare dalla letteratura peccano sovente di genericità o di imprecisione. Vogliamo alludere alla discussione in tema di oggetto della tutela (1): qui alle volte ci si ferma a enunciati troppo generici, incapaci di differenziare i delitti di corruzione da altri delitti contro la pubblica amministrazione; altre volte si prospettano soluzioni più specifiche, ma tuttavia ancora incapaci, per un verso o per l'altro, di determinare con compiutezza il contenuto sostanziale dei delitti di corruzione.

2. Accade talvolta di imbattersi nell'affermazione che, nella loro sostanza, i delitti di corruzione sarebbero « violazione del dovere di

---

(*) *Scritto destinato agli Studi in onore di Salvatore Pugliatti.*

(1) Una elencazione abbastanza completa delle opinioni a tale proposito è in GEERDS, *Ueber den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung*, Tübingen, 1961, p. 47.