NUOVA SERIE - ANNO XVII
Pubblicazione trimestrale Fasc. 2 - Aprile-Giugno 1974

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE

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

392

rilevanza dei fattori politici rispetto a quelli logico-filosofici in seno alla formazione del moderno diritto delle prove.

Nel processo penale attuale, comunque, la previsione di regole legali volte ad imporre in certi casi persino la rinuncia alla sperimentazione diretta in sede giudiziale diventa politicamente suspicabile quando si avverta il mercato autoritarismo nascosto nell'uso della « libertà della prova ». Contro la tendenza di una magistratura che si avvale degli « spazi » lasciati aperti dal sistema probatorio per accreditare ricostruzioni di fatti dettate dalla ragion di Stato in spregio alla verità storica, la legalità probatoria può rappresentare un baluardo di non trascurabile importanza. Più in generale si tratta di ricondurre il giudizio di fatto a quella razionalità che è negazione degli arbitri oggi consumati in nome di una equivoca esigenza di difesa della società dal delitto.

Non credo del resto che abbia una reale consistenza — almeno nel processo penale — il rischio cui si riferisce Carnelutti quando parlava un « eccesso » delle regole probatorie legali « negative » da me proposte, nel senso che da queste stesse qualcuno potrebbe trarre conforto per farle assurgere di regole di segno positivo, tali cioè da « costringere il giudice a ritenere per provato il fatto criminoso » (Rivista, cit., p. 161). Analoghi di un simile pericolo non v'erano forse né nella dottrina né nella giurisprudenza sulla legge delega per la riforma del codice di procedura penale nel quadro della quale dobbiamo ormai operare per la costruzione del nuovo processo penale. La giurisprudenza continua invece ad annoverare sentenze di condanna basate su ricognizioni compiute senza legittime cautele di fotografie, dichiarazioni che attribuiscono valore indiziario di verità dubitative di accusatori della vittima di aggressioni sessuali, ignorando quel che la psicologia insegna sull'attendibilità di simili dichiarazioni, giungendo sovente addirittura ad invertire qualitativo tra prova ed indizi sull'onere del tutto convenzionale. E non è pericolo che questo metodo... giuliano di ricerca della verità — e il rifiuto del quale l'unica esperienza scientifica che conta è la difficile quella di cui è depositaria la coscienza — abbia a pervenire anche nel nuovo processo penale se non ci si impegna seriamente a promuovere il valore della legalità in tutte le fasi del procedimento probatorio.

ENNIO AMODIO
prof. straord. di procedura penale nell'Università di Parma

LA SUPREMA CORTE DEGLI STATI UNITI E LA LIBERALIZZAZIONE DELL'ABORTO (*)

Con due decisioni pubblicate il 22 gennaio 1973, la Suprema Corte degli Stati Uniti ha notevolmente ampliato la possibilità della interruzione legale della gravidanza e ha introdotto una soluzione legata a dei termini per l'aborto (1). I due giudizi devono considerarsi come provvisoria conclusione di un processo di riforma iniziato negli anni sessanta che — considerata la forte opposizione incontrata nell'opinione pubblica americana — ha raggiunto l'obiettivo abbastanza velocemente.

La competenza legislativa per la disciplina dell'aborto appartiene secondo la Costituzione americana ai singoli Stati membri. Quasi tutti gli Stati membri hanno emanato nel corso dell'ultimo secolo leggi che permettevano l'aborto solo in caso di necessità per la vita della donna incinta (2). A causa delle scarse conoscenze nel campo della antisepsi e della sterilizzazione, ad ogni aborto era connesso un alto grado di rischio per la vita della donna incinta, a cui essa poteva esporsi, secondo le valutazioni dei legislatori americani, solo se si doveva evitare un incombente pericolo di vita.

Fino ai giorni nostri le leggi restrittive non vennero modificate nella maggior parte degli Stati membri, sebbene i progressi della medicina — e non ultimi i nuovi metodi di aborto — abbiano relativamente ridotto i rischi ad esso collegati. Col passare del tempo è stato certamente riconosciuto da alcuni Stati membri un valore di "indicazione" anche alla eliminazione di un pericolo per la salute della donna incinta (3).

L'avvio ai moderni movimenti di riforma lo dà nel Codice Penale Modello, preparato dall'Istituto americano per il diritto — un'associazione privata di giuristi americani progressisti — e pubblicato nel 1962: esso doveva servire al legisla-

---

(*) Trad. it. di Enzo Musco.

(1) Roe v. Wade, *Supreme Court Reporter*, 93 (1973), 705 ss.; Doe v. Bolton, *loc.* p. 739 ss. Vedi pure Ellen und Klaus SESSAR, *Das Abtreibungs-Urteil des US Supreme Court*, Vorgänge, 1973, p. 144 ss.

(2) Vedi le indicazioni in Roe v. Wade, *loc.* p. 709, nota 2. Più da vicino *Model Penal Code, Tentative Draft Nr. 9*, Philadelphia 1959, p. 146; *The Effect of Changes on the State Abortion Laws*, edito da U.S. *Department of Health, Education and Welfare*, Washington, D.C. 1971, p. 2; HANACK, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs in der westlichen Welt*, in BALTMANN, *Das Abtreibungsverbot des § 218*, 2ª ed., 1972, p. 215. In altro senso SIMONS-GERARD, *Strafnormen gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, 1969, p. 150 per i quali una indicazione medica e quindi anche una minaccia per la salute della donna incinta (*cfr.*, *loc.* p. 151), è riconosciuta dappertutto negli Stati Uniti come motivo per l'interruzione della gravidanza.

(3) *Model Penal Code, Tentative Draft Nr. 9*, p. 152; *The Effect of Changes*, p. 2.

tori americani come modello nelle modifiche ai codici (4). Il Codice Penale Modello proponeva, da un lato, di estendere le « indicazioni » mediche in considerazione dei danni fisici e psichici alla salute della donna incinta, dall'altro che trovassero riconoscimento anche le « indicazioni » eugenetiche ed etiche (5). Le raccomandazioni del Codice Penale Modello hanno trovato negli Stati Uniti ampia realizzazione (6). Dal 1967, 14 Stati membri hanno riformato la loro legislazione sull'aborto aderendo più o meno strettamente alle proposte del Codice Penale Modello (7). L'applicabilità dell'esteso catalogo di indicazioni fu, però, in parte legato ad un termine (8) per l'aborto.

Alcuni Stati membri sono andati con le loro riforme molto più in là. Nel 1970 negli Stati di New York, Alaska e Hawaii per mezzo di una legge e nello Stato di Washington con l'aiuto di un referendum furono introdotte soluzioni legate a dei termini per l'aborto (9). Secondo la legislazione dell'Alaska e delle Hawaii è lecito proporre l'intervento finché il feto non è capace di vita, nello Stato di New York il termine è fissato in 24 settimane e a Washington in 16 settimane. Per evitare che gli Stati dell'Alaska, Hawaii e Washington diventassero i centri di aborto degli Stati Uniti, si decise di far dipendere la liceità dell'aborto dalla circostanza che la donna incinta avesse già da qualche tempo il domicilio nello Stato (10). La legislazione di New York non pone questa limitazione, e non ultimo per questa causa il numero degli aborti legali è irregolarmente salito dal 1970 (11).

La California appartiene pure agli Stati che seguendo il Codice Penale Modello hanno ampliato solo le indicazioni che giustificano l'aborto. In ogni caso l'aborto dovrebbe qui essere eseguito facilmente così come nello Stato di New York, poiché i medici e i centri di consultazione previsti dalla legge hanno ritenuto ogni previdenza non voluta un rischio per la salute spirituale e psichica della donna in-

(4) Il problema dell'aborto è trattato in *Tentative Draft Nr. 9*, § 207.11, come pure in *Proposed Official Draft*, Philadelphia, 1962, § 230.3. Vedi anche l'*Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuchs*, tradotto da Honig, 1965, art. 203.3.

(5) *Entwurf*, cit., *loc. cit.* Vedi anche HANACK, *Rechtsvergleichende Bemerkungen*, in BAUMANN, *Das Abtreibungsverbot*, cit., p. 215 s.; SIMSON-CERMAK, *Strafrecht*, cit., p. 151.

(6) L'associazione americana dei ginecologi e degli ostetrici lo ha seguito ampiamente nel 1968. Vedi *Statement on Therapeutic Abortion*, American College of Obstetricians and Gynecologists Newsletter, Bd. 12, Nr. 6, giugno 1968.

(7) Roe v. Wade, *Supreme Court Reporter*, cit., p. 720, nota 37; ROLLIN M. PERKINS, *Criminal Law*, 2ª ed., Mineola (N.Y.), 1969, p. 148.

(8) La California, per esempio, ammette l'intervento fino alla ventesima settimana di gravidanza. Vedi *The Therapeutic Abortion Act in California*, Health and Safety Code, §§ 25950-25955. Più da vicino HARMSEN, *Die gesetzliche Neuregelung der Schwangerschaftsunterbrechung im State New York*, *ZRP* 1971, 118.

(9) Roe v. Wade, *Supreme Court Reporter*, cit., p. 720, nota 37; *The Effect of Changes*, p. 3; HANACK, *Rechtsvergleichende Bemerkungen*, in BAUMANN, *Das Arbeitsabtreibungsverbot*, cit., p. 216; HARMSEN, *Die gesetzliche Neuregelung*, cit., p. 118 s.

(10) Nello Stato di Alaska il periodo di soggiorno richiesto è di trenta giorni, negli Stati di Hawaii e Washington novanta giorni.

(11) Secondo un resoconto del « *Time* », *International Edition* (4 ottobre 1971, p. 42), nei primi quindici mesi di vigenza della legge furono intrapresi nella città di New York 200.000 interventi, dei quali circa 120.000 su donne che non abitavano nello Stato di New York.

cinta ed hanno considerato così sufficiente la seria richiesta di quest'ultima di abortire (12).

Dunque i due più significativi Stati membri, New York e la California, si sono decisi per un'ampia soluzione del problema dell'aborto.

Questo sviluppo fu appoggiato ampiamente dall'opinione pubblica. Una commissione nominata dal presidente Nixon raccomandò, dopo un approfondito esame delle relative questioni una liberalizzazione dell'aborto secondo il modello di New York (13). Anche l'*american bar association*, l'influente organizzazione professionale degli avvocati, si espresse nell'ultimo anno per una soluzione in tal senso (14).

Le tendenze a liberalizzare sono però incappate anche in una decisa resistenza. Non solo rappresentanti della Chiesa cattolica, ma pure gruppi di protestanti e di greci ortodossi, nonché i mormoni e l'esercito della salvezza hanno manifestato di recente un'opposizione in misura sempre crescente. Dappertutto si sono formate associazioni per la « protezione del diritto alla vita », che hanno preso una ferma posizione contro l'allentamento del divieto di aborto. Esse hanno organizzato campagne pubblicitarie, pubbliche riunioni e dimostrazioni e tentato di influenzare, con pressione a volte massiccia, i deputati dei parlamenti dei singoli Stati membri (15). Il presidente Nixon, per avendo dichiarato che la regolamentazione dell'aborto è una questione che riguarda i singoli Stati, ha preso tuttavia posizione, in un modo insolito per un presidente americano, contro la crescente liberalizzazione. Si deve attribuire, fra l'altro, alla sua iniziativa se il parlamento dello Stato di New York nella primavera del 1972 ha emesso una legge secondo cui avrebbe dovuto accantonarsi la soluzione introdotta due anni prima. La legge non è entrata in vigore solo perché il governatore Rockefeller ha fatto uso del suo diritto di veto previsto nella Costituzione dello Stato di New York (16).

Negli ultimi anni la disputa sulla liceità dell'aborto è stata di nuovo riproposta davanti ai tribunali federali e a quelli dei singoli Stati membri. Se alcuni ritennero conforme alla Costituzione le prescrizioni esistenti, crebbe però continuamente il numero dei tribunali che disapplicarono le leggi a causa della loro indeterminatezza o a causa delle eccessive limitazioni dei diritti della donna incinta (17). Anche la Suprema Corte americana, già una volta nel 1971, si è occupata del problema del divieto di aborto (18). Il giudice distrettuale federale della Columbia, per il caso che allora doveva decidere, era pervenuto alla conclusione che le disposizioni legali che ammettevano l'intervento solo quando fosse necessario per il mantenimento della vita o della salute della donna incinta, violavano il principio di determinatezza della legge penale, garantito costituzionalmente, per l'impossibilità di accertare se il medico, nel decidere, abbia considerato solo il benessere fisico

(12) Thomas G. SIEVERS, *Abortion Laws: A study in Social Change*, *San Diego Law Review*, 7 (1970), nr. 2; KUMMER, *New Trade in Therapeutic Abortion in California*, *Obstetrics and Gynecology*, 34 (1969), p. 883.

(13) *New York Times* (18 marzo 1972, p. 1).

(14) *American Bar Association Journal*, 58 (1972), p. 380.

(15) « *Time* », *American Edition* (29 marzo 1971, p. 70 ss.).

(16) *The Time* (15 marzo 1972, p. 6).

(17) Vedi le indicazioni in Roe v. Wade, *Supreme Court Reporter*, cit., p. 727.

(18) United States v. Vuitch, *Supreme Court Reporter*, 91 (1971), p. 1294 ss.

o anche quello psichico nel giustificare l'interruzione della gravidanza (19). La Suprema Corte ha negato tuttavia una violazione del principio di determinatezza poiché il concetto di salute comprende, nell'uso comune, anche il benessere psichico e perché un medico dovrebbe avere le idee chiare sulla necessità di un intervento non solo in caso di aborto, ma in ogni operazione (20).

Dopo questa decisione, che lascia apparire chiaramente una posizione piuttosto conservatrice della Suprema Corte, alcuni specialisti pensarono di poter prevedere ulteriori procedimenti su questi problemi. E si sottolineò, inoltre, che dopo quel primo giudizio erano morti due significativi rappresentanti dell'ala liberale della Corte, il Justice Harlan ed il Justice Black. I posti vuoti furono presi dal Justice Rehnquist e dal Justice Powell, con la cui nomina il presidente Nixon aveva voluto rafforzare l'ala conservatrice della Corte.

II

Per questi motivi i due giudizi di gennaio del 1973 produssero da ogni parte sorpresa. Lo stupore fu particolarmente grosso quando si venne a sapere che la Corte aveva deciso con sette voti contro due e che tre dei giudici nominati dal presidente Nixon, il Justice Burger, il Justice Blackmun ed il Justice Powell, avevano votato con la maggioranza (21).

In entrambi i casi la maggioranza si è formata sul voto scritto preparato dal Justice Blackmun.

1. Il caso Roe v. Wade (22) contiene la decisione fondamentale della Suprema Corte, mentre l'altro giudizio tratta alcune importanti questioni di contorno. Nel caso Roe v. Wade si poneva una cameriera texana, vivente da sola, a cui non era stato consentito l'aborto richiesto, perché secondo la legge penale del Texas poteva essere concesso solo per evitare pericoli di vita. Dopo il rifiuto la donna si rivolse ad un giudice distrettuale federale e chiese che fosse dichiarato incostituzionale il divieto di aborto. Il tribunale accolse la sua domanda (23) e la parte opposta presentava direttamente un ricorso alla Corte Suprema. Molto tempo prima che fosse deciso il ricorso, la donna diede alla luce un figlio. La Suprema Corte affermò nondimeno un interesse giuridico a trattare la questione, sia perché altrimenti la questione della costituzionalità dell'aborto difficilmente avrebbe potuto essere chiarita in maniera definitiva, sia perché la donna avrebbe potuto di nuovo rimanere incinta (24).

(19) United States v. Vuitch, *Federal Supplement*, cit. (1969), p. 1082 ss.

(20) United States v. Vuitch, *Supreme Court Reporter*, cit., 1244 ss., 1298.

(21) Come si ricorderà, il Chief Justice Burger ha successivamente condiviso l'opinione della minoranza, mentre poi si è uniformato alla regola tradizionale che il presidente di un collegio deve spingersi con la sua autorità a maggioranza, nelle decisioni di grande importanza giuridica, solo nella misura in cui possa armonizzarsi con la sua coscienza e non muti il risultato della votazione. Vedi «Time», *International Edition* (5 febbraio 1973, p. 47).

(22) I nomi Roe e Doe sono dei pseudonimi scelti per non scoprire la identità delle donne incinte.

(23) Roe v. Wade, *Federal Supplement*, 314 (1970), p. 1217.

(24) Roe v. Wade, *Supreme Court Reporter*, 93 (1973), p. 712. Al procedimento davanti al tribunale federale distrettuale erano intervenuti un medico, che già era accusato di aborto, e una coppia che voleva evitare la gravidanza per una malattia nervosa della donna. Il loro intervento fu tuttavia dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte per mancanza di un interesse.

Per ciò che riguarda il merito, la Suprema Corte decise che durante i primi tre mesi della gravidanza deve essere rimessa alla discrezionalità del medico consultato la decisione sul se e sul come dell'intervento desiderato dalla donna (25). Se la gravidanza ha raggiunto il quarto mese, spetta allo Stato emanare particolari prescrizioni di sicurezza per la protezione della vita e della salute della donna incinta ed esigere la specializzazione del medico curante o imporre che l'intervento abbia luogo solo in un ospedale. Solo quando il feto può essere ritenuto capace di vita, all'incirca al settimo mese, è lecito allo Stato, nell'interesse della vita *in fieri*, limitare l'aborto ai casi in cui la vita o la salute della donna incinta siano in pericolo. Questa suddivisione conduce, fondamentalmente, ad una liberalizzazione dell'aborto nei primi sei mesi di gravidanza.

Nella motivazione scritta della sentenza, il Justice Blackmun sottolinea innanzitutto, sulla base di una retrospettiva storica, che il rigoroso divieto di aborto esistente nella maggior parte degli Stati membri ha data relativamente recente (26). Sia il diritto comune, sia le disposizioni penali inglesi ed americane della prima metà del secolo diciannovesimo hanno distinto rispettivamente due stadi di gravidanza e previsto pene meno pesanti per l'aborto anteriore al primo, accertabile movimento del bambino (27).

Successivamente, il Justice Blackmun esamina i diversi motivi sui quali è stato poggiato, nel corso degli anni, il divieto di aborto. L'idea, talvolta prospettata in passato, che tale divieto sia un prodotto dell'epoca vittoriana e serva a sofocare le relazioni sessuali illegittime viene respinta perché la norma sull'aborto trova applicazione sia agli uomini sposati, sia ai non sposati (28).

Anche la considerazione, un tempo molto invocata, secondo cui l'aborto implica rilevanti pericoli per la donna, non è più valida oggi, poiché nuove indagini hanno dimostrato che il grado di mortalità negli interventi durante i primi tre mesi di gravidanza è in totale più basso che nel parto (29). La preoccupazione per la salute e per la vita della donna perciò non giustifica più, oggi, il divieto, ma solo un controllo statuale sul procedimento di aborto. Lo Stato può pretendere che l'interruzione della gravidanza, similmente ad ogni altro intervento medico, sia compiuto da un medico abilitato, in condizioni sanitarie ineccepibili, che anche durante il periodo successivo vi sia a disposizione una sufficiente assistenza medica e che siano prese le necessarie precauzioni per evitare l'insorgere di complicazioni (30). Un più approfondito controllo statuale non è necessario nei primi tre

(25) Sul punto e sulle osservazioni che seguono cfr. Roe v. Wade, *Supreme Court Reporter*, cit., p. 732.

(26) *Supreme Court Reporter*, cit., pp. 715-724.

(27) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 710 ss.; PERKINS, *Criminal Law*, p. 140 ss.

(28) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 716.

(29) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 724 s. Secondo un'indagine statistica su 73.000 aborti compiuti nel 1970 e 1971 in 66 cliniche americane, ci sono stati soltanto 6 casi mortali, mentre negli Stati Uniti su 100.000 nascite si verificano in media 24,7 casi di morte. Vedi «Time» *International Edition* (5 febbraio 1973, p. 46).

(30) Roe v. Wade, *Supreme Court Reporter*, cit., p. 725.

ARCHIVIO GIURIDICO

mesi. La questione se portare a compimento o interrompere la gravidanza in questo periodo, dov'essere rimasta una mera questione medica (31).

L'esperienza insegna, però, che con l'inizio del quarto mese aumentano per la donna i rischi connessi all'intervento. Perciò da questo momento lo Stato può decidere ulteriori misure di sicurezza per la protezione della vita e della salute della donna incinta e disporre che da questo momento non ogni medico sia legittimato all'aborto o che questo debba essere fatto in ospedale (32).

Il terzo motivo per il divieto di aborto — rileva Blackmun — viene individuato nell'interesse dello Stato alla vita *in fieri* (33). A questo bene giuridico tuttavia non può essere data una illimitata protezione poiché non possono essere trascurati gli opposti diritti della donna incinta. Tra questi merita qui innanzitutto attenzione il diritto della donna incinta alla protezione della sua vita privata (34).

Il diritto alla vita privata trova il suo fondamento nella Costituzione americana. Esso non è espressamente previsto ma è stato desunto, nel corso degli anni, in via interpretativa dai diversi diritti fondamentali (35) cioè dalla libertà di religione, di stampa o di opinione garantita nel primo emendamento, dal divieto di illecite perquisizioni e sequestri contenuto nel quarto emendamento, come pure dalla protezione contro l'autoincriminazione garantita dal quinto emendamento (36), oppure è stato ricavato — come è avvenuto ad opera della Suprema Corte — dal quattordicesimo emendamento, secondo cui interventi nella vita, nella libertà e nella proprietà, sono ammessi solo nel rispetto del principio del «*due process of law*» (37).

Nel caso Roe v. Wade il Justice Blackmun ha scelto la seconda spiegazione ed ha considerato il diritto alla vita privata come parte della libertà personale garantita dal quattordicesimo emendamento (38). Egli richiama precedenti decisioni della Suprema Corte, in cui il diritto di sposare una persona che abbia la pelle di color differente, la decisione di aver figli e di rendersi partecipi di una certa formazione, sono stati visti come forma di manifestazione del diritto alla vita privata.

(31) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 732.
(32) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 725 et 731 s.
(33) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 725. Precedenti decisioni hanno espressamente indicato solo la vita e la salute della donna incinta come beni giuridici protetti. Anche dal rilievo che la donna incinta in numerosi Stati americani non è punibile per aborto a causa della sua partecipazione all'intervento, si è dedotto che il divieto di aborto non serve alla protezione della vita (cfr. Yale Law Journal Co., *Reporter*, cit., p. 726; secondo *Model Penal Code*, Tentative Draft No. 9, p. 158).
(34) Roe v. Wade, *Supreme Court Reporter*, cit., p. 726. Più da vicino cfr. il voto conforme del Justice Douglas in Roe v. Wade e Doe v. Bolton, *ivi*, p. 756.
(35) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 726 s.
(36) Il *right of privacy* è cresciuto, secondo la convinzione del Collegio, all'ombra di nuovi diritti costituzionali. Griswold v. Connecticut *Supreme Court Reporter*, 85 s. (1965), pp. 1678 ss. e 568.
(37) Un ex giudice della Suprema Corte, Goldberg, deduceva il *right of privacy* dal nono emendamento, secondo il quale la previsione dei diritti costituzionali negli altri emendamenti non deve intendersi come esclusione di altri diritti fondamentali. Griswold v. Connecticut, *Supreme Court Reporter*, cit., p. 1682 ss. L'opinione di Goldberg è però generalmente respinta.
(38) *Supreme Court Reporter*, 93 (1973), p. 726 s.

Secondo le argomentazioni di Blackmun, la decisione di una donna di volersi sottoporre ad aborto, appartiene alla sfera privata costituzionalmente protetta (39). Se si volesse sottrarle il potere di decisione, la si costringerebbe probabilmente ad una vita fatta di necessità e di miseria. A causa del figlio illegittimo, sarebbe permanentemente bollata con un marchio d'infamia e non si potrebbero escludere malattie e danni psichici: e ciò senza considerare la irrisolvibile problematica del figlio non voluto e il fatto che la famiglia, per motivi psichici o di altra natura, può mostrarsi incapace di preoccuparsi dei propri figli (40). Per queste considerazioni è stato certamente importante il pensiero della miseria esistente nei superpopolati *Slums* delle grosse città americane. Il giudice Blackmun non lo rileva in tale connessione, ma menziona in un altro passaggio del suo voto scritto che povertà, problemi di razza, inquinamenti, crescita della popolazione sono fattori che debbono essere tenuti in conto e che la decisione della Corte deve intendersi anche come risposta a questi complessi problemi (41).

Il quattordicesimo emendamento della Costituzione americana può essere sottoposto a limiti se non si viola il principio del *due process of law*. La clausola del *due process of law*, che risale alla *Magna Carta* e che oggi tra i diritti fondamentali della Costituzione americana occupa il posto di una clausola generale, originariamente era solo una protezione processuale (42), perché doveva assicurare un processo giurisprudenziale che si svolgeva con determinate garanzie per il soggetto rispetto a qualsiasi attentato alla vita, alla libertà e alla proprietà. Nel corso di questo secolo tuttavia, la Suprema Corte ha reso la clausola un criterio di misura valevole nell'ambito del diritto materiale, con l'aiuto del quale si valuta se sia da ritenere contenutisticamente giustificato e pieno di senso, un intervento relativo alla vita, libertà e proprietà.

Il Justice Blackmun ha lasciato aperta la questione dell'inizio della vita. Più precisamente egli rinvia alla disputa dei medici, filosofi, teologi ma rileva che in considerazione della mancanza di chiarezza sulla questione, anche dal lato giuridico non può esigersi una risposta definitiva (43). Per la decisione del caso non importa, poi, l'inizio della vita: decisivo è piuttosto il momento dal quale il feto è capace, secondo valutazione umana, di condurre una vita piena al di fuori del seno materno. Questa soluzione è — così si sottolinea — logica come pure biologicamente giustificata (44).

Infine il Justice Blackmun ha trattato la questione se il feto — da parte sua — si trovi sotto la protezione del quattordicesimo emendamento (47). La clausola del *due process* è applicabile, secondo la sua lettera, se una «persona subisce una limitazione di diritti». Il concetto «persona» non comprende qui tuttavia, come si dice più precisamente nella sentenza, il nascituro. Questa posizione ha procurato alla Suprema Corte il rimprovero di concepire il feto come non-

(39) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 727.
(40) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 727.
(41) *Supreme Court Reporter*, cit., pp. 708 s. e 733.
(42) Sul punto e sulle considerazioni seguenti vedi LOEWENSTEIN, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, 1959, p. 310 ss.
(43) Roe v. Wade, *Supreme Court Reporter*, cit., pp. 727 s. e 731.
(44) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 732.
(45) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 730 s.
(46) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 732.
(47) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 728 ss.

persona (48), anche se dalle argomentazioni della Corte appare che non si è presa una posizione divergente da quella tradizionale negli Stati Uniti.

2. L'altro caso, Doe v. Bolton, puniva una casalinga della Georgia, abbandonata dal marito e vivente in miseria, che aveva trascorso qualche tempo in un manicomio ed i cui figli maggiori erano in parte cresciuti da genitori adottivi (49). La sua domanda di aborto era stata rifiutata perché, secondo la legislazione della Georgia, l'aborto era ammesso solo in presenza di indicazioni mediche eugenetiche o etiche. Anche essa propose un'azione di accertamento (50) e la controversia arrivò alla Suprema Corte in modo simile al caso Roe v. Wade. Il giudice prese a pretesto la legislazione, relativamente recente, della Georgia, che imita il Codice Penale Modello, per saggiare la costituzionalità delle prescrizioni, che regolano particolari questioni sull'aborto e sul procedimento ad esso relativo.

Nel suo voto il Justice Blackmun dichiara che è inammissibile consentire l'aborto esclusivamente in ospedali riconosciuti da una determinata commissione di controllo (51). Durante i primi tre mesi di gravidanza non è necessario il ricovero in un ospedale, in considerazione della minima pericolosità dell'intervento (52). Dal quarto mese è lecito allo Stato emanare prescrizioni per la protezione della donna incinta; nel procedimento di riconoscimento previsto in Georgia, però, giocano un ruolo soltanto questioni mediche generali, ma non problemi di sicurezza legati all'aborto (53).

Anche la disposizione secondo cui il programmato intervento deve essere autorizzato da una commissione di medici dell'ospedale, viene ritenuta incostituzionale, perché limita oltre misura il diritto di decisione della donna incinta e quello del medico da lei scelto (54). La vitalità *fieri* non viene protetta con l'introduzione di un potere di consulenza, poiché il medico curante ha già preso la sua decisione e gli esperti non vengono che a dare una diagnosi propria. La preoccupazione per la salute della donna incinta piace, però, sulle mani del suo medico.

L'ulteriore presupposto, che la diagnosi del medico curante deve essere confermata da altri due medici, viola certamente la Costituzione (55). Esso non è adatto a rafforzare la protezione della salute della donna incinta e limita in modo eccessivo il diritto del medico all'esercizio della professione. Se un medico ha ricevuto l'incarico, vuol dire che egli possiede la necessaria qualificazione. Per nessun altro intervento medico si prescrive che egli abbia il consenso di due colleghi.

(48) Sonntag, *Die weltliche Lehre vom Beichtrat*, Herder Korrespondenz, 27 (1973), p. 121 ss. e 125.
(49) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 738 ss.
(50) Doe v. Bolton, *Federal Supplement*, 319 (1970), p. 1048. Alla domanda aderirono nove medici, sette infermiere, cinque religiosi, due assistenti sociali e due associazioni interessate alla riforma sull'aborto. La Suprema Corte ammise l'intervento dei medici e rinunciò alla decisione sull'intervento degli altri perché irrilevante. Vedi Doe v. Bolton, *Supreme Court Reporter*, cit., p. 744 ss.
(51) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 748.
(52) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 749; Roe v. Wade, *ivi*, p. 731 s.
(53) Doe v. Bolton, *ivi*, p. 748.
(54) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 749 s.
(55) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 750. Il *Chief* Justice Burger accenna nel suo voto che è pronto a mantenere ferma tale pretesa poiché ciò non costituisce per il medico curante un peso eccessivo: *ivi*, p. 756.

Infine, si ritiene di dover disapplicare la prescrizione che ammette l'aborto se la donna incinta è residente in Georgia, in quanto non compatibile con il principio costituzionale secondo cui tutti i cittadini degli Stati Uniti godono degli stessi diritti e della stessa libertà nei singoli Stati membri (56).

Nella sentenza non vengono espressamente chiariti i presupposti che legittimano l'aborto nell'ipotesi in cui il feto abbia raggiunto la capacità di vita. Dalla esposizione del Justice Blackmun potrebbe però risultare che la decisione, se dopo l'inizio del settimo mese di gravidanza possa essere intrapreso un intervento per il mantenimento della vita o della salute della donna incinta, è una questione esclusiva del medico da lei scelto. Al contrario, l'altra questione, se colui che ha concepito il bambino o i genitori di una donna incinta minorenne abbiano un co-diritto nella decisione, è stata lasciata dalla Suprema Corte appositamente aperta (57).

3. Il Justice White, che con il Justice Rehnquist ha votato contro la maggioranza, nel suo voto rimprovera ad esso di aver attribuito più significato alle comodità ed al desiderio della madre che alla vita *in fieri* e di aver fondamentalmente creato un diritto all'aborto (58). Il Justice Rehnquist dubita che si possa ritenere un aborto fatto da un medico una questione che riguarda la sfera privata della donna incinta (59). La più tagliente critica dei due giudici si dirige, tuttavia, contro il fatto che la Suprema Corte con i due giudizi ha oltrepassato la sua competenza e si è arrogata i poteri del legislatore (60). Le decisioni, rileva il Justice White, sono da ritenere un crudo arbitrio giudiziario (61).

In effetti la Suprema Corte non si è limitata ad esaminare la costituzionalità delle disposizioni esistenti sull'aborto, ma ha creato una nuova legislazione in materia di aborto. Con tale libera formazione del diritto essa si collega precisamente ad una antica, anche se sempre controversa, tradizione (62): ben difficilmente però era possibile trovare, fino ad oggi, una sentenza con la quale essa avesse così profondamente inciso sui poteri del legislatore. Anche il Chief Justice Burger, il Justice Blackmun ed il Justice Powell, hanno partecipato all'attività legiferante della Suprema Corte, sebbene il presidente Nixon li avesse nominati per segnare questa tendenza e sebbene nell'ultimo anno, nella decisione con cui fu dichiarata incostituzionale la pena di morte, fossero intervenuti vigorosamente per un non impegno della Corte (63).

III.

Entrambe le sentenze si riferiscono in modo diretto solo alla legislazione del Texas e della Georgia. Tuttavia, poiché la Suprema Corte ha accertato che la nuova

(56) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 751.
(57) Roe v. Wade, *ivi*, p. 733, nota 67.
(58) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 763.
(59) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 736.
(60) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 763 (Justice White) e 737 (Justice Rehnquist).
(61) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 763.
(62) Hermann, *Der Supreme Court der Vereinigten Staaten erklärt die Todesstrafe für verfassungswidrig*, in *JZ*, p. 615 ss.
(63) Hermann, *Der Supreme Court*, cit., p. 616.

regolamentazione dell'aborto risulta dalla Costituzione, tutti gli Stati membri ne risultano coinvolti. Prescindendo forse da quello di New York, ogni singolo Stato membro dovrà riformare la sua legislazione sull'aborto in adesione ai principi posti dalla Suprema Corte.

Una rapida riforma è spesso richiesta con urgenza poiché nel Texas ed in un gran numero di Stati membri che finora hanno permesso l'aborto solo per salvare la vita della madre, rimane oggi impunita ogni forma di aborto. Nel caso Roe v. Wade la Suprema Corte ha accertato che sarebbe privo di senso dichiarare incostituzionale esclusivamente la norma che prevede la liceità dell'intervento solo per evitare il pericolo di vita (64). Poiché in questo caso ogni aborto sarebbe punibile, si dovrebbe mettere da parte la fattispecie di aborto, come ha argomentato il Justice Blackmun (65). Nel Minnesota, la cui legislazione sull'aborto è notevolmente simile a quella del Texas, il tribunale supremo ha tratto le conseguenze da questa decisione ed ha cassato una condanna per aborto per mancanza di punibilità (66).

D'altra parte, la battaglia per la riforma dell'aborto non si è conclusa con i due giudizi della Suprema Corte. La disputa prosegue con asprezza nella opinione pubblica (67). Circa dieci Stati membri si sono rivolti nel contempo al Congresso e hanno chiesto di ripristinare l'originaria regolamentazione giuridica con un ulteriore emendamento alla Costituzione (68).

JOACHIM HERRMANN
Prof. ord. nell'Univ. di Augsburg M.L.L.

(64) *Supreme Court Reporter*, cit., p. 733.
(65) *Supreme Court Reporter*, cit., loc. cit.
(66) State v. Hultgren, *Criminal Law Reporter*, 12 (1973), p. 2428.
(67) Alcuni cattolici della Virginia hanno richiesto persino la scomunica del Justice Brennan, giudice cattolico presso la Suprema Corte. «*Time*» *International Edition* (5 febbraio 1972, p. 46).
(68) *International Herald Tribune* (1 giugno 1973, p. 5); *Criminal Law Reporter*, 13 (1973), p. 2063.

IL CONVEGNO DI ALGHERO SU «LE MISURE DI PREVENZIONE»: IX DEI «DE NICOLA»

Impeccabilmente organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, si è tenuto ad Alghero, nei giorni 26, 27 e 28 aprile 1974, il IX dei Convegni di studio «Enrico De Nicola» sui problemi più urgenti del diritto e della procedura penale. Attualissimo il tema: «Le misure di prevenzione».

Il Convegno è stato dedicato alla memoria di Giacomo Delitala che per lunghi anni è stato Presidente della Sezione giuridica del Centro e della Commissione permanente per i Convegni «De Nicola». Un omaggio alla memoria del prof. Delitala è stata anche la scelta della sede del Convegno: Alghero, a pochi passi da Sassari, Sua città natale. Chi scrive è buon testimone che tale era stato il desiderio espresso dal prof. Delitala qualche mese prima di morire: «De Pietro ci portava a Lecce nella sua magnifica ed ospitale terra di Puglia; ora, data anche la pertinenza del tema, potrebbe essere la volta della nostra Sardegna, non meno bella, non meno ospitale e... non meno ricca di tradizioni giuridiche».

Dopo il discorso inaugurale del sen. prof. Guido Gonella, Presidente del Centro organizzatore, il quale ha, tra l'altro, dato lettura del messaggio inviato all'assemblea dal Capo dello Stato, prof. Giovanni Leone, contenente, oltre che appropriate parole sul tema del Convegno, un ricordo commosso ed esaltante della figura di Giacomo Delitala, e dopo gli indirizzi di saluto espressi dal dott. Francesco Trotta, Presidente della Corte d'Appello di Cagliari, dal prof. Tullio Treves, Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Sassari e dal dott. Ghiermino, Commissario prefettizio di Alghero, ha preso la parola per la Relazione introduttiva il prof. Pietro Nuvolone, Ordinario di Diritto penale nell'Università di Milano e Direttore della Ricerca, il quale, dopo aver commemorato anch'Egli con commosse parole la personalità e l'opera di Giacomo Delitala, è entrato nel vivo della problematica posta dal tema del Convegno.

Dopo aver affermato come la prevenzione della criminalità — il cui concetto è chiaramente visibile nella Costituzione della Repubblica italiana — debba venir considerata come uno dei doveri fondamentali dello Stato e come i problemi relativi non possano conseguentemente esser posti soltanto in chiave garantistica ed illuministica quale difesa del cittadino contro lo stato ma debbano venir sentiti anche come espressione del diritto dei cittadini alla vita, alla libertà ed alla integrità personale e quindi come pretesa di questi nei confronti dello Stato affinché quest'ultimo garantisca loro le condizioni elementari e fondamentali di vita, e dopo essersi soffermato sulla esigenza di approfondire il concetto di criminalità e di individuare le cause di questa, il prof. Nuvolone ha introdotto la tematica costituzionale relativa alle misure di prevenzione la quale si riconduce alla compatibilità della prevenzione, soprattutto di quella a carattere individuale,