GIUSTIZIA INSIEME

Diritto dell"emergenza Covid-19 e recovery fund

Emergenza pandemica, diritto di visita dei familiari in r.s.a. e questioni etico-giuridiche nella giurisprudenza inglese di Mario Serio

di **Mario Serio**

7 maggio 2020

Emergenza pandemica, diritto di visita dei familiari in r.s.a. e questioni etico-giuridiche nella giurisprudenza inglese

di Mario Serio

Sommario: 1. La frequenza delle scelte etiche nell'esperienza giuridica inglese: conflitti ed allineamenti tra fattispecie e principii. La propensione della giurisprudenza inglese a misurarsi con la Convenzione europea sui diritti umani del 1950 e lo *Human Rights Act* del 1998; 2. Il sistema delle Corti specializzate nel *common law* inglese: ragioni e dubbi. La Court of Protection ed il *Mental Capacity Act* del 2005; 3. Il caso *BP and Surrey County Council and RP* deciso nel marzo 2020 dalla Court of Protection: le possibili limitazioni agli incontri con i propri familiari imposte alle persone dichiarate incapaci; 4. Brevi considerazioni finali: il ruolo del giudice inglese nella decisione intorno a questioni di coscienza.

1. . La frequenza delle scelte etiche nell'esperienza giuridica inglese: conflitti ed allineamenti tra fattispecie e principii. La propensione della giurisprudenza inglese a misurarsi con la Convenzione europea sui diritti umani del 1950 e lo Human Rights Act del 1998

Se è vero che l'esperienza giuridica è destinata, nel suo continuo divenire, a piegarsi, a conformarsi, a ripensarsi e ad essere ripensata in stretto rapporto alle mutevoli, cangianti, imprevedibili esigenze della vita individuale e collettiva, così andando incontro al non agevolmente evitabile rischio di discontinuità nella sua rappresentazione e nella natura delle risposte che da essa derivano, non è per questo da trascurare che il discorso giuridico, inteso come scenario di impronta teorica che attorno ad essa viene razionalmente organizzato, sappia in via tendenziale manifestare la capacità di strutturarsi attraverso criteri argomentativi orientati a, ed ispirati da, principii. Tanto più se il corso degli eventi che genera la necessità di riallineamento tra tradizione ed innovazione ha evidente matrice etica (o anche bioetica)**[1]** e, comunque, impegna scelte metagiuridiche.

Da anni, ed in susseguenti, rilevanti occasioni, nel *common law* inglese, ed anche in ordinamenti continentali, si agitano questioni, riferibili a singolari, laceranti casi della vita**[2]**. Sin da adesso può osservarsi che la locuzione "*in the best interest of*" (di volta in volta il paziente, il minore**[3]**, l'incapace) racchiude, costituendone suggestivo simbolo, il nucleo centrale delle questioni implicate dalla costruzione del fenomeno giuridico su un fondamento che sviluppa conoscenze, valutazioni, decisioni eccedenti il semplice ambito del diritto positivo. Il diritto inglese è stato in tempi recenti attraversato da domande di giustizia di talmente profonda tessitura morale da imporre orientamenti giurisprudenziali, preceduti o seguiti da significativi commenti dottrinari, che, animati come non potevano non essere da sofferte considerazioni conducenti appunto alla individuazione del genere di interesse di cui si discute, hanno aperto la strada ad importanti opinioni, anche aspramente divise. Circostanza, questa, che di per sé né affievolisce l'intimo valore della singola scelta né meccanicamente dovrebbe indurre all'auspicio che le scelte stesse siano avulse da inevitabili nodi problematici e controversi, come è nella natura della materia discussa. Ed allora, un primo motivo di interesse nei riguardi di questo genere tematico è costituito dalla ricognizione estesa delle ipotesi più comunemente presenti nella quotidiana esistenza che richiamino, a propria volta, tutte le formazioni di giuristi al compito di misurarsi

con nuove categorie di giudizio, aspirando ad una classificazione in senso tassonomico delle "*rationes decidendi*" e, in genere, degli argomenti spesi a suffragio od in opposizione ad esse.

Ma non è solo euristico lo scopo di questo tipo di ricerca: essa, invero, cospira a guidare chi la pone in essere verso la sponda del dialogo interordinamentale europeo, al cui interno è ben possibile, come il prosieguo del lavoro si propone di render chiaro, reperire testimonianze di un filo unico di riflessione, non importa quanto diversificata nelle conclusioni.

Un netto sintomo di questa interazione tra sistemi giuridici differenti, ma utilmente integrabili nel rispetto delle reciproche autonomie, può percepirsi nella travagliata storia riguardante il neonato inglese affetto da una grave ed irreversibile patologia neurodegenerativa congenita**[4]**: si trattava di stabilire se l'ospedale che aveva in cura il piccolo malato potesse sospendere il trattamento terapeutico, particolarmente invasivo e responsabile di probabili sofferenze, inidoneo a conferire alcun benefico e duraturo risultato che potesse prevenire o debellare il certo ed imminente esito infausto. Alla drammatica prospettiva si opposero sia i genitori del bambino sia il suo curatore speciale ("*guardian ad litem*") nominato per la miglior tutela processuale della sua posizione, assumendo la sussistenza di una possibilità terapeutica vagliata come possibile da un clinico statunitense, seppur dai circoscritti e congetturali margini di successo. La disputa si concentrò sulla determinazione della congruenza del nuovo tentativo terapeutico rispetto al massimo interesse del minore. La risposta fu unanimemente negativa nei tre gradi di giudizio ed essa fu giudicata del tutto compatibile con le norme convenzionali dalla Corte europea dei diritti umani**[5]**. Non è questa la sede per ripercorrere puntualmente le concordi sentenze, tutte votate alla confutazione della ricorrenza di una sufficiente base scientifica a sostegno del tentativo terapeutico adombrato**[6]**, che avrebbe con ogni verosimiglianza aggravato lo stato di dolore provocato dalla malattia ed esposto il piccolo paziente ad un disagevole trasferimento presso strutture ospedaliere americane senza in alcun modo garantire un accettabile grado di prognosi favorevole, anche in termini di miglioramento delle condizioni generali o di allungamento delle aspettative di vita, rispetto alla acclarata previsione di un brevissimo periodo residuo di sopravvivenza. Di sicuro interesse ai fini del presente studio si rivela piuttosto la chiara definizione, fatta propria nella interpretazione del diritto interno dalla Corte EDU, della locuzione "*best interests of the patient*" presa a mutuo da un precedente del 2006 della House of Lords**[7]**, intesa come ogni tipo di considerazione medica, emotiva, sensoriale, istintiva capace di avere un impatto sulla decisione**[8]**. Da una siffatta configurazione si comprende l'esattezza della posizione di chi motivatamente afferma la insovrapponibilità della volontà genitoriale rispetto a quella del minore al fine della protezione del relativo interesse**[9]**, che, infatti, dal punto di vista processuale è autonomamente

rappresentato, come visto, da un curatore speciale ("*guardian ad litem*") appositamente nominato.

In altre non meno stimolanti ed ardue occasioni la giurisprudenza inglese si è trovata, negli anni '10 di questo secolo ad occuparsi della linea di confine che contraddistingue il perimetro del "*best interest*" della persona necessitante della tutela ordinamentale**[10]**: se si è preferito estrapolare da questa lista il caso *Charlie Gard* è solo per la sua attitudine esemplarmente riassuntiva del nugolo problematico che si addensa intorno a questioni di bioetica, che saranno di nuovo riprese nel paragrafo finale.

La completezza del discorso vuole che si faccia anche menzione di una decisione della stessa Supreme Court dell'anno successivo**[11]** che, in un caso in cui si discuteva circa la necessità che l'ospedale presso il quale era ricoverato un paziente insuscettibile di qualsiasi miglioramento e dalla prognosi irreversibilmente negativa, si trovò a pronunciarsi sulla richiesta della stessa struttura, pur in presenza dell'assenso dei familiari, dell'autorizzazione giudiziale alla sospensione delle terapie. La Corte delineò i casi in cui è imprescindibile la pronuncia della magistratura, identificandoli in quelli in cui vi sia discordanza di opinioni mediche o dissenso dei familiari in ordine alla proposta sospensione del trattamento. Nel decidere la Supreme Court dichiarò di attenersi al ragionamento, ritenuto del tutto applicabile alla fattispecie, sviluppato in un caso precedente giudicato dalla Corte EDU**[12]** in cui si era detto che in simili evenienze i giudici non autorizzano un trattamento sanitario che sarebbe altrimenti antigiuridico ma si limitano a verificare la legittimità della sua eventuale interruzione**[13]**. Nella sentenza del 2018, redatta dalla Presidente del Collegio, Lady Hale, è stata anche richiamata adesivamente la pronuncia della medesima Corte, ancora una volta con la medesima redattrice, di cinque anni precedente**[14]**. In essa i giudici di ultima istanza, nel condividere il diniego opposto dal primo giudice alla richiesta della struttura ospedaliera di porre fine al trattamento terapeutico di un paziente in stato comatoso , sottoposto a ventilazione forzata e privo di prospettive di guarigione benché i parenti avessero convenientemente dedotto che egli sembrava aver manifestato la volontà di essere tenuto in vita, avevano, tuttavia, sottolineato come, a tenore del *Code of Practice* annesso al *Mental Capacity Act* del 2005, dovesse ritenersi rispondente al "*best interest*" della persona in cura la cessazione delle terapie volte a fornire supporto vitale ogni volta che queste possano apparire futili in termini di risultato, troppo pesanti o incapaci di assicurare concrete possibilità di guarigione**[15]**.

Prima di ascrivere al novero di tali questioni anche quelle, di recente, dirompente avvento, riguardanti i rapporti tra situazioni emergenziali e godimento di diritti direttamente riferibili agli "status"**[16]** familiari, nell'accezione di condizioni soggettive meritevoli di particolare e rafforzata considerazione ordinamentale, conviene soffermarsi introduttivamente sull'atteggiamento di indiscutibile e rispettosa cooperazione instaurato e continuativamente perseguito tra la giurisdizione inglese e quella europea in materia convenzionale di diritti dell'Uomo. Può bastare a questo punto menzionare l'assenza di barriere intellettuali o di gelosie sciovinistiche che hanno consentito, sin dall'entrata in vigore nel Regno Unito nel 2000 dello *Human Rights Act* del 1998**[17]**, un fruttuoso scambio di indirizzi interpretativi delle disposizioni convenzionali in termini di identificazione della circonferenza dei diritti ivi garantiti e dei relativi ambiti di affermazione**[18]**. E', infatti, costante il riferimento da parte dei Giudici del *common law* inglese alle pronunce della Corte di Strasburgo ed ai principii in esse enunciati, concepiti come parametri di valutazione della compatibilità con la Convenzione del 1950 delle disposizioni, legislative, amministrative, giudiziali, interne. Che di disposizione culturale del tutto amica ed armoniosa è esplicitamente confermato dalla profusa motivazione della Corte europea dei diritti umani nella sentenza del 2017 sul caso *Garde* laddove respinge tutte le censure di allontanamento dai principii convenzionali sul diritto inviolabile al rispetto della vita umana mosse dai genitori del minore alle conformi sentenze inglesi. Sembra, pertanto, che questa piena compenetrazione nel tessuto ordinamentale inglese non sia il semplice frutto dell'ingresso della Convenzione nel sistema interno per effetto della legge traspositiva, spiegandosi, al contrario, come prodotto della convinta e meditata adesione ad un complesso di valori che trascende l'elemento geografico e si proietta in un vasto orizzonte di "*ius commune europeum*".

2. Il sistema delle corti specializzate nel common law inglese: ragioni e dubbi. La Court of Protection ed il Mental Capacity Act del 2005

L'ordinamento inglese ha mostrato un'immutata nel tempo inclinazione a creare settori di giurisdizione dedicati alla trattazione di materie ed affari specialmente richiedenti competenza e sensibilità nei giudici ad essa destinati. Non si tratta della costituzione di plessi giurisdizionali speciali, ossia del tutto estranei all'ordinario circuito giudiziario (si pensi che delle Corti specializzate vengono normalmente chiamati a far parte magistrati che esercitano le proprie funzioni in uno dei tre livelli delle giurisdizioni superiori), quanto di organi versati nella

risoluzione di categorie di questioni di tale rilevanza e frequenza da suggerire che di esse si occupino settori operanti in via esclusiva. Si potrebbe dire, aderendo ad un ordine concettuale e terminologico proprio del sistema processuale italiano, che si è di fronte a Giudici titolari di una specifica, inderogabile competenza funzionale. Alla loro qualificata azione il mondo professionale e quello degli utenti della giustizia è da sempre positivamente assuefatto per la fiducia nutrita nella vasta esperienza maturata da chi le amministra.

Una cura precipua il legislatore inglese ha tradizionalmente riservato alle materie interferenti con la condizione giuridica delle persone**[19]**, la cui situazione individuale, per ragioni fisiche o mentali, reclami interventi e misure rivolti all'eliminazione, anche attraverso azioni positive, di ogni svantaggio o fattore sfavorevole alla piena e soddisfacente esplicazione della relativa personalità o alla realizzazione delle rispettive esigenze.

Il *Mental Capacity Act* del 2006 rappresenta uno dei capitoli legislativi meglio descrittivi di questa tendenza normativa diretta alla configurazione di un sistema integrato e razionale di disposizioni a tutela delle persone ricadenti nel suo raggio applicativo.

Questa legge, coeva all'approvazione del fondamentale *Constitutional Reform Act* dello stesso anno, istitutivo della Supreme Court, reca nel preambolo il proprio contrassegno teleologico: provvedere alla predisposizione di norme in tema di persone prive di capacità di agire; prevedere la istituzione, in luogo del precedente omonimo organo, di una Corte di rango superiore munita di apparato organizzativo e documentario completo (una Court of record**[20]**) denominata Court of Protection; emanare disposizioni aventi nesso con la Convenzione internazionale per la protezione delle persone adulte sottoscritta all'Aja il 13 gennaio 2000 e con gli scopi relativi**[21]**. Ben può dirsi che al patrimonio normativo del common law inglese è venuto ad essere ascritto un autentico statuto delle persone affette da incapacità correlabile ad una menomazione delle facoltà mentali-cognitive ,vale a dire un complesso organico di disposizioni, sia sostanziali sia processuali, il cui oggetto è formato dalla descrizione di una figura soggettiva dalle irripetibili caratteristiche implicanti una risposta ordinamentale in senso solidaristico e tale da ridurre, se non eliminare, la distanza psicologica, emotiva, pratica rispetto ad ogni altro soggetto di diritto. Di alcune di esse, per la loro diretta incidenza sugli angoli visuali di questo studio, è utile il richiamo. In primo luogo è posta la presunzione "*iuris*" di capacità fino alla prova contraria consistente in una pronuncia giurisdizionale: nel medesimo senso si prevede che a tale risultato deprivativo possa solo giungersi dopo l'infruttuoso esperimento di ogni tentativo di prevenirlo; nè tale estrema soluzione potrebbe giustificarsi sulla base esclusiva della constatazione che la persona ha preso decisioni poco sagge. Se quelle appena citate si

prospettano come disposizioni protettive della persona in senso preventivo della dichiarazione di incapacità, altre intervengono a delinearne lo "*status*" nell'ipotesi che tale situazione sia effettivamente venuta in essere. La prima e principale, di assorbente rilievo in questa sede, consiste nella proclamata necessità che ogni atto o provvedimento afferente alla persona incapace ne presupponga la piena conformità al suo interesse e risponda, in ogni caso, all'imperativo di contenere al massimo la compressione dei relativi diritti e della libertà d'azione. L'opzione legislativa si esprime nel senso che a legittimare le misure incapacitanti debba essere l'inettitudine della persona a decidere autonomamente ovvero di comprendere o ritenere i dati informativi sui quali fondare la decisione. Anche la nozione del prima evocato criterio del "*best interest*" è declinata secondo un modello definitorio rivolto a preservare, seppur in forma deduttivo-ipotetica, la volontà della persona in quanto chi è chiamato a rappresentarla è tenuto, nella prefigurazione di ciò che più fedelmente corrisponda all'interesse del rappresentato, a porsi l'interrogativo circa la possibilità che in futuro questi possa riacquistare la capacità di amministrarsi in relazione ad uno specifico oggetto, sì da non rendere irreversibilmente opponibile all'interessato la scelta da altri per suo conto effettuata e, quindi, permanente la condizione limitativa. Questa, a propria volta, non può giammai convertirsi in un'indebita privazione della libertà personale, se non nei casi in cui essa consegua ad un ordine giudiziale volto anche a surrogare in casi di necessità la carenza di condizioni limitative della libertà stessa ed in particolare ad un provvedimento disposto in vista della somministrazione alla persona incapace di trattamenti sanitari vitali e, comunque, necessari per ragioni di mantenimento in esistenza. Egualmente non infrange il divieto di impedire la libertà della persona l'iniziativa che chi è chiamato a prendersene cura assuma nella ragionevole convinzione che essa valga a prevenire pregiudizi all'incapace.

In tale contesto normativo di somma protezione della persona e della personalità dell'incapace si pongono le fitte previsioni (sezione 46 ss.) che disciplinano la Court of Protection, determinandone prerogative, competenze, funzionamento. Proprio in omaggio all'obiettivo di contemplare un giudice funzionalmente competente, nei termini prima precisati, viene avvertita come indispensabile l'attribuzione ad un giudice specializzato, perchè preventivamente selezionato dal Lord Chief Justice**[22]** nei ranghi della Family Division della High Court (il cui complesso di poteri, facoltà, attribuzioni è espressamente riconosciuto in capo alla medesima Court of Protection, presieduta, appunto, dal Presidente della stessa Family Division), della cognizione degli affari ricadenti nella sfera giuridica delle persone dichiarate incapaci ai sensi dello stesso *Mental Capacity Act* del 2005. Largo è il terreno di azione garantito alla Corte. Essa esercita, in particolare, le proprie funzioni per quanto attiene: all'accertamento delle necessarie

facoltà cognitive al fine di assumere decisioni consapevoli da parte di singole persone; alla nomina di rappresentanti per il disbrigo dell'ordinaria amministrazione a favore di persone che non sarebbero capaci di provvedervi; alla definizione di istanze e ricorsi aventi carattere di urgenza proposti nell'interesse di persone incapaci; all'attribuzione di poteri duraturi o temporanei di rappresentanza di persone incapaci; all'autorizzazione a compiere per costoro atti di ultima volontà o di disposizione a titolo di liberalità di propri beni; alla decisione circa la possibile limitazione della libertà di persone incapaci. L'individuazione delle varie forme di provvedimenti adottabili nei confronti delle persone incapaci, ed il relativo regime autorizzatorio (sia di natura ordinaria sia di natura urgente), nonchè l'identificazione delle disparate categorie di soggetti muniti di specifici ruoli istituzionali nella vita ,nelle relazioni e nella costante valutazione delle condizioni psico-fisiche delle persone dichiarate incapaci formano poi oggetto di numerose, puntuali disposizioni di carattere sostanzialmente regolamentare e sono contenute in due delle appendici (rispettivamente *Schedule* A1 e AA1) alla legge. Questa, come si è già avuto modo di richiamare alla mente, si muove lungo un crinale di respiro sovranazionale, tanto riconducibile – e questo sarà il principale motivo di trattazione nella prossima parte – all'arena europea quanto collegato a Convenzioni internazionali di ancor più spaziosa portata.

E' all'interno del descritto quadro normativo che si inscrive una recente pronuncia della Court of Protection di sicura rilevanza nell'ambito della delimitazione del complessivo "*legal status*" delle persone dichiarate incapaci e della attenzione loro riservata nel generale contesto transanazionale, di decisivo impatto nell'economia del peculiare caso.

3. Il caso *BP and Surrey County Council and RP* deciso nel marzo 2020 dalla Court of Protection: le possibili limitazioni agli incontri con i propri familiari imposte alle persone dichiarate incapaci

Il caso di recente deciso dalla Court of Protection nelle fasi iniziali, almeno per il Regno Unito, della pandemia nota come SARS 2-Covid 19 aggrega in sé, in forma paradigmatica, alcune delle maggiori questioni etico-giuridiche che sono solite presentarsi con riferimento ad ipotesi ricadenti nell'ambito della disciplina posta dal *Mental Capacity Act* del 2005. E ciò sia per ciò che attiene alle condizioni legittimanti l'adozione di provvedimenti a tutela delle persone per qualunque causa rese incapaci di porre in essere decisioni autonome sulla base dell'acquisizione in forma critica e ritenzione delle necessarie informazioni che ne costituiscono il presupposto

storico e logico sia relativamente alla puntuale determinazione del loro "*best interest*" nelle circostanze date.

Quel che si può già adesso anticipare a proposito della locuzione appena riportata è la straordinaria flessibilità una volta di più esibita dalla giurisprudenza inglese nell'adattarla alle singole circostanze, di guisa che non di una singola, statica nozione possa parlarsi ma di un nucleo concettuale mobile in diretta proporzione alle esigenze ed alle caratteristiche soggettive della persona (minore, malato, totalmente o parzialmente incapace) della cui posizione e dei cui specifici interessi debba tenersi conto nell'apprezzamento e nella statuizione giudiziale.

I fatti da cui si è diramata l'urgente richiesta di intervento in forma monocratica della Court of Protection vanno così brevemente riepilogati e risalgono alla seconda metà del mese di marzo 2020. Presso unna struttura ospedaliera specialmente dedicata alla cura di pazienti anziani anche sofferenti di patologie di rilievo neurologico e cerebrale, rientrante nella vigilanza e nell'organizzazione di un'autorità locale (il Surrey County Council) si è trovato in quei giorni ricoverato un uomo di 83 anni, affetto da disturbi cognitivi che ne riducono l'attitudine ad adottare decisioni responsabili e a comprendere pienamente gli effetti della malattia neurologica nonché da ipoacusia. A seguito di una consulenza medica disposta in conformità del *Mental Capacity Act* 2005 egli, sin dal 12 agosto 2019 (dopo un inziale ricovero a far data dal 25 giugno 2019), è stato giudicato (sebbene definito come soggetto in grado di capire e ritenere la maggior parte delle informazioni veicolategli) incapace di autodeterminarsi congruamente in quanto colpito dalla malattia di Alzheimer e, pertanto, sottoposto, attraverso uno dei provvedimenti previsti per simili evenienze dalla legge in parola (una "*standard authorisation*"), al regime di ricovero, a proprie spese, nella casa di cura fino al 3 giugno 2020, allorchè sarebbe stato sottoposto a nuova valutazione delle proprie condizioni. Con costante regolarità il paziente ha sempre ricevuto visite dai propri familiari, in particolare di una delle figlie con cadenza quotidiana e della moglie trisettimanalmente. Ripetutamente egli, dal momento della " *deprivation of liberty*" (tale considerandosi nel lessico legislativo la condizione del destinatario del prima descritto provvedimento), ha senza alcuna ambiguità espresso il proprio desiderio di ritornare a casa, cui si è frapposta l'efficacia della disposizione incapacitante. Con una lungimiranza (che in Italia sarebbe stata auspicabile da parte degli enti territoriali con riferimento ai problemi dei degenti nelle residenze sanitarie assistite) forse sfortunatamente mancata a livello politico, prima ancora che il Governo inglese adottasse misure di contenimento della diffusione e della trasmissione della pandemia (pur non così radicali come quelle di cui si sta per dire), ed esattamente con un anticipo di 3 giorni , alle 17 del 17 marzo 2020,la casa di cura ha disposto che per tutto il tempo dell'emergenza sanitaria siano sospese visite e contatti esterni

con i pazienti in essa degenti. Il divieto ha diviso i parenti del paziente, in quanto la figlia che lo visita assiduamente ha ritenuto, contrariamente all'avviso materno, che sia meglio rispondente agli interessi paterni il temporaneo ritorno nella propria abitazione dove potrebbe ottenere adeguata assistenza in virtù dell'approvvigionamento dei necessari mezzi di cura. Al diniego di flessibilità nell'osservanza di questa disposizione da parte della casa di cura o di deroga circoscritta al singolo paziente, la figlia, nel frattempo assunta la posizione processuale di "*litigation friend*", di cui si è prima detto, implicante il perseguimento processuale di azioni rivolte alla miglior protezione della sua condizione**[23]**, si è rivolta alla Court of Protection, nella persona del giudice designato Hayden**[24]**, formulando un'articolata e progressiva serie di istanze urgenti. In primo luogo, la domanda ha avuto ad oggetto la dichiarazione della Corte che, nell'ipotesi in cui entro 72 ore il padre non avesse ricevuto la visita del consulente designato a rivalutarne le condizioni giustificatrici della sua permanenza nella struttura o quella dei familiari, non fosse ulteriormente nell'interesse del paziente la prosecuzione del ricovero; la conseguenziale e subordinata domanda è stata nel senso che dovesse essere revocato il provvedimento autorizzativo del ricovero privativo della libertà paterna. Ed ancora, si è sollecitata una pronuncia di accertamento che il divieto assoluto di visite si pone in contrasto con i diritti assicurati ai pazienti dagli articoli 5 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. L'ulteriore istanza è stata diretta a conseguire un provvedimento interinale ed urgente dichiarativo della miglior rispondenza all'interesse paterno del suo ritorno a casa con adeguato supporto di dispositivi per le cure necessarie.

La premessa scientifica da cui ha preso le mosse la sentenza è stata quella secondo cui l'eventuale contrazione del virus da parte dell'anziano paziente ne avrebbe messo seriamente a repentaglio la vita. Su di essa si è imperniato tutto il ragionamento successivo.

Il metodo applicato dalla Corte nell'esame delle domande è stato chiaramente improntato alla verifica preliminare della compatibilità della misura disposta dalla casa di cura con le varie fonti di diritto transnazionale di origine convenzionale. La prima di esse è stata individuata nell'art.11 della convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità che impegna gli Stati contraenti ad assicurare ad esse tutela in termini di sicurezza in situazioni di rischio (quali, intuitivamente, osservò il giudice Hayden, quella nascente dalla pandemia), nonchè nel successivo art. 11 che proclama il diritto alla salute di costoro**[25]**.

Anche l'articolo 5 della CEDU, la cui violazione è stata espressamente lamentata dalla ricorrente, è caduto, nei suoi profili di intangibilità dei diritti individuali di libertà e sicurezza, sotto la lente d'ingrandimento dell'organo giudicante. Al riguardo si è osservato che le limitazioni alla prima di

tali libertà possono essere imposte a condizione che si osservino le forme procedurali prescritte dalla legge interna e che esse siano indirizzate alla prevenzione di fenomeni patologici contagiosi ed alla protezione di persone deboli di mente. È stata, al riguardo, dalla Court of Protection richiamata la giurisprudenza EDU che impone agli Stati contraenti l'adozione di effettive disposizioni protettive di persone soggette a rischio, comprese quelle dirette a prevenire limitazioni di libertà attraverso mezzi dei quali le pubbliche autorità abbiano o siano tenute ad avere conoscenza**[26]**. In particolare, conformemente a consolidata giurisprudenza domestica **[27]**, si sottolinea il triplice dovere incombente sulle autorità locali, consistente, rispettivamente, nel condurre le appropriate indagini sulle concrete circostanze, nel predisporre i necessari servizi di supporto e nel rivolgersi per gli opportuni provvedimenti al giudice competente. Altre norme della Convenzione del 1950 sono state esaminate per i loro riflessi di rilevanza ai fini della decisione, segnatamente l'art.8 in materia di rispetto della vita privata e familiare,l'art.14 sul carattere generale ed indiscriminato della tutela dei diritti umani in essa contemplati e,infine,l'art.15 quale disposizione che consente, in situazioni di emergenza che pongano in pericolo la vita della nazione, la deroga alle disposizioni dei citati articoli 5 e 8.

La ricognizione del quadro internazionale destinato ad esser tenuto presente nella fattispecie si espande verso la dichiarazione di principio pronunciata il 20 marzo 2020 in occasione dell'emergenza COVID 19 dall'apposito comitato del Consiglio d'Europa che ha preso una risoluta posizione a favore di ogni azione orientata alla protezione di tutti coloro che soffrano della privazione della libertà, nel senso di garantirli dal pericolo di diffusione del morbo, purché si tratti di iniziative munite di fondamento legale, necessarie, proporzionate, rispettose della dignità umana e temporalmente ristrette.

Nella ricostruzione dell'impianto normativo, interno ed internazionale, di rilievo nell'aspro conflitto denunciato tra libertà di movimento e tutela della salute assumono significato, a giudizio della Corte, le linee guida governative che confermano l'indirizzo delle case di cura proibitivo delle visite esterne e, nel presupposto dell'impossibilità di dotazioni complete di locali per l'isolamento di chi abbia contratto, o sia sospettato di aver contratto il virus, suggeriscono le maggiori cautele praticabili, dirette ad evitare contatti all'interno della struttura anche tra i degenti ed a rifornire tutti i frequentatori per ragioni di servizio di dispositivi di protezione individuale.

Alla luce di questo complesso di disposizioni, e nella consapevolezza della funzione svolta dalle norme convenzionali di parametro della legittimità di quelle interne, la Court of Protection perviene ad un gruppo di conclusioni di carattere generale, qui di seguito esposte.

La prima osservazione riassuntiva rispecchia un'interpretazione evolutivamente orientata del testo normativo fondamentale come applicabile al grave momento pandemico ed al correlato impatto socio-etico-giuridico. Recependolo nel modo più largo ed appropriato alle sconvolgenti circostanze il Giudice volge ad esse l'insegnamento della Corte EDU, affermando l'esistenza di uno specifico obbligo a carico dello Stato di assicurare condizioni di eguaglianza, rispetto al resto della collettività, nei confronti delle persone affette da disabilità, evitando che restino indietro, ossia seriamente svantaggiate. L'ulteriore deduzione ermeneutica tratta dalla legge in parola consiste nella declamazione del valore fondamentale della tutela dell'autonomia decisionale, anche nella forma surrogata delle competenti figure assistenziali, delle persone con ridotte facoltà cognitive.

Partendo da queste premesse metodologiche, al cui centro è evidentemente collocata la dignità del disabile costituente lo sfondo su cui si staglia il *Mental Capacity Act* del 2005, la Court of Protection dirige la propria attenzione verso il maggior problema agitato, come sempre accade allorquando venga invocata questa legge, nella fattispecie, ossia quello volto alla individuazione del "*best interest*" del paziente, sotto il particolare aspetto della compatibilità con esso delle misure restrittive del diritto di ricevere visite poste in essere dalla casa di cura, anche alla luce delle disposizioni sovranazionali richiamate dalla ricorrente. Il criterio risolutivo del dilemma cui la Corte si è attenuta è stato di stampo finalistico, vale a dire quello indirizzato a cogliere lo scopo ultimo delle disposizioni impugnate. Esso è stato agevolmente individuato nell'inderogabile esigenza di far fronte ad una pubblica emergenza capace di travolgere la vita del Paese e dei cittadini. In questa chiave protettiva ravvisato lo scopo della restrizione ed apprezzatane la commisurazione della durata al solo periodo emergenziale, la Corte ha deciso per l'insussistenza di violazioni dell'art. 5 della Convenzione europea del 1950, in perfetta simmetria con la giurisprudenza andatasi formando attorno a tale norma. Nè a mutare lo scenario poteva valere la mancata emanazione, al momento in cui la casa di cura è intervenuta drasticamente con il vietare le visite esterne ai degenti, da parte del governo di provvedimenti proibitivi a tappeto delle stesse o di altre forme di socialità, essendo, al contrario, del tutto lodevole la più tempestiva sensibilità mostrata dalla struttura sanitaria.

Naturalmente il difficile compito della Court of Protection nella persona del giudice Hayden non avrebbe potuto ritenersi esaurito tramite la mera (per quanto persuasivamente motivata nel solco della univoca giurisprudenza EDU) reiezione degli argomenti difensivi incentrati sulla deplorata inconciliabilità della restrizione con norme essenziali a difesa dei diritti umani: restava, infatti, da delibare, in tutta la sua imponenza, la questione del concreto riconoscimento del "*best interest*" in un caso di tale irripetibile peculiarità. In questo frangente si manifesta il più

interessante profilo, in particolare dal punto di vista comparatistico ed in genere del "*legal reasoning*" circolante nel common law inglese**[28]**, della sentenza. Essa, con grande sensibilità dirigendo la propria attenzione verso la dimensione psicologica, emotiva, affettiva della vicenda, trascorre dal momento "*principle oriented*" che ne aveva contraddistinto la prima parte, dedicata alla precisa emersione dei parametri di raffronto con il plesso normativo astrattamente deducibile in giudizio, a quello necessariamente "*rule oriented*", vale a dire si impegna nella ricerca dei concreti indici sintomatici, direttamente desumibili dalle molteplici angolazioni della fattispecie, idonei a guidare l'identificazione in via complessiva e sintetica dell'universo di atti, fatti, opzioni comprensivamente coperti dalla impegnativa espressione "*in the best interests of*". Nel rivolgere il proprio sguardo verso una questione problematica dalla somma significazione conformativa dell'esistenza di più persone interessate la Court of Protection dismette i panni oracolari di testimone del contenuto e della portata ermeneutica della norma per proiettarsi al rango socialmente indispensabile di oculato, ponderato, umanissimo amministratore di vite (al pari di quel che è chiamato a fare, nella più nobile delle accezioni funzionali apponibili alla legge italiana 6/2004,il giudice tutelare nelle amministrazioni di sostegno) altrui, tenendo in considerazione ogni dettaglio di cui esse sono intessute nell'essenziale prospettiva di trovare un comune e risolutivo filo conduttore. In questa umilissima, certosina ricerca della migliore delle condizioni esistenziali risolventisi nella realizzazione del "*best interest*" della persona incapace certamente risiede il riscatto della funzione giudiziale da quell'aura di disumanità che Salvatore Satta vi apponeva, non già per mortificarla o screditarla, quanto, tutto al contrario, per esaltarne (alla stregua dell'alta opera letteraria di un altro indimenticabile scrittore nato nella medesima terra di Sardegna, Salvatore Mannuzzu) la lacerante, estenuante difficoltà del giudizio promanante da un Uomo e destinato ad un suo simile. Vivere, per deciderne, la vita altrui come se fosse la propria implica immedesimazione, solidarietà, saggezza. In questo tremendo imperativo si illumina e rassicura la figura universale del Giudice.

Venendo al ragionamento, sviluppato attorno a fatti, considerazioni di ordine pratico, risvolti psicologici, che ha guidato la decisione della Court of Protection è possibile scorgerne le due linee potenzialmente antagoniste che essa si è trovata, se non a dirimere in modo netto, a comporre secondo un tendenziale equilibrio.

Da un canto agli occhi della Corte è apparso chiaro ed evidente l'effetto positivo per la persona dichiarata incapace degli incontri sistematici e regolarmente ripetuti nel tempo con i propri familiari, ai quali aveva dichiarato di volersi ricongiungere ritornando al comune domicilio. Convinzione rafforzata dalla precisa dichiarazione della figlia che ha ricordato in dibattimento come per il padre la famiglia abbia sempre rappresentato tutto, anche per il suo carattere

socievole ed accomodante. Nel medesimo senso deponeva il tassativo impegno della stessa figlia, perfettamente consapevole della somma difficoltà della decisione del caso**[29]** particolarmente legata al genitore anche in virtù di una prolungata attività lavorativa comune nel campo degli allibramenti di scommesse, a garantirgli assistenza duratura ed ininterrotta nell'arco della giornata nella casa di famiglia, anche avvalendosi dei preparati e degli strumenti sanitari di assistenza forniti dalla casa di cura.

Ma la Corte non ha potuto trascurare, nell'opera di razionale bilanciamento devoluta ad essa dal *Mental Capacity Act* del 2005, elementi di segno contrario, ineliminabili nella delineazione del "*best interest*" paterno. Tra questi, è stato ricordato in sentenza il deterioramento, esclusivamente riferibile al sopravvenuto deficit cognitivo e non alla naturale indole, dei rapporti con la moglie, che nel corso della propria deposizione ha ricordato saltuari episodi di abusi verbali e ancor più sporadicamente fisici, dai quali avrebbe potuto trarre origine una difficoltosa convivenza: ipotesi, questa, non smentita dalla stessa figlia, che ha manifestato la disponibilità a prendere il posto della madre, che si sarebbe nel frattempo trasferita altrove, nella residenza coniugale onde prestare adeguata assistenza. Ed ancora, la severa forma di sordità paterna ,ad avviso della Corte, suggeriva una qualificata cura solo possibile in una struttura attrezzata, della quale la stessa figlia ha, comunque, lodato l'eccellente livello di professionalità e sensibilità umana. Peraltro, è stata giudicata irrealistica la ventilata eventualità di un'assistenza filiale priva di soluzioni di continuità, a differenza di quanto è sempre avvenuto nella casa di cura.

Sulla base di queste considerazioni e dell'irrealizzabilità di soluzioni alternative alla permanente efficacia della sospensione delle visite esterne, la Corte ha ritenuto che questa disposizione, oltre a non ledere alcuna previsione normativa a salvaguardia dei diritti dell'uomo, né giustificasse, seppur in via temporanea e contingente, la revoca della dichiarazione di incapacità e della conseguente autorizzazione al ricovero nella casa di cura in attesa della rivalutazione psico-medica delle condizioni del paziente, né ne rendesse preferibile il trasferimento nell'abitazione originaria, almeno per il periodo di durata della misura restrittiva. Gli effetti negativi di essa, dal versante affettivo e della sopravvivenza dei contatti familiari, sono stati con molto scrupolo dalla Corte attenuati attraverso una miscellanea predisposizione di accorgimenti di carattere pratico, quali il facilitato apprendimento da parte del paziente dell'uso di meccanismi aggiornati di comunicazione (vengono espressamente menzionati in sentenza *Skype* e *Facetime*) e l'incontro protetto con i familiari attraverso i vetri della stanza in cui il paziente è ricoverato la quale è situata al piano terra dell'edificio perfettamente visibile dall'esterno.

Il coordinamento di tutte le esposte osservazioni e degli interventi divisati per affievolire la portata delle restrizioni ha definitivamente indotto la Corte a pronunciarsi nel senso che, rigettate le gradate domande della ricorrente, vada giudicata meglio rispondente all'interesse del paziente la confermata presenza nella casa di cura.

4. Brevi considerazioni finali: il ruolo del giudice inglese nella decisione intorno a questioni di coscienza

La pronuncia della Court of Protection resa in circostanze oggettivamente eccezionali riverbera, tuttavia, il proprio peso su uno scorcio di esistenza individuale che, nella generale cornice che qui si è tratteggiata, finisce con il guadagnare un maggior grado di interesse nella misura nella quale essa contribuisce alla definizione dei nodosi intrecci implicati da interventi autoritativi (legislativi, amministrativi, giurisdizionali) sulla sfera soggettiva latamente intesa e complessivamente riguardata (dal punto di vista affettivo, della salute, dell'equilibrio e del benessere psico-fisico).Da scelte tragiche ogni ordinamento giuridico a qualunque latitudine (come ci ricorda con Philip Bobbitt, nell'omonimo, formativo volume, Guido Calabresi) è quotidianamente attraversato in ogni area del matrimonio, della filiazione, della salute, della libertà di iniziativa economica, della proprietà individuale e della sua funzione sociale. È indubbio però che il settore della persona umana e dei suoi inalienabili diritti, a partire da quelli alla dignità, alla libertà ed alla salute, occupi un posto preminente nella scala dei valori che tutti i sistemi giuridici non possono declinare dal preservare. È altrettanto indiscutibile che questi stessi valori si configurino in maniera ancor più basilare e drammatica quando siano riconducibili a persone le cui condizioni soggettive per ragioni fisiche o mentali le rendano più deboli, meno autonome, maggiormente bisognose di solidarietà e tutela. Il vero dissecante interrogativo sulle appropriate risposte da dare si propone nelle occasioni in cui per terribile paradosso si tratti di decidere se la migliore estrinsecazione di solidarietà e tutela debba essere perseguita a seguito di una scelta implacabile tra la permanenza in vita , lungo una esistenza martoriata da sofferenze, disagi ed obnubilamento mentale irrimediabili terapeuticamente, ed il suo opposto, meditatamente decretato quale epilogo ineludibile di un'avventura umana impossibile da decorosamente perpetuarsi. Nell'esatta linea mediana di questi contesti decisionali che, per tornare al concetto sattiano, possono apparire, a dispetto della loro strenua aspirazione all'umanità della scelta, inumani, si collocano spunti normativi ed applicazioni giurisprudenziali ormai entrati a far parte per la loro alta incidenza statistica del vasto

patrimonio dell'esperienza comune non specialistica.

Il diritto inglese, come si è cercato di illustrare per tratti sommari, ormai con alta frequenza va incontro a scelte, cui è generalmente deputato l'apparato giurisdizionale, che, nel porre il valore della vita e della persona umana come esclusivo punto di riferimento, sono costrette all'innaturale propensione verso uno dei suoi poli alternativi, la prosecuzione o l'estinzione. Va accreditata al *Mental Capacity Act* del 2005 una rimarchevole forza propulsiva manifestata per il tramite di una indicazione di metodo cui ispirare la scelta, quello della minuziosa ricerca del "*best interest*" della persona interessata ad essa. Non una bacchetta magica, né una meccanica formula di soluzione dei problemi etico-giuridici che vengono sottoposti al vaglio decisorio dell'autorità pubblica, di quella giudiziaria in particolare. Ma pur sempre un criterio generale di orientamento, da utilizzare sapientemente nel caso concreto: in altri termini, uno strumento atto a prevenire abusi, arbitrii, irrazionalità. E nel caso su cui ci si è qui soffermati la Court of Protection sembra aver fatto buon governo della preziosa indicazione legislativa la quale, proprio per l'insopprimibile esigenza di concretizzazione alla luce delle particolari circostanze, mentre svolge un ruolo di orientamento dell'interprete, mal si presta ad essere imprigionata in confini definitori di portata generale che ne pregiudicherebbero le possibilità espansive richieste dalla non replicabile singola esperienza individuale.

Vi è un aspetto finale di questa ricerca suscitato dalla natura dell'intervento espletato dalla Court of Protection che, tuttavia, estende il proprio raggio visivo all'intera platea di situazioni connesse a scelte dilanianti riguardanti la persona umana. Ridotto alla sua essenza il tema che ci si appresta ad esplorare attraverso una fugace riflessione conclusiva può così enunciarsi: se nell'ordinamento inglese alla disciplina dei casi postulanti un'opzione secca in termini di prosecuzione o meno di trattamenti terapeutici puramente illusori e privi di effettività debba sempre e necessariamente concorrere con un proprio provvedimento decisorio l'autorità giudiziaria. Il dubbio potrebbe apparire incongruo se non ingiustificato o abusivo in ordinamenti come quello italiano che sono dichiaratamente proclivi a forme, in simili casi difficilmente criticabili, di pangiurisdizionalizzazione, nelle quali si tende a vedere un rassicurante baluardo per il bilanciamento equilibrato di interessi o aspirazioni tra loro irriducibili a coerenza**[30]**. Concezione tendente a sottrarre competenze decisorie agli individui per accentrarle in funzione di garanzia e di neutralità, ma non indifferenza, ad un organo terzo ed imparziale. Ma altre inclinazioni ordinamentali europee sono maturate nel tempo, varcando positivamente anche il vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esperienza inglese si pone certamente in questa scia, seguita in un notissimo caso, oggetto di giudizio anche davanti la Corte di a Strasburgo, da quella francese**[31]**. Vale la pena intrattenersi velocemente e per completezza sulle posizioni

assunte nel *common law* britannico in merito alla fungibilità o non dell'intervento giudiziale in questioni di "*life or death*", cui incidentalmente si è fatto cenno nella parte iniziale del lavoro. Non è mai mancata la piena percezione da parte della giurisprudenza inglese che, laddove si affaccino problemi di siffatta alta opinabilità, alle questioni di diritto ne sottostiano altre "morali, etiche, mediche e pratiche di fondamentale importanza sociale"**[32]**. Ma non per questo essa ha preteso di mettere in atto una politica di inglobamento nelle proprie attribuzioni di questioni che, pur orbitando nella multiforme dimensione appena ricordata, potessero, comunque, trovare soluzione in base a cognizioni scientifiche accreditate e recepite in codici di condotta contenenti precise regole applicative. Una prima, sintomatica pronuncia in questo senso**[33]** è ascrivibile alla House of Lords nel 1993 nel caso Bland citato in una nota precedente in cui fu autorizzata la sospensione, approvata dai familiari, di ogni trattamento medicalmente assistito di nutrizione ed idratazione (CANH) a favore di un paziente, che da oltre tre anni viveva in stato vegetativo, incapace di vedere, sentire, comunicare o di provare qualsivoglia sensazione a seguito delle gravissime lesioni riportate nel corso degli incidenti verificatisi nello stadio calcistico di Hillsborough, Sheffield nell'aprile 1989. La sentenza in sostanza recepì l'opinione scientifica, asseverata dal consenso dei parenti della persona incapace, e si espresse favorevolmente circa le drammatiche ed immancabili conseguenze cui avrebbe condotto, giudicando, comunque, indefettibile l'intervento giudiziale in assenza di un chiaro e dettagliato codice di condotta etico-sanitario per emergenze del genere. La situazione mutò con l'entrata in vigore del *Mental Capacity Act* del 2005, entrato in vigore nell'aprile di due anni dopo, e dell'annesso *Code of Practice*, il cui capitolo 5 intitolato alla configurazione del miglior interesse del paziente di fronte a decisioni riguardanti trattamenti di sostegno vitale**[34]** esclude la necessità della prosecuzione di questi trattamenti laddove, come già scritto, si rivelino "futili, eccessivamente pesanti e senza prospettive di guarigione". Da allora l'atteggiamento si trasformò, salva una isolata, divergente posizione**[35]**. Al capovolgimento della posizione contribuì certamente l'esperienza francese nel caso Lambert, citato in una nota precedente, e la conseguente validazione da parte della Corte europea dei diritti umani della sentenza del Conseil d'Etat secondo cui l'intervento giudiziale è dispensato nel caso di stretta osservanza dei protocolli di fonte normativa disciplinanti i casi ed i criteri per pervenire ad una decisione di interruzione del trattamento terapeutico futile perché destituito di qualsiasi prospettiva favorevole. Nella fondamentale sentenza del 2018 della Supreme Court nel caso *NHS Trust v Y,* già più volte richiamata, viene prestata adesione all'orientamento riduttivo o del tutto eliminativo dello spazio giurisdizionale se ricorra la duplice condizione che l'abbandono del trattamento consegua all'adozione delle migliori pratiche mediche vigenti e non sorga controversia tra medici e familiari circa la relativa applicazione nel caso concreto. L'orientamento ben può dirsi a questa stregua ormai consolidato.

Ed allora, il tema cruciale che circonda le questioni eticamente sensibili che potrebbero impegnare l'ambito giuridico sembra retrocedere dal momento della discussione del merito della scelta finale a quello della individuazione del livello competente a pronunciarsi, non necessariamente coincidente, secondo la veduta da ultimo esposta, con quello giurisdizionale. Il quesito non sembra di minor significato né di più facile soluzione in ogni ordinamento. È comprensibile rifuggire dalla tentazione di devolvere alla sede giudiziaria ogni vicenda umana che presenti margini di incertezza o perplessità quanto alla sua concreta definizione: a questo spirito sembra far capo l'orientamento franco-britannico e quello della Corte europea dei diritti dell'uomo laddove siano collaudati, dettagliati e di incontroversa applicazione i protocolli frutto di provvedimenti di rango autoritativo. Ma non potrebbe certo reputarsi irragionevole porre la domanda se ciò sia sufficientemente tranquillizzante per rendere automatica e sfuggente ad ogni controllo di legittimità, opportunità, ragionevolezza una scelta, per quanto rispettosa di prescrizioni formali, tra il lasciar vivere ed il decretare la fuoriuscita altrui dal proprio circolo vitale. In altri termini si è pur sempre di fronte ad una decisione di sicura influenza sui principii di ordine pubblico la cui affidabile adozione continua ad esigere tuttora ,come avverte l'esperienza italiana, quella visione generale ed indipendente, che solo la giurisdizione può offrire, di cui il minoritario giudice Baker della Family Division della High Court ha con palpabile passione civile ed etica scritto**[36]**.

[1] G. Giaimo, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, pag. 1 ss.

[2] Un’esemplare rassegna tematica in prospettiva europea si riscontra in R. Conti, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della vita umana?,* Roma 2019. Per una specifica area problematica v. V. Lo Voi, *Mors omnia solvit? Parto anonimo e valutazione circa l'attualità del diritto all'anonimato della madre biologica nel caso di morte dello stesso*, in Il diritto di famiglia e delle persone, 2018, pag. 1120 ss.

[3] Sulla peculiare condizione del minore in diritto comparato, v., D. Vanni, *Il consenso del minore al trattamento medico in prospettiva comparatistica: un nuovo soggetto di diritto?,* in Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato, a cura di F. Bilotta e F. Raimondi, Napoli 2020, pag.131, ss.

[4] Del caso *Charlie Gard* si occuparono nel breve spazio di poco di un trimestre tra l'aprile e la fine di giugno del 2017 i tre gradi di giurisdizione professionale inglese, High Court, Court of Appeal e Supreme Court, e la Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo quanto brevemente si

dirà nel testo.

[5] Le rispettive pronunce furono emesse l'11 aprile 2017 dal Giudice Francis, il successivo 23 maggio da una unanime Court of Appeal (2017) EWCA (Civ) 410, il 19 giugno dalla Supreme Court che non autorizzò e, pertanto, dichiarò inammissibile il ricorso davanti a sé per mancata deduzione di una questione di importanza generale secondo i propri parametri, pur sospendendo l'efficacia del provvedimento del primo giudice – che aveva autorizzato l'ospedale ad interrompere le cure – in attesa della preannunciata decisione della Corte Europea, intervenuta dopo una decina di giorni: c. 39793/17.

[6] Merita di essere ricordato il passaggio della sentenza della High Court in cui il Giudice, riportando le parole di una dei consulenti d'ufficio inglesi interpellati, sottolineò con malcelato spirito polemico come la filosofia della clinica medica britannica fosse improntata a mettere al centro della scena la persona e le esigenze del paziente, mentre quella d'oltreoceano mostrasse spiccata proclività a porre in essere, ad ogni costo, qualsiasi tentativo sperimentale.

[7] *An NHS Trust v MB* (*A child represented by CAFCASS as Guardian ad litem*) (2006) FLR 319. Sul caso si può vedere un utile contributo di R. Potenzano, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche*, in Riv. Dir. Fam. Pers. 2019, pag. 1822 ss.

[8] "*... every kind of consideration capable of impacting on the decision. They include, not exhaustively, medical, emotional, sensory (pleasure, pain and suffering) and instinctive (the human instinct to survive) considerations*".

[9] Giaimo, *La volontà e il corpo*, cit. pag. 86, ove in nota 74 si cita a suffragio il pensiero di A. Nicolussi, *Il miglior interesse del bambino al centro del triangolo pediatrico: una cifra del modo di intendere la genitorialità e l'esigenza di un "sensus communis"*, in BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, 2018, pag. 47 ove si dice che "*l'idea di un consenso sostitutivo da parte dei genitori rispetto a quello del figlio è più vicina alla concezione proprietaria della genitorialità piuttosto che a quella della responsabilità genitoriale*".

[10] Una ragionata esposizione critica si ottiene, quà e là, in Giaimo op. cit, ed in particolare a pag. 57 ss., nonchè in Lo Voi, *L'etero-determinazione "imposta" per i minori d'età. Un'analisi comparatistica delle DAT alla luce dei casi inglesi Gard ed Evans*, in Atti del convegno "Trattamenti sanitari: il diritto all'autodeterminazione del paziente", Pisa 22 novembre 2019, Pisa University Press, in corso di pubblicazione.

[11] *An NHS Trust and others v Y and another*, (2018) UKSC 46.

[12] *Glass v United Kingdom* del 2004.

[13] In questa decisione si avverte nitidamente l'eco di una pronuncia, di due anni anteriore, della medesima Corte di Strasburgo in *Burke v United Kingdom* dell'11 luglio 2006 in cui si era chiarito che il compito giurisdizionale non ha finalità autorizzative ma puramente dichiarative della legittimità di una dato programma medico.

[14] *Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust v James* (2013) UKSC 67.

[15] "The *Mental Capacity Act* 2005 *Code of practice provides that it may be in the best interests of a patient in a limited number of cases not to give life-sustaining treatment where treatment is futile, overly burdensome to the patient or where there is no prospect of recovery*".

[16] Sulla nozione si veda il fondamentale contributo di G. Criscuoli, *Variazioni e scelte in materia di status*, Riv dir. civ 1984, pag. 157 ss.

[17] Su cui si veda Serio, *Ragionevole durata del processo e diritti delle parti*, in I diritti fondamentali in Europa, 2001, pag. 257 ss.

[18] A livello monografico si veda, sull'art. 6 CEDU come recepito dalla Corti inglesi, Serio, *Il danno da irragionevole durata del processo*, Napoli 2009.

[19] Sull'organizzazione del sistema giudiziario inglese, v. G. Criscuoli, M.Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2016, pag. 242 ss.

[20] Per la storia delle Courts of record v. Serio, *Responsabilità o immunità giudiziale: studio comparatistico su un'apparente alternativa*, in Il giusto processo civile,2017,in particolare pag.339 ss.

[21] An Act to make new provision relating to persons who lack capacity; to establish a superior Court of record called the Court of Protection in place of the office of the Supreme Court called by that name; to make provision in connection with the International Convention on protection of adults signed at The Hague on 13th January 2000 and for connected purposes.

[22] In seguito all'emanazione del *Constitutional Reform Act* del 2005 figura posta al vertice dell'ordine giudiziario inglese, cui, come è noto, è estranea, per il ruolo di garanzia massima dell'ordinamento e di salvaguardia del "*rule of law*" nella sua significazione oggettiva di Stato di diritto, la Supreme Court. Si veda su quest'ultima il mio *Il confronto tra Supreme Court e dottrina inglese: un vento nuovo soffia a Westminster*, in AA. VV., Giureconsulti e giudici l'influsso dei professori sulle sentenze, I – Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi, Torino, 2016, pagg. 92

ss.

[23] La fedele interpretazione della delicata funzione, in concreto riconosciuta nel caso in esame, implica che il titolare agisca in modo equilibrato ed equo, soddisfacendo gli elevati requisiti di integrità morale richiesti dalle circostanze: così si espresse il giudice Charles della stessa Court of Protection in Re UF (2013) EWCOP 4289.

[24] Di lui le cronache ricordano un'infelice esternazione nell'aprile 2019 allorchè, nel corso dell'udienza preliminare di un procedimento promosso nell'interesse di una giovane donna la compromissione delle cui facoltà mentali le impediva di prestare un effettivo consenso ai rapporti intimi con il marito, con la conseguenza che il suo curatore ed i servizi sociali chiedevano che al coniuge fosse inibito rivolgerle la richiesta, dichiarò che è un diritto fondamentale del coniuge intrattenere tale genere di rapporti.

[25] Corte EDU in *Stanev c Bulgaria* 2012, nonchè la sentenza della Court of Appeal inglese in *Re (D) (A child) (residence Order: Deprivation of Liberty)* (2017) EWCA (Civ) 1695.

[26] Viene citato il caso *Storke c Germania* deciso il 16 giugno 2005.

[27] *A and C (Equality and Human Rights Commission intervenors)* (2010) 2 FLR 1363.

[28] Criscuoli-Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese*, cit., Milano, 2016, pag. 267 ss.

[29] Tanto che la stessa ha dichiarato alla Corte che nella situazione data ogni protagonista sarebbe stato, comunque, un perdente.

[30] A questa logica esattamente si ispira il citato volume di Conti, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana. Relazione di cura,DAT e "congedo dalla vita" dopo la l 219/2017*, Roma, 2019, che trae ragione dalla legge italiana menzionata nel sottotitolo in materia di disposizioni anticipate di trattamento.

[31] *Lambert c Francia* (2016) 62, in cui a maggioranza la Corte Edu giudicò esente da censure di violazione di norme convenzionali la pronuncia del Conseil d'Etat che aveva ritenuto la competenza di un articolato, qualificato ed indipendente (con riguardo ad almeno uno dei componenti) gruppo di medici, che aveva consultato, ottenendone l'assenso, i familiari, a dichiarare, sulla base di un protocollo del 2005 incorporante il codice della salute pubblica, l'inutilità della prosecuzione di cure nei confronti di un paziente tetraplegico e privo di coscienza che viveva in uno stato puramente vegetativo.

[32] Lord Browne-Wilkinson nel caso *Airdale NHS Trust v Bland* (1993) A.C.789 affermò testualmente che "*behind the questions of law lie moral,ethical,medical and practical issues of fundamental importance to society*".

[33] Secondo l'interpretazione datane dalla Supreme Court nel già citato caso del 2018 NHS *Trust v Y:* si veda l'opinione di Lady Hale a paragrafo 93 pag. 36.

[34] Questo il titolo della sezione rilevante: "*How should someone's best interests be worked out when making decisions about life-sustaining treatment?*"

[35] *In re M (Adult Patient) (Minimally Conscious State:Withdrawal of Treatment)* (2011) EWHC 2443 (Fam), il giudice Baker della Family Division della High Court scrisse in sentenza che ogni questione concernente la possibile interruzione dei trattamenti di nutrizione ed idratazione assistita nei confronti di una persona che versi in persistente stato vegetativo o di minima coscienza deve essere portata alla cognizione giudiziale. Lo stesso giudice ribadì la propria posizione in un articolo di sei anni successivo, *A matter of life and death*, (2017) in Journal of Medical Ethics, pag. 427 ss., in cui si espresse nel senso che non fossero ancora maturi i tempi per prescindere dall'apporto decisorio giurisprudenziale in materia.

[36]*A matter of life and death*, cit., pag. 434: vi si sottolinea il bisogno di un "*independent oversight* " e di una maggior chiarezza a proposito di questioni afferenti ai deficit cognitivi ed ai principii giuridici ed etici alla cui stregua governarle.