



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

SETTIMO SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
21 SETTEMBRE 2018

I MIGRANTI SCOMPARI NEL MEDITERRANEO: PROBLEMATICHE COSTITUZIONALI*

CECILIA SICCARDI

SOMMARIO: 1. I migranti scomparsi nel Mediterraneo: presentazione dei problemi. – 2. Le procedure di identificazione: principi costituzionali. – 3. I morti hanno diritti? Le teorie sui c.d. “*posthumous rights*”. - 4. La tutela della dignità vale anche dopo la morte? - 5. Quali diritti possono vantare i familiari dei migranti scomparsi? Il c.d. “*right to know the truth*”. – 6. Brevi riflessioni conclusive e questioni aperte.

1. I migranti scomparsi nel Mediterraneo: presentazione dei problemi

Secondo l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM), dal 2014 al 2017 sono scomparse attraversando il Mediterraneo 14,500 persone¹. Solo nel 2018, l'OIM denuncia 2297 decessi². Di fronte ad una tragedia umanitaria di tale rilievo, la comunità scientifica internazionale si interroga prioritariamente sulle strategie più idonee ad evitare le morti in mare. Vi è, tuttavia, un ulteriore problema che si intende affrontare in questo breve contributo: il mancato recupero ed identificazione dei corpi dei migranti dispersi durante l'attraversata del Mediterraneo³.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Si veda il rapporto dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni *Central Mediterranean route: migrants fatalities*, <https://missingmigrants.iom.int/sites/default/files/c-med-fatalities-briefing-july-2017.pdf>, 2017. Come noto, il fenomeno non riguarda solo il Mediterraneo. Ad esempio, la rotta più percorsa è quella che attraversa la frontiera tra il Messico e gli Stati Uniti, dove si stima siano morti, nel 2017, 415 migranti. I dati sulle sparizioni dei migranti nel mondo sono raccolti e pubblicati sul sito dell'OIM <https://missingmigrants.iom.int/region/americas?region=1422>.

² I dati sono reperibili sempre sul sito dell'OIM, nella pagina dedicate alle persone scomparse <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>. Si tratta di stime, data la difficoltà di reperire con esattezza i dati sulle scomparse nel Mediterraneo. Il numero reale delle morti potrebbe essere, dunque, ben più elevato.

³ Il tema è stato già affrontato, in ottica multidisciplinare, da M. D'Amico – C. Cattaneo, *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, Milano, 2016. Per un'approfondita descrizione del problema C. Cattaneo, *Naufraghi senza volto. Dare un nome alle vittime del Mediterraneo*, Milano, 2018 e C. Siccardi, *Missing Migrants and Unidentified bodies in the Mediterranean Sea*, in www.forumcostituzionale.it, 2018.

La maggior parte dei corpi, infatti, non viene recuperata e giace senza nome e senza identità sui fondali al largo delle coste europee⁴. Anche nei pochi casi in cui questi sono recuperati, non sono identificati e sono quindi seppelliti in tombe anonime nei cimiteri siciliani. Basti pensare che dal Registro dei cadaveri non identificati, istituito presso il Ministero dell'Interno, risultano 1.670 corpi di migranti vittime di naufragi⁵.

Non si tratta, tuttavia, solo di (ri)dare un nome ad un corpo, ma è necessario considerare che, dietro ogni defunto, vi è generalmente una famiglia, degli amici, dei conoscenti che probabilmente non conosceranno mai la sorte del loro caro scomparso, con serie conseguenze dal punto di vista psicologico.

Il mancato recupero ed identificazione dei corpi dei migranti sembra essere dovuto a due ordini di ragioni.

La prima ragione è legata alle concrete possibilità di messa in atto di tali operazioni⁶. Molto sinteticamente, le criticità non solo sono legate al costo elevato degli interventi di recupero⁷, ma anche all'oggettiva difficoltà di procedere all'identificazione c.d. biologica, incrociando i dati *post* e *ante mortem*, essendo questi ultimi difficilmente reperibili nei lontani paesi di origine.

La seconda ragione è connessa all'assenza di regole e *standard* comuni a livello internazionale ed europeo sulle operazioni di recupero e identificazione dei corpi. Infatti, le convenzioni di diritto internazionale e, in particolare, del diritto del mare, impongono come prioritario il salvataggio delle vite in mare, senza affrontare specificamente tale questione⁸. Allo stesso modo, a livello europeo i compiti della Guardia costiera europea, recentemente istituita, sembrano esaurirsi nel controllo delle frontiere e nelle attività di ricerca e salvataggio dei migranti ancora in vita⁹.

Né, infine, è possibile rinvenire nell'ordinamento interno regole precise sul ritrovamento dei cadaveri in mare e la loro identificazione¹⁰.

⁴ Nel contributo i termini "migrante scomparso" e "migrante morto" si riferiscono alla medesima situazione poiché in assenza di recupero ed identificazione dei corpi non vi può essere notizia certa della morte di una determinata persona. Si vuole, dunque, precisare che non rilevano in tale contesto le nozioni civilistiche di scomparsa, assenza e morte presunta di cui agli artt. 48 ss. cod. civ., le quali come noto presuppongono una dichiarazione di assenza, che in questo caso generalmente non perviene alle autorità competenti.

⁵ Il dato è riportato nella circolare del Commissario straordinario del Governo alle persone scomparse n. 7608 del 22/11/2017 - Persone scomparse e cadaveri senza identità: d.P.R. n. 87 del 7 aprile 2016 Banca dati DNA.

⁶ I problemi pratici legati all'identificazione dei morti sono analizzati in D. De Angelis - D. Mazzarelli - L. Olivieri - A. Cappella - V. Merelli - A. Amadasi - D. Porta, *Cadaveri senza nome e la questione migranti: profili medico-legali*, in *I diritti annegati*, cit., 87 ss.

⁷ Vi è chi sostiene, al fine di coprire gli ingenti costi di tali operazioni, la sussistenza dell'obbligo assicurativo di cui all'art. 123 Cod. Ass. anche per le imbarcazioni che trasportano i migranti nel Mediterraneo: cfr. M. Palisi, *L'obbligo risarcitorio in capo al fondo di garanzia nell'ipotesi di sinistri verificatisi in acque nazionali a danno dei migranti (la tragedia di Lampedusa)*, in *Resp. Civ. Prev.*, fasc. 3, 2017, 102.

⁸ Ci si riferisce essenzialmente alle Convenzione di Motego Bay (UNCLOS), Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, alla Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS) del 1960, alla Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare (SAR) del 1979, pur essendo consapevoli che il diritto del mare è caratterizzato da un sistema di fonti complesso e articolato.

⁹ V. Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, al Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea. Sul tema F. Zorzi Giustiniani, *Da Frontex alla guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II, 2017.

¹⁰ Si segnala, inoltre, che in tema di identificazione dei cadaveri "senza nome" potrebbero rappresentare un passo in avanti di rilievo le norme previste dalla l. n. 85 del 2009 che ha istituito la c.d. Banca dati del DNA. Quest'ultima prevede una norma specifica (art. 7) che include tra i dati oggetto del trattamento quelli relativi alle persone scomparse o ai

Il codice della navigazione (R.D. n. 327 del 1942 e succ. mod.) sembra prendere atto del fatto che nelle situazioni di naufragio non sia sempre possibile l'avvistamento dei corpi in mare. Infatti, l'art. 206 dello stesso codice stabilisce che *“quando di una persona scomparsa da bordo non sia possibile recuperare il cadavere, il comandante della nave fa constare con processo verbale le circostanze della scomparsa e le ricerche effettuate”*.

Maggiori elementi si possono desumere dalle norme del codice di procedura penale che disciplinano i poteri del pubblico ministero durante le indagini preliminari¹¹. Viene in rilievo, in particolare, l'art. 116 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale secondo cui, *“se per la morte di una persona sorge sospetto di reato, il procuratore della Repubblica accerta la causa della morte e, se lo ravvisa necessario, ordina l'autopsia secondo le modalità previste dall'art. 360 del codice ovvero fa richiesta di incidente probatorio, dopo aver compiuto le indagini occorrenti per l'identificazione”*. L'autopsia è quindi disposta solo nel caso in cui il PM la ritenga necessaria ai fini del buon esito delle indagini.

Sul punto, le procure competenti per le indagini relative ai naufragi dei migranti nel Mediterraneo hanno agito in modi differenti, ritenendo solo in alcuni casi che l'identificazione dei corpi fosse necessaria allo svolgimento delle indagini.

A dimostrazione di ciò, sembra utile richiamare le vicende giudiziarie avviate a seguito di due naufragi che *“hanno rappresentato uno spartiacque nell'approccio alla problematica dei cadaveri non identificati”*¹²: i naufragi di Lampedusa del 3 e dell'11 ottobre del 2013, nei quali hanno perso la vita più di 400 persone; il naufragio di un'imbarcazione al largo delle coste libiche, nell'aprile 2015, rimasta in fondo al mare, a 700 metri di profondità, con circa 800 corpi al suo interno.

Nel primo caso, il Procuratore di Agrigento – competente per le indagini – ha ritenuto *“necessario procedere all'identificazione dei cadaveri, prelevare il loro DNA e confrontarlo con quello dei parenti, essendo quest'ultimo un atto dovuto perché i familiari delle vittime hanno diritto di costituirsi parte civile”*¹³.

Al fine di procedere alle complesse operazioni di identificazione delle vittime del naufragio, l'Ufficio straordinario del Governo per le persone scomparse ha siglato un protocollo con il Dipartimento di medicina legale dell'Università degli Studi di Milano e il Ministero dell'Interno per la raccolta dei dati *post e ante mortem* delle 386 vittime dei disastri di Lampedusa del 3 e 11 ottobre 2013¹⁴. Ciò ha reso possibile l'identificazione di più del 50 per cento dei corpi recuperati¹⁵.

Diversamente, nel caso riguardante il naufragio dell'aprile del 2015, il Procuratore di Catania, avendo già raccolto tutti gli elementi probatori utili per formulare la richiesta di rinvio a giudizio nei

cadaveri non identificati. Sul punto si veda la Circolare del Commissario straordinario del Governo alle persone scomparse n. 7608 del 22/11/2017.

¹¹ In riferimento al ruolo dell'autorità giudiziaria nell'identificazione dei corpi dei migranti scomparsi nel Mediterraneo, cfr. S. Bissaro, *I tragici naufragi dei migranti e il ruolo dell'autorità giudiziaria italiana. I drammatici naufragi dell'ottobre 2013 e dell'aprile 2015*, in *I diritti annegati*, cit., 36 ss.

¹² V. la dichiarazione di Vittorio Piscitelli, già Commissario straordinario del Governo alle persone scomparse, alla conferenza dell'Organizzazione mondiale per le migrazioni tenutasi a Berlino il 14 e 15 giugno 2016.

¹³ Questa dichiarazione è riportata da M. D'Amico, *Introduzione. Il punto di vista del giurista*, in *I diritti annegati*, cit., 16.

¹⁴ Protocollo di intesa, stipulato tra il Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse, prefetto Vittorio Piscitelli, il Capo del Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione del Ministero dell'Interno, Prefetto Mario Morcone, e il Rettore dell'Università degli Studi di Milano, Dott. Prof. Gianluca Vago, a Roma il 30 settembre 2014.

¹⁵ Grazie alle azioni previste dal protocollo, le famiglie di 66 scomparsi sono riuscite a presentarsi negli incontri fissati prima a Roma e a Milano per la raccolta di dati *ante mortem* da parte di personale specializzato. Si veda, sul punto C. Cattaneo, *Il punto di vista del medico legale*, in *I diritti annegati*, cit., 25.

confronti dei presunti “scafisti” già fermati, ha ritenuto che “*il recupero di quei corpi non fosse utile alle indagini*”¹⁶.

Al di là delle diverse valutazioni dei procuratori in relazione alla necessità dell’identificazione ai fini delle indagini, sembra opportuno sottolineare le differenze delle situazioni di fatto che contraddistinguono i due naufragi e che, forse, hanno avuto un qualche peso nell’orientare le scelte delle procure. Nel primo caso, infatti, il naufragio era avvenuto a pochi metri dalle coste di Lampedusa e il PM si è limitato a disporre l’identificazione di corpi già recuperati durante le operazioni di salvataggio; nel secondo caso, l’identificazione dei corpi avrebbe avuto come logico presupposto il recupero dell’imbarcazione adagiata sui fondali a 700 metri di profondità con circa 800 corpi al suo interno.

In questo secondo caso, nonostante la decisione del PM e l’evidente complessità dell’operazione, il Governo italiano è intervenuto con un’imponente azione della Marina militare, al recupero dello scafo colato a picco¹⁷. L’Università degli studi di Milano, coadiuvata da esperti di altre Università¹⁸ e dalla polizia scientifica, ha così potuto procedere alle operazioni di identificazione dei corpi e di raccolta dati¹⁹.

In tale contesto e in assenza di regole comuni a livello internazionale ed europeo, le azioni appena descritte del Governo italiano rappresentano le uniche iniziative intraprese per dare un nome ai migranti morti durante l’attraversata²⁰.

Alla luce dei problemi illustrati, scopo di questo breve contributo è analizzare, da un punto di vista giuridico, il tema dei migranti scomparsi nel Mediterraneo. Gli enormi ostacoli pratici che impediscono l’identificazione dei corpi dei migranti non possono esimere dall’interrogarsi su alcune problematiche che potrebbero avere un rilievo anche dal punto di vista del diritto costituzionale: quali sono i principi costituzionali coinvolti nella drammatica situazione appena descritta (*infra* §2)? Esistono degli interessi la cui tutela deve essere garantita anche dopo la morte (*infra* §3)? La garanzia della dignità umana è tale da valere anche *post-mortem* (*infra* §4)? I familiari delle persone scomparse possono vantare un diritto – se così può essere definito – a pretendere di conoscere il destino dei propri cari (*infra* §5)?

Non si può non ammettere, tuttavia, come le criticità di fatto che caratterizzano il problema oggetto del presente contributo, abbiano influenzato lo studio e il ragionamento di diritto svolto, poiché la riflessione riguarda anche tematiche complesse quali l’effettività dei diritti, ma anche la loro stessa definizione e riconoscimento.

¹⁶ V. dichiarazione del PM di Catania Salvi riportata in un’intervista sul quotidiano *La Repubblica* del 17 maggio 2015. Inoltre, riguardo al recupero e all’identificazione dei corpi, il PM precisa: “*per noi non è necessario, se poi lo vuole fare il governo o altri per ragioni umanitarie va bene, noi non possiamo affrontare costi e ritardi in questo procedimento, e poi non dipende dall’autorità giudiziaria*”.

¹⁷ La Presidenza del Consiglio non ha mai reso noti i costi dell’operazione. Alcuni articoli di stampa ritengono che l’operazione abbia avuto un costo complessivo di 9,5 milioni di euro.

¹⁸ In particolare, hanno collaborato alle operazioni le Università di Palermo, Catania, Messina e Pavia.

¹⁹ Non vi sono ancora i risultati completi delle operazioni di identificazione. Descrivono le operazioni di recupero dell’imbarcazione e dell’identificazione dei corpi V. Piscitelli, A. Iadicicco, D. De Angelis, D. Porta, C. Cattaneo, “*Italy’s battle to identify dead migrants*”, in *Lancet Glob Health*, IV, 2016, 512 ss.

²⁰ Si segnalano anche i tre protocolli siglati dal Commissario Straordinario del Governo per le persone scomparse: Protocollo del 12 aprile 2017 tra Commissario per le persone scomparse e il Ministero degli Affari Esteri; Protocollo del 12 novembre 2015 tra Il Commissario Straordinario del Governo per le persone scomparse e Il Presidente della Croce Rossa Italiana; Protocollo del 6 maggio 2015 tra il Commissario Straordinario del Governo per le persone scomparse e *La International Commission on Missing Persons*.

2. Le procedure di identificazione: principi costituzionali

Per rispondere alla prima domanda posta, si intende anzitutto individuare i principi costituzionali che potrebbero venire in rilievo in relazione alle attività di recupero e identificazioni dei corpi.

Dal punto di vista pratico, le procedure di identificazione consentono, in primo luogo, di raccogliere i segni identificativi del cadavere – i c.d. dati *post-mortem* – e, in un secondo momento, di incrociarli con i segni distintivi propri di quella persona in vita – c.d. *ante-mortem*. Il risultato di queste operazioni dovrebbe consentire di associare a quel corpo, recuperato in mare, un nome.

Il primo diritto che sembra venire in rilievo, dunque, è proprio il diritto al nome come tutelato anzitutto dall'art. 22 Cost.²¹, ma anche dall'art. 8 CEDU²², nonché specificato dagli artt. 6 e 9 del Codice civile.

Dalla giurisprudenza costituzionale in materia, analizzata ai fini della presente indagine, emergono alcuni elementi interessanti che sembrano consentire di fornire un inquadramento costituzionale alle procedure di identificazione²³.

Secondo la Corte costituzionale, il nome rappresenta il primo “*segno distintivo ed identificativo della persona nella sua vita di relazione*” (C. cost., sent. n. 13 del 1994²⁴).

Il nome non consente solo di distinguere una persona dagli altri consociati²⁵, ma rappresenta allo stesso tempo il “*punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare*” (C. cost., sent. n. 286 del 2016²⁶).

I dati *ante mortem* e *post mortem*, presupposti imprescindibili per associare una salma ad un nome, potrebbero rientrare tra “*i segni distintivi e identificativi della persona*”. In effetti, a seguito dell'evoluzione tecnologica, lo spettro di tali segni si è ampliato notevolmente, trovando riconoscimento e tutela anche da parte dei giudici²⁷. I dati biologici sono stati presi in considerazione dalla Corte costituzionale quali segni identificativi in diverse occasioni: i dati antropometrici e dattiloscopici (C. cost., sent. n. 30 del 1962²⁸), il prelievo ematico (C. cost., sent. n. 54 del 1986²⁹), i “*dati relativi all'anamnesi familiare*” (C. cost., sent. n. 278 del 2013³⁰).

²¹ Sul diritto al nome nell'ordinamento costituzionale si veda diffusamente L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 125 ss.

²² La Corte EDU ha ricondotto il diritto al nome nell'ambito della tutela offerta dall'art. 8 della CEDU. Fra le tante pronunce si veda Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of Cusan e Fazzo c. Italia* (Application no 77/07) del 7 gennaio 2014 sull'attribuzione del cognome materno. Sul tema, in generale, A. Fabbri (a cura di), *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, Napoli, 2017.

²³ Sul concetto di identificazione dal punto di vista giuridico U. Sorrentino, *Identificazione*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1980, 121 ss.

²⁴ C. cost. sent. del 3 febbraio 1994, n. 13; tra i tanti commenti si veda in particolare A. Pace, *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giur. Cost.* 1994, 103 ss.

²⁵ Sul punto cfr. G. Bavetta, *Identità (diritto alla)*, in *Enc. del dir.*, XIX, Milano, 1970, 956.

²⁶ C. cost., sent. del 21 dicembre 2016, n. 286; tra i molti commenti alla sentenza affronta il tema del rapporto tra il nome e l'identità familiare v. S. Scagliarini, *Dubbi e certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2017, 8.

²⁷ Sull'evoluzione dei segni identificativi si veda ancora L. Trucco, *Introduzione*, cit., 21 ss.

²⁸ C. cost., sent. del 27 marzo 1962, n. 30; con nota di R. G. De Franco, *Ancora in tema di rilievi segnaletici di ps.*, in *Giur. Cost.*, I, 1962, 242 ss.. Sul tema in generale D. Scellino, *Corte Costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *Legisl. pen.*, 1997, 173 ss..

²⁹ Corte cost., sent. del 24 marzo 1986, n. 54.

³⁰ C. cost., sent. del 22 novembre 2013, n. 278; a commento E. Frontoni, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.rivistaaic.it*, 2017.

Come noto, il nome non svolge esclusivamente la funzione di identificare la persona³¹, ma è connesso, da un lato, “ad una pluralità di interessi pubblici e privati” tutelati dalla legge e, dall’altro, ad una serie di esperienze che contraddistinguono la personalità di ognuno. Esso, infatti, rappresenta il “primo riscontro” del diritto all’identità personale, tutelato all’art. 2 Cost.³², “inteso come diritto ad essere sé stesso³³” “con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l’individuo” (C. cost., sent. n. 13 del 1994).

Si ritiene che i passaggi delle sentenze appena richiamate possano offrire alcuni spunti per indirizzare l’analisi del problema dei migranti scomparsi nel Mediterraneo.

In primo luogo, calando le parole della Corte nel caso qui in esame, si desume che l’identificazione dei corpi non consentirebbe solo di dare a questi ultimi un nome, ma di soddisfare una serie di interessi connessi all’identità della persona deceduta, nonché di rispettare le idee e le convinzioni morali o religiose espresse in vita – come, ad esempio, la scelta riguardo alla sepoltura.

In secondo luogo, nelle pronunce della Corte viene in rilievo l’importanza dell’identificazione come mezzo per inserire la persona nella sua vita familiare e di relazione; ragionamento che, traslato nel caso in esame, fa comprendere come l’identificazione di un corpo rappresenti, ovviamente, l’unico modo per risalire ai suoi familiari, informandoli dell’accaduto.

Tuttavia, appare scontato notare che la tutela dei segni distintivi come primo riscontro dell’identità personale affermata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale è accordata alle persone ancora in vita.

In questa sede è, invece, opportuno chiedersi se tali segni distintivi della persona, il nome e tutti gli interessi ad esso connessi, possano trovare una tutela giuridica anche *post-mortem*.

A tal fine, occorre ragionare su due piani differenti, tenendo distinte le diverse posizioni giuridiche coinvolte nel drammatico fenomeno dei migranti scomparsi nel Mediterraneo: i morti e i loro familiari.

Da un lato, si intende ragionare sulla posizione giuridica dei migranti defunti, cercando di comprendere se la pluralità di interessi connessi all’identificazione possa trovare una tutela giuridica *post-mortem*. A tal fine, ci si concentrerà su due tematiche differenti: la prima attiene alla delicata questione dei morti come “soggetti di diritto” e della possibile configurabilità, in capo a quest’ultimi, di alcuni diritti – c.d. “*posthumous rights*” – come sostenuto da alcune suggestive elaborazioni dottrinali; la seconda guarda, invece, ai morti come possibili “soggetti degni di tutela”, cercando in particolare di valutare se la tutela della dignità possa valere anche dopo la morte.

D’altro lato, è necessario riflettere sulla posizione giuridica dei familiari delle persone scomparse, indagando se la mancata identificazione dei corpi dei loro cari possa incidere sui loro diritti e se essi possano vantare un *diritto* a conoscere il destino del loro parente scomparso.

3. I morti hanno diritti? Le teorie sui c.d. “posthumous rights”

³¹ In questo senso F. Modugno, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 14.

³² Tra i numerosissimi studi sul diritto all’identità personale G. Pino, *Il diritto all’identità personale*, Bologna, 2003; A. Pace, *Il c.d. diritto alla identità personale a gli artt. 2 e 21 della Costituzione*, in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981, 36 ss; A. Pizzorusso, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in *idem*, 29 ss.

³³ In dottrina si era già espresso sul tema A. Piraino Leto, *Il diritto ad essere se stessi*, in *Dir. fam. pers.*, 1990, 601 ss.

Il primo tema, riguardante la possibile configurabilità di diritti anche dopo la morte, impone riflessioni profonde e complesse su nozioni cruciali per il diritto, come la stessa nozione di capacità giuridica.

È noto che i morti non sono titolari di diritti. L'art. 1 del Codice civile, stabilendo che “*la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita*” e subordinando “*all'evento nascita*” “*i diritti che la legge riconosce al concepito*”, non lascia spazio ad altre interpretazioni³⁴.

Tale concezione trova le sue radici già nel diritto romano, fondato sulla distinzione tra *persona* – titolari di diritti – e *res* – oggetto di commercio. I cadaveri, e i morti in generale, rientravano nella categoria delle *res*, seppur nella particolare categoria delle “*res religiosae*”, soggette al diritto divino e quindi non commerciabili.

Nonostante questa convinzione rappresenti una caratteristica cardine della cultura giuridica odierna, gli studiosi di ogni tempo hanno continuato ad interrogarsi sull'esistenza di un “diritto dei morti”.

Oggi sono soprattutto i filosofi del diritto, prevalentemente anglosassoni e statunitensi, a teorizzare l'esistenza di una specifica categoria di diritti c.d. “*posthumous rights*”, ovvero i diritti dei morti³⁵.

Per affermare l'esistenza dei “*posthumous rights*”, questi autori si fondano sulla c.d. *Interest Theory*³⁶, secondo la quale – in estrema sintesi – una persona è titolare di un diritto quando quest'ultimo coincide, da un lato, con un interesse o con un beneficio del titolare stesso, dall'altro, con un corrispondente dovere degli altri a non violare tale interesse³⁷. In altre parole, “*avere un diritto significa essere il beneficiario di un dovere altrui*”³⁸.

Alcuni autori ricavano dagli elementi fondanti della *Interest Theory* l'esistenza di una specifica categoria di diritti, i c.d. “*posthumous rights*”³⁹, che continuano a valere anche dopo la morte della persona. Infatti, seguendo il ragionamento di questi ultimi, un morto è titolare di diritti, se il suo interesse a vederli tutelati permane anche dopo la morte.

Ne consegue che non tutti i diritti sono “postumi”⁴⁰, ma solo quelli il cui interesse alla tutela persiste anche dopo la morte. Tra i numerosi esempi di diritti postumi, richiamati in diversi scritti, si può far riferimento alla violazione *post mortem* del diritto alla reputazione: un atteggiamento diffamatorio lede la reputazione del defunto indipendentemente dal fatto che egli possa conoscerla o percepirla⁴¹.

³⁴ Sulla nozione di capacità giuridica cfr. G. Alpa, *Manuale di Diritto privato*, Padova, 2017, 148 ss.; diffusamente Id., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993.

³⁵ In generale sul tema v. H. Conway, *The Law and the Dead*, London, 2016.

³⁶ Generalmente si ritiene che il pioniere della *Interest Theory* sia Jeremy Bentham. Tra i teorici della teoria dell'interesse contemporanei v. M.H. Kramer, *Rights without trimmings*, in M.H. Kramer - N. Simmonds - H. Steiner, *A debate over rights*, Oxford, 1998.

³⁷ In contrapposizione alla *Interest Theory* si pone la c.d. *Will Theory*, il cui principale sostenitore è H.L.A. Hart, *Are there any natural rights?*, *The Philosophical Review*, 1955, 176 ss. In base alla *Will Theory* solo coloro che sono coscienti e capaci di compiere scelte – “*making choice*” – sono titolari di diritti. Sul pensiero di Hart si vedano M. Kramer - C. Grant - B. Colburn - A. Hatzistavrou, *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford, 2008.

³⁸ Cfr. D. Lyons, *Rights, claimants and beneficiaries*, in *American Philosophical Quarterly*, VI, 1969.

³⁹ In particolare, sostengono l'esistenza di un diritto dei morti M. H. Kramer, *Do Animals and Dead People Have Legal Rights?*, in *J.L. & juris*, 2001, 30 ss., e K. Rabe Smolensky, *The right of the Dead*, in *Hofstra Law Review*, 2009, 764 ss. Contrari alla configurabilità dei “*posthumous rights*” sono E. Partridge, *Posthumous Interests and Posthumous Respect*, in *Ethics*, 1981, 243 ss.; S. Winter, *Against posthumous rights*, in *Journal of Applied Philosophy*, XXVII, 2010; C. Fabre, *Posthumous Rights*, in M. H. Kramer - C. Grant - B. Colburn - A. Hatzistavrou, *The Legacy*, cit., 225 ss.

⁴⁰ Individua i limiti alla configurabilità dei diritto postumi K. Rabe Smolensky, *The right of the Dead*, cit., 775 ss..

⁴¹ Così ancora K. Rabe Smolensky, *The right of the Dead*, cit., 770.

A sostegno della loro tesi gli autori appena citati non richiamano solo noti casi giurisprudenziali - prevalentemente in materia di diritto alla reputazione ed, in generale, di diritti della personalità - ma anche gli scritti di eminenti studiosi del diritto, come quello di Ronald Dworkin⁴². Nonostante Dworkin non abbia mai affermato - è bene precisarlo - l'esistenza dei c.d. "*posthumous rights*", alcuni studiosi, per dimostrare la configurabilità dei diritti "postumi", ne richiamano il pensiero nella parte in cui tale Autore afferma che "*It makes sense to say that people who are now dead or permanently unconscious still have interests. We mean that their lives will have been more successful if the interests they formed while alive and conscious flourish when they are unconscious or dead*"⁴³. Allo stesso modo, i medesimi autori enfatizzano le teorie di Dworkin raccolte in uno scritto del 1983 - *Life's Dominion* - nel quale l'Autore si interroga sulle problematiche connesse all'inizio e alla fine della vita. Centrale per i fautori dei "*posthumous rights*", è l'argomento utilizzato da Dworkin in relazione a persone che versano in stato vegetativo alle quali spetta il doveroso rispetto degli interessi espressi in vita prima di diventare incapace⁴⁴.

Appare scontato precisare che le teorie appena esposte "*attengono all'ambito della retorica dei diritti, dunque a discorsi che, pur influenzando il diritto positivo, non coincidono con esso*"⁴⁵. Tuttavia, è sembrato opportuno ricostruire il dibattito sui c.d. "*posthumous rights*" al fine di mostrare i numerosi interrogativi che, tutt'oggi, il tema del rispetto dei morti pone agli studiosi del diritto.

Dagli argomenti emersi, si potrebbero però trarre alcuni spunti rilevanti per il tema oggetto del presente contributo. Lungi dall'arrivare a sostenere l'esistenza di un "diritto dei morti", è necessario constatare come l'ordinamento giuridico, in effetti, protegga alcuni interessi anche dopo la morte.

Si pensi alle norme in materia di successioni che tutelano, fra l'altro, l'interesse espresso in vita dal *de cuius* a veder rispettare le proprie volontà testamentarie.

Ancora, si pensi al diritto al sepolcro che, in base alla classica ricostruzione giurisprudenziale⁴⁶, costituisce un istituto complesso formato da un "diritto al sepolcro primario" o "*ius mortuum inferendi in sepulchrum*" - ovvero il diritto di essere seppellito in un determinato luogo - e un "diritto secondario di sepolcro" in forza del quale i parenti hanno diritto di visitare la tomba e onorare il defunto.

Riguardo, invece, alla tutela postmortale dei diritti alla personalità⁴⁷, come il diritto al nome o alla reputazione, è aperto un vivace dibattito tra la dottrina civilistica, acuito dall'avvento del *web* e dei *social networks*. Nonostante i più ritengano che⁴⁸ i diritti alla personalità si estinguano dopo la mor-

⁴² Critica duramente il richiamo al pensiero di Dworkin al fine di sostenere l'esistenza dei *posthumous rights* S. Winter, *Against posthumous rights*, cit.

⁴³ R. Dworkin, *Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate*, Princeton, 2006, 79 richiamato da S. Winter, *Against posthumous rights*, cit., 193.

⁴⁴ R. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, 1983, ried. 2011, 194 ss.

⁴⁵ Cfr. A. Facchi, *Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti*, in *Jura Gentium*, 2009.

⁴⁶ Si vedano fra le tante pronunce della giurisprudenza di legittimità e amministrativa Cass., Sez. II, sent. del 30 maggio 2003, n. 8804; Cons. Stato, Sez. V, sent. del 14 giugno 2000 n. 3313. In dottrina, v. F. Carresi, *Voce Sepolcro (diritto di)*, in *Noviss. Dig. it.*, appendice VII, 1987, 134, e M. Petrone, *Voce Sepolcro e sepoltura (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 24.

⁴⁷ Sul tema si veda M. Tesaro, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *Studi in Onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, 2014, 825 ss.

⁴⁸ Fra i tanti G. Alpa, *Introduzione*, in G. Alpa - A. Ansaldo, *Le persone fisiche*, in *Commentario Schlesinger*, 2013, sub artt. 7-10 cod. civ., 215 ss.; S. Stefanelli, *Apertura della successione e delazione*, in A. Palazzo - A. Sassi, *Trattato della successione e dei negozi successori, Categorie e specie della successione*, Milano, 2012, 593 ss. Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia sono ripercorsi da M. Tesaro, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, cit.

te, non mancano pronunce che, pur confermando la predetta tesi, riconoscono il pregiudizio “*all’identità personale del defunto (che) è oggetto di attentato*”⁴⁹.

Traslando questi ragionamenti in relazione al tema dei migranti scomparsi nel Mediterraneo, è evidente che tali interessi non potranno essere in alcun modo garantiti. Il presupposto ai fini della loro protezione non può che essere, infatti, l’identificazione della persona. Dare un nome a quei corpi annegati nel Mediterraneo è, quindi, il presupposto necessario per tutelare una serie di interessi e volontà che fanno capo al morto, codificati in numerose norme giuridiche e che in qualche modo sopravvivono alla morte. Se non si procede all’identificazione, nessuno potrà mai far rispettare le volontà testamentarie della persona annegata nelle acque del Mediterraneo; se non si procede all’identificazione, nessuno potrà mai rispettare la scelta della persona sul rito e sul luogo di sepoltura e, così, quel corpo senza nome riposerà in una tomba indicante esclusivamente la data di morte e un numero identificativo.

4. La tutela della dignità umana vale anche dopo la morte?

Un secondo tema da indagare riguarda ‘i morti’, non più come titolari di posizioni giuridiche specifiche, ma quali soggetti titolari di una generica forma di tutela giuridica.

In particolare, è necessario comprendere quale rilievo possa avere il rispetto della dignità dei morti – aspetto certamente centrale in tutte le culture⁵⁰ – dal punto di vista giuridico e del diritto costituzionale.

Al fine di rispondere a tale interrogativo occorre, anzitutto, ricostruire la nozione di dignità sancita dalla nostra Costituzione⁵¹, che, come noto, – a differenza di altri ordinamenti⁵² – si limita a richiamarla esplicitamente in tre disposizioni (art. 3 Cost., art. 36 Cost., art. 41 Cost.)⁵³.

Nonostante la Corte costituzionale non si sia mai occupata direttamente del tema della tutela della dignità *post-mortem*⁵⁴, sembra utile richiamare alcune pronunce che fanno riferimento al concetto di dignità⁵⁵ per valutarne la portata ai soli fini della presente indagine.

⁴⁹ Cfr. Trib. Bari, sent. 31 dicembre 2012, con nota di M. Pastore, *L’immagine di Totò e la lesione dell’identità personale... a quanto ammonta il danno?* in *Dir. inform.*, 2013, 59 ss.

⁵⁰ Ciò è dimostrato non solo da diversi credi religiosi, ma anche dalla letteratura di ogni tempo. Si pensi, ad esempio, alla tragedia sofoclea di Antigone. In quest’ultima, come noto, si racconta come l’editto emanato dal Re di Tebe – Creonte – vietasse di seppellire il cadavere di Polinice, fratello di Antigone, considerato un traditore. Antigone, tutt’avia, coprì di terra il corpo del fratello, convinta che nessuna legge potesse impedire la sepoltura e la tutela della dignità dei defunti cfr. Sofocle, *Antigone*, traduzione di F. Montevercchi e con prefazione di M. Cacciari, Torino, 2007.

⁵¹ Sul tema si veda in particolare F. Grossi, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Lezioni Volterrane 2006, Napoli, 2008, 97 ss.; G. Alpa, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 22. Più recentemente: G. Sereno, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Apes, 2016.

⁵² Ci si riferisce, in particolare, all’art. 1 della Costituzione tedesca. In tema F. Berardo, *La dignità umana è intangibile: il dibattito costituente sull’art. 1 del Grundgesetz*, in *Quad. Cost.*, 2006, 387 ss.

⁵³ Rafforza la nozione di dignità umana vigente nel nostro ordinamento la Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea che dedica il Capo I alla dignità, specificando all’art. 1 che “la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”. Le spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali, inoltre, precisano ulteriormente il significato della concezione di dignità “la quale non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali”. Sul punto M. Olivetti, *Art. 1. Dignità umana*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001, 45; P.F. Grossi, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Torino, 2003, 43 ss.

⁵⁴ A differenza della Corte costituzionale, il *Conseil Constitutionnel* si è occupato del tema del rispetto dei morti con la *décision* n° 2011-173 che ha ritenuto conforme alla Costituzione una norma del codice civile che vieta di sottoporre alla

Tra la vasta e complessa giurisprudenza costituzionale in materia, che non si ambisce a commentare in questa sede, sembra opportuno porre l'attenzione su quelle pronunce che definiscono la dignità quale *“attributo primo e irrinunciabile”* della persona⁵⁶ e, per ciò, strettamente connessa al principio personalista di cui all'art. 2 Cost. La tutela della dignità umana dipende dal rispetto dei diritti inviolabili, essendo questi ultimi *“sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona”* (C. cost., sent. n. 388 del 1999⁵⁷).

Nella maggioranza dei casi la Corte richiama il concetto di dignità umana al fine di rafforzare o specificare altri diritti costituzionali⁵⁸. Si pensi alla giurisprudenza sul diritto alla salute, che impone la tutela del nucleo irriducibile di tale diritto quale *“ambito inviolabile della dignità umana”*⁵⁹, o a quelle sentenze che definiscono la violazione della libertà personale quale *“mortificazione della dignità dell'uomo”*⁶⁰.

Una tale concezione della dignità così strettamente legata alla titolarità dei diritti inviolabili della persona, rende ancor più difficile sostenere che il rispetto della dignità dei morti – non titolari di alcun diritto – sia parte del patrimonio costituzionale.

Tuttavia, prima di giungere a tale conclusione, è opportuno segnalare che alcuni settori specifici dell'ordinamento prevedono regole precise in materia, tanto a livello sovranazionale, quanto a livello interno.

A livello sovranazionale, sembrano sancire il rispetto della dignità *post-mortem* le norme in materia di trapianto degli organi previste dalla Convenzione sui Diritti dell'Uomo e della Biomedicina.

Ciò è messo in luce da una pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, nel caso *Elberte c. Lettonia* (2015)⁶¹, riguardante il prelievo, durante un'autopsia, di tessuti e parti di organi all'insaputa della moglie del defunto, ricorrente davanti alla stessa Corte.

In particolare, il fatto che la legge nazionale lituana non sia sufficientemente precisa nel regolamentare il consenso dei familiari riguardo al prelievo di tessuti organici da un cadavere determina un'illegittima interferenza nella vita privata e una sofferenza tale da configurare una violazione degli artt. 8 e 3 CEDU. È interessante notare come la Corte, motivando la violazione dell'articolo 3 CEDU, ribadisce che *“il rispetto della dignità umana rappresenta il cuore della Convenzione”* ed evidenzia che *“in tema di trapianti è riconosciuto che il corpo umano deve essere trattato con rispetto, anche dopo la morte”*. Ciò si desume anche dalla predetta Convenzione sui Diritti

prova genetica per il riconoscimento della paternità la persona deceduta che, da viva, non vi abbia espressamente accettato. A commento D. Paris, *Requiescant in pace. Amen? - riflessioni sul rispetto dei morti come limite alla ricerca della paternità, a partire da una recente pronuncia del Conseil constitutionnel*, in www.rivistaaic.it, II, 2012.

⁵⁵ Ricostruiscono la nozione di dignità nella giurisprudenza costituzionale lo studio di M. Bellocci – P. Passaglia, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese Roma*, Palazzo della Consulta, 30 settembre – 1° ottobre 2007, www.cortecostituzionale.it; inoltre, v. il lavoro di A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1991, 347 ss.

⁵⁶ In questo senso, cfr. G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, tenutosi a Roma il 10 ottobre 2007, in www.rivistaaic.it, 2007.

⁵⁷ C. cost., sent. del 22 ottobre 1999, n. 388.

⁵⁸ Sul tema G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. Dir.*, 2011, 60 ss.

⁵⁹ In questo senso si veda, ad esempio, C. cost., sent. del 2 dicembre 2005, n. 432.

⁶⁰ In questo senso si vedano C. cost., sent. del 10 aprile 2001, n. 105; C. cost., sent. del 31 maggio 1995, n. 210; sulla nozione di dignità in queste pronunce G. Monaco, *La tutela della dignità umana*, cit., 66.

⁶¹ Corte EDU (Fourth Section), Case of *Elberte c. Latvia* (Application no 61243/08) del 13 gennaio 2015.

dell'Uomo e della Biomedicina, il cui obiettivo prioritario è proteggere “la dignità, l'identità e l'integrità di tutte le persone, siano esse vive o morte”⁶².

A livello interno, invece, assumono un peso centrale nel ragionamento che si sta conducendo i reati previsti nel capo II del Codice penale, significativamente intitolato “Dei delitti contro la pietas dei defunti”.

Il bene giuridico protetto dalle predette norme risiede in “un sentimento collettivo di venerazione e rispetto verso i trapassati”⁶³. Si tratta di “uno dei più antichi, profondi e gentili sentimenti”, non legato esclusivamente al credo religioso, ma “di carattere quasi istintivo, che si impone, generalmente, anche agli esseri più insensibili e malvagi”⁶⁴.

Tale concezione è riflessa anche in una sentenza ormai datata della Corte costituzionale, nella quale si legge che “la venerazione dei resti umani e delle tombe, che sta alla base della pietas defunctorum (...) si alimenta nel sentimento che accomuna i viventi con i trapassati” (C. cost., sent. n. 57 del 1958⁶⁵).

Non si può, infine, non ricordare, come già stato osservato⁶⁶, che la relazione della Commissione Pagliaro, incaricata alla riforma del Codice penale, prospettava la possibilità di collocare taluni dei delitti contro la pietas dei defunti tra i delitti contro la persona e, più specificatamente, contro la dignità della persona defunta⁶⁷. Ciò si fondava sulle tesi di autorevole dottrina che definiva il cadavere “proiezione ultraesistenziale della persona umana” con “una connaturata dignità umana, che lo rende incomparabilmente diverso da tutte le altre cose”⁶⁸.

Questa tesi sembra essere rafforzata da uno studio pubblicato sul sito della Corte costituzionale (Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese – 2007) dedicato alla nozione costituzionale di dignità, nel quale si afferma che “la dignità (...) ha contenuto valoriale non soltanto in riferimento all'essere umano in quanto tale, ma anche con riguardo (...) all'essere umano come soggetto della società in cui vive (o anche in cui è vissuto, giacché la dignità non può spegnersi con la morte: si pensi, solo per fare un esempio, alla pietas che si deve ai defunti)”⁶⁹.

Vi sono, dunque, alcuni riferimenti normativi e giurisprudenziali che mostrano come nel nostro ordinamento sia prevista una tutela ampia della dignità, non sempre legata alla titolarità di diritti fondamentali della persona. Per rafforzare tale affermazione, tornano alla mente due pronunce della Corte costituzionale, la n. 84 del 2016⁷⁰ e 229 del 2015⁷¹ – riguardanti, rispettivamente, i divieti di ricerca scientifica sulle cellule embrionali e di soppressione degli embrioni soprannumerari previsti dalla l. n. 40 del 2004 – in cui è riconosciuto valore costituzionale alla “dignità dell'embrione” (de-

⁶² Corte EDU (Fourth Section), Case of *Elberte c. Latvia*, cit., cfr. § 142

⁶³ D. Pulitanò, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela della persona*, Torino, 393.

⁶⁴ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, XV ed., Milano, 1983, 72.

⁶⁵ C. Cost. sent. del 17 aprile 1957, n. 58.

⁶⁶ D. Paris, *Requiescant in pace. Amen?*, cit., 3.

⁶⁷ Il testo della relazione della Commissione Pagliaro, istituita nel 1988, è stato presentato il 25 ottobre 1991, pubblicata su www.giustizia.it.

⁶⁸ F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 340. Nello stesso senso A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1982, 188 ss.; Id., *Cadavere (diritto sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 190 ss.

⁶⁹ Così lo studio già citato di M. Bellocci – P. Passaglia, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale* *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese* Roma, *Palazzo della Consulta*, 30 settembre – 1° ottobre 2007, www.cortecostituzionale.it, 4.

⁷⁰ C. cost., sent. del 30 aprile 2016, n. 84; tra i vari commenti si veda in particolare M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Rivista di Biodiritto*, II, 2016, 171 ss..

⁷¹ C. cost., sent. dell'11 novembre 2015, n. 229.

finita anche “*dignità antropologica*”⁷². In queste pronunce, la dignità non viene richiamata a sostegno di altri diritti, ma sembra avere “in sé” valore costituzionale, spettando all’embrione antropologicamente.

Si è ben consapevoli che le differenze con il caso in esame appaiono evidenti a partire dalle parole della stessa Corte: a differenza dei defunti, l’embrione “*ha in sé il principio della vita*” ed è titolare di un “*più o meno ampio ... grado di soggettività*” “*non essendo certamente riducibile a mero materiale biologico*”⁷³. Tuttavia, si ritiene che una concezione di dignità così ampia e apparentemente slegata dalla titolarità di altri diritti offra certamente spunti di rilievo per affrontare il tema del rispetto della dignità dei morti, anche dal punto di vista del diritto costituzionale: se la tutela della dignità spetta “*a chi persona deve ancora diventare*”⁷⁴, essa non dovrebbe essere garantita anche nei confronti di chi persona è già stato?

5. Quali diritti possono vantare i familiari dei migranti scomparsi? Il c.d. “right to know the truth”

La mancata identificazione dei corpi dei migranti scomparsi rischia di avere un forte impatto negativo sulla vita dei familiari degli stessi. Ciò è messo chiaramente in luce da uno studio recente “*Mediterranean Missing project*”, che mostra come l’incertezza del destino riguardo alla sorte di un familiare possa incidere sulla salute psico-fisica, provocando gravissimi stati di ansia e angoscia⁷⁵.

Dal punto di vista giuridico, numerosi rapporti e documenti di organizzazioni internazionali evidenziano come l’assenza di informazioni riguardo alla sorte dello scomparso possa compromettere il godimento di diversi diritti dei familiari⁷⁶.

Alcuni di questi denunciano, ad esempio, come il non espletamento di corrette procedure di identificazione precluda ai familiari dei migranti l’accesso alla giustizia, ledendo lo stesso diritto di difesa⁷⁷. Questo problema si pone con forza nel caso qui analizzato, dato che la possibilità per i familiari di costituirsi parte civile nei giudizi sui naufragi dipende dalla facoltà rimessa alle procure di procedere o meno all’identificazione dei corpi.

⁷² Sulla dignità dell’embrione B. Liberali, *Scelte definitorie tra scienza e diritto: una questione non solo terminologia*, in M. D’Amico – F. Biondi (a cura di) *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 242 ss.; Id., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla procreazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 332 ss.

⁷³ Sulla soggettività dell’embrione cfr. G. Grasso, *Sulla soggettività del concepito e dell’embrione prodotto in vitro*, in *Diritto e giurisprudenza.*, 1997, III, 316 ss.

⁷⁴ C. cost. sent. del 18 febbraio 1975, n. 27.

⁷⁵ University of York, the City University of London, International Organization for Migration, *Mediterranean Missing Project, “Like a part of a puzzle which is missing”: The impact on families of a relative missing in migration across the Mediterranean, Report on the situation of families*, 2016.

⁷⁶ Da ultimo, *Unlawful Death of Refugees and Migrants: Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions* del 30 dicembre 2017. Il Report è pubblicato anche in *International Journal of Refugee Law*, XXIX, 2017, 668 ss. e commentato da E. Dunlop A. Notes, *The Longest Journey: Law and Practice around Refugee and Migrant Deaths*, ivi, 662 ss.. Si veda, inoltre, S. Grant, *Dead and Missing Migrants: the obligations of European States under International human rights law*, in <http://www.mediterraneanmissing.eu/>, 2016.

⁷⁷ *Unlawful Death of Refugees and Migrants: Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council*, cit., 2017 al punto 103 “*States should ensure that refugees and migrants and their families have access to effective remedies, adequate, effective and prompt reparation for harm suffered and access to relevant information concerning the unlawful death and location of the remains*”.

Un interessante studio condotto, nel 2015, dal *Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances* delle Nazioni Unite⁷⁸ valuta, invece, le conseguenze negative che l'assenza di notizie riguardo ad una persona scomparsa può comportare sui diritti sociali ed economici delle famiglie. Molte volte, l'incertezza sulla sorte del familiare impedisce alle famiglie di poter accedere al patrimonio di quest'ultimo e alle misure di assistenza sociale. A titolo esemplificativo, la mancanza di un certificato di morte potrebbe precludere il diritto all'eredità, mettendo a rischio lo stesso diritto alla casa. L'assenza del certificato di morte rischia, infine, di compromettere il diritto all'unità familiare. A volte, infatti, a partire per l'Europa sono i genitori che lasciano i figli nei paesi di origine sperando, una volta giunti a destinazione, di effettuare la procedura per il ricongiungimento familiare. Tuttavia, se i genitori perdono la vita durante l'attraversata e non vengono identificati, nessun altro parente residente in Europa potrà provvedere al ricongiungimento dei minori rimasti orfani, spettando tale diritto solamente per i figli naturali, adottati, affidati o sottoposti a tutela. Grazie all'identificazione dei corpi di due persone morte durante il naufragio di Lampedusa del 2013, è stato possibile ricongiungere i loro due figli con gli zii regolarmente soggiornanti in Italia⁷⁹.

Dai documenti internazionali appena riportati, si desume come il godimento di una pluralità di diritti da parte delle famiglie presupponga la conoscenza della sorte della persona scomparsa⁸⁰.

Tutto ciò premesso, sembra necessario riflettere sulla configurabilità in capo ai familiari dei migranti scomparsi di un autonomo⁸¹ diritto a ricevere notizie riguardo al destino dei loro cari, come previsto dal diritto internazionale dei diritti umani.

È necessario segnalare, tuttavia, che tale diritto a conoscere la verità – c.d. *right to know the truth* – è sorto per tutelare i familiari delle persone scomparse⁸² in situazioni diverse da quella in esame, prevalentemente di conflitto e sparizione forzata⁸³.

Proprio in relazione a vicende di sparizione forzata, anche la Corte EDU ha fatto riferimento all'esigenza dei familiari delle persone scomparse di essere informati riguardo ai loro parenti scomparsi, arrivando ad affermare in un caso il “*right to know the truth*”⁸⁴.

Seppur si tratti di casi del tutto diversi da quello in esame, è interessante notare come in alcune pronunce – riguardanti prevalentemente sparizioni forzate avvenute durante l'invasione di Cipro nel 1974 – la Corte EDU abbia considerato che l'assenza di notizie riguardo al destino di una persona scomparsa fosse acuita dal silenzio o dal mancato sostegno nelle ricerche da parte delle autorità sta-

⁷⁸ UN Commission on Human Rights, *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances - Study on enforced or involuntary disappearances and economic, social and cultural rights*, 2015.

⁷⁹ L'episodio è raccontato da C. Cattaneo, *Il punto di vista del medico legale*, in *I diritti annegati*, cit., 25.

⁸⁰ UN Commission on Human Rights, *Study on the right to the truth - Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 8 febbraio 2006.

⁸¹ Diversi documenti internazionali configurano il diritto dei familiari delle persone scomparse come “diritto autonomo”. Fra i tanti ancora UN Commission on Human Rights, *Study on the right to the truth*, cit.

⁸² Così UN General Assembly, Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the right to the truth and on forensic genetics and human rights* (A/HRC/15/26), 24 agosto 2010.

⁸³ Infatti, il “*right to know the truth*” è sorto nel diritto internazionale umanitario (art. 32 del primo protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949) e poi codificato nel diritto internazionale dei diritti umani, ed in particolare dalla Convenzione per la protezione di tutte le persone dalla Sparizione forzata (art. 24). Inoltre, si vedano le Risoluzioni del United Nations Human Rights Council 9/11 and 12/12 on *the right to the truth*, adottate rispettivamente il 18 settembre 2008 and il 1 ottobre 2009. In dottrina le basi normative di diritto internazionale del “*the right to truth*” sono individuate da D. Groome, *The Right to Truth in the Fight against Impunity*, in *Berkeley Journal of International Law*, XXIX, 2011, 175 ss.

⁸⁴ Analizza la giurisprudenza della Corte EDU in materia A. M. Panepinto, *The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contributions*, in *Legal Studies*, XXXVII, 2017, 739 ss.

tali, quale trattamento disumano e degradante nei confronti dei familiari delle stesse persone scomparse, in violazione dell'art. 3 CEDU⁸⁵.

Infatti, nel caso *Varnava c. Turchia*, la Corte afferma che “*il fenomeno delle scomparse impone un’attenzione particolare nei confronti dei familiari degli scomparsi, lasciati nell’ignoranza quanto alla sorte riservata ai loro cari, in preda all’incertezza e a forti stati di angoscia*”⁸⁶. Ciò può configurare una violazione dell'art. 3 CEDU, che deve essere provata da “*fattori particolari*” concernenti la sofferenza e l'afflizione emotiva che caratterizza la situazione dei familiari di una persona vittima di gravi violazioni dei diritti umani⁸⁷.

Da un lato, la Corte precisa che “*l’essenza del problema non sta tanto nella gravità delle violazioni dei diritti dell’uomo commesse nei confronti delle persone scomparse, quanto piuttosto nel comportamento delle autorità per affrontare la grave situazione delle famiglie*”.

D’altro lato, la Corte constata che “*una tale violazione non si limita ai casi in cui lo Stato è ritenuto responsabile della scomparsa, ma una violazione delle norme convenzionali può altresì configurarsi a causa dell’assenza di risposte da parte delle autorità ai familiari, costretti di conseguenza a sopportare il peso di chiarire i fatti*”⁸⁸.

Ma è solo con il caso *El Masri*⁸⁹ che il c.d. “*the right to know*” trova riferimento esplicito nella giurisprudenza della Corte EDU. Si tratta di un caso molto complesso e del tutto particolare, riguardante la sparizione forzata di un cittadino tedesco, prelevato dai servizi segreti americani in Macedonia e trasferito poi in Afghanistan.

Pur consapevoli della particolarità del caso e delle evidenti differenze con il tema qui trattato, si ritiene che alcune affermazioni della sentenza *El Masri* possano essere significative.

Più specificatamente, la Corte nota come indagini inadeguate condotte sulla scomparsa del signor *El Masri* abbiano avuto un impatto negativo sul “*right to the truth*”, che rientra nell’ambito protetto dall’art. 3 CEDU.

La Corte EDU è, dunque, molto cauta nell’affermare il “*right to truth*”, riconnettendolo esplicitamente alle particolarità del caso affrontato.

A questo proposito, l’opinione concorrente dei giudici Tulkens, Spielmann, Sicilianos e Keller critica apertamente la Corte colpevole di aver dato “*l’impressione di essere troppo cauta*” limitandosi ad una “*timida allusione*” al “*right to truth*”. Secondo i giudici firmatari l’opinione concorrente, “*the right to truth*” avrebbe potuto essere affermato con maggior forza, non rappresentando “un concetto nuovo” né “un nuovo diritto”, essendo quest’ultimo codificato in diverse norme di diritto internazionale dei diritti umani. Ancora, “*the right to truth*” avrebbe potuto trovare un fondamento più

⁸⁵ Si vedano, in particolare, Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of Varnava and Others v. Turkey* (Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90), del 18 settembre 2009; Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of Cyprus v. Turkey* (Application no. 25781/94) del 10 maggio 2001; Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of Cyprus v. Turkey* (Application no. 25781/94) del 12 maggio 2014.

⁸⁶ Corte EDU, *Case of Varnava and Others v. Turkey*, cit., § 200.

⁸⁷ Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of Çakici v. Turkey* (Application no. 23657/94), del 8 luglio 1999. La Corte, pur concludendo per la non violazione dell’art. 3 CEDU, individua i fattori in grado di determinare la possibile configurazione del trattamento disumano e degradante dei familiari delle persone scomparse: il grado di parentela, dando particolare peso al rapporto genitori-figli; la misura in cui il familiare è stato testimone degli eventi; la misura in cui il familiare si è impegnato nel tentativo di ricevere informazioni; il modo in cui le autorità hanno reagito a tali sollecitazioni (cfr. § 98).

⁸⁸ Corte EDU, *Case of Varnava and Others v. Turkey*, cit., § 200.

⁸⁹ Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"* (Application no. 39630/09), del 13 dicembre 2012; commenta la sentenza con particolare attenzione all’affermazione del *the right to know the truth* A. M. Panepinto, *The right to the truth in international law*, cit., 747 ss.

adeguato nelle norme convenzionali, ed in particolare nell'art. 13 CEDU, che potrebbe includere il diritto di accesso alle informazioni sulla scomparsa di una persona.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in materia sembra, quindi, offrire un'ulteriore chiave di analisi del tema dei migranti scomparsi nel Mediterraneo, evidenziando come il mancato impegno delle autorità nelle indagini e nella ricerca di una persona scomparsa possa configurare in alcuni casi – seppur diversi da quello in esame – una violazione delle regole convenzionali (art. 3 CEDU o come prospettato dall'opinione concorrente art. 13 CEDU).

6. Brevi riflessioni conclusive e questioni aperte

All'inizio del presente contributo si erano poste alcune domande al fine di affrontare da un punto di vista giuridico il problema del mancato recupero ed identificazione dei corpi dei migranti annegati nel Mediterraneo.

In particolare, ci si è chiesti, in primo luogo, se esistano degli interessi la cui tutela debba essere garantita anche dopo la morte e se la garanzia della dignità umana valga anche *post-mortem*.

In secondo luogo, si è cercato di comprendere se i familiari delle persone scomparse possano vantare un diritto – se così può essere definito – a pretendere di conoscere il destino dei propri cari.

Se il ragionamento sin qui svolto consentisse di fornire una risposta affermativa agli interrogativi appena riassunti, ne dovrebbe discendere l'esistenza nel nostro ordinamento di un diritto/dovere all'identificazione dei corpi rimasti senza nome⁹⁰.

Tuttavia, i riferimenti normativi e giurisprudenziali ricordati nei paragrafi precedenti, relativi tra l'altro a situazioni diverse da quelle in esame, non sembrano consentire di trarre una conclusione così netta.

Inoltre, non si può non notare come non sarebbe affatto scontato individuare i soggetti/Stati competenti a farsi carico dell'onere dell'identificazione. Non solo, gli ostacoli di ordine pratico descritti, attinenti alle operazioni di recupero e al complesso incrocio dei dati *ante* e *post mortem*, renderebbero comunque difficilmente possibile offrire garanzia effettiva al diritto stesso.

Un simile ragionamento apre, peraltro, questioni profonde di teoria generale: un diritto è tale se nei fatti non può essere garantito? Al contrario, l'esistenza di un diritto può dipendere dalla presenza di un soggetto chiamato a garantirlo? Non si inverte così l'ordine logico che dovrebbe collocare prima il diritto e dopo, in posizione peraltro servente e strumentale, i meccanismi di tutela? ⁹¹

Non si ambisce certamente a fornire una risposta a questi complessi interrogativi, ma si vuole qui sottolineare come quest'ultimi si siano spesso riproposti nel corso dell'indagine, caratterizzando in modo del tutto problematico l'analisi giuridica di fondo del fenomeno dei migranti scomparsi nel Mediterraneo.

Pur non essendo configurabile un diritto/dovere all'identificazione, la ricerca svolta evidenzia come il mancato recupero ed identificazione dei corpi ponga diversi problemi anche dal punto di vista giuridico, primo fra tutti la definizione della dignità, che deve essere intesa in senso ampio quale

⁹⁰ In questo senso S. Grant, *Dead and Missing*, cit.

⁹¹ Il tema è stato, come noto, oggetto di numerosissime e autorevoli riflessioni, che non possono essere ricostruite in questa sede. Tuttavia, non si può non richiamare su tutti H. Kelsen, secondo il quale un diritto soggettivo non è altro che "un riflesso di un dovere giuridico", identificandosi con la sua stessa garanzia e azionabilità in giudizio. V. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it di M. G. Losano, Torino, 1996, 150. La tesi contraria è invece sostenuta su tutti da L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Bari, 26 ss.

“*bene del naturalmente capace e dell’incapace, dell’uomo libero e del detenuto, del vivo e del morto*”⁹².

Sarebbe, dunque, *opportuno* colmare il vuoto normativo in materia per superare o quanto meno attenuare le criticità descritte. In particolare, sarebbe auspicabile l’introduzione di *standard* e regole comuni in materia a livello internazionale ed europeo, anche non vincolanti, volte all’individuazione dei soggetti/Stati competenti, delle modalità di identificazione, nonché di raccolta dei dati *ante* e *post mortem*⁹³.

L’introduzione di protocolli generalizzati – accompagnata da un’efficiente azione di cooperazione internazionale – potrebbe, infatti, consentire di affrontare al meglio e, forse, ridurre gli oggettivi ostacoli di fatto che rendono estremamente complesse le procedure di identificazione delle persone annegate nel Mediterraneo. Ciò parrebbe coerente non solo con quanto sopra esposto, ma anche con il dovere di solidarietà sancito dalla Costituzione e specificato dai trattati dell’Unione europea proprio in materia di asilo e immigrazione⁹⁴.

⁹² Cfr. A. Pace, *Sub. Art. 21*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca – A. Pizzorusso, Roma - Bologna, 2003, 113.

⁹³ Una proposta in questo senso è stata elaborata nell’ambito del già citato “*Mediterranean missing project*”, *The Dead, the Missing and the Bereaved at Europe’s International Borders Proposal for a Statement of the International legal obligations of States*, in <http://www.mediterraneanmissing.eu/>, 2017. Si vedano anche *Key findings. Outline for future action, Second Conference on the management and identification of unidentified decedents, with an emphasis on dead migrants: the experience of European Mediterranean countries*, Barcelona, 29 e 30 ottobre 2015.

⁹⁴ Ci si riferisce, in particolare, all’art. 80 TFUE il quale stabilisce che “*le politiche dell’Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell’Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell’applicazione di tale principio*”. Inoltre, potrebbe venire in rilievo l’articolo 122, par. 2 TFUE “*qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un’assistenza finanziaria dell’Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa*”. In base a quest’ultimo articolo è stato recentemente adottato il regolamento UE n. 2016/369, che introduce un meccanismo di sostegno finanziario a favore degli Stati membri in caso di emergenza umanitaria avente portata eccezionale. Sul tema si rinvia a F. Casolari, *L’assistenza umanitaria agli stati membri dell’unione e la questione migratoria osservazioni critiche a margine del regolamento 2016/369*, in F. Cortese - G. Pelacani (a cura di) *Il diritto in migrazione. Studi sull’integrazione giuridica degli stranieri*, Trento, 2017, 9 ss.