

**Dott.ssa Ilaria Giannecchini**  
**Dottore di ricerca in diritto comparato**  
**Università degli studi di Firenze**

**Presupposti e limiti giuridici per la richiesta di crioconservazione formulata  
ante-mortem da una minore di anni 14 in Inghilterra**

*1. Introduzione: gli antefatti della sentenza Re JS (Disposal of Body) [2016] della HIGH COURT of JUSTICE Inglese -2. Le problematiche giuridiche delineate dalla motivazione nel confronto con la realtà processuale di civil law : quando la Corte vuole “materializzare” i sogni – 2.1. Disposition of a body: tra capacity e Gillick competence della minore – 3. Parental responsibility nell’ordinamento inglese – 3.1 Sec. 8 Children Act 1989 e Inherent Jurisdiction – 4. Disposal of the body : tra common law e leggi interne, in una prospettiva sovranazionale – 4.1. Disposal of the body nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo 5. Il problema delle prospective decisions e il best interest of the child*

ABSTRACT

Il caso Re JS (Disposal of Body) [2016] EWHC 2859 (Fam) deciso dalla Family Division della High Court Of Justice a fine 2016, resta al momento senza precedenti. Promosso direttamente da una ragazzina di 14 anni, malata di cancro terminale, era volto ad ottenere “*orders to secure her wish to be cryo-preserved upon death.*”

La richiesta poneva sul tappeto plurimi problemi giuridici: una minore che non avrebbe potuto validamente redigere disposizioni testamentarie o altro documento per disporre del suo corpo dopo la morte, una richiesta per una procedura che, peraltro, sarebbe stata eseguita in America e non in Inghilterra, il

conflitto tra i due genitori, entrambi titolari della *parental responsibility*, poiché il padre si opponeva alla crioconservazione. Non solo. La soluzione finale imponeva, poi, di emettere un provvedimento anticipatorio, di norma vietato dalla procedura inglese.

Sebbene la questione sollevasse anche una serie di problemi etici, nel miglior stile inglese, la Corte fa un passo indietro rispetto alle proprie personali valutazioni, ed anzi precisa che non ha intenzione di entrare nel merito della scelta della ragazzina, giudicandola strettamente personale. La motivazione rimane dunque su un piano rigorosamente tecnico-giuridico, senza alcun coinvolgimento etico-morale.

La decisione, peraltro, articolata in tre provvedimenti distinti, si fonda dunque su considerazioni di più ampio respiro, valorizzando il principio cardine dell'intero impianto normativo del *Children Act*, ossia il perseguimento del welfare del minore ed avvalendosi di uno strumento processuale tipico dell'ordinamento inglese: l'*Inherent Jurisdiction*.

*The case Re JS (Disposal of Body) [2016] EWHC 2859 (Fam) FAMILY DIVISION decided by the High Court of Justice at the end of 2016, remains at the time without precedents. Promoted directly by a 14 years old girl, suffering from terminal cancer, was aimed at obtaining "orders to secure her wish to be cryo-preserved upon death."*

*The civil action placed on the mat multiple legal problems: a child who could not properly write a will or other document to dispose of his body after death, a request for a procedure which, however, would be carried out in*

*America and not in England, the conflict between the two parents, both holders of parental responsibility, since his father did not agreed about cryoconservation. Not only. The final solution also required to issue a prospective order, normally forbidden by English procedure*

*Although the issue raised also a number of ethical problems, in the best English style, the Court takes a step back with respect to its personal assessments, and indeed it specifies that he is not going to go into the choice of the girl, judging strictly personal. The sentence therefore is technical and legal, without any ethical-moral involvement.*

*The judgement, however, divided into three distinct orders, therefore, is based on broader considerations, enhancing the Children Act's basic principle, namely the pursuit of the welfare of the child and making use of an typical English procedural instrument: the Inherent Jurisdiction.*

*1. Introduzione: gli antefatti della sentenza Re JS (Disposal of Body)  
[2016] della HIGH COURT of JUSTICE Inglese*

Il 10 novembre 2016, il giudice Peter Jackson della *Family Division* della *High Court of Justice* di Londra ha depositato le motivazioni di un caso giudiziario, al momento senza precedenti, che coinvolge una particolare miscellanea di problemi etici e giuridici.

Il caso, oramai noto come *Re JS (Disposal of Body)*<sup>94</sup>, è stato promosso davanti alla Alta Corte con un'istanza urgente nell'interesse di una ragazzina di 14 anni, denominata nella sentenza JS, alla quale, l'anno precedente, avevano diagnosticato una rara forma di cancro, molto aggressiva e incurabile.

Come si legge nel provvedimento, ad agosto 2016, sospesa ogni forma di cura perché inefficace, l'ospedale aveva proseguito solo con cure palliative. La

---

<sup>94</sup> *Re JS (Disposal of Body)* [2016] EWHC 2859 (Fam);

minore, infatti, è deceduta il 17 ottobre 2016, prima del deposito della motivazione finale del novembre 2016, ma non prima del deposito del dispositivo, ossia 6 ottobre 2016.

A JS, nel rispetto del protocollo vigente nel territorio inglese, era stata comunicata la verità, ossia che sarebbe deceduta a breve<sup>95</sup>. Così, durante la degenza in ospedale per le cure palliative, la minore aveva navigato in internet e aveva scoperto la tecnica della crioconservazione *post mortem*.

Aveva altresì scoperto che esistevano, al momento, solo due validi centri, uno negli Stati Uniti ed uno nella Federazione Russa e che il costo per il congelamento del corpo e la conservazione dello stesso era pari a 37.000,00 sterline.

I nonni materni della ragazzina, con l'aiuto di volontari, già a settembre 2016, avevano raccolto il denaro necessario per la procedura di congelamento in America, e sostenevano, insieme alla madre di JS, la scelta di quest'ultima.

Per contro, il padre, divorziato da molti anni, e anche lui malato di cancro, si era dichiarato contrario alla *Cryoconservation*.

Dato il contrasto tra i genitori, entrambi titolari della *parental responsibility*, e considerato che la ragazzina sarebbe morta a breve, quest'ultima aveva promosso la causa volta ad ottenere “*orders to secure her wish to be cryo-preserved upon death.*”

Nell'ordinamento italiano una minore non avrebbe agito con un proprio legale e con il supporto degli assistenti sociali, se, come nel caso concreto, avesse avuto il sostegno della madre.

Sarebbe stata piuttosto quest'ultima, in qualità di esercente la responsabilità genitoriale, a promuovere un provvedimento d'urgenza nell'interesse della figlia.

---

<sup>95</sup> Con la sentenza *Montgomery v Lanarkshire Health Board (Scotland)* 2015 UKSC 11 ([http://www.bailii.org/form/search\\_cases.html](http://www.bailii.org/form/search_cases.html)) la Corte Suprema Inglese ha stabilito che per potersi avere un consenso valido e informato ogni paziente deve ricevere tutte le informazioni, anche quelle relative ai rischi, di ogni trattamento proposto. Non è più possibile un filtro delle informazioni da comunicare da parte del medico, sebbene giustificato da valutazioni mediche e ritenuto nell'interesse del malato;

Ma, come vedremo, questa è solo una delle *bizzarie* del sistema inglese, che il commento di questa sentenza offre ad un *civil lawyer*.

Singolarmente, infatti, la sentenza è stata suddivisa in tre parti. La prima parte, resa il 6 ottobre 2016, contiene sostanzialmente il dispositivo e una parte della motivazione. Questa parte è, in realtà, quasi scevra di riferimenti normativi e di common law, ossia precedenti giudiziari vincolanti che rappresentano diritto interno, ma è stata, comunque, redatta al fine di garantire alla minore una risposta prima della sua morte. Questa scelta del magistrato deve ricondursi alla convinzione che fosse nel migliore interesse di JS sapere, quanto prima, che la sua richiesta era stata accolta.

La motivazione in punto di diritto, sebbene sommariamente sviluppata, è invece affidata alla seconda parte, depositata il 19 ottobre 2016.

Infine, la terza parte, depositata il 10 novembre 2016, contiene il resoconto di quanto avvenuto dopo la morte di JS e il divieto di pubblicazione del nome delle parti. In ogni caso, la sentenza è stata depositata interamente e ufficialmente solo a novembre 2016.

Per garantire chiarezza all'esposizione delle ragioni che hanno condotto l'Alta Corte ad autorizzare la crioconservazione del corpo della minore, il commento analizzerà i motivi della decisione, nel loro complesso, cercando di mettere ordine nella confusionaria esposizione argomentativa, conseguenza anche della suddivisione della motivazione in due parti distinte del provvedimento.

## *2. Le problematiche giuridiche delineate dalla motivazione nel confronto con la realtà processuale di civil law : quando la Corte vuole "materializzare" i sogni*

Fin dalle prime righe della sentenza, si intuisce la chiara intenzione del Giudice di accontentare la ragazzina. Ed è forse per questo necessario percorso

inverso, che parte dalla soluzione prescelta, per poi tornare indietro a trovare un sostegno argomentativo, che la motivazione risulta, a tratti, sommaria e confusionaria, senza un naturale filo logico conduttore.

Questo *modus procedendi* la rende abbastanza unica nella forma.

Per contro, l'Alta Corte, in via preliminare, al punto 30<sup>96</sup>, prende le distanze dalla scelta della ragazzina e precisa che il provvedimento di autorizzazione non deve essere interpretato come l'approvazione da parte della Corte della crioconservazione o l'incoraggiamento della stessa, né come l'ordine di crioconservare il corpo di JS.

Sempre in questa prima parte, si riflette lo spirito e la sensibilità delle Corti Inglesi, che rifuggono, come del resto il legislatore stesso, alla tentazione di imporre un'etica o una morale personale o dominante, incoraggiando piuttosto il rispetto del particolare sentire di ognuno, soprattutto con riferimento a temi delicati come la vita e la morte. Così, la Corte premette che non entrerà nel merito della decisione della minore, ma si limiterà a valutarne la legalità.

Il giudice Jackson nemmeno nasconde di essere stato condizionato, nella redazione del provvedimento, da problemi pratici, che hanno complicato ulteriormente la situazione. Sottolinea, infatti, che l'Ospedale ove era ricoverata la ragazzina, pur non credendo nel buon esito della procedura di crioconservazione, si era reso disponibile a impiegare il personale per intervenire nelle ore immediatamente successive al decesso, al fine di garantire la possibilità della *cryoconsevation* e il trasporto in USA. Tuttavia, l'ente ospedaliero aveva rimarcato la necessità di sapere con un largo anticipo, di almeno 24/48 ore prima della morte, se la terapia di preparazione del corpo, in vista della crioconservazione, fosse stata autorizzata oppure no.

---

<sup>96</sup> “Lastly, I cannot emphasise enough what this case is not about. It is not about whether cryonic preservation has any scientific basis or whether it is right or wrong. The court is not approving or encouraging cryonics, still less ordering that JS's body should be cryonically preserved”. Punto 30-Parte I- JS (Disposal of Body) [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1; “Nor is this case about whether JS's wishes are sensible or not. We are all entitled to our feelings and beliefs about our own life and death, and none of us has the right to tell anyone else – least of all a young person in JS's position – what they must think.”- Punto 31-Parte I- JS (Disposal of Body) [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

Questo ulteriore limite temporale “soffiava” fretta sul collo del Giudice e la fretta non è amica della coerenza e della tenuta argomentativa di una motivazione.

Comunque, lo stesso Giudice, quasi per giustificarsi, ricorda a se stesso che i casi in cui convergono le malattie dei minori e i conflitti familiari, rappresentano casi difficili, e come sempre *hard cases make bad law* (*casi difficili fanno cattivo diritto*)<sup>97</sup>. Come noto, nei sistemi di common law, le sentenze “fanno diritto”, poichè rappresentano precedenti vincolanti o perché, semplicemente, disciplinano un settore non coperto dalla legge, come nel caso in questione.

Infine, in coda ad una lunga premessa, dopo aver espressamente eliminato le problematiche di tipo etico, il giudice Jackson pone in evidenza come la soluzione del caso restasse condizionata solo da plurimi problemi giuridici. In primo luogo, si poneva il problema di una minore, che, anche nell’ordinamento inglese, non avrebbe potuto validamente redigere disposizioni testamentarie o altro documento per disporre del suo corpo dopo la morte. In secondo luogo, i due genitori in conflitto avevano entrambi la *parental responsibility*, e dunque il diritto di decidere sulla destinazione e sulla sepoltura del corpo della figlia. Infine, si ponevano ulteriori questioni, avviluppate intorno al fatto che la decisione avrebbe dovuto essere attuata dopo la morte di JS. Ed invero, non solo si richiedeva un *prospective order*, i cui presupposti sono estremamente eccezionali e discrezionali, ma, in caso di risposta positiva, sarebbe stato necessario individuare una sorta di esecutore della volontà della ragazzina. E ciò con la tragica premessa che, nell’ordinamento inglese, tali figure sono moralmente, ma non giuridicamente obbligate.

---

<sup>97</sup> “Faced with such a tragic combination of childhood illness and family conflict, the court must remember that hard cases make bad law, and that natural sympathy does not alter the need for the application to be decided in accordance with established principle, or with principle correctly established.” - Punto 23-Parte I- JS (Disposal of Body) [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

## 2.1. *Disposition of a body: tra capacity e Gillick competence della minore*

In via preliminare, giustamente, l'Alta Corte rileva che se la richiesta fosse stata avanzata da una ragazza di 18 anni, questa avrebbe potuto trascrivere le sue volontà in un testamento e nominare sua esecutrice la madre<sup>98</sup>.

Nel caso concreto, però, JS aveva solo 14 anni ed era soggetta alla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, i quali non erano d'accordo sulla crioconservazione.

Di fronte a tale oggettivo problema, il Giudice non fa mistero delle sue intenzioni ed espressamente scrive: “ *My approach is therefore to try to remove the disadvantage that JS is under as result of her age. I do not intend to go further than that, as JS cannot be in a better legal position than she would be if she was an adult.* ” (punto 25 della sentenza) -

Il giudice Jackson, così, dopo essersi accertato che l'Ospedale avrebbe potuto eseguire le pratiche mediche preparatorie in vista della terapia di crioconservazione da svolgere in USA, si è concentrato sull'obiettivo di eliminare lo “svantaggio” della minore età ed ha rivolto la sua attenzione alla necessità di accertare, sempre preliminarmente, la *capacity* della minore.

Accertamento, che, però, di fatto, ha liquidato in maniera molto superficiale come confermato dalla secca asserzione: “*There is no doubt that JS has the capacity to bring this application.*”<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> “*The first thing to note is that much of the current problem arises from the fact that JS is a child, albeit a legally competent one. If she was 18, she would be able to make a will, appointing her mother as her executor, and it would then be for the mother to make arrangements for the disposal of JS's body, no doubt in accordance with her wishes. However, children cannot make wills. My approach is therefore to try to remove the disadvantage that JS is under as result of her age. I do not intend to go further than that, as JS cannot be in a better legal position than she would be if she was an adult.*” - Punto 25-Parte I- JS (Disposal of Body) [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

<sup>99</sup> “*There is no doubt that JS has the capacity to bring this application. She is described by her experienced solicitor as a bright, intelligent young person who is able to articulate strongly held on her current situation. Her social worker says that she has pursued her investigations with determination, even though a number of people have tried to dissuade her, and that she has not been coerced or steered by her family or anyone else.*” - Punto 9-Parte I- JS (Disposal of Body) [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

Deve invero premettersi che nell'ordinamento inglese, i termini *capacity*, *legal personality* o *legal capacity*, *personhood*, *legal person*, notoriamente, non trovano una perfetta corrispondenza nei concetti di "capacità giuridica", "soggettività giuridica" o "persona giuridica" dei sistemi di civil law.

Nell'ordinamento inglese non è mai stata elaborata una teoria generale del diritto delle persone cui poter ricollegare un concetto unitario di capacità giuridica<sup>100</sup>. Come spiegava Peter Stein: "*legal personality is a classic example of the way in which English law manages to avoid theory as long as possible*"<sup>101</sup>

Il termine *legal personality* è, infatti, genericamente assimilabile alla nozione di capacità giuridica<sup>102</sup>, ma sarebbe superficiale parlare di una perfetta coincidenza. È stato giustamente osservato come questa si articoli "in due attributi principali"<sup>103</sup>: lo *status* e la *capacity*, che devono essere tenuti concettualmente distinti.

Il termine *capacity* rinvia, in realtà, tanto al concetto di capacità giuridica quanto a quello di capacità di agire<sup>104</sup>, poiché la *common law* non le distingue.

Ma proprio la capacità di agire riveste un ruolo di primo piano nell'ordinamento inglese<sup>105</sup>, ed infatti la *capacity* è stata definita come un insieme di "*legally permitted abilities one has to affect one's own rights and those of others*".<sup>106</sup> Tale concetto riceve, però, una disciplina frammentaria in rapporto ai vari rami del diritto, regolata all'interno dei singoli istituti. Troviamo,

---

<sup>100</sup> A. HELDRICH e A. F. STEINER V. *Legal Personality in International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol.IV Family, Cap.II, Persons, 3;

<sup>101</sup> P. STEIN *Nineteenth Century English Company Law And Theories Of Legal Personality* in *Quaderni Fiorentini* 1982/1983 Milano, 503;

<sup>102</sup> "*there exists hardly any independent concept of legal personality*", così A. HELDRICH e A. F. STEINER, op. loc.cit.

<sup>103</sup> F. DE FRANCHIS v. *Personality in Dizionario Giuridico* Milano 1984, 1137;

<sup>104</sup> La capacità di agire, definita anche *full age*, si acquista con il raggiungimento della maggiore età ex sec. 1 del Family Law Reform Act del 1969;

<sup>105</sup> "*capacity to act has primary importance in the common law. Legal personality is defined hereby*", A. HELDRICH e A. F. STEINER, op.cit. 3;

<sup>106</sup> P. A. FRENCH V. *Status in The Philosophy of Law on Enciclopedia* ed. Christopher Berry Gray, Garland Publishing New York London 1999, 840;

così, distintamente disciplinate la c.d. capacità di contrarre matrimonio, *matrimonial capacity*, la c.d. capacità contrattuale, *contractual capacity*, la c.d. capacità testamentaria *testamentary capacity* e così via<sup>107</sup>.

Anche nell'ordinamento inglese, la capacità di agire, in generale, si acquisisce con la maggiore età, ossia *full age*, come disposto dal *Family Reform Act 1969*.

Alla luce di tali premesse, appare chiaro che l'Alta Corte fa un'applicazione distorta della *capacity*, perché in parte la confonde con il mero accertamento della reale volontà della ragazzina.

Scrivono invero il Giudice al punto 9 della sentenza: “*There is no doubt that JS has the capacity to bring this application. She is described by her experienced solicitor as a bright, intelligent young person who is able to articulate strongly held views on her current situation. Her social worker says that she has pursued her investigations with determination, even though a number of people have tried to dissuade her, and that she has not been coerced or steered by her family or anyone else.*”

L'Alta Corte, dunque, deduce la *capacity* di JS di promuovere l'azione da criteri inusuali, poichè evoca la “descrizione” del suo avvocato, che l'ha definita una ragazzina brillante e intelligente, in grado di articolare con forza il suo punto di vista sulla sua situazione.

---

<sup>107</sup> La dottrina inglese distingue, quindi, il concetto di *legal capacity*, definita come *the possession of legal power* (P. A FRENCH, op. loc.cit.), quale *legal state of doing*, dalla nozione di *status*, quale *legal state of being* (P. A FRENCH, op. loc.cit.) espressivo, per alcuni, della condizione personale di un uomo nel regime normativo e imposta al soggetto giuridico in quanto tale (“man’s personal legal condition so far only as it is imposed upon him by the law without his own consent” in Salmond *On Jurisprudence* 12<sup>th</sup> ed. A cura di P.J.Fitzgerald London Sweet and Maxwell 1966, 240, in nota si indicano altri riferimenti dottrinali). Ed, ovviamente, come precisa John Austin, i due termini si definiscono l'uno attraverso l'altro poichè *status*, per l'autore, indica “*an aggregate of rights or duties with capacities residing in the individual as a member of a class*”( J.AUSTIN *Lectures on Jurisprudence* London: J. Murray 1885, come riferito da P.A French, in op.loc. cit.). Analoga è la ricostruzione di Philip S. James, che qualifica lo status come “*membership of a particular class or group to which special legal capacities, liabilities or immunities adhere*”( Philip S. JAMES M.A., *Introduction To English Law* 8<sup>th</sup> ed 1972 London Butterworths, 98). Dunque, determinati e peculiari poteri od una specifica capacità, come anche una specifica incapacità (Amplius Philip S. JAMES M.A. op. loc. cit.), individuano uno *status*, la condizione giuridica di una persona nell'ordinamento. *Status* e *capacity*, dunque, si compenetrano nella qualificazione della legal personality poichè “*status ... is .. applicable to any body in fact capable of sustaining any degree of legal personality*”( R.H. GRAVESON *Status in the Common Law* London Athlone Press 1953 come riportato da P.A French,op.loc.cit.).

Parallelamente, si affida alle parole della sua assistente sociale, la quale aveva riferito che JS aveva portato a termine le sue indagini con determinazione, sebbene alcuni membri della sua famiglia avessero cercato di dissuaderla, e che non era stata coartata o condizionata da alcuno.

Con effetto scenico, poi, si riporta la lettera della stessa JS: "*I have been asked to explain why I want this unusual thing done. I'm only 14 years old and I don't want to die, but I know I am going to. I think being cryo-preserved gives me a chance to be cured and woken up, even in hundreds of years' time. I don't want to be buried underground. I want to live and live longer and I think that in the future they might find a cure for my cancer and wake me up. I want to have this chance. This is my wish.*"<sup>108</sup> (punto 10 della sentenza) .

E' evidente che i criteri introdotti dal giudice sono assolutamente estranei a quelli di norma utilizzati per valutare la *capacity* richiesta della situazione concreta, mentre sono stati utili per accertare la volontà della ragazzina.

Peraltro, la fattispecie era, al più, da ricondurre ad un atto medico, e pertanto l'Alta Corte avrebbe dovuto tenere in considerazione la *c.d. Gillick competence*, piuttosto che la *capacity*.

Nell'ordinamento inglese, infatti, un minore degli anni 18 deve essere coinvolto, sempre e comunque, nelle scelte terapeutiche cui è sottoposto, purchè sia giudicato *competent*<sup>109</sup>.

Il legislatore ha previsto che un minore di anni 18, ma maggiore di anni 16, si presuma abbia la *capacity* di esprimere la propria volontà e sia in grado di dare il consenso o il rifiuto ad un atto medico <sup>110</sup>. Con riferimento a questo

---

<sup>108</sup> "Mi è stato chiesto di spiegare perché io voglio che sia fatta questa cosa inusuale. Ho solo 14 anni e non voglio morire, ma so che morirò. Penso che essere crioconservata mi dia la possibilità di essere curata e di svegliarmi un giorno, anche se tra centinaia di anni. Non voglio essere seppellita sottoterra. Voglio vivere e penso che in futuro troveranno una cura per il mio cancro e per svegliarmi. Voglio avere questa possibilità. Questo è il mio desiderio";

<sup>109</sup> Sul rapporto tra *competence* e *consent*, si veda A. MACLEAN *Autonomy, Informed Consent and Medical Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 140 e ss., 154 e ss., e *passim*; E. CAVE *Goodbye Gillick? Identifying and Resolving Problems with the Concept of Child Competence* in 2014, vol. 34 (1) *Legal Studies*, 103-122;

<sup>110</sup> Secondo la legge inglese, Family Law Reform Act 1969, la maggiore età si raggiunge a 18 anni, ma alla section 8 si prevede che "(1) The consent of a minor who has attained the age of 16 years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this

marginie di età (16-18 anni) tale presunzione resiste a meno che non vi siano elementi certi e indiscutibili che provino che il ragazzo o la ragazza *lacks capacity*.

Per contro, nel caso di minorenni al di sotto degli anni 16 opera la c.d. *Gillick competence*, non la *capacity*, e tali minori non sono presunti *automatically legally competent to give consent*<sup>111</sup>.

Il criterio, noto come '*Gillick competency*', ed espressivo della *capacity to consent* di un minore di anni 16 ad un trattamento sanitario, è di elaborazione giurisprudenziale e risale alla sentenza della House of Lords del 1986<sup>112</sup>.

Lord Scarman stabilì infatti un principio generale secondo il quale: '*. . . as a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed*'<sup>113</sup>.

Nel 2014, vari anni dopo, The Honourable Mr Justice Baker, richiamando il precedente *Gillick*, ha precisato che: "*To be Gillick competent, a child must (a) understand the nature and implications of the treatment, which would include the likely effects and potential side effects; (b) understand the implications of not pursuing the treatment, including the nature, likely progress and consequences of any illness that would result from not receiving the treatment; (c) retain the*

---

*section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian. (2) In this section 'surgical, medical or dental treatment' includes any procedure undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment. (3) Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted."*

<sup>111</sup> "In any event, the domestic law of England and Wales, cannot be said to impose a clear cut-off for the acquisition of legal capacity, because of the concept of *Gillick competence*. Although the presumption of capacity does not apply to children under 16, and so there is a difference in the legal framework that applies, the fact that children under 16 may, in particular cases, be judged competent to make their own decisions, makes it hard to see how, as a matter of principle, the possibility of consent by a child under 16 could be excluded, whatever the decision at issue." in *C (A Child)*, Re [2016] EWHC 3473 (Fam) (08 March 2017) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2016/3473.html> ;

<sup>112</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112 ([http://www.bailii.org/form/search\\_cases.html](http://www.bailii.org/form/search_cases.html)). La House of Lords decise che un *competent minor* . al di sotto dei 16 anni ha il diritto di ottenere dei contraccettivi medici autonomamente anche contro la volontà dei genitori, esercenti la responsabilità genitoriale;

<sup>113</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112 pp. 188-189;

above information long enough for the decision making process to take place and (d) be of sufficient intelligence and maturity to weigh up the information and arrive at a decision.”<sup>114</sup>

Dunque, se il minore di anni 16 dimostra di avere la capacità di comprendere la portata del trattamento proposto, gli effetti, i rischi e dimostra un certo grado di maturità, il suo consenso alla cura e all'intervento sarà valido anche contro la volontà dei genitori<sup>115</sup>.

Tuttavia, si tratta di un criterio “mobile” poichè dipende dall'età del minore, dalla sua capacità di capire e comprendere<sup>116</sup>, e la valutazione è in fatto e rimessa alla discrezionalità delle corti<sup>117</sup>.

Sebbene nel caso in esame non si trattasse di un consenso ad un atto medico da eseguire in vita, quanto piuttosto di una *Disposition of a body*, sfuggono le ragioni per le quali l'Alta Corte non abbia evocato come criterio orientativo la *Gillick competency*, parametro per valutare la capacità di un minore di esprimere il suo consenso o dissenso, ma la *capacity*.

---

<sup>114</sup> *An NHS Trust & Anor v A & Ors* [2014] EWHC 1135 (Fam) (11 April 2014) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2014/1135.html>

<sup>115</sup> *Amplius*, A. DAR *Decision-Making about Child Participation in Medical Research: a Relational Approach*, Vol.27, no. 2 *Child and Family Law Quarterly* 2015, 109 e ss.; E. CAVE *Goodbye Gillick? Identifying and Resolving Problems with the Concept of Child Competence* in 2014, vol. 34 (1) *Legal Studies*, 103-122. Per contro se rifiuta un trattamento ritenuto necessario la Corte può imporlo. In tal senso “When a child is found to be Gillick competent, medical treatment can be lawfully administered in reliance on the child's own consent. Where, however, a Gillick competent child refuses to give his or her consent to treatment, the court may, in the exercise of its inherent jurisdiction, override that child's wishes in its best interests and give its consent for the treatment to take place” in *An NHS Trust & Anor v A & Ors* [2014] EWHC 1135 (Fam) (11 April 2014) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2014/1135.html>; *JM (A Child)*, Re [2015] EWHC 2832 (Fam) (07 October 2015) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2015/2832.html>; *C (A Child)*, Re [2016] EWHC 3473 (Fam) (08 March 2017) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2016/3473.html> ;

<sup>116</sup> *Local Authority X v HI and Others* [2016] EWHC 1123 (Fam) Mrs Justice Roberts : *the concept of 'Gillick competence', a developmental concept which has to be considered in the light of the age, understanding and intelligence of each relevant child.*” ([http://www.bailii.org/form/search\\_cases.html](http://www.bailii.org/form/search_cases.html));

<sup>117</sup> “Two further points should be made about Gillick competence. First, it is decision-specific. Thus, a young person may be Gillick competent in respect of decisions about some treatments but not others. Secondly, Gillick competence is a question of fact for the judge”, *An NHS Trust & Anor v A & Ors* [2014] EWHC 1135 (Fam) (11 April 2014) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2014/1135.html> ;

### 3. Parental responsibility nell'ordinamento inglese

Appurata, secondo criteri inusuali, la *capacity* della ragazza e accertato che fosse

chiara la sua volontà di essere crioconservata, si è posto il problema del diniego del padre.

Il giudice Jackson, infatti, immediatamente individua quale ostacolo principale il

dissenso di quest'ultimo, titolare della *parental responsibility*, al pari della madre

118 .

Il padre aveva negato il consenso alla crioconservazione, sollevando obiezioni in parte ragionevoli e in parte biasimevoli. Da un lato, aveva reiteratamente ribadito il suo diniego in quanto non voleva essere onerato di spese, dall'altro, aveva rappresentato la sua comprensibile paura per il futuro della figlia. Quest'ultima, infatti, ove mai fosse stato possibile, si sarebbe risvegliata in America, dopo molti anni, senza avere alcun parente, né amici, né soldi né alcun riferimento.

Il diniego del padre, comunque motivato, era giuridicamente vincolante e limitativo, poiché, sebbene non vedesse la figlia dal 2008, per il rifiuto della minore, e sebbene solo dal 2015, per il tramite dei servizi sociali, avesse con lei,

---

<sup>118</sup> “The father's position has understandably fluctuated. No other parent has ever been put in his position. It is not to be forgotten that he himself is facing serious illness, and is not able to discuss the matter with JS or her mother because of the extreme difficulties within the family. At the start of the proceedings, he was opposed. He was concerned that he might become responsible for the costs. He also wrote: “Even if the treatment is successful and [JS] is brought back to life in let's say 200 years, she may not find any relative and she might not remember things and she may be left in a desperate situation given that she is only 14 years old and will be in the United States of America.” Despite this, during the course of the first hearing, the father, who was then unrepresented, changed his position, saying: “I respect the decisions she is making. This is the last and only thing she has asked from me. I would like to have written confirmation that I will not have to pay the costs as I have cancer and I live on benefits.” However, by the second hearing, the father was legally represented and his position had changed again. He said that he was prepared to agree to what JS wanted on four conditions: that he and other members of his family could view her body after death; that the mother would not pursue any financial claims against him; that the mother and her family would not make any contact with him and his family; and that he would not be pursued for any contribution to the costs of the cryonic process. The father's last statement at this hearing was that he wants the court to know that he respects JS, and that he will respect the court's decision. 22. The father's first condition is objectionable to JS.” - Punto 21-Parte I- *JS (Disposal of Body)* [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

quantomeno, contatti epistolari, condivideva la responsabilità genitoriale con la madre della bambina.

Infatti, nell'ordinamento inglese, il *Children Act*, già dal 1989, alla sec. 3 prevede che, in linea di principio, ciascun genitore sia titolare della *parental responsibility* espressamente definita come : '*...all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property...'*.<sup>119</sup>

Ne consegue che ciascun genitore deve essere coinvolto nelle scelte che riguardano la salute del figlio e la sepoltura.

Non solo. Nel 2014, la *Section 11* del *Children and Families Act 2014* ha modificato la *Section 1* of the *Children Act 1989*, introducendo un innovativo principio, una presunzione in base alla quale è necessario, nel miglior interesse del bambino, che entrambi i genitori siano coinvolti nella vita e nella crescita dei figli. Il coinvolgimento (*involvement*) preteso dalla modifica legislativa, esplicita e legalizza un percorso giurisprudenziale che già aveva cercato di garantire la doppia figura genitoriale nella vita dei minori, in concreto, e non sulla carta.

La stesso *Children Act*, alla sec. 8, prevede una serie di provvedimenti da adottare in caso di conflitto dei genitori nella gestione dei minori, tra cui lo *specific issue order*.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Ciò che oggi la riforma italiana del 2013, n. 154 ci propone come novità normativa ovvero la sostituzione della *potestà genitoriale* con *responsabilità genitoriale*, modificando l'articolo 316 c.c., è in realtà radicata Inghilterra dal 1989;

<sup>120</sup> Il [Children and Families Act 2014](#) ha introdotto delle modifiche, ossia i c.d. *child arrangements orders*, che hanno sostituito i vecchi *residence and contact orders*. Si legge infatti section 8(1) of the *Children Act 1989*, *Child arrangements orders and other orders with respect to children*:

(1) In this Act —

- "child arrangements order" means an order regulating arrangements relating to any of the following—
  - (a) with whom a child is to live, spend time or otherwise have contact, and
  - (b) when a child is to live, spend time or otherwise have contact with any person;
- "a prohibited steps order" means an order that no step which could be taken by a parent in meeting his parental responsibility for a child, and which is of a kind specified in the order, shall be taken by any person without the consent of the court;
- "a specific issue order" means an order giving directions for the purpose of determining a specific question which has arisen, or which may arise, in connection with any aspect of parental responsibility for a child.

La singolarità del caso posto sul tavolo del Giudice Jackson, però, collocava la soluzione in bilico tra il *Children Act* e la common law, ossia i precedenti giurisprudenziali sulle decisioni assunte a seguito del conflitto tra i genitori in merito al funerale del figlio, o alla cremazione/sepoltura o alla scelta del luogo di sepoltura. Ma vi erano significative differenze, che acuivano la difficoltà della soluzione.

Da un lato, e in teoria, l'Alta Corte non avrebbe potuto applicare alcuno dei provvedimenti elencati nella sec. 8 del *Children Act*, per garantire la *cryoconservation*, poiché, come giustamente rilevato in motivazione, si trattava di disciplinare un conflitto genitoriale non relativo alla gestione della minore, ma del corpo della ragazzina, dopo la sua morte. E, drammaticamente, la sentenza ricorda che il *Children Act* trova applicazione solo con riferimento ai figli minori, durante la loro vita, senza possibilità di estensione alla fase successiva della morte.

Dall'altro, i precedenti sulla conflittualità per la *disposition of the children's body* avrebbero potuto trovare applicazione solo dopo la morte della minore, allorquando si sarebbe presentato effettivamente il problema, senza che niente legittimasse, un provvedimento anticipatorio.

Il giudice Jackson, però, per le ragioni mediche che gli erano state spiegate e per pietà nei confronti della ragazzina, doveva trovare il modo di decidere in tempo utile, sia per consentire la crioconservazione, consentendo all'Ospedale di organizzarsi prima della morte, sia, soprattutto per far morire in pace JS; un provvedimento dunque, che avesse efficacia *post mortem*.

Di fronte alla voragine normativa e di common law, il giudice, pressato anche da un corsa contro il tempo, emette un triplice provvedimento, del quale offre una motivazione a tappe e comunque tortuosa.

Decide così di emettere provvedimenti distinti fra le fase antecedente la morte della ragazzina e successivamente ad essa.

Per la prima fase, imbocca l'accidentato percorso tracciato dalla sec.8 del *Children Act* e restringe il margine del proprio intervento, riportando la questione

nella piccola aia della responsabilità genitoriale, cercando di spazzar via dalla scena il padre, unico vero ostacolo.

### 3.1. *Sec. 8 Children Act 1989 e Inherent Jurisdiction*

L'Alta Corte si muove sul filo del diritto e raggiunge il risultato con un equilibrismo inaspettato.

Sebbene nessuno avesse chiesto la decadenza della *parental responsibility* del padre, il Giudice, in via preliminare, decide di emettere un provvedimento che conferisce la responsabilità genitoriale esclusivamente alla madre (*I will therefore make orders placing responsibility in her hands and prevent the father from intervening.*).

Spiega che le decisioni, sia per la conservazione del corpo, in vista della crioconservazione, sia per autorizzare il padre a vedere la minore dopo la sua morte, avrebbero dovuto essere assunte dalla madre, poichè “più indicata” a gestire tale *unusual and difficult situation* (punto 41 della sentenza).

Di fatto, la High Court decide di non decidere nel merito, ma di fornire gli strumenti legali alla madre per farlo.

Per il giudice Jackson, è sin da subito chiaro che l'unico provvedimento utile da applicare nell'interesse della minore, sia lo *specific issue order* disciplinato, però, proprio dalla sec. 8 del *Children Act 1989*.

Tale *section* prevede la possibilità delle Corti di emettere provvedimenti “di fare” a carico dei genitori, esercenti la responsabilità genitoriale, nell'interesse del minore. Ma, come specifica la norma, tali provvedimenti sono relativi a questioni connesse alla *parental responsibility for a child*, e, nel caso concreto, a stretto rigore, il provvedimento avrebbe dovuto riguardare la fase successiva alla morte, quando non ci sarebbe stato più alcun esercizio di responsabilità genitoriale. Istituto chiaramente escluso per il figlio deceduto<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> “The making of a specific issue order raises no special difficulty. By s.8 Children Act 1989 a specific issue order is “an order giving directions for the purpose of determining a specific question which has arisen, or which may arise, in connection with any aspect of parental responsibility for a child.” The Act applies to parental responsibility for a child, defined as a person under the age of 18. It does not extend to regulating events arising after the child's death. See, for example, *R vs Gwynedd County Council, ex p. B* [1992] 3 All ER 317, a decision under the Child Care Act 1980; also *Fessi vs Whitmore* [1999] 1 FLR 767.” Punto 45- Parte II – 19 October 2016 - *JS (Disposal of Body)* [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

La soluzione viene rintracciata allora in una considerazione di più ampio respiro che porta a frammentare la questione proposta in due fasi, anteriore e posteriore la morte di JS, e a ricercare per ogni fase una specifica soluzione. Contestualmente, si impone la valorizzazione del principio cardine dell'intero impianto normativo del *Children Act*: il perseguimento del *welfare* del minore, ossia del miglior interesse.

Le premesse del giudice sono chiare “*Provided that there is justification for the view that an order is required, while JSB is alive, to protect his best interests after death, I hold that the inherent jurisdiction can be used to make such an order.*”

Si ricorre così all'espedito di common law della *inherent jurisdiction*, e, in applicazione del *best interest* di JS, si emette un provvedimento che avrà efficacia fino al decesso della ragazzina, ma che sarà necessario a garantirle la crioconservazione.

L' *Inherent jurisdiction* è un istituto sconosciuto al sistema italiano. Viene definito come una *doctrine of the English common law* in forza della quale una corte superiore ha la competenza e il “potere” di decidere ogni questione che le viene presentata, a meno che una legge o un precedente vincolante lo escluda espressamente, individuando la competenza esclusiva di un'altra corte<sup>122</sup>.

È un potere che viene invocato ed esercitato quando la corte vuole garantire un *fair trial*<sup>123</sup> o per prevenire l'abuso del processo. Ma, in particolare, trova applicazione quando si deve garantire ad un minore protezione e tutela dei suoi diritti, poichè consente di adottare qualsiasi provvedimento nel suo interesse,

---

<sup>122</sup> *Cocker v. Tempest* (1841) “*the power of each court over its own processes is unlimited; it is a power incident to all courts, inferior as well as superior; were it not so, the court would be obliged to sit still and see its own process abused for the purpose of injustice*” (Giudice Baron Alderson) 151 E.R. 864;

<sup>123</sup> “*common law courts around the world routinely claim to invoke inherent jurisdiction for a wide array of purposes in civil and criminal matters, ranging from the reception of evidence to the ensuring of a fair trial, and this necessarily raises questions about the limits of such an exercise*” CHEN, Siyuan. *Is the Invocation of Inherent Jurisdiction the Same as the Exercise of Inherent Powers?*. (2013). *International Journal of Evidence and Proof*. 17, (4), 367, 367-374

purchè non espressamente vietato dalla legge o dai precedenti giudiziari<sup>124</sup> (*Practice Direction 12d – inherent jurisdiction*<sup>125</sup>).

Dunque, ogni provvedimento previsto dal *Children Act* 1989, o in generale da altre leggi, può essere adottato, anche al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, se è nell'interesse del minore<sup>126</sup>.

È evidente che il “migliore interesse del minore” sia un criterio che rinvia alla valutazione discrezionale del Giudice e che consente ampio gioco alle Corti.

Deve peraltro precisarsi che nel suo discorso del 2013 Lady Hale, della Corte Suprema Inglese, aveva ricordato come la Corte di Strasburgo pretenda che le Corti inglesi applichino e interpretino l'art 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo in combinato disposto con l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei fanciulli<sup>127</sup>. E tale ultima disposizione richiede che ogni decisione che riguarda i minori debba essere adottata tenendo in considerazione principalmente il miglior interesse di questi ultimi.

---

<sup>124</sup> La definizione di Halsbury's Laws of England: “*In sum, it may be said that the inherent jurisdiction of the court is a virile and viable doctrine, and has been defined as being the reserve or fund of powers, a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, in particular to ensure the observance of due process of law, to prevent vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them.*”

<sup>125</sup> Practice Direction 12d – Inherent Jurisdiction (Including Wardship) Proceedings aggiornato al 30 gennaio 2017 ([https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice\\_directions/pd\\_part\\_12d#IDAFEVMC](https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice_directions/pd_part_12d#IDAFEVMC)):

*The nature of inherent jurisdiction proceedings*

1.1 *It is the duty of the court under its inherent jurisdiction to ensure that a child who is the subject of proceedings is protected and properly taken care of. The court may in exercising its inherent jurisdiction make any order or determine any issue in respect of a child unless limited by case law or statute. Such proceedings should not be commenced unless it is clear that the issues concerning the child cannot be resolved under the Children Act 1989.*

1.2 *The court may under its inherent jurisdiction, in addition to all of the orders which can be made in family proceedings, make a wide range of injunctions for the child's protection of which the following are the most common –*

- (a) *orders to restrain publicity;*
- (b) *orders to prevent an undesirable association;*
- (c) *orders relating to medical treatment;*
- (d) *orders to protect abducted children, or children where the case has another substantial foreign element; and*
- (e) *orders for the return of children to and from another state.*

<sup>126</sup> “*non v'è alcuna ragione per non esercitare inherent jurisdiction, quando è in gioco il miglior interesse del minore*” Judgment *In The Matter Of B (a child)* Corte Suprema Inglese [2016] UKSC 4, 3 febbraio 2016 ([http://www.bailii.org/form/search\\_cases.html](http://www.bailii.org/form/search_cases.html));

<sup>127</sup> *Lady Hale at the Welsh Observatory on the Human Rights of Children and Young People: Who's Afraid of Children's Rights* -14 June 2013, sul sito della Corte Suprema Inglese

Lo stesso *Children Act*, alla *section 1* definisce il *Welfare Principle* stabilendo che quando le Corti devono adottare dei provvedimenti relativi alla crescita e all'educazione del minore o ai suoi beni, devono tenere in primaria considerazione il *best interest of the child*. Ed è la stessa legge, che in un lungo e dettagliato elenco, fornisce dei criteri, invitando i magistrati a valutare i desideri e i sentimenti, i bisogni fisici ed emotivi, l'età, il sesso, ogni danno che ha sofferto o potrebbe soffrire, etc <sup>128</sup>.

Alla luce di tali premesse, rilevato come “*a specific issue order is governed by the welfare principle*” e, considerata, infine, la preminenza dei desideri, sentimenti e bisogni emotivi della ragazzina, l'Alta Corte giudica sia nel migliore e *attuale* interesse di JS emettere un provvedimento per conferire alla madre il potere di prendere gli accordi necessari per portare avanti le pratiche per la crioconservazione, quando ancora la minore è in vita. <sup>129</sup>

Contestualmente, però, emette anche un *injunction in personam* per impedire al padre di richiedere un *grant of administration in respect of JS's estate* (un'autorizzazione per l'amministrazione dell'eredità di JS), affinché gli sia impedito di ostacolare in ogni modo la procedura di conservazione *post mortem* del corpo, privandolo, dunque, anche del potere di agire in giudizio in nome e per

---

<sup>128</sup> Welfare of the child.

(1) When a court determines any question with respect to—

(a) the upbringing of a child; or

(b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration.

(2) In any proceedings in which any question with respect to the upbringing of a child arises, the court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child.

(2A) A court, in the circumstances mentioned in subsection (4)(a) or (7), is as respects each parent within subsection (6)(a) to presume, unless the contrary is shown, that involvement of that parent in the life of the child concerned will further the child's welfare.

(2B) In subsection (2A) “involvement” means involvement of some kind, either direct or indirect, but not any particular division of a child's time.

(3) In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to—

(a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding);

(b) his physical, emotional and educational needs;

(c) the likely effect on him of any change in his circumstances;

(d) his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant;

(e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering;

(f) how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs;

(g) the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.

<sup>129</sup> “*In this case the predominant features are JS's wishes and feelings and her acute emotional needs. These are best met by an order granting the mother the right to make arrangements during JS's lifetime for the preservation of her body after death. In making this order, the court is not approving the choice of arrangements, but it is giving JS and her mother the opportunity to make that choice.*” – Punto 46- parte II– 19 October 2016 - *JS (Disposal of Body)* [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

conto della figlia e di prendere una qualsiasi iniziativa *for the disposal of JS's body*.

Tali provvedimenti erano necessari per disciplinare la fase preparatoria alla crioconservazione, ma si poneva poi il problema delle decisioni relative alla disposizione del corpo della minore, dopo la morte.

#### 4. *Disposal of the body: tra common law e leggi interne, in una prospettiva sovranazionale*

Una volta deceduta la ragazzina, lo *specific issue order* non avrebbe più potuto trovare applicazione, poiché, comunque, ha come limite temporale il decesso o il compimento della maggiore età del figlio.

Successivamente all'evento morte, nell'ordinamento inglese, le disposizioni relative al corpo possono essere decise dal *de cuius* stesso con un testamento o dai parenti secondo una schema gerarchico predeterminato per legge.

L'ulteriore limite all'attuazione dei desideri della ragazzina derivavano, così, proprio dalla legge interna, poiché una minore di anni 18 non può redigere testamento (Wills Act 1837 s.7). Parallelamente, però, anche la common law frapponeva degli ostacoli.

La High Court ricorda infatti il monito della sentenza *Williams v Williams* del 1882 [1882] LR 20 ChD 659, ancora vincolate, che vieta ad una persona di controllare il destino del proprio corpo dopo la morte (“35. *Against the existence of the power is the fact that a person cannot control the disposition of their body after death* (, see below); *that there may be a later change of circumstances that would undermine the decision; and that as a matter of policy the court may not wish to encourage similar applications.*”).

In particolare, il precedente *Williams v Williams* aveva statuito che il corpo di un uomo morto non possa essere oggetto di proprietà di alcuno e

pertanto non ne possa essere disposto per testamento (*a dead body is not property and therefore cannot be disposed of by will*).

Dunque *the administrator or executor of the estate* (complesso di beni e diritti del defunto) hanno solo il *c.d. right to possession of (but no property in) the body*, diritto che imporrebbe loro *semplicemente* di destinare il corpo alla sepoltura richiesta dal *de cuius*<sup>130</sup>. In ogni caso, come reiteratamente precisato dalle corti, si tratta di dovere morale, non vincolante, di “gestire” la sorte del corpo. Nel precedente del 1882 si impiegava l’espressione “*proper disposal*”, ma, come ricorda la High Court, tale concetto non era chiaro e definito nella sentenza, poiché condizionato dagli usi e dai costumi, che mutano nel tempo. Si pensi che la cremazione è stata legalizzata nel Regno Unito solo agli inizi del 1900 (*Cremation Act -1902*)<sup>131</sup>.

In ogni caso, il Giudice Jackson pone in evidenza come nel diritto inglese non ci sia alcuna norma o precedente che garantisca il diritto di dettare disposizioni in merito al “trattamento” del proprio corpo dopo la morte, tali da vincolare la volontà dei vivi<sup>132</sup>.

Non solo. In assenza di un testamento, nell’ordinamento inglese, si applicano le regole generali che riguardano l’eredità del *de cuius* morto *ab intestato*, per individuare la persona che deve incaricarsi di gestire il funerale e la disposizione del corpo del defunto.

Sulla base della *Rule 22 of the Non Contentious Probate Rules 1987 SI 2024*, Rule 22.1, per primi, in ordine gerarchico, si trovano il marito o la moglie, poi i figli e poi il padre e la madre del *deceased*.

---

<sup>130</sup> *Amplius* [P. MATTHEWS](#), “Whose Body? People as Property” 1983, 36 *Current Legal Problems*, 193; T. L. [MUIZNER](#) “The Law of the dead: a Critical Review of Burial Law, With a View to Its Development”, Vol. 34, n.4 (2014) *Oxford Journal of Legal Studies*, 791-818.;

<sup>131</sup> “The concept of ‘proper disposal’ is not defined, but it is to be noted that customs change over time. It was not until the end of the 19<sup>th</sup> century that cremation was recognised as lawful in the United Kingdom, and it was in due course regulated by the Cremation Act 1902. Nowadays cremation is chosen in about 3 out of 4 cases in this country”. - punto 47 - part 2 – 19 October 2016 - *JS (Disposal of Body)* [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

<sup>132</sup> “Thus, in English law, there is no right to dictate the treatment of one’s body after death ... The wishes of the deceased are relevant, perhaps highly so, but are not determinative and cannot bind third parties” – punto 48- part 2 – 19 October 2016 - *JS (Disposal of Body)* [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

Sebbene l'elenco prosegua con le varie esclusioni, nella motivazione diventa evidente che in assenza di un testamento, il padre, dopo il decesso della minore, avrebbe potuto creare problemi per la crioconservazione e il trasferimento del corpo in America.

La High Court decide dunque di esercitare il potere discrezionale che le conferisce la sec. 116 del *Supreme Court Act* 1981, ossia di modificare l'ordine gerarchico predeterminato dalla legge<sup>133</sup>. Il presupposto per l'esercizio di tale potere discrezionale si riconduce alla sussistenza di "circostanze speciali" che, secondo la High Court, possono giustificare la necessità di nominare *administrator* una persona diversa da quella che, per legge, avrebbe dovuto essere nominata<sup>134</sup>.

Cavalcando l'onda di questa discrezionalità, praticamente assoluta, si giustifica una motivazione che individua le *special circumstances* nel conflitto familiare e nei desideri di JS<sup>135</sup>.

Il Giudice Jackson si sente, così, legittimato ad emettere un terzo provvedimento ed a nominare la madre *the sole administrator of estate* della figlia, escludendo il padre, che, invece, per legge, avrebbe dovuto essere istituito congiuntamente a lei.

Conferisce, poi, alla medesima il diritto di fare e gestire gli accordi *for the disposal of the body, and to decide who should be permitted to view it*.

Significativo è poi notare come lo stesso Giudice rafforzi l'autorità della propria decisione, ricordando al lettore che avrebbe potuto raggiungere il

---

<sup>133</sup> Power of court to pass over prior claims to grant

(1) If by reason of any special circumstances it appears to the High Court to be necessary or expedient to appoint as administrator some person other than the person who, but for this section, would in accordance with probate rules have been entitled to the grant, the court may in its discretion appoint as administrator such person as it thinks expedient.

(2) Any grant of administration under this section may be limited in any way the court thinks fit.

<sup>134</sup> *Amplius* Dr. Heather Conway Decision-Making and the Dead: Who Decides the Funeral Arrangements When Families Disagree? in *Child and Family Law*, n. 34, 2014, 22-28;

<sup>135</sup> "Here, the nature of the family breakdown and of JS's wishes would, I find, qualify as special circumstances." - punto 54 - part 2 - 19 October 2016 - *JS (Disposal of Body)* [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1;

medesimo risultato anche attraverso *l'Inherent Jurisdiction*, evitando di ricorrere al suo potere discrezionale ex art. 116 *Supreme Court Act* 1981.

#### *4.1. Disposal of the body nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*

In coda ad una motivazione faticosa e lacunosa, ed in parte in contraddizione con quanto già scritto, l'Alta Corte, al punto 48, dopo aver ribadito che “ *in English law, there is no right to dictate the treatment of one's body after death. This is so regardless of testamentary capacity or religion. The wishes of the deceased are relevant, perhaps highly so, but are not determinative and cannot bind third parties.*” liquida in poche righe l'impatto della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (1950) sulla legge e la giurisprudenza interna.

Scrive, infatti, in forma molto lapidaria : “*For discussion of the impact of the European Convention on Human Rights on the common law in this respect, see Burrows v. HM Coroner for Preston [2008] EWHC 1387 (QB) and Ibuna v. Arroyo [2012] EWHC 428 (Ch)*”.

Il giudice Jackson ha invero perso l'occasione per rafforzare la propria motivazione e per ridimensionare lo scomodo precedente *Williams v. Williams* [1882]<sup>136</sup>.

Come noto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è divenuta applicabile nell'ordinamento inglese solo nel 2000, con l'entrata in vigore dello *Human Rights Act*, del 1998. Con tale legge l'ordinamento inglese ha “inglobato” il catalogo scritto di diritti fondamentali della CEDU, ed ha previsto una “forma attenuata” di *judicial review of the law*. È infatti stabilito che le leggi inglesi devono essere interpretate e applicate dai giudici interni così da essere

---

<sup>136</sup> Vedi retro.

conformi ai diritti garantiti dalla Convenzione, tenendo conto anche della giurisprudenza di Strasburgo<sup>137</sup>.

Non esiste invero l'obbligo delle Corti Inglesi di conformarsi alla giurisprudenza della CEDU, come del resto ben ha spiegato, nel 2010, Lord Neuberger della Corte Suprema (costituita nel 2009): "*Questa Corte non è vincolata a seguire ogni decisione della Corte europea... Qualora, tuttavia, vi sia una chiara e costante linea di decisioni il cui effetto non sia incompatibile con qualche aspetto sostanziale o procedurale fondamentale della nostra legge interna, e non risulti che le motivazioni alla base di tale giurisprudenza trascurino o fraintendano qualche argomento o questione di principio, riteniamo scorretto che questa Corte non segua detto orientamento giurisprudenziale*".

In ogni caso, proprio nella sentenza *Burrows v. HM Coroner for Preston*<sup>138</sup>, sempre la HIGH Court, (ma Queen's Bench Division), nel 2008, aveva sancito, in aperto contrasto con il precedente *Williams v. Williams*, che i desideri del defunto non possono mai essere ignorati, come disposto dal costante orientamento giurisprudenziale della Corte di Strasburgo<sup>139</sup>. Si evidenziava inoltre che gli stessi desideri del defunto avrebbero potuto essere ricondotti alle

---

<sup>137</sup> Laddove tale operazione esegetica non sia possibile, però, le Corti Inglesi non possono dichiarare illegittima una legge, ma semplicemente dichiararla incompatibile, affinché la questione sia sottoposta al Parlamento.

<sup>138</sup> *Borrows v HM Coroner for Preston* [2008] EWHC 1387 (QB) (15 May 2008)  
Cite as: [2008] Fam Law 984, [2008] 2 FLR 1225, [2008] EWHC 1387 (QB), [2008] EWHC 1387 (Admin); URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2008/1387.html>. Il caso aveva ad oggetto il conflitto tra la madre naturale e lo zio di un ragazzino di 15 anni trovato impiccato in carcere. Lo zio, che lo aveva allevato pretendeva di gestire la sepoltura, scegliendo un luogo vicino alla sua residenza, ma la madre, sebbene lo avesse abbandonato da piccolo, rivendicava il suo ruolo di genitore e contestava la pretesa del parente. La Corte ha deciso di far organizzare i funerali allo zio, secondo i desideri espressi dal ragazzo, prima del tragico gesto, e poi di far consegnare le ceneri alla madre affinché, potesse l'urna a Liverpool.

<sup>139</sup> "*One thing is clear, that in as much as our domestic law says that the views of a deceased person can be ignored it is no longer good law. That rule of common law can be traced back to Williams v Williams, where it was said that directions given by a deceased as to the disposal of his body were not enforceable as a matter of law. It is quite clear from the jurisprudence of the European Courts of Human Rights that the views of a deceased person as to funeral arrangements and the disposal of his or her body must be taken into account. However, this aspect of Strasbourg jurisprudence is easily accommodated within domestic law: in this type of case a person's wishes can be regarded as a special circumstance in terms of Section 116 of the Act. Otherwise, the jurisprudence of the European Court of Human Rights does not cast doubt on the domestic law. Rule 22 can still apply. Special circumstances may displace the order of priority set out there although a high test has to be satisfied, whether it is necessary or expedient to do so.*" Punto 20 *Borrows v HM Coroner for Preston* [2008] EWHC 1387 (QB) (15 May 2008) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2008/1387.html>

“*special circumstances*”, di cui alla *Section 116 of the Supreme Court Act*, e, per tale via alternativa, essere tutelati.

La valorizzazione delle volontà del defunto in merito alla propria sepoltura, secondo la *European Court of Human Rights*, troverebbe invero fondamento negli articoli 8<sup>140</sup> e 9<sup>141</sup> della CEDU<sup>142</sup>. E, più in generale, nei medesimi articoli viene trovata la soluzione per i conflitti tra gli eredi per la sepoltura dei defunti. Tra le numerose sentenze si ricordano *X v The Federal Republic of Germany*, (application number 8741/79)<sup>143</sup>, del 1981, *Dödsbo v Sweden*, (app. n.61564/00 ECHR 17 gennaio 2006)<sup>144</sup> e *Sabanchiyeva and Others v. Russia* (app., n. 38450/05, 6 giugno 2013).

Per contro, l'altra sentenza citata nella motivazione, *Ibuna v. Arroyo* del 2012<sup>145</sup>, pur confermando la necessità di rispettare la volontà del defunto, aveva argomentato l'esatto opposto, ossia l'irrilevanza della CEDU con riferimento ai

---

<sup>140</sup> ARTICOLO 8: “Diritto al rispetto della vita privata e familiare 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

<sup>141</sup> ARTICOLO 9: “Libertà di pensiero, di coscienza e di religione 1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui.”

<sup>142</sup> T. L. [MUINZER](#) “*The Law of the dead: a Critical Review of Burial Law, With a View to Its Development*”, Vol. 34, n.4 (2014) *Oxford Journal of Legal Studies*, 801 e ss. ;

<sup>143</sup> Già nel 1981, nel caso sul diritto di un signore a spargere le sue ceneri nel proprio giardino, la Commissione aveva sostenuto che dovesse trovare applicazione l'articolo 8 CEDU, che tutela la vita privata. Tuttavia, giustificò il rifiuto della Pubblica Amministrazione tedesca, in forza del secondo comma dell'art. 8 CEDU.

<sup>144</sup> La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha confermato che, anche nel caso di una moglie svedese che richiede di rompere un'urna ceneraria così “that it could be buried in the family burial plot in Stockholm” dovesse trovare applicazione l'art. 8 della Convenzione. Ma sempre in considerazione del secondo comma, è stata respinta la richiesta

<sup>145</sup> *Ibuna & Anor v Arroyo & Anor* [2012] EWHC 428 (Ch) (02 March 2012) Cite as: [2012] EWHC 428 (Ch) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/428.html>

desiderata di un *deceased*. Ed invero, con asciutta semplicità, The Honourable Mr Justice Peter Smith della High Court (Chancery Division) aveva spiegato di non ritenere possibile applicare gli Human Rights post mortem con riferimento ad un corpo.<sup>146</sup>

##### 5. Il problema delle prospective decisions e il best interest of the child

Tutti i precedenti evocati in sentenza per conferire la nomina di *administrator of Estate* alla madre riguardavano cause relative alla disposizione del corpo del *de cuius*, azionate dopo la morte, ossia quando il problema si era effettivamente posto tra gli eredi, che magari discutevano sul luogo della sepoltura o sulle modalità.

Nel caso in esame, invece, la decisione veniva adottata durante la vita della minore, con la conseguenza che si richiedeva al giudice un *prospective order*, ossia un provvedimento privo del requisito della attualità e che avrebbe dovuto aver effetto solo dopo la morte di JS.

Come si ricorda in motivazione, la common law ha sempre vietato la possibilità di incardinare cause ipotetiche, ossia nel dubbio che in futuro si potessero verificare dei problemi, ma come giustamente rilevato, “*That is not the position here: this is an actual problem that needs to be resolved now, albeit the resolution will play out at a future date*” (punto 56 della sentenza).

L’Alta Corte, facendo buon uso della tecnica del *distinguishing*, necessaria per svincolarsi

---

<sup>146</sup> “I confess that I have some difficulty in a post-mortem application of human rights in relation to a body as if it has some independent right to be heard which is in effect what Cranston J is saying. I would respectfully disagree with his conclusion in paragraph 20 and 29 as set out above. It seems to me that the established law is correctly summarised by Hale J as she then was in *Buchanan* which gives the executor the primary duty to dispose of the body. In disposing of the body the executor is entitled to have regard to the expression made by the deceased but is not bound by them. Given that principle in my view there is no room further for any application of any human rights concepts to protect the right of the body to speak from death as it were.” Punto 50 - *Ibuna & Anor v Arroyo & Anor* [2012] EWHC 428 (Ch) (02 March 2012).

da precedenti scomodi e ingombranti, rileva come, a differenza dei casi giudiziari dalla stessa evocati e che giustificavano l'intervento della Corte, solo dopo la morte, per la nomina di un *administrator*, diverso da quello previsto *ex lege*, il problema di JS era attuale e non relativo a diritti futuri.

La motivazione si aggrappa così al risalente precedente *Curtis vs Sheffield* [1882] 21 ChD (CA), ove il giudice Jessel MR aveva statuito i presupposti per emettere una sentenza con riferimento ad una situazione chiaramente prevista, ma non ancora materializzatasi- (punto 57 della motivazione).

Nel 1882 era stato infatti sancito che, sebbene la regola fosse quella di non decidere in merito a diritti futuri, ossia non prima del verificarsi dell'evento-presupposto, dal quale avrebbe potuto sorgere il diritto in contestazione, fosse comunque necessaria una pronuncia quando l'esercizio del diritto stesso, ancorchè astrattamente futuro, dipendesse da una decisione anteriore al verificarsi dell'evento/presupposto. Si trova dunque una giustificazione per una sentenza di nomina di un *administrator* prima della morte di JS ( evento futuro presupposto).

Si individua anche una seconda argomentazione, ossia che, comunque, tutte le parti, potenzialmente, in futuro, coinvolte nel procedimento erano già state tutte presenti nel giudizio <sup>147</sup>.

Alla luce di tali principi, l'Alta Corte decide di avere il potere "*to make a decision with prospective effect in the present case*", poiché, oggettivamente, il diritto della ragazzina dipendeva da una decisione anteriore alla sua morte, che

---

<sup>147</sup> "Now it is true that it is not the practice of the Court, and was not the practice of the Court of Chancery, to decide as to future rights, but to wait until the event has happened, unless a present right depends on the decisions, or there are some other special circumstances to satisfy the Court that it is desirable at once to decide on the future rights. But where all the parties who in any event will be entitled to the property are of age and are ready to argue the case, the reason of the rule departs, and it becomes a bare technicality. The reason of the rule is this, that the Court will not decide on future rights, because until the event happens it does not know who may be interested in arguing the question, and therefore may be shutting out parties who, when the event happens, may be entitled to succeed, but where they are all of age, and every possible party is represented before the Court, as I said before, utility seems to say that there should be a power to determine their rights, as is the case in Scotland and in many other countries." *Curtis v. Sheffield* [1882] 21 ChD (CA);

garantisce l'esecuzione dei suoi desideri e, poiché, comunque, nel processo erano presenti tutte le parti, che avrebbero dovuto essere convocate *post mortem*.

In questo andamento ondulatorio della motivazione, la Corte, dopo aver trascritto la sua decisione, al punto 60 richiama un altro precedente della High Court of New Zealand, *Re JSB (A Child)* [2010] 2 NZLR 236 (HC), quale esempio di *prospective jurisdiction* in un caso analogo, dove il giudice Heath J aveva ritenuto fosse astrattamente legittimo emettere una sentenza prima della morte del minore, per decidere sul funerale, se l'obiettivo era quello di proteggere “ *the interests of the living child, after death*”<sup>148</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

J.Austin *Lectures on Jurisprudence* London: J. Murray, 1885.

E. CAVE *Goodbye Gillick? Identifying and Resolving Problems with the Concept of Child Competence* in 2014, vol. 34 (1) *Legal Studies*, 103-122

Dr. Heather Conway *Decision-Making and the Dead: Who Decides the Funeral Arrangements When Families Disagree ?* in *Child and Family Law*, n. 34, 2014, 22-28

Amber Dar *Decision-Making about Child Participation in Medical Research: a Relational Approach*, Vol.27, no. 2 *Child and Family Law Quarterly* 2015, 109 e ss.

F. De Franchis v. *Personality* in *Dizionario Giuridico* Milano Giuffrè 1984, 1137.

---

<sup>148</sup> Dopo tale proclamazione di principio poi il Giudice ritenne di non applicarlo al caso concreto Nel caso concreto poi però

A cura di P.J.Fitzgerald, Salmond *On Jurisprudence* 12<sup>Th</sup> ed. London Sweet and Maxwell 1966, 240.

P. A. French *V. Status* in *The Philosophy of Law on Enciclopedia* ed. Christopher Philip S. James M.A., *Introduction To English Law* 8TH ed 1972 London Butterworths

Berry Gray, Garland Publishing New York London 1999, 840.

A. Heldrich e A. F. Steiner *V. Legal Personality* in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol.IV Family, Cap.II, Persons, 3.

A. MacLean *Autonomy, Informed Consent and Medical Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

[P. Matthews](#), “*Whose Body ? People as Property*” 1983, 36 *Current Legal Problems* 193;

T. L. Muinzer “*The Law of the dead: a Critical Review of Burial Law, With a View to Its Development*”, Vol. 34 , n.4 (2014) *Oxford Journal of Legal Studies* , pp.791-818

C. Siyuan. *Is the Invocation of Inherent Jurisdiction the Same as the Exercise of Inherent Powers?*. (2013). *International Journal of Evidence and Proof*. 17, (4), 367-374

P. Stein *Nineteenth Century English Company Law And Theories Of Legal Personality* in *Quaderni Fiorentini* 1982/1983 Milano Giuffrè, 503.

<sup>1</sup> 47 “*The concept of 'proper*

Goodbye Gillick? Identifying and resolving problems with the concept of child competence

SENTENZE:

*JS (Disposal of Body)* [2016] EWHC 2859 (Fam), [2016] WLR(D) 650, [2017] 4 WLR 1

*Montgomery v Lanarkshire Health Board (Scotland)* 2015 UKSC 11 1a Corte Suprema Inglese

*Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112  
([http://www.bailii.org/form/search\\_cases.html](http://www.bailii.org/form/search_cases.html)).

*Cocker v. Tempest* (1841)

Judgment In The Matter Of B (a child) Corte Suprema Inglese [2016] UKSC 4, 3 febbraio 2016

ATTI NORMATIVI:

Family Law Reform Act 1969

Children and Families Act 2014