

prof. MIRJAN DAMAŠKA
Università di Yale

L'INCERTA IDENTITÀ DELLE CORTI PENALI INTERNAZIONALI (*) (**)

SOMMARIO: Introduzione. – I. Il problema degli scopi. - A. Obiettivi contrastanti. - B. Difficoltà di obbedire a Clio. - C. Assenza di una classificazione. – II. L'impatto del sistema processuale. - A. Storiografia accusatoria. - B. La voce delle vittime. - C. L'obiettivo educativo. – III. Le vie di miglioramento. - A. Riforma processuale. - B. Riduzione delle aspirazioni. - C. Esaltazione dell'obiettivo educativo. – IV. Le obiezioni alla funzione educativa. – A. Il dilemma del pubblico a cui ci si rivolge. - B. Concezioni sostanziali problematiche. - C. Restringere l'oggetto del processo. - D. Selettività dell'esecuzione. - *Post scriptum*.

Introduzione

La recente proliferazione di corti penali internazionali ha indotto gli attivisti dei diritti umani e i sostenitori della giustizia penale internazionale a fare gesti di trionfo. La loro gioia è immediatamente comprensibile, dal momento che tali corti hanno dotato di denti – benché soltanto di denti da latte – le norme che delineano le condotte punibili dal punto di vista internazionale. Il risultato è stato quello di mettere seriamente in dubbio l'idea che tali tentativi di far osservare la legge penale internazionale siano goffe invasioni da parte di gente in toga e parrucca entro un'area che dovrebbe invece essere lasciata aperta alle forze politiche¹. A dispetto della soddisfazione dei sostenitori della giustizia penale internazionale, tuttavia, sarebbe sbagliato chiudere gli occhi davanti ai gravi difetti delle corti penali internazionali. Tali debolezze sono nocive per l'evoluzione delle corti e per la loro ancora fragile legittimazione.

* Questo saggio costituisce lo sviluppo della *lectio doctoralis* tenuta dall'autore presso l'Università degli Studi di Pavia il 30 maggio 2006 in occasione del conferimento della laurea *honoris causa*.

** Traduzione dall'inglese a cura di Roberta Valmachino, dottoranda di ricerca in diritto penale italiano e comparato nell'Università di Pavia.

¹ La convinzione che la legge non possa legare le mani di coloro che sono coinvolti in un conflitto armato è di antica tradizione, sintetizzata nell'aforisma latino *inter armis silent leges*. Una versione moderna di questa idea sostiene che sia futile usare la legge e i principi morali nel giudicare i conflitti armati. Carl Schmitt è stato probabilmente il più noto esponente di questa filosofia nello scorso secolo. Si veda CARL SCHMITT, *The Concept of the Political*, pp. 46-49 (trad. a cura di G. Schwab, 1996).

È pur vero che alcune di queste debolezze sono oggi inevitabili. Dal momento che non esiste ancora un gruppo di efficaci istituzioni sovranazionali per far osservare le norme penali internazionali, la reale operatività delle corti penali internazionali deve necessariamente dipendere dalla instabile volontà politica. Senza la cooperazione ed il sostegno dei singoli stati, le corti penali internazionali sono destinate all'impotenza: non hanno il potere di arrestare, ad esempio, né di esigere la produzione di prove, né di far osservare le sentenze. Già solo per queste ragioni, al momento non si può stabilire una rigorosa *rule of law*: la giustizia non può essere significativamente amministrata senza tener conto dell'instabile e complesso mondo della politica internazionale. Potenti attori della scena politica internazionale sono nella posizione di poter ignorare le richieste delle corti internazionali e la spada della giustizia tende ad essere usata soprattutto contro soggetti provenienti da stati che occupano un posto di scarsa rilevanza nella gerarchia di fatto esistente fra gli stati².

Tuttavia, alcune debolezze delle corti penali internazionali possono essere ridotte, o eliminate, anche nell'attuale contesto delle relazioni internazionali. Queste debolezze guaribili hanno parecchie fonti. Una fonte importante, alla quale le pagine seguenti sono dedicate, deriva dall'insieme di obiettivi che le corti penali internazionali si sono assegnate. Vedremo infatti che il numero di quegli obiettivi prefissati è eccessivo e che non è emerso un chiaro senso dei loro pesi relativi, cosa che avrebbe potuto bilanciare le tensioni interne. Vedremo inoltre che i processi non sono il miglior strumento per raggiungere alcuni di quegli obiettivi e specialmente non lo sono i processi architettati dagli ideatori delle corti penali internazionali.

Alcuni sostenitori della giustizia penale internazionale probabilmente argomenteranno che queste debolezze correlate agli obiettivi sono semplicemente debolezze secondarie di un sistema di giustizia ancora adolescente, e che indulgiare su di esse è scorretto tanto quanto giudicare un bel giardino dalle sue erbacce. Eppure, le debolezze correlate agli scopi non dovrebbero essere sottovalutate. Una selezione eccessivamente ambiziosa, o altrimenti inappropriata, degli obiettivi genera disparità fra ambizioni e risultati e l'incertezza sulla loro importanza relativa genera disorientamento e confusione. La disillusione che deriva da attese insoddisfatte e le incoerenze che scaturiscono dal

² In assenza di pressioni esterne da parte di nazioni forti, anche stati deboli possono impunemente disobbedire agli ordini delle corti internazionali. Ad esempio, gli stati succeduti alla ex-Yugoslavia hanno iniziato a collaborare con il Tribunale internazionale per i crimini di guerra nella ex-Yugoslavia (ICTY) solo dopo che nei loro confronti venne usata la politica "del bastone e della carota" da parte degli Stati Uniti e dell'Unione Europea.

disorientamento sono dannose per qualsiasi sistema giudiziario, ma lo sono specialmente per un sistema in evoluzione, afflitto come è da una debolezza in questo momento inevitabile. Una conseguenza inquietante di questo stato di cose è che il funzionamento dei tribunali penali internazionali non può essere adeguatamente valutato. Un elevato numero di condanne è forse un valido indicatore di successo nella valutazione delle prestazioni delle corti? Quanto sono importanti le reazioni locali alle decisioni delle corti se contrapposte a quelle su più larga scala? A queste e a simili domande non si può rispondere in maniera attendibile, fino a quando la questione degli obiettivi rimane incerta come lo è ora. Come erano soliti dire gli antichi, nessun vento è favorevole ad una barca che non ha una chiara destinazione.

Dovremo iniziare ad esaminare i problemi legati agli scopi con una diagnosi della situazione presente. La prima parte del presente lavoro cercherà di dimostrare la tesi che gli orientamenti attuali sugli obiettivi delle corti penali internazionali sono confusi e che le procedure attualmente adottate da tali tribunali esasperano le difficoltà che ne derivano. La seconda parte del saggio inizierà a cercare un rimedio. Dovremo dire chiaramente che taluni degli obiettivi attualmente accettati dai tribunali penali internazionali andrebbero modificati: andrebbero cioè ridimensionati, se non addirittura abbandonati e affidati ad altri meccanismi di reazione pubblica a violazioni di massa dei diritti umani. A nostro avviso, i tribunali penali dovrebbero giocare un ruolo più modesto nel far progredire la *rule of law* nell'ambito della politica internazionale. Il compito successivo sarà poi quello di vedere se si possa identificare un fine dominante, così che le tensioni fra gli obiettivi rimanenti possano essere gestite meglio. Si vedrà che non è possibile trovare un solo obiettivo attorno al quale gli altri possono essere rigorosamente organizzati. Non c'è nessun traliccio, per così dire, che sostenga l'edera delle aspirazioni delle corti. Tuttavia, dovremo cercare di dimostrare che si potrebbe ottenere un miglior livello di organizzazione nelle riflessioni sulla missione delle corti se l'enfasi primaria venisse posta sull'obiettivo di promuovere il senso pubblico di responsabilità per violazioni di massa dei diritti umani. Nell'ultima parte del saggio discuteremo di alcuni problemi salienti che potrebbero sorgere se questo obiettivo venisse trattato come lo scopo supremo.

I. Il problema degli scopi

L'elenco degli obiettivi proclamati dalle corti penali internazionali e dai loro sostenitori è veramente lungo. Accanto a quegli obiettivi standard dell'ap-

plicazione della legge penale nazionale, quali la punizione per gli illeciti, la prevenzione generale, la neutralizzazione e la riabilitazione, i tribunali penali internazionali asseriscono di perseguire numerosi scopi ulteriori sia nel breve che nel lungo periodo. Essi aspirano a contribuire a porre fine ai conflitti in corso e alla stabilizzazione e riconciliazione nelle terre lacerate dai conflitti. Vogliono evitare l'imputazione di responsabilità collettive per violazioni di massa dei diritti umani addossando le responsabilità a piccoli gruppi di individui, e dare soddisfazione e un senso di superamento della vicenda alle vittime. Vogliono collocare il concetto di crimine internazionale in un contesto più ampio e produrre una documentazione attendibile delle atrocità commesse. Pretendono inoltre di estendere la portata del diritto penale internazionale e di diffondere i valori dei diritti umani, e si attendono di ottenere tutti questi obiettivi mediante un giusto processo, attento ai diritti degli imputati³.

Non è necessaria una lunga riflessione per rendersi conto che il compito di soddisfare questa litania di richieste è veramente gigantesco. Diversamente da Atlante, i tribunali penali internazionali non sono corpi dalla forza titanica, capaci di reggere sulle proprie spalle il peso di così tante mansioni. Perfino i sistemi penali nazionali, con il loro ben più forte potere applicativo e con il sostegno istituzionale di cui godono, vacillerebbero sotto un simile carico. Ma la sovrabbondanza di obiettivi non è il solo problema.

A. Obiettivi contrastanti. – Un problema ulteriore è che gli obiettivi prefissati spingono in direzioni diverse e generano tensioni. Anzitutto, si consideri la non facile relazione tra lo scopo di produrre una documentazione accurata e quello di individualizzare le responsabilità. L'impulso ad individualizzare le responsabilità deriva dalla convinzione che la pena inflitta a pochi individui promuove la riconciliazione di gruppo, mentre un'ampia imputazione di responsabilità collettive provoca effetti opposti⁴. Tralasciamo la questione che la ge-

³ Per un elenco variamente formulato di questi obiettivi si veda, ad esempio, MINNA SCH-RAG, *Lessons Learned from ICTY Experience*, 2 *Journal of Int. Crim. J.*, p. 428 (2004); *Note: Developments – International Criminal Law*, 114 *Hav.L. Rev.*, pp. 1944, 1961-1974 (2001); GARRY JONATHAN BASS, *Stay the Hand of Vengeance*, p. 284 (2000). Tralasciamo la questione se tutti questi scopi addizionali siano analiticamente indipendenti e se almeno alcuni di essi debbano essere ricondotti agli obiettivi standard relativi all'applicazione del diritto penale nazionale.

⁴ Così come viene intesa dai tribunali penali internazionali, l'individualizzazione delle responsabilità non comporta, come avviene in molti sistemi nazionali, che lo stigma della condanna e la misura della pena debbano essere quantificati in base al grado di colpevolezza individuale. Vedremo in seguito che alcune dottrine sostanziali di diritto penale internazionale non fanno molta attenzione al concetto di individualizzazione in questo senso.

nerale validità di questo convincimento non dovrebbe essere data per scontata⁵. Per gli scopi attuali è sufficiente osservare che mentre la personalizzazione delle responsabilità può in alcune circostanze essere politicamente desiderabile, essa può anche produrre distorsioni della realtà storica. Un esempio istruttivo sono le violazioni di massa dei diritti umani connesse alla disintegrazione della Jugoslavia. La personalizzazione delle responsabilità in questo contesto è stata giustificata asserendo che le atrocità diffuse erano state provocate da un ristretto gruppo di fanatici *leaders* nazionalisti, la cui propaganda rancorosa ha scatenato la furia etnica. Eppure, sembra molto più probabile che quei capi abbiano approfittato di ostilità represses preesistenti. Dopo tutto, quei *leaders* politici sono stati liberamente eletti, per lo più anche con vittorie schiaccianti, e sono stati sostenuti da una larga fetta di popolazione – almeno fino a che il loro progetto politico sembrava avere una qualche possibilità di successo⁶. Un giorno una ricerca storica spassionata potrà rivelare che anche la pulizia etnica ha goduto per un po' di tempo di un ampio consenso popolare. Un altro esempio di come la individualizzazione delle responsabilità non sia adatta a far emergere la verità su massicce violazioni dei diritti umani è fornita dal caso del genocidio rwandese. È stato dimostrato che più di un milione di persone sono state coinvolte in questa tragedia come esecutori e complici⁷.

Le tensioni fra l'aspirazione delle corti di porre fine a conflitti in atto e il desiderio di portare alla sbarra i capi delle parti in lotta sono facilmente ricono-

⁵ La questione del rapporto tra la condanna di pochi individui, da un lato, e la stabilizzazione post-bellica di una regione e la riconciliazione della popolazione colpita, dall'altro, è ben più complessa di quanto molti ritengano. In talune circostanze può darsi che la rimozione della consapevolezza di una responsabilità morale collettiva crei simpatia per i pochi soggetti imputati, aizzando ampi settori di società contro una giustizia imposta dall'esterno. Può anche accadere che in alcune società imputazioni di responsabilità molto estese generino l'impulso a giustificare atti di violenza, ostacolando reazioni più favorevoli alle incriminazioni. Sia come sia, il conseguimento di una riconciliazione richiede tempo e probabilmente richiede molto di più che di un intervento del giudice.

⁶ Si consideri la situazione in Serbia. I timori di recrudescenze nazionaliste e i conseguenti sentimenti bellicosi in una larga porzione di popolazione furono scatenati da un Manifesto della prestigiosa Accademia Serba delle Arti e delle Scienze. Cfr. BRANKA MAGAŠ, *The Destruction of Yugoslavia*, pp. 44-45 (1989). Slobodan Milošević ha potuto essere meno un nazionalista di ciò che gli esperti di scienze politiche chiamano un "*conflict entrepreneur*". L'euforia nazionalista era emergente anche in Croazia e non può essere plausibilmente spiegata come il prodotto di un ristretto gruppetto di abili demagoghi. Lo stesso si può dire della Slovenia, che è scampata alle devastazioni della guerra ma che, cosa che ora viene spesso dimenticata, fu la prima a separarsi dalla Jugoslavia.

⁷ Si veda MARK DRUMBL, *Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to Civis in Rwanda*, 75 N.Y.U.L.REW., pp. 1221, 1250 (2000).

scibili. Se infatti sapessero di essere giudicati al termine del conflitto o dopo la fine del loro mandato, è probabile che i *leaders* politici terrebbero tenacemente le redini del potere e continuerebbero il conflitto. La richiesta di osservare il diritto penale internazionale inizia a scontrarsi con calcoli dettati dalla prudenza: quante vite dovrebbero essere sacrificare per rendere giustizia ai morti⁸?

Preoccupante, e perciò poco frequentemente rimarcata, è la relazione traballante tra il desiderio di preoccuparsi per i diritti processuali degli imputati e quello di offrire soddisfazione alle vittime dei crimini internazionali. In un mondo ideale, di certo, non vi sarebbero ragioni per bilanciare queste due aspirazioni: potrebbero coesistere armoniosamente. Ma nel mondo reale, debbono essere spesso raggiunti dolorosi compromessi, e il tentativo di ripristinare la dignità delle vittime e di fornire a loro, o ai loro familiari, un forum in cui esprimere le proprie sofferenze è certamente un nobile impulso umanitario. Vi è anche un vantaggio pratico, dal momento che tale gesto potenzialmente previene le vendette private. Permettere alle vittime di raccontare la loro storia può anche aiutare i giudici, chiusi nelle loro stanze, a giungere ad una migliore comprensione dei fatti su cui sono chiamati a giudicare: la realtà delle sofferenze patite dalle vittime può andare ben oltre la loro esperienza. Detto ciò, bisogna tuttavia riconoscere che quando gli interessi degli imputati e delle vittime giungono all'attenzione dei giudici si arriva rapidamente ad un punto oltre il quale il desiderio di dare soddisfazione alle seconde inizia a cozzare con considerazioni di equità verso i primi. Il problema non è soltanto che la partecipazione delle vittime di atrocità di massa rallenta i processi e interferisce con il diritto dell'imputato alla celerità del procedimento. Vi sono altre e magari ben più serie difficoltà. Una successione di orrori narrati dalle vittime può indurre i giudici ad attribuire all'imputato un ruolo nelle atrocità più esteso di quello realmente giocato. Possono sorgere pressioni per gli *standards* probatori minimi e può anche emergere la tentazione di impostare i procedimenti per ottenere facili condanne. L'idea che una assoluzione si possa giustificare sulla base di errori processuali, benché

⁸ Le atrocità commesse nella regione del Darfur forniscono un'esemplificazione. Sulla base di una clausola adottata dallo Statuto della Corte Penale Internazionale, che autorizzava le Nazioni Unite a differire i processi internazionali nell'interesse della pace, la questione arrivò all'esame del Consiglio di Sicurezza. Quando il vice presidente sudanese e il capo dei ribelli riferirono al Consiglio sull'accordo di pace siglato, entrambi si opposero vigorosamente all'istituzione di processi internazionali. Il *leader* dei ribelli dichiarò che punire gli assassini prima che una pace vera fosse raggiunta sarebbe stato come "mettere il carro davanti ai buoi caso in cui né il carro né i buoi si sarebbero mossi" (The New York Times, 9 febbraio 2005, p. A-5).

seria, diventa pressoché ridicola⁹. Le preoccupazioni di carattere processuale cedono perciò di fronte al desiderio di ottenere risultati sostanzialmente accurati. Questo non dovrebbe sorprendere, perché la giustizia è un predicato che viene preminentemente ascritto al risultato, mentre l'equità è essenzialmente una qualità della procedura.

Alquanto oscure sono le tensioni che sorgono fra le aspirazioni educative dei tribunali penali internazionali, che mirano a diffondere il valore dei diritti umani, e molti degli altri loro scopi. Una fonte di tale tensione risiede nel fatto che i soggetti la cui condanna è la più adatta a produrre gli effetti pedagogici desiderati raramente sono quelli dalla cui condanna le vittime dei crimini traggono la massima soddisfazione. La ragione sta nel fatto che i crimini internazionali sono tipicamente il risultato di attività organizzate e le vittime nutrono sentimenti di vendetta più forti nei confronti degli esecutori materiali immediatamente riconoscibili che nei confronti dei loro capi lontani – a patto che questi ultimi non fossero direttamente implicati nella commissione del reato. Ma dal punto di vista delle ambizioni pedagogiche, il *target* privilegiato dei processi sono i vertici delle organizzazioni criminali. Stante la loro alta visibilità e il loro potere, la loro caduta e la loro condanna producono un effetto sensazionale e mantengono la grande promessa di contribuire allo sviluppo del senso di responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani. Può emergere tensione anche fra le aspirazioni pedagogiche e l'obiettivo della deterrenza, sebbene queste abbiano in comune gli effetti di prevenzione. Mentre la deterrenza può dare supporto a teorie severe, insensibili alla graduazione della responsabilità personale, questa insensibilità potrebbe rendere più difficile l'accoglimento delle decisioni delle corti nelle comunità colpite dal crimine internazionale, riducendone così l'impatto educativo. Infine, vi è un attrito intrinseco nell'aspirazione educativa, perché le decisioni dei tribunali penali internazionali sono in grado di produrre effetti e reazioni disparati nella comunità

⁹ Per un esempio della riluttanza del Tribunale per i crimini di Guerra in Jugoslavia ad escludere prove rilevanti ma illegalmente ottenute, si veda la decisione *Prosecutor v. Brdjanin*, case No. IT-99-36-T, par. 62. Un caso giudicato dal Tribunale internazionale per i crimini di guerra in Rwanda (ICTR) è istruttivo. Nella sua decisione iniziale, la *Tribunal's Appellate Chamber* rilasciò dalla custodia cautelare un imputato importante poiché era stato violato il suo diritto ad un processo celere. Ma quando questa decisione indusse il governo rwandese, che guardava la questione dalla prospettiva delle vittime, a sospendere la sua collaborazione con la Corte, la *Appellate Chamber* ritornò rapidamente sui suoi passi. Si veda la "*Decision on Prosecutor's Request for Review or Reconsideration*" *Barayagwiza v. Prosecutor*, Case No. ICTR-97-19-AR72, 39; International Legal Materials, p. 1181 (31 marzo 2000). Per un caso simile più recente, si veda *Prosecutor v. Kajelijeli*, Case No. ICTR-98-44A-T, parr. 208, 320-324 (2003).

internazionale in genere e nelle società direttamente colpite dalle violazioni dei diritti umani. Se l'enfasi viene posta sugli effetti locali positivi, bisogna dare la dovuta attenzione a fattori quali l'esperienza storica locale, i costumi e le sensibilità locali, talvolta persino ai rapporti di lealtà preesistenti. Viceversa, quando diventano prioritari gli effetti globali, i giudici sono più liberi di ignorare il contesto locale, di seguire gli impulsi di una ragione non vincolata e di concentrarsi su questioni quali la perfezione del contenuto normativo della legge penale internazionale o l'espansione del suo raggio d'azione.

B. *Difficoltà di obbedire a Clio*. – Esistono diversi bersagli per i dardi di una indagine scettica sulla capacità dei tribunali penali internazionali di realizzare parte degli obiettivi che si sono assegnati, nonostante il fatto che il loro numero si sia fortemente ridotto. Alcuni bersagli vengono in rilievo quando iniziamo ad esaminare i particolari delle procedure adottate dagli ideatori del sistema giudiziario internazionale. Su questo primo punto, ciò che merita di essere particolarmente segnalato è la capacità dei tribunali di collocare il crimine internazionale in un contesto storico. È di nuovo chiaramente comprensibile la necessità di impegnarsi in questa ricerca. Violazioni di massa dei diritti umani, compresa la violenza motivata politicamente, tendono ad essere negate dagli esecutori e dai loro simpatizzanti. Il conseguente desiderio di realizzare un resoconto storico onesto e di ripristinare l'integrità della memoria umana è fortemente sostenuto dalla convinzione che il racconto veritiero del passato sia una preconditione necessaria per la riconciliazione e per evitare futuri conflitti. Come notoriamente disse Santayana, coloro che non possono ricordare il passato sono condannati a ripeterlo¹⁰. Una spiegazione ulteriore della necessità di indagare sul contesto più ampio di un crimine è che un interesse focalizzato su un determinato individuo non è sufficiente a definire i crimini internazionali. La loro definizione richiede una visuale più ampia, in cui le condotte individuali debbono essere inquadrare alla luce dell'attività intra-

¹⁰ Melanconicamente, tuttavia, accade che tale convinzione manchi di conferme empiriche: non possiamo davvero sapere se il mondo sia sempre il posto migliore per conoscere la verità. Potrebbe darsi che una caparbia ricerca della verità possa in alcune circostanze riattivare i carboni ardenti di antiche animosità fino a che vecchie fiamme si risvegliano nuovamente. Pascal, per esempio, ha affermato che "tutta la luce emessa dalla verità non è in grado di fermare la violenza e può solo stimolarla (*Toutes les lumières de la vérité ne peuvent rien faire pour arrêter la violence, et ne font que l'irriter encore plus*)". Cfr. BLAISE PASCAL, *Les Provinciales*, 12th letter, p. 201 (Michel Le Guern, ed. 1987). Né si può escludere del tutto che la stabilità di un accordo politico dipenda dal fatto che la società dimentichi. Si veda, per esempio, ERNEST RENAN, *What is a Nation*, p. 19 (trad. a cura di Charles Taylor, 1996).

presa da organizzazioni o da gruppi entro assetti specifici, talvolta per lunghi periodi di tempo. I giudici sono pertanto spinti ad addentrarsi in una vasta ricostruzione dei fatti che facilmente scivola in una ricerca storica.

Tuttavia, alla pressante necessità di operare una ricerca storica non corrisponde la capacità dei giudici di soddisfarla. Una ragione sta nel fatto che essi devono operare con limitazioni temporali, e devono produrre decisioni stabili sulle quali viene poi intrapresa un'azione: la *res* su cui essi si focalizzano deve diventare *judicata* senza un ritardo ingiustificato. Gli storici, viceversa, non sono soggetti alle limitazioni della prontezza e della determinatezza: non hanno bisogno di giungere rapidamente ad una decisione e possono permettersi di seguire il lento scorrere della storia. Tutte le volte che Clio, la loro sfuggente signora, mostra un nuovo velo da sollevare, gli storici sono liberi di modificare le loro scoperte. La *res judicata* nelle questioni storiche è perciò niente di meno che una assurdità: la storia non può essere arrestata da un *ukase*.

Un altro impedimento ad un giudizio storiografico soddisfacente è che i giudici non possono liberarsi del tutto dalla rete della rilevanza legale. Anche quando i suoi limiti vengono considerevolmente allargati, come avviene con la definizione di crimine internazionale, questioni importanti per un resoconto storico completo rimangono irrilevanti dal punto di vista legale. Per spiegare che cosa è accaduto in Rwanda o nella ex-Yugoslavia, per esempio, i giudici non potevano imbarcarsi in una disamina del ruolo giocato dalle Nazioni Unite e da alcuni stati esteri in quei tragici eventi, anche se un nesso causale fra la loro condotta e le atrocità oggetto del processo appare probabile. Tantomeno i giudici possono liberamente stabilire quanto si debba tornare indietro nel tempo per spiegare l'eziologia dei conflitti che hanno generato i crimini. L'atteggiamento persistente in alcuni settori della società serba nei confronti dei musulmani bosniaci, per esempio, dovrebbe essere fatto risalire alle battaglie dei Serbi contro l'impero ottomano avvenute nel Medioevo? Visto attraverso il prisma di uno storico, inoltre, il ritratto giudiziario del retroterra della criminalità internazionale appare inevitabilmente frammentario, abbozzato e inserito in uno schema temporale arbitrario.

Certamente non si può negare che i problemi ora delineati ineriscano ad ogni tentativo giudiziario di ricostruire il passato, e che essi persisterebbero anche se le corti penali internazionali decidessero di abbandonare le loro aspirazioni ad avventurarsi nelle sabbie mobili della storia¹¹. Resta una differenza

¹¹ Sulla diffusione dell'affermazione, cfr. ad esempio WILLIAM TWINING, *Rethinking Evidence*, pp. 106-109 (1994); PAUL RICOEUR, *La Mémoire, l'Histoire, l'Oubly*, pp. 418-423 (2000).

significativa nel grado e nella intensità di tali difficoltà che, comunque, non dovrebbe essere trascurata. Le corti penali convenzionali mettono la condotta penale sotto la lente di ingrandimento, tralasciando ogni altro elemento, mentre le corti internazionali aspirano a concentrarsi sia sulle specifiche condotte imputate che sul loro contesto. Tale cura ambiziosa sia per i problemi di dettaglio che per quelli più ampi ha dei costi, perché diventano oggetto di prova questioni estremamente complicate. Il determinarle richiede di compiere interpretazioni contestabili e di ricorrere a generalizzazioni più ampie rispetto a imprese giudiziarie meno ambiziose. Imprimere un sigillo finale ed ufficiale alle ricostruzioni complessive che ne risultano finisce per essere problematico. Queste intenzioni, seppur buone, ricordano i tentativi sovietici di scrivere la storia ufficiale del partito comunista.

Ne consegue che il contributo che i tribunali penali internazionali possono offrire alla ricostruzione di un quadro più articolato della criminalità internazionale è piuttosto modesto. Il massimo che ci si può aspettare da essi è che forniscano materiale frammentario come sostegno per ricerche storiche future¹². Ma la triste verità è che anche questo materiale non è così affidabile come immaginano coloro che non hanno dimestichezza con quanto avviene nelle aule di tribunale¹³. Come vedremo, gli strumenti giudiziari per l'acquisizione, la sistemazione e la presentazione delle prove in tribunale si discosta, in diversi punti, dai metodi ottimali di una ricerca storica affidabile. Le pressioni e le passioni di un processo tendono a produrre informazioni inattendibili per uno studio spassionato del passato. Atteggiamenti critici nei confronti di queste informazioni possono essere attenuati dal fatto che il profano non ha dimestichezza con gli *standards* di prova applicabili, o dalla sua ingiustificata fede nella volontà delle parti processuali di ottenere la verità. Un dato generato in un processo può perciò avere peso maggiore di quanto si meriti, e distorcere la determinazione storica di *wie es eigentlich gewesen ist*.

C. *Assenza di una classificazione.* – Gestire le tensioni fra gli obiettivi e misurarsi con i limiti dei tribunali nel conseguirne alcuni potrebbe essere molto

¹² I processi di Norimberga nell'immediato dopoguerra sono spesso invocati a titolo di esempio di come prezioso materiale storico possa essere portato alla luce dai procedimenti giudiziari. Tuttavia, ciò è in qualche misura fuorviante. Molto di quel materiale era sottoforma di documenti che sarebbero stati disponibili comunque per il giudizio della storia. Ciò che fu realmente creato per – o dai – tribunali sono essenzialmente le prove testimoniali.

¹³ Per una opinione contraria vedi BASS, *supra*, nt. 2, pp. 302-304; C. MALLAT, *Accountability in the Middle East*, in J. Normen (ed.), *Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction*, pp. 48-49 (2004).

più semplice se esistesse un quadro di priorità, basato sulla comprensione dei pesi relativi degli obiettivi in competizione. Si potrebbero così identificare compromessi accettabili fra gli obiettivi stessi e si potrebbe raggiungere una migliore coerenza nel processo decisionale. Eppure, finora dall'operato dei tribunali penali internazionali non è emerso un chiaro assetto delle priorità, anche se di frequente è stata invocata l'importanza cardinale della prevenzione generale, specialmente durante "l'adolescenza" dei tribunali *ad hoc*. L'esaltazione di questo scopo sorgeva dalla speranza che la mera minaccia della pena avrebbe avuto mitigato la brutalità dei conflitti. Ma quando la minaccia non è riuscita a prevenire la commissione di atrocità tremende – quali il massacro di Srebrenica, ad esempio – è scemato l'ottimismo iniziale su tale obiettivo¹⁴. Nonostante questa disillusione, comunque, alla deterrenza è ancora attribuito un peso decisivo dai giudici e dai sostenitori dei tribunali penali internazionali. Sembra infatti prevalere l'idea che insieme a quello retributivo, la deterrenza costituisca il più importante fine della giustizia penale internazionale. Fra gli altri scopi proclamati, l'obiettivo di fornire una documentazione storica e quello educativo di valorizzare il rispetto per i diritti umani sono spesso enfatizzati¹⁵.

È facile vedere che queste dichiarazioni di intenti frammentarie e discontinue non sono di grande aiuto nell'affrontare la tensione fra gli scopi. Anche i due obiettivi ritenuti principali – quello della deterrenza e quello retributivo – necessitano di bilanciamento. Si può quindi correttamente concludere che persistono ambiguità imbarazzanti relative alla missione propria delle corti penali internazionali. In difesa di questa situazione, si cerca di sostenere che nemmeno nei sistemi penali nazionali esiste un insieme di obiettivi coerentemente integrato né una classificazione chiara dei fini. Un'informazione insufficiente rende difficile la comparazione in proposito e, anche qualora fossero disponibili informazioni sufficienti, numerosi fattori, alcuni dei quali non misurabili, si opporrebbero alla graduazione degli obiettivi. Qualsiasi tentativo

¹⁴ La delusione sul potenziale preventivo dei tribunali penali internazionali ha indotto il primo procuratore dell'ICTY, Richard Goldstone, a obiettare che è "idealisticamente senza speranza" sostenere che la giustizia penale internazionale serva ad uno scopo deterrente effettivo. Si veda RICHARD GOLDSTONE, *Letter to the Editor*, The Wall Street Journal, 3 luglio 2000, p. A-13. Per una stima più equilibrata, vedi PAYAM AKHAVAN, *Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?*, 95 Am. J. Int. L., pp. 7-31 (2001).

¹⁵ La maggior parte delle pronunce sullo scopo della loro attività si possono rinvenire nelle disposizioni relative alla commisurazione della pena. Per un accurato resoconto vedi, ad esempio, la decisione della dell'ITCY *Appellate Chamber in Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, par. 678 (2004).

di imporre un ordine in questo settore può essere senza speranza, esattamente come cercare di raccogliere del mercurio che si è rovesciato.

Si osservi, tuttavia, che questo pessimismo non è obbligato nel caso dei tribunali penali internazionali. Le loro caratteristiche *sui generis* e lo speciale carattere della loro giurisdizione riduce la complessità della questione, suggerendo che si potrebbe definire con maggiore chiarezza la loro missione. Certo, se uno si aspettasse di stabilire una classificazione rigida degli scopi, il pessimismo sarebbe assicurato anche nei loro confronti. Ma non è necessario mirare così in alto o attendersi così tanto. Il fatto che non si possa stabilire una classificazione rigida, non significa che non si possa ottenere un miglior senso della direzione considerando uno degli obiettivi proclamati come dominante. Tuttavia, prima di indagare in questa direzione dobbiamo completare la diagnosi sulla situazione attuale. Pertanto, vanno esaminate per prime le disposizioni processuali che possono rendere difficoltosa la realizzazione di alcuni obiettivi dei tribunali penali internazionali.

II. *L'impatto del sistema processuale*

Prima della creazione del successore dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo – il Tribunale Internazionale per i Crimini di Guerra per la ex-Yugoslavia – si è verificata una gara tra avvocati anglo-americani ed europei per influenzarne l'assetto processuale. Per un momento sembrò che prevalesse una proposta francese, fortemente basata sulla tradizione dell'Europa continentale. A favore di questa scelta si sarebbero potuti usare diversi argomenti. Dopo tutto, gli indagati provenivano tutti dalla ex-Yugoslavia – un Paese che aveva adottato la cultura giuridica continentale – così che i processi avrebbero potuto essere facilmente comprensibili per l'opinione pubblica locale e gli avvocati locali avrebbero potuto partecipare efficacemente anche senza una preparazione specifica. Nonostante ciò, prevalse l'influenza americana e il modello processuale originario, benché plasmato consapevolmente come una miscela di elementi anglo-americani e dell'Europa continentale, fu ispirato in maniera predominante dai concetti e dalle tecniche propri del repertorio giuridico anglo-americano. Anche se le disposizioni che ne sono derivate sfuggono ad una facile definizione, possiamo agevolmente descrivere in termini generali le loro caratteristiche particolarmente rilevanti per la nostra ricerca: la raccolta e l'acquisizione delle prove, sia nella fase preliminare che in quella dibattimentale, sono state affidate all'iniziativa primaria delle parti, con un ruolo solo secondario o supplementare della corte in questo campo. Col passare del tempo,

per ragioni che qui non ci interessano, è stato gradualmente ampliato il coinvolgimento del giudice nel processo, ma il modello continua ad essere caratterizzato dall'iniziativa primaria delle parti per l'accertamento dei fatti.

Nella fase preliminare, l'accusa e la difesa conducono indagini distinte, cercando elementi di prova favorevoli alle rispettive tesi. L'organo dell'accusa, nonostante sia definito "*officer of the court*" non ha il dovere di cercare prove a discarico: egli ha solo il dovere di comunicarle alla difesa se vi si imbatte per caso. Il giudice della fase preliminare non ha funzioni investigative e non cerca prove per suo conto. Non diversamente da un giudice civile americano o da un suo collega penale scozzese, il giudice penale internazionale ha essenzialmente l'obbligo di istruire speditamente il caso per il dibattimento, incalzando le parti a scambiarsi informazioni, individuando aree di accordo fra di esse e, in altri termini, coordinando le loro attività¹⁶. È assente dal modello un'unica, metodica raccolta delle prove a carico e a discarico, le cui risultanze siano contenute in un fascicolo ufficiale a disposizione dei giudici del dibattimento. La conseguenza è che le informazioni provenienti dalla fase preliminare che riceve il giudice del dibattimento consistono nelle tesi di parte. Nel dibattimento, l'accertamento dei fatti continua ad essere fortemente influenzato dal modello processuale anglo-americano: la presentazione delle prove è organizzata come una sequenza di due impostazioni contrapposte, e include l'esame diretto e il controesame dei testimoni. La differenza più importante rispetto al rito processuale anglo-americano è che i giudici possono inserirsi nell'acquisizione delle prove delle parti e, quando questa è terminata, possono ordinare che vengano presentate prove aggiuntive. L'assenza di regole di ammissione complicate, inclusa l'inammissibilità delle prove *de relato* è un'altra differenza significativa¹⁷.

La procedura disegnata per il Tribunale Penale Internazionale solleva diverse domande relative alla divisione indeterminata delle responsabilità per l'accertamento dei fatti¹⁸. Tuttavia, si può certamente sostenere che lo Statuto e le Regole processuali e delle prove della Corte Penale Internazionale cerca-

¹⁶ Sul parallelo con il ruolo nel *pre-trial* del giudice civile americano vedi MAXIMO LANGER, *Rise on Managerial Judging in International Criminal Law*, 53 Am. J. Comp. L., pp. 835, 874-905 (2005). Per l'esempio scozzese si veda il Criminal Procedure (Scotland) Act del 1995, sez. 71, 73 e 148.

¹⁷ Per un buon resoconto di questi sviluppi vedi MEGAN FAIRLIE, *The Marriage of Common and Continental Law at ICTY*, 4 ICLR, pp. 243-319 (2004).

¹⁸ Per una panoramica vedi ANTONIO CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 386-87 (2003).

no di erodere il meno possibile la supremazia delle parti nel campo dell'accertamento dei fatti. Questo è specialmente il caso della fase dibattimentale, dove la Corte ha la discrezionalità di decidere se lasciare che le parti esponano le loro due tesi probatorie secondo lo stile anglo-americano o assumere essa stessa la direzione dell'assunzione delle prove¹⁹. Nella fase preliminare, è stato indebolito anche il ruolo di indagine delle parti, ma in misura di gran lunga minore. Il compito dei giudici nella fase preliminare non è quello di imbarcarsi in una ricerca indipendente delle prove, ma piuttosto quello di coordinare le attività investigative dell'accusa e della difesa²⁰. In altri termini, il sistema fondato sulle attività delle due parti è stato mantenuto. A differenza di quanto accade nel Tribunale jugoslavo, tuttavia, l'accusa è tenuta ad andare oltre la ristretta prospettiva di parte e a cercare non solo prove a carico ma anche a discarico. Non sappiamo come i protagonisti dei procedimenti del Tribunale Penale Internazionale realizzeranno questo compito previsto dalle norme. È difficile prevedere se nei fatti sarà realizzata la possibilità che si verifichino rilevanti deviazioni dalla predominanza delle parti nell'accertamento dei fatti. Agli scopi del presente saggio, dobbiamo in ogni caso supporre che l'approccio "di parte" sopravviverà – benché in una forma indebolita – ed esaminare l'impatto di questa metodologia sugli scopi dei Tribunali penali internazionali.

Nell'affrontare questo argomento, è importante osservare che qualsiasi procedura che includa due impostazioni di parte genera pressione verso la polarizzazione delle questioni. Emerge un campo di tensione bi-polare, capace di gettare un'ombra sul centro indiviso. Ne consegue che dovremo esaminare come questa tendenza polarizzante incide sulla realizzazione di tre degli scopi dichiarati dalle corti penali internazionali: l'obiettivo di produrre una documentazione storica degli avvenimenti, l'obiettivo di dare voce alle vittime dei crimini e l'obiettivo di diffondere i valori dei diritti umani.

A. Storiografia accusatoria. – Con buona pace di alcune scuole di pensiero di moda, un'indagine organizzata come uno scontro tra due tesi opposte è estranea a chi ricerca una conoscenza storica genuina. Piuttosto che dipende-

¹⁹ Art. 64 (8) dello Statuto della Corte Penale Internazionale e regola 140 (2) del Regolamento di procedura e delle prove per il Tribunale Penale Internazionale. Vedi KAI AMBOS, *International Criminal Procedure: "Adversarial", "Inquisitorial", or "Mixed"?* 3 Int. Crim. L. Rev., pp. 1, 20 (2003).

²⁰ Vedi, per esempio, MICHELE MARCHESIELLO, *Proceedings before the Pre-Trial Chambers*, in Antonio Cassese et al. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, pp. 1231, 1239-1246 (2002).

re da due resoconti contrapposti per le loro spiegazioni, gli storici preferiscono esplorare una vasta gamma di possibilità e accostarsi all'argomento oggetto del loro studio da prospettive diverse. Quando resoconti contrastanti sono offerti da due individui interessati, si crea un inconveniente ulteriore per gli storici: essi non condividono l'idea che lo scontro di pregiudizi e contro-pregiudizi favorisca la scoperta della verità²¹. Più complesso è il problema investigato, più la polarizzazione di parte diventa per loro una camicia di forza, poiché ciascuna parte cerca di mostrare ed enfatizzare solo prove favorevoli ai propri scopi, minimizzando o ignorando il resto. Ora, come l'insieme di dati di interesse per uno storico cresce in termini di quantità e di complessità, così accade alla possibilità per le parti contrapposte di selezionare da questo crescente insieme solo i dati che concordano con le loro tesi. Un numero crescente di fatti importanti per la ricerca storica rimane inesplorato, perché essi appaiono "neutrali" – e pertanto non interessanti – agli occhi delle due parti. Quando l'accertamento dei fatti procede come una sequenza di impostazioni di parte, le difficoltà - discusse in precedenza – che ogni corte incontra nel ricostruire la storia diventano enormi.

È stato detto che gli ideatori della procedura penale internazionale hanno evitato queste difficoltà assegnando ai giudici un ruolo complementare nell'accertamento dei fatti. Vi sono due ragioni principali per cui bisogna dubitare di questa affermazione. Una è che l'interferenza del giudice nella gestione del caso fatta dalle parti non è priva di costi. Essa facilmente disincentiva le parti a preparare efficaci strategie per il dibattimento: una sola domanda del giudice può annullare una linea di interrogatorio preparata con cura. Come ha ricordato un esperto ex-giudice del Tribunale per la Jugoslavia, l'interrogatorio di testimoni ad opera di suoi colleghi talvolta rompeva il ritmo della tesi dell'accusa o della difesa, "assegnando al giudice il ruolo di un ospite non invitato alla festa"²². Se le parti sono poco incentivate a prepararsi, è probabile che ne soffra l'efficacia dei loro interrogatori e controinterrogatori; dal canto loro, i giudici raramente hanno sufficiente familiarità con il caso per smuovere le acque. Né è semplice per i giudici intervenire vigorosamente nel contesto probatorio senza dare l'impressione di aiutare una delle due parti a soddi-

²¹ Vedi, per esempio, SUSAN HAACK, *Epistemology Legalized*, 49 *The Am. J. of Jurisprudence*, pp. 43, 45 (2004).

²² PATRICIA WALD, *The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia Comes of Age*, 5 *Wash. U.J.L.&Pol'y*, pp. 87, 90 (2001). Per un'osservazione analoga da parte di un altro giudice, si veda PATRICK L. ROBINSON, *Rough Edges in the Alignment of Legal System in the Proceedings at the ICTY*, 3 *J. Int. Crim. J.* 1037, n. 35 (2005).

sfare il proprio onere della prova, compromettendo così la loro neutralità. In sostanza, dunque, né le parti né la corte sono motivate adeguatamente per le attività di accertamento dei fatti. Nessuna meraviglia se i giudici dei tribunali internazionali che provengono dai Paesi di *common law* mostrano una considerevole riluttanza ad intervenire nella presentazione delle prove delle parti: essi hanno dimestichezza con le dinamiche di dibattimenti che si svolgono come una sequenza di attività contrapposte.

La seconda ragione per cui è dubbio che l'attività complementare del giudice possa compensare le limitazioni della rappresentazione della storia ad opera delle parti è suggerita dagli psicologi forensi. Le loro ricerche hanno mostrato che una prova inizialmente presentata da una parte produce un effetto condizionante sull'accertamento dei fatti: lo fornisce di un quadro ordinatorio per la ricezione ed elaborazione successiva di informazioni. Le convinzioni iniziali, pare, tendono a perseverare²³. Nei casi penali questo effetto condizionante diventa particolarmente forte quando eventi storici complessi sono oggetto di prova, perché l'accusa impiega parecchio tempo per completare la sua ricostruzione. Quando trascorrono settimane, addirittura mesi prima che la difesa possa preparare la propria versione, le sensazioni generate dalla versione dell'accusa hanno tempo per radicarsi, così che l'efficacia dell'attività complementare del giudice viene privata di gran parte della sua efficacia correttiva²⁴.

Non persuade neanche la tesi che nel processo di parti persista comunque uno spazio sufficiente per una ricerca storica neutrale, dato che i procuratori, essendo "*officers of the Court*", non assumono atteggiamenti partigiani²⁵. Questo atteggiamento neutrale è più facile da sostenere in teoria che da mantenere in pratica. Infatti, quando i procuratori sanno che alla loro si contrapporrà una impostazione di parte, si sviluppa una dinamica processuale in cui difficilmente l'accusa eviterà di usare le prove in maniera selettiva e di focalizzarsi solo sulle informazioni favorevoli alla propria tesi²⁶. Perciò quando ci si

²³ Cfr. per esempio ANDREW WISTRICH, CHRIS GUTHRIE & JEFFREY RACHLINSKI, *Can Judges Ignore Inadmissible Information*, 153 U.Pa.L.Rev., pp. 1215, 1269, 1286 (2005). L'articolo rimanda a tesi concordanti.

²⁴ Tale processo è intensificato se i giudici del processo arrivano al giudizio avendo familiarità con le informazioni del *pre-trial* che sono ricavate prevalentemente dalle risultanze dell'accusa.

²⁵ Per un'esemplificazione di questa ipotesi, vedi il caso del Tribunale per i Crimini di Gerard per la ex-Yugoslavia *Accusa v. Kupreskic et al.*, *Decision on Communications Between the Parties and Witnesses*, case No. IT-95-16-T, para 2 (21 settembre 1998).

²⁶ Come suggerisce l'esperienza dell'ICTY, i procuratori possono addirittura essere tentati

attende che la verità emerga da due vettori complementari forniti dalle parti, la somma dei vettori è distorta ogni qualvolta una parte esagera mentre l'altra si astiene dal farlo. E ogni qualvolta le parti non sono in condizioni di parità, l'effetto deformante può essere sostanziale.

Un altro fattore in grado di ridurre la capacità dei giudici penali internazionali di essere dei buoni storici è la presenza nell'arena della giustizia internazionale di un terzo giocatore: lo status dell'imputato. Dal momento che la commissione dei crimini internazionali è spesso collegata alla politica ufficiale e che molti imputati sono politici di alto rango, la condanna di costoro può danneggiare la reputazione dello stato o qualche altro suo interesse. È abbastanza comprensibile che un governo, o talvolta addirittura un'intera nazione, sentano di essere sotto processo. In una situazione del genere, il desiderio di un governo di avere voce nei processi è imposta da fondamentali considerazioni di equità²⁷. Uno storico coscienzioso vorrebbe di certo ascoltare la voce dei rappresentanti dello stato e analizzare gli eventi dalla loro prospettiva. Ma è difficile integrare questa terza voce in un processo esposto a pressioni bi-polari senza danneggiarne la logica interna e la struttura. La soluzione più a portata di mano, ma anche meno efficace, consiste nel garantire allo stato di proporre nella fase preliminare una memoria a titolo di *amicus curiae*.

B. *La voce delle vittime*. – L'aspirazione dei tribunali penali internazionali di dare alle vittime la possibilità di esprimere i loro risentimenti favorisce l'assegnazione ad esse di un compito che trascende il ruolo strettamente testimoniale. Come nei sistemi governati dal giudice, le vittime o i loro rappresentanti dovrebbero essere ammessi a partecipare sia alla presentazione di prove nel dibattito sia alle argomentazioni difensive. Ma questo ruolo allargato di nuovo si scontra con gli incentivi necessari a mantenere la vitalità dei processi bipolari. Ancora una volta è difficile capire per quale motivo l'accusa e la

di ritardare la rivelazione di prove alla difesa. Vedi SYLVIA PANTZ, *From Bosnia to Kosovo and to Bosnia again*, 2.J.I.C.J., pp. 459, 461, (2004). Per una bibliografia della mancata ottemperanza alle regole della *discovery* vedi anche SALVATORE ZAPPALA, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, p. 41, n. 39 (2003).

²⁷ Sulla difficoltà di negare agli stati un ingresso processuale efficace vedi PATRICIA WALD, *International Criminal Court for the Former Yugoslavia*, 5 Wash. U. J. Law & Policy J., p. 113 (2001). L'interesse di uno stato ad inserirsi nel processo può essere particolarmente forte quando un imputato, collegato alla burocrazia statale e desideroso di migliorare la propria sorte, si dichiara colpevole di un'imputazione che coinvolga il suo governo nella attività criminale.

difesa dovrebbero affannarsi a preparare strategie efficaci di interrogatorio e controinterrogatorio, se l'interrogatorio dei testimoni da parte delle vittime può gettare nel caos la loro strategia processuale. Alle parti occorrerebbe l'ingegnosità di Balanchine per creare la coreografia delle loro difese in una situazione di questo genere. In proposito è illuminante l'esperienza americana. La difficoltà di integrare la voce delle vittime all'interno del processo è la ragione principale per cui alle vittime viene assegnato un ruolo che va oltre quello di testimoni solo nella fase di determinazione della sentenza – ovvero quando i procedimenti perdono il loro carattere bipolare e alla fine si trasformano in una inchiesta dominata dal giudice²⁸. È vero che gli ideatori del sistema delle corti penali internazionali – molti dei quali erano giuristi continentali, abituati ad ampliare il ruolo delle vittime – hanno messo a punto un sistema nel quale le corti sono autorizzate a permettere alle vittime o ai loro rappresentanti di partecipare alle attività processuali in modi diversi dal rendere testimonianza²⁹. Ma rimane da vedere se questo compromesso può essere realizzato senza danneggiare l'anima dei processi bipolari convertendoli, *sub rosa*, in sistemi di accertamento dei fatti dominati dal giudice.

C. *L'obiettivo educativo*. – Poiché i processi che fanno affidamento sulle parti per la presentazione delle loro tesi contrastanti generano ricostruzioni conflittuali, possono essere apprezzati in quanto sono più vicini a valori pluralistici dei sistemi dominati dal giudice³⁰. Ma se un tribunale desidera propagare valori umanitari, allora un processo organizzato in maniera competitiva può non essere la soluzione ottimale. Una ragione è che lo scontro fra posizioni in conflitto tende a relativizzarle, o indebolirle, entrambe – e fa altrettanto con lo scopo educativo che i tribunali si prefiggono. Un'altra ragione è che la libertà di preparare la propria tesi offre all'imputato l'opportunità di diffon-

²⁸ I tribunali penali internazionali che hanno abbandonato la biforcazione anglo-americana tra fase del *guilt determining* e del *sentencing* hanno indebolito anche questo ultimo coinvolgimento delle vittime in un ruolo che non sia strettamente testimoniale. Non conta, poi, che siano emersi sporadici tentativi di sviluppare forme sostitutive. Nell'ambito del patteggiamento, ad esempio, alcuni giudici prima di accettare l'accordo permettono alle vittime di esprimere i propri sentimenti.

²⁹ Statuto del Tribunale Penale Internazionale, art. 68 (3); Regolamento di procedura e delle prove per il Tribunale Penale Internazionale, regole 89-91.

³⁰ Vedi ANTOINE GARAPON E IONNADIS PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, pp. 113-115 (2003); ROBERT BURNS, *A Theory of the Trial*, pp. 164-166 (1999). Questi processi piacciono anche agli *aficionados* del pensiero "post-moderno" con il suo spregio per il "meta-narrativo".

dere idee contrarie ai valori dei diritti umani. Se le argomentazioni umanitarie fossero sempre vincenti sui loro detrattori, non vi sarebbe ovviamente alcun problema. Ma come ben dimostra l'ideologia dell'Islam militante, idee estranee alla cultura dei diritti umani possono avere un effetto incendiario e sono in grado di trovare un pubblico ricettivo in molte comunità.

La difesa *pro se* costruita da un *leader* carismatico può essere particolarmente dannosa per le aspirazioni didattiche delle corti, perché costui acquisisce ampie opportunità di trasformare il processo in una tribuna per la promozione di cause ritenute repellenti dai protettori dei diritti umani. I processi diretti dal giudice, benché non siano immuni dal rischio di essere usati in tale maniera, sono più capaci di contenere il danno: poiché i giudici svolgono gran parte dell'attività processuale, costruendo la loro "meta-storia", per la difesa rimangono minori possibilità di diffondere il proprio punto di vista. Nel processo diretto dal giudice è inoltre più facile per la corte negare all'imputato il diritto di difendere se stesso senza dare l'impressione di cercare di imbavagliarlo: poiché alla difesa sono affidate minori possibilità di influenzare il corso dell'azione processuale, all'imputato viene tolto meno di quanto accadrebbe in un sistema in cui egli potesse organizzarsi da solo la difesa. Negare il diritto all'auto-difesa è dunque una decisione meno drammatica.

Vi è un'altra ragione per cui un processo penale strutturato come una competizione fra tesi di parte contrapposte può risultare svantaggiosa per le aspirazioni educative dei tribunali. Quando l'imputato si dichiara colpevole in questo sistema, il contenzioso fra lui e l'accusa volge al termine; il processo non ha luogo, né si ha una pubblica udienza per l'assunzione delle prove incriminanti, e la corte si dedica subito alla determinazione della pena. Tecniche per raggiungere esiti negoziati sono, ovviamente, sottoprodotti naturali di questo sistema. Ma l'apertura di un mercato del patteggiamento, se può essere utile per qualche scopo, è di dubbio valore dal punto di vista delle aspirazioni educative della giustizia penale internazionale. Esistono due ragioni principali per tale scetticismo. Una è che il patteggiamento non è soggetto al controllo del pubblico; accordi raggiunti dietro le quinte agitano lo spettro della manipolazione a scopo politico o di pressioni ingiustificate sull'imputato. Ma, cosa probabilmente di maggior rilevanza, i patteggiamenti spesso conducono a diseguaglianze nelle pene: verosimilmente, quegli imputati che hanno informazioni utili per l'accusa riceveranno una condanna minore di coloro che non ne hanno, anche se i primi sono molto più colpevoli agli occhi della comunità vittima della loro violenza. Questo fattore è in grado da solo di offuscare l'autorità morale dei tribunali penali internazionali, soprattutto agli occhi di quel

pubblico colpito dalle violazioni dei diritti umani³¹. Per contrasto, nei procedimenti strutturati come un'inchiesta diretta dal giudice, anche la confessione piena e circostanziata dell'imputato non solleva la corte dal dovere di considerare in una pubblica udienza prove addizionali incriminatrici. Anche se ciò avviene *pro forma*, gli orrori disumani vengono ugualmente esposti, e possono essere usati per ottenere effetti di natura socio-psicologica.

Qual è l'immagine finale che emerge dal nostro esame dei sistemi processuali fondati sulla contrapposizione delle parti, con la loro tendenza a produrre polarizzazione? Se il loro impatto sui tre obiettivi che abbiamo scelto per la discussione dà qualche indicazione, allora più pronunciato diventa l'approccio "a due tesi", maggiore è la difficoltà di raggiungere quei tre scopi a cui aspira la giustizia penale internazionale.

III. *Le vie di miglioramento*

Dopo aver indugiato sulle debolezze del funzionamento delle corti penali internazionali che derivano dalle loro aspirazioni e dal sistema processuale che hanno adottato, è venuto il momento di guardare a possibili vie per migliorare l'operato di questi tribunali. Poiché abbiamo appena concluso che i meccanismi processuali con cui tali corti hanno funzionato così a lungo tendono a complicare la realizzazione dei loro obiettivi, dovremo iniziare anzitutto col considerare sommariamente se un miglioramento raccomandabile possa rinvenirsi in una riforma della procedura. Poi, dovremo passare alle strategie con cui possono essere ridotti i difetti dei tribunali penali internazionali collegati alla scelta degli obiettivi.

A. *Riforma processuale*. – La nostra disamina della procedura penale ha chiarito che, per il raggiungimento di almeno alcuni degli obiettivi della giustizia penale internazionale, un modello costituito da una sola investigazione preliminare, seguita da un dibattimento diretto dal giudice, potrebbe essere molto più efficace delle regole processuali applicate dai tribunali penali inter-

³¹ Per le reazioni negative ai patteggiamenti, si veda JULIAN A. COOK, III, *Plea Bargaining in the Hague*, 30 *Yale J. Int'l L.*, pp. 473, 490-94 (2005). Lo Statuto della Corte Penale Internazionale permanente ha adottato un sistema per occuparsi delle "ammissioni" che si discosta dal modello accusatorio e si avvicina maggiormente al modo in cui le confessioni rese in aula vengono trattate nei convenzionali processi penali continentali. Cfr. lo Statuto del Tribunale Penale Internazionale, art. 65.

nazionali. Ma qualsiasi suggerimento di muovere in direzione di una indagine d'ufficio nella fase preliminare e di una presentazione di prove guidata dal giudice nel dibattimento è destinata a suscitare reazioni fortemente negative – non necessariamente solo da parte dei giuristi cresciuti nella tradizione accusatoria di *common law*. La ragione principale di questa reazione negativa è la diffusa convinzione che il modello proposto, privando le parti del diritto di orchestrare le proprie tesi, trasuda valori autoritari e non sia sufficientemente rispettoso dei diritti dell'imputato. È giustificata questa convinzione?

È vero che la maggior parte dei sistemi non accusatori hanno un'infamante storia di collusione con governi autoritari, compresi i regimi totalitari del passato recente. Né si può contestare che, per lo più in reazione agli abusi di quei regimi, la storia della procedura penale dell'Europa continentale negli ultimi cinquant'anni è stata decisamente la storia di innesti accusatori sul tradizionale corpo del processo penale dominato dal giudice³². Ma ciò non deve far credere che la tradizione processuale continentale sia *in extremis*, o che le sue varianti contemporanee non possano essere conciliate con la preoccupazione per i diritti dell'imputato. In molte democrazie continentali pluralistiche, il dibattimento continua ad essere preceduto da un'indagine d'ufficio, con funzionari incaricati di raccogliere prove a carico e a discarico. Nella evoluzione storica, tuttavia, la partecipazione della difesa è stata fortemente aumentata. La difesa è ora autorizzata a partecipare allo svolgimento della maggior parte delle attività e in questa misura è messa subito in condizione di affrontare testimoni che potrebbero rendere testimonianze dannose. Prima che l'incriminazione sia sottoposta alla Corte, la difesa ha anche il diritto a una piena *discovery* delle prove a carico, e le viene riconosciuta la possibilità di contestarle. Il processo è decorato con caratteristiche accusatorie e il coinvolgimento delle parti nelle attività processuali è stato fortemente aumentato, ma in fondo esso rimane un'indagine del giudice. I giudici si considerano ancora, e soprattutto, come ricercatori della verità: conoscendo bene gli esiti dell'indagine, si immedesimano nell'acquisizione delle prove in maniera tale che sono ancora loro a dominare le attività di accertamento dei fatti.

In breve, l'odierno sistema processuale continentale riesce ad evitare le polarizzazioni derivanti dalle dinamiche delle attività di parte, senza compromet-

³² Alcuni Paesi, come l'Italia, sono andati davvero lontano in questa direzione. Ciò potrebbe essere contrastato con l'impatto assai limitato delle teorie processuali continentali sul sistema penale statunitense. Vedi, ad esempio, JOHN LANGBEIN, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, 43 Am. J. Comp. L., p. 545 (1995).

tere i diritti dell'imputato, almeno secondo l'interpretazione di questo concetto data dalla Corte Europea dei Diritti Umani. Essa ha riconosciuto che *standards* di correttezza possono essere mantenuti sia nei modelli governati dal giudice, come quelli che esistono, ad esempio, in Germania, in Francia o in Olanda, sia sotto il modello inglese, dominato dalle parti. Anzi, proprio sulla base dei diritti umani, sono stati richiesti miglioramenti ed adattamenti non solo nei primi sistemi, ma anche nel secondo³³. Dal punto di vista della difesa, può darsi che una procedura non accusatoria nella fase preliminare sia preferibile a quella adottata dalle corti penali internazionali *ad hoc*. In molte di esse, ad esempio, l'indagato non può contestare le prove a suo carico prima di essere formalmente incriminato e, dopo l'incriminazione, deve lottare per indovinare gli aspetti specifici delle prove che l'accusa presenterà al dibattimento³⁴.

Sembra quindi che l'opposizione a che i tribunali penali internazionali si avvicinino di più agli odierni sistemi non accusatori sia infondata, specialmente se si ritiene importante qualcuno dei tre obiettivi discussi in precedenza. Forse la Corte Penale Internazionale, nella quale probabilmente crescerà l'influenza di giuristi allevati nella tradizione dell'Europa continentale svilupperà una pratica nella quale i giudici partecipino al procedimento nel punto in cui il Rubicone viene attraversato, passando da un sistema prevalentemente centrato sulle parti ad uno in cui la responsabilità delle parti di organizzare le loro impostazioni contrastanti diventerà nulla più che una sottile maschera posata su prassi dominate dalle indagini del giudice.

B. *Riduzione delle aspirazioni.* – Guardando ora alle vie per migliorare il funzionamento delle corti penali internazionali, che richiederebbero una riconsiderazione dei loro obiettivi, esaminiamo anzitutto se alcuni scopi possono essere abbandonati, cambiati o ridimensionati. Alla luce di quanto detto sopra, il candidato più ovvio ad avere un ruolo più modesto è l'obiettivo di produrre una documentazione storica degli eventi. Anche se i tribunali fossero meglio equipaggiati per impegnarsi in questa ricerca, l'idea di tentare di farlo sarebbe problematica, e non solo per il costo e la durata dell'impresa³⁵.

³³ Per rilievi aspramente provocatori sulla relazione fra garanzia di equità per l'imputato e il contrasto fra sistemi accusatori e non accusatori, vedi JOHN J. JACKSON, *Toward Convergence, Divergence, or Realignment*, 68 MLR, pp. 737, 754-57, *passim* (2005). L'articolo contiene anche bibliografia relativa alla giurisprudenza rilevante della Corte Europea dei Diritti Umani.

³⁴ Per una attenta discussione lungo queste linee, vedi FAIRLIE, *supra*, nt. 17, pp. 288-292, 306-310.

³⁵ Anche quando gli accertamenti del contesto dei reati fossero ridotti al loro minimo, la

La proclamata ambizione di voler fornire un panorama completo degli eventi fa insorgere nelle vittime delle violazioni di massa dei diritti umani l'aspettativa che tutti i casi di atrocità verranno perseguiti. Laddove ciò non sia possibile, probabilmente alle comunità colpite da quelle violenze sembrerà che vi sia una parzialità da parte dell'accusa nella selezione solo di alcuni fatti da perseguire. E non è tutto. Sotto la lente di ingrandimento dell'analisi giuridica sorgono problemi tecnici seri, il più frustrante dei quali è l'applicabilità dell'accertamento del contesto del reato nella decisione su reati successivi. Negare al primo accertamento un qualche effetto sugli altri reati non è solo costoso, ma comporta la possibilità di diversità macroscopiche nei risultati. D'altro canto, se un'imputazione è derivata dall'accertamento originario, allora gli individui che vengono imputati più tardi non possono contestare efficacemente tale accertamento. Ciò è difficile da accettare per diverse ragioni, ma soprattutto perché il contesto in cui si sviluppa il crimine internazionale è così pieno di possibilità, che il materiale per una narrazione storica differente può facilmente emergere. Si aggiunga a questi problemi il fatto che questioni di fondo più complesse tendono a sminuire l'argomento della colpevolezza individuale, e diventa chiaro che per i giudici la cosa migliore è limitare le loro indagini, relative ai contesti più ampi dei reati, al minimo essenziale richiesto per la definizione dei crimini internazionali³⁶.

Sostenere questa forma di limitazione non significa negare che sia un impegno opportuno indagare su fatti che vanno ben oltre il raggio limitato di crimini specifici. Se i processi penali fossero l'unico strumento per collocare la criminalità internazionale in contesti più ampi, allora l'abbandono da parte dei giudici delle loro aspirazioni di storici potrebbe forse essere criticato, per-

vera definizione dei crimini internazionali, con i suoi aspetti temporali e spaziali, può sollevare questioni di complessità sbalorditiva. Si tratta di stabilire eventi che coinvolgono l'attività di molte persone, spesso su aree vaste e su periodi di tempo lunghi. Anche le decisioni dopo il processo possono richiedere tempo. Nel caso *Blaškić*, ad esempio, ci sono voluti sette mesi prima che i giudici del Tribunale per i crimini di guerra in Jugoslavia pronunciassero la loro decisione. Se un simile ritardo fosse occorso in un procedimento penale nazionale, gli attivisti dei diritti umani si sarebbero probabilmente ribellati.

³⁶ È degno di nota il fatto che l'ambizione del Tribunale per i Crimini di Guerra in Jugoslavia di scrivere la Storia sia stata assai di recente scoraggiata dalla pesante mole di casi, da processi troppo ambiziosi e dall'avvicinarsi della data limite della sua esistenza. Si è pertanto fatto un uso ampio delle ammissioni di responsabilità negoziate, evidenziando così il *gap* fra i fatti contenuti nell'accordo di patteggiamento e i fatti che rientrerebbero in una completa registrazione storica. Per una ammissione di questo *gap* vedi il caso *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, case No. IT-94-2-S, *Sentencing Judgment*, par. 122 (18 dicembre 2003) ("... questo Tribunale non è l'arbitro supremo dei fatti storici. Questo compito appartiene agli storici").

ché restringerebbe gli orizzonti di coloro che hanno a cuore lo sviluppo dei diritti umani. Ma vi possono essere mezzi più efficaci per raggiungere questo scopo. In alcune circostanze, ad esempio, una commissione storica ben organizzata è molto meglio attrezzata di una corte penale per redigere una documentazione completa degli avvenimenti³⁷. Tutto sommato, dunque, non ci sarebbe motivo di versar lacrime se i tribunali penali internazionali accantonassero la loro ambizione di produrre documentazione storica.

Un altro candidato ad un ruolo ridimensionato nell'ambito della giustizia penale internazionale è l'obiettivo di condurre processi in una maniera tale da soddisfare gli interessi delle vittime e delle loro famiglie. Abbiamo visto che, per come oggi sono strutturati, è difficile far entrare le loro voci nei processi internazionali. Ma anche se i processi fossero liberi dalle pressioni bipolari, come talvolta potrebbero esserlo nella Corte Penale Internazionale, sarebbe ancora utile ridimensionare questa aspirazione³⁸. La ragione principale è che misure efficaci per dare soddisfazione alle vittime richiedono l'introduzione, nei procedimenti penali, di maggiori elementi di giustizia risarcitoria. È probabile tuttavia che questo diventi un serio pomo della discordia non solo perché la giustizia risarcitoria e quella retributiva non si mescolano bene, ma anche perché la tensione discussa in precedenza fra gli interessi delle vittime e la garanzia di correttezza verso l'imputato aumenterebbe esponenzialmente.

Se non vi fossero altre strade per provvedere alla situazione delle vittime, tutte queste difficoltà si potrebbero forse tollerare: sarebbe spietato dare poco

³⁷ Potrebbe tuttavia essere un errore ritenere che gli esiti raggiunti da simili commissioni necessariamente contribuiscano alla riconciliazione nei gruppi, quanto meno nel breve periodo. In alcune società tormentate dal conflitto, la documentazione storica può anzi provocare reazioni indesiderate. Ne sono un esempio le conclusioni della Commissione per la Chiarificazione Storica in Guatemala. Nel suo rapporto, la Commissione denunciò come genocida il regime di Efraín Ríos Montt. Ma pochi mesi dopo il suo partito ottenne una vittoria schiacciante alle elezioni parlamentari. Si veda. A. CHAPMAN & P. BALE, *The Truth about Truth Commissions*, 23 Hum. Rts. Q., pp. 1, 35 (2001).

Aspetti più ampi del crimine internazionale possono anche diventare oggetto dell'esame di tribunali internazionali senza giurisdizione penale. Per questo, ad esempio, la Bosnia Herzegovina e la Croazia hanno intentato processi presso la Corte Internazionale di Giustizia, chiedendo che la Serbia risarcisse i genocidi commessi. La Corte ha accettato la giurisdizione sulla causa civile della Bosnia Herzegovina, ed indagherà pertanto su un quadro complessivo degli eventi storici.

³⁸ La Corte Penale Internazionale ha fortemente allargato il ruolo delle vittime nei procedimenti. Sono perfino possibili premi di compensazione sotto lo schema adottato, come lo sono in molti sistemi procedurali continentali. Per una panoramica di tali schemi vedi CARSTEN STHAN ET AL., *Participation of Victim in Pre-Trial Proceedings of the International Criminal Court*, 4 J. Int. Crim. J., pp. 219-238 (2006).

valore a soggetti lesi dai misfatti più ignobili che rientrano nel catalogo dei delitti. Ma di nuovo, così come con la richiesta di documentazione storica, esistono altri strumenti utili a soddisfare gli interessi delle vittime. Ampi schemi di risarcimento delle vittime, restituzioni forzate dei proventi del crimine, cause civili, e varie altre forme di giustizia riparatoria sono disponibili come alternative. Dal momento che la loro applicazione non dipende dalla soddisfazione dell'elevato onere della prova richiesta per la condanna penale, essi sono – in questo senso – molto più facilmente accessibili alle vittime. La pena inflitta dai tribunali internazionali non è neppure l'unica misura disponibile per dare soddisfazione a quelle vittime, i cui sentimenti di vendetta e la cui domanda di punizione non possono essere appagati dagli strumenti della giustizia risarcitoria. Ove le circostanze lo permettano, possono essere intentati processi penali nazionali; i soggetti implicati nelle violazioni dei diritti umani possono essere interdetti da importanti uffici, possono essere allontanati dalla pubblica amministrazione o essere sottoposti a qualche altra sanzione *de facto* punitiva³⁹. Pertanto, se i processi penali internazionali dovessero dare voce solo a quelle vittime, o ai loro familiari, la cui testimonianza fosse indispensabile per provare l'accusa, questo non significherebbe che i giudici mancano di compassione. Per parafrasare una espressione di Dante, sarebbe scorretto accusarli di “essere impietriti”^{*}.

C. *L'esaltazione dell'obiettivo educativo*. – Avendo sostenuto che le aspirazioni delle corti penali internazionali dovrebbero essere più modeste, il prossimo oggetto della nostra analisi riguarda la possibilità di introdurre un livello d'ordine maggiore nell'attuale guazzabuglio di obiettivi giudiziari privi di regole. È possibile assegnare loro pesi relativi ed ottenere una base di appoggio per bilanciare gli obiettivi in competizione? Come abbiamo inizialmente rilevato, non è disponibile alcun metro per stabilire una gamma di priorità rigida per gli obiettivi del processo: essi sono semplicemente troppo disparati per

³⁹ Di recente è stata avanzata l'interessante proposta di applicare sanzioni pecuniarie ai membri di entità collettive, come i reparti militari, coinvolte nel crimine internazionale. Non essendo di natura penale, queste sanzioni sarebbero applicate sulla base della *strict liability* contro tutti i membri del reparto, con il fine di spronare il gruppo, *ex ante*, a verificare l'ottemperanza alla legge e, *ex post*, a denunciare coloro che erano effettivamente coinvolti nel reato. I proventi delle sanzioni sarebbero destinati alle vittime e alle loro famiglie. Vedi MARK OSIEL, *The Banality of Good: Aligning Incentives Against Mass Atrocity*, 105 Colum. L. Rev. 1751, pp. 1842-46 (2005). Se possono essere risolte le difficoltà nella pratica applicazione di questa proposta, essa non dovrebbe finire come un figlio dell'intelletto nato morto.

^{*} N.d.T. L'autore si riferisce alla nota espressione di Dante “sì dentro impétrai” (Inferno, canto XXXIII, v. 49).

essere classificati secondo un metro comune. Ma, come è già stato fatto notare, ciò non significa che si debba accettare l'attuale assenza di orientamento. Il carattere speciale dei tribunali penali internazionali, unito ai limiti delle loro giurisdizioni, riduce il groviglio intricato di questioni e suggerisce vie per fissare un obiettivo predominante per la loro attività, capace di fornire una coerenza maggiore alla giustizia penale internazionale.

Alcuni commentatori, che hanno valutato questa delicata questione in modo speculativo, affermano apertamente, o suppongono tacitamente, che la prevenzione delle atrocità di massa sia il candidato migliore per il ruolo di obiettivo supremo. Secondo loro, la funzione principale della giustizia penale internazionale dovrebbe consistere nell'uso della pena come arma per disincentivare le manifestazioni particolari del crimine internazionale⁴⁰. Ci sono due ragioni principali per cui è discutibile che abbia senso accordare alla prevenzione il vanto di essere collocato fra gli obiettivi dei tribunali penali internazionali. Una ragione è che la deterrenza si fonda sull'idea che i criminali includano la minaccia della pena nel calcolo dei vantaggi delle loro linee di condotta e che il loro concetto di utilità, o la loro percezione dei costi, siano dettati dalla ragione. Ma il numero di calcolatori freddi e razionali dei costi e dei benefici può essere di gran lunga inferiore fra coloro che commettono i crimini internazionali rispetto ai delinquenti ordinari: i contrasti di cui la giustizia penale internazionale si occupa innescano passioni potenti e tendono a coinvolgere soggetti pronti ad accettare il rischio di una punizione. Per fare un esempio estremo, ma per nulla raro, non è chiaro come funzionerebbe la deterrenza nei confronti di persone che considerano la morte conseguente alle loro azioni una conferma dei loro ideali e una beatificazione. Ma anche qualora i calcolatori razionali di costi e benefici prevalessero fra i responsabili dei crimini internazionali⁴¹, il contesto in cui i tribunali penali internazionali attualmente operano non favorisce la collocazione della deterrenza al centro della loro missione. Questo perché è minima la probabilità stessa di concretizzare la minaccia di pena per le corti: senza il sostegno degli stati esse sono prove di potere. Quindi è poco sensato, per le corti stesse, porsi come supremo uno scopo il cui raggiungimento sfugge al loro potere autonomo, dipendendo interamente da fattori esterni sui quali esse non hanno alcun controllo,

⁴⁰ Alcuni autori vedono perfino con favore sanzioni di gruppo per questo scopo. Vedi, ad esempio, OSIEL, *supra*, nt. 39, pp. 1768, 1837; MARK A. DRUMBL, *Pluralizing International Criminal Justice*, 103 Mich. L. Rev., pp. 1259, 1322 (2005).

⁴¹ Quantomeno in relazione alle gerarchie militari tale sembra essere il punto di vista di alcuni studiosi. Cfr., ad esempio, OSIEL, *supra*, nt. 39, p. 1846.

e per il quale vi può essere o non essere sostegno. Se, come un moderno Giove, potessero un giorno acquistare potere indipendente per fulminare regolarmente i trasgressori, allora la deterrenza come loro obiettivo supremo potrebbe forse essere giustificata.

Per il momento, come strategia preventiva sembra più appropriato per i tribunali penali internazionali porre maggiore enfasi sulla persuasione che sulle minacce. Essi dovrebbero guardare oltre l'effetto delle loro decisioni sui potenziali criminali e puntare a rafforzare le opposizioni contro il crimine internazionale all'interno della comunità nel suo complesso. Detto altrimenti, dovrebbero puntare a promuovere il senso di responsabilità per le violazioni dei diritti umani, e dovrebbero farlo attraverso la denuncia e la stigmatizzazione della disumanità che si riflettono nei loro giudizi di condanna. Denunciando l'estrema disumanità, tali corti contribuiscono al riconoscimento dell'umanità: maggiore successo esse avranno in questo sforzo, maggiore sarà la possibilità che le norme umanitarie vengano progressivamente rispettate, nonostante le scarse probabilità che la loro violazione sia soggetta ad una punizione internazionale.

Un modo in cui le corti penali possono giocare tale ruolo pedagogico può essere derivato dalla letteratura interdisciplinare relativa al tema della accettazione delle norme mediate la persuasione. Adattata ai nostri scopi, questa letteratura suggerisce che espressioni di disapprovazione contenute nelle pronunce di condanna possono agevolare la conformità ai diritti umani non solo per imitazione⁴², ma anche attraverso l'accettazione di queste norme come valori personali, a patto che le espressioni di disapprovazione provengano da corti percepite come autorità legittima⁴³. Anche alcuni autorevoli sistemi di giustizia penale nazionale, il cui potenziale deterrente supera di gran lunga quello delle corti penali internazionali, condividono questo punto di vista e dichiarano che il loro scopo ultimo consiste nel rafforzare l'ordine morale, esprimendo disapprovazione per il crimine⁴⁴.

⁴² Vedi, ad esempio, RYAN GOODMAN & DEREK JINKS, *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, 54 Duke L. J. 621, pp. 645-646 (2004). Gli autori applicano questo effetto "di acculturazione" alla condotta statale.

⁴³ Si veda, a titolo di esempio, TOM R. TYLER, *Why People Obey the Law*, pp. 3, 64 (1990); CHRISTINE HORNE, *The Internal Enforcement of Norms*, 19 Eur. Soc. Rev., pp. 335, 336 (2003); James Price Dillard & Michael Pfau (eds.), *The Persuasion Handbook: Developments in Theory and Practice*, (2002). Per tentativi di applicare questa teoria al diritto si veda, ad esempio, THOMAS FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, p. 7 (1995); A. CHAYES & HANDLER CHAYES, *On Compliance*, 47 Int. L. Org., pp. 3-9 (1993).

⁴⁴ Un importante propagatore di questo approccio socio-pedagogico alla pena in Europa fu lo studioso norvegese Andenaes. Vedi JOHANNES ANDENAES, *General Prevention – Illusion*

Molti accuseranno di ingenuità la fiducia nel ruolo socio-pedagogico dei tribunali penali internazionali. Credere che il rispetto dei diritti umani possa essere influenzato dalle manifestazioni di disapprovazione e che il richiamo ai valori umanitari possa essere implicito in tale disapprovazione, ad essi non sembra altro che un assioma di speranza ingiustificata⁴⁵. Gli esseri umani, essi credono, sono mossi da interessi personali, e i principi morali, al massimo, non sono altro che benzina sul fuoco. Ovviamente non possiamo qui impantanarci in questo dibattito, con le sue voci rumorose e discordanti, sui fattori che motivano la condotta umana. Qui dobbiamo semplicemente fare nostra la posizione intuitivamente plausibile che mentre il male non può esistere al di fuori del cuore umano, gli esseri umani reagiscono sia agli interessi personali che ai valori morali. E dobbiamo inoltre rilevare che i tentativi di persuasione non sarebbero futili nemmeno se gli interessi personali fossero l'unico spirito che muove gli esseri umani: le idee sono contagiose e possono cambiare la percezione di ciò che è un vantaggio personale, così che una preoccupazione prima disinteressata per i diritti umani può trasformarsi in un aspetto di interesse personale.

Un'altra obiezione al ruolo di guide morali affidato ai giudici internazionali è emerso dalle riflessioni sul ruolo specifico delle corti nelle società di transizione, che cercano di fare i conti con le violazioni dei diritti umani commesse dal regime precedente. In questo contesto è stato sostenuto che la varietà di prospettive sugli eventi che circondano le atrocità di massa, così come l'ambiguità delle questioni morali coinvolte, richiede che le corti non tronchino il dibattito su posizioni in conflitto, con accertamenti autoritativi. La riconcilia-

or Reality?, 43 *J. Crim. L. & Criminology*, 176, 179-180 (1952). Nell'autorevole diritto penale tedesco, ad esempio, prevale la tesi che la funzione ultima della pena sia la "prevenzione generale positiva", nel senso di rinforzo morale, educazione morale o di altro effetto positivo sulla "coscienza legale generale". Vedi WINFRIED HASSEMER, *Variationen der positiven Generalprävention*, in Bernd Schüneman et al (eds.), *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im Deutsch-Englischen Dialog*, pp. 29, 43 (1998).

⁴⁵ Alcuni studiosi hanno desunto la futilità delle aspirazioni didattiche dei tribunali penali internazionali dalla assenza di percepibili effetti educativi delle loro sentenze. Vedi, ad esempio, JACK SYNDER & LESLIE VINJAMURY, *Trial and Error*, 28 *Int. Security*, no.3, pp. 39, 49. Ma l'assenza di questi effetti a prima vista, non preclude la possibilità della loro manifestazione in un lasso temporale maggiore. Questo è specialmente il caso di comunità rimaste traumatizzate dalle atrocità, dove i sentimenti intensi scatenati dal conflitto hanno bisogno di tempo per calmarsi. Saltare alle conclusioni è per giunta ingiustificato, dal momento che il lavoro delle corti penali internazionali non è propriamente pensato per gli obiettivi pedagogici. Parlando in termini generali, l'effettività della funzione educativa è difficile sia da confermare che da smentire con prove empiriche.

zione ed una solidarietà sociale sincera non richiedono un consenso illusorio, ma piuttosto che si trovi un modo per vivere senza di esso. Nel tentativo di rendere governabili differenze permanenti o forse di cercare una chiave per l'armonia, il ruolo educativo dei tribunali, se adeguatamente inteso, non dovrebbe essere quello di propagare alcuna visione morale specifica, ma piuttosto quello di usare il processo come "teatro per lo scontro di idee"⁴⁶.

Nella misura in cui questa ipotesi coinvolge ampie questioni, che riguardano il contesto degli atti incriminati, essa merita una riflessione seria sui metodi per reagire alle violazioni di massa dei diritti umani. Ma se ciò significa riferirsi alla questione limitata del se tali atti siano stati effettivamente commessi, ciò non può essere accettato senza minare i fondamenti della giustizia penale internazionale. Infatti, questo genere di giustizia presuppone che gli atti che essa minaccia di punire siano contrari a fondamenti morali attuali e ragionevolmente chiari, o, in alternativa, presuppone che quegli atti non tengano in considerazione accordi sulle tutele di base – anche se quegli accordi non derivano da una fonte teorica comune. Se questi fondamenti morali o questi accordi non esistono, o non sono ancora suscettibili di una determinazione autoritativa, allora la base su cui poggia la giustizia penale internazionale crolla⁴⁷. Ora, dal momento che abbiamo sostenuto che i tribunali penali internazionali non dovrebbero occuparsi di grandi questioni di contesto, possiamo lasciare temporaneamente da parte questa ipotesi. Ma vi dovremo tornare sopra più tardi, quando discuteremo qual è lo scopo opportuno per processi con funzione educativa.

Accantonate queste due critiche furovianti, torniamo alla tesi che la missione centrale delle corti penali internazionali dovrebbe essere l'obiettivo socio-pedagogico di rafforzare il senso di responsabilità generale per le violazioni dei diritti umani. Cosa comporterebbe l'accettazione di questa posizione?

⁴⁶ Cfr. MARK OSIEL, *Collective Memory and the Law*, pp. 52, 164, 208, 241, 298 (1997). Per commenti favorevoli su questa teoria si veda RICOEUR, *supra*, nt. 11, pp. 423-427 (2000).

⁴⁷ Se questi *minima* morali non sono universali o se alcun affronto ad essi non può essere fatto valere al di fuori delle contingenze di spazio e di tempo, allora la legge dei diritti umani non è niente di più che un'usanza etnica dell'Occidente, e la sua branca penale niente più che un tentativo aggressivo delle élites occidentali di imporre i propri ideali su un'altra parte del mondo. Questa visione negativa della possibilità di una concordia planetaria è molto più diffusa di quanto pensino i sostenitori della giustizia penale internazionale. Per l'opinione di un antropologo di rilievo vedi CLIFFORD GEERTS, *Available Light*, p. 258 (2000). Per una visione giuridica simile ("neo-colonialismo sotto la maschera della moralità") vedi ANTOINE GARAPON, *Three Challenges for International Criminal Justice*, 2 J. Int'l Crim. Justice, pp. 716, 720, 724 (2004). Spinti a conclusioni scettiche analoghe sono tutti coloro che condividono la convinzione post-moderna che diverse "narrazioni morali" non sono comparabili.

Mentre le ramificazioni di questa posizione sono molte, qui ci dovremo limitare solo a quattro problemi che saltano immediatamente agli occhi.

IV. *Le obiezioni alla funzione educativa*

A. *Il dilemma del pubblico a cui ci si rivolge.* – La questione da affrontare per prima concerne chi dovrebbe essere il beneficiario principale dei messaggi educativi dei tribunali. Come abbiamo accennato prima, una decisione giudiziaria adatta a far progredire la cultura dei diritti umani nel complesso della società mondiale può essere pregiudizievole per la crescita della medesima cultura nelle comunità dai cui orrori i tribunali penali internazionali derivano i loro casi. In altre parole, un messaggio giudiziale adatto *orbi* non è necessariamente adatto *urbi*. Come dovrebbe essere risolto il dilemma che deriva dalla differenza di effetti?

Talvolta la risposta è semplice. Esistono circostanze in cui gli orizzonti globali dovrebbero chiaramente prevalere. I giudici internazionali non dovrebbero essere influenzati da reazioni locali ostili alle loro decisioni se queste ultime sono fondate su valori o modi di pensare il cui superamento è l'aspirazione educativa della giustizia penale internazionale⁴⁸. Dovrebbe perciò essere ignorata la convinzione, persistente in alcune società, che la validità della propria ragione politica – come la difesa della comunità contro le aggressioni – permetta ogni sorta di umiliazioni inflitte a combattenti e civili appartenenti alla parte avversa⁴⁹. Il fatto di non tenere in considerazione queste convinzioni, nonostante le reazioni locali ostili, è spesso facilitato dalla prospettiva che queste ultime perderanno la loro virulenza appena gli ardori scatenati dal conflitto si placheranno e i segnali pedagogici extra-territoriali incontreranno un clima più favorevole.

Detto ciò, è difficile sopravvalutare l'importanza di considerare le reazioni locali alle decisioni dei tribunali penali internazionali. Dal punto di vista della missione educativa delle corti, talvolta queste reazioni meritano di vedersi riconosciuto un peso addirittura maggiore di quello che spetta a effetti globali positivi, ma più teorici. Pertanto, una decisione che amplia l'ambito di definizione di un crimine, per quanto possa essere allettante per le preoccupazioni

⁴⁸ Come abbiamo notato in precedenza, tuttavia, questo non significa che alcune delicate decisioni relative all'avvio delle azioni penali non debbano essere rimandate quando è probabile che reazioni locali ostili ad esse conducano alla violenza e abbiano un pesante costo in termini di vite umane.

⁴⁹ Tale convinzione sopravvive ancora, ad esempio, in molte comunità bosniache, serbe e croate sul territorio della ex-Yugoslavia.

globali degli attivisti dei diritti umani, può indebolire la legittimità dei tribunali internazionali nelle comunità colpite dalle atrocità di massa e può contribuire alla percezione che vengano imposti valori estranei ad esse.

Dal momento che tende ad essere trascurato, va particolarmente sottolineato il fatto che reazioni locali ostili possono derivare da valori che non possono essere criticati da un punto di vista umanitario. Alcuni valori locali possono addirittura essere più vicini agli ideali dei diritti umani di quei valori che animano taluni aspetti del diritto penale internazionale, nella sua forma attuale. Come ora dovremo cercare di dimostrare, una fonte importante di questa discrepanza è il desiderio di coloro che amministrano la giustizia penale internazionale di superare le difficoltà probatorie che sorgono nel perseguire individui che sono al vertice di organizzazioni criminali e che sono lontani dagli esecutori immediati. Questo desiderio può portare le corti ad adottare teorie giuridiche che mostrano una sensibilità etica inferiore a quella delle leggi locali o che riflettono sentimenti morali meno raffinati di quelli condivisi dalla popolazione locale. Quando ciò accade, le reazioni locali avverse generate da questa discrepanza meritano una attenzione speciale: pronunciare sentenze senza tenerne conto può danneggiare seriamente la missione pedagogica dei tribunali penali internazionali, e può offrire l'occasione ai loro detrattori per tratteggiare la giustizia internazionale come una imposizione estranea, come una tempesta da far passare. È fortemente discutibile se gli effetti globali positivi siano in grado di bilanciare le conseguenze locali negative.

In teoria, allora, la giustizia penale internazionale dovrebbe apparire in diverse vesti. Al fine di ottenere una accettazione profonda, essa si dovrebbe adattare ai contorni dell'esperienza comune, delle sensibilità morali locali e della cultura giuridica locale. Ma la realizzazione di questo ideale implicherebbe la frammentazione del diritto penale internazionale: la molteplicità delle sue variazioni sarebbe difficile da coordinare in maniera tale da preservare la coerenza del sistema⁵⁰. Quale potrebbe dunque essere una seconda soluzione? Nell'adempiere ai loro compiti, i procuratori internazionali – che hanno ampio margine nella scelta di chi perseguire, quando e per quali accuse – dovrebbero soppesare attentamente i fattori locali. E i giudici internazionali, pur applicando un regime giuridico uniforme, dovrebbero impegnarsi al massimo

⁵⁰ È stato suggerito che tali difficoltà potrebbero essere superate limitando il diritto penale internazionale all'articolazione di principi-guida per variazioni locali, come nel caso dei tentativi di armonizzare, piuttosto che unificare, il diritto di diverse nazioni. Vedi MIREILLE DELMAS MARTY, *Global Law*, pp. 74-96 (2003). È tuttavia dubbio se questa interessante proposta sia attualmente praticabile.

per legittimarsi, spiegando sempre le ragioni, o le particolari necessità, che spingono quel regime giuridico a deviare dalle norme o prassi che siano ritenute giuste ed appropriate localmente. Di conseguenza, dovrebbe essere prioritario stabilire linee di comunicazione efficaci con il pubblico locale e, tutte le volte in cui ciò non sia possibile, i processi dovrebbero essere organizzati nelle comunità in cui si sono verificati gli atti di disumanità⁵¹. Atteggiamenti sprezzanti o di sufficienza nei confronti della cultura, o del diritto, locale e l'insensibilità per l'identità statale, soprattutto se fragile, dovrebbero essere considerati un errore.

B. *Concezioni sostanziali problematiche.* – Se si esalta la funzione educativa dei tribunali penali internazionali, allora alcuni aspetti delle loro concezioni sostanziali vengono offuscati. Questo vale anzitutto per le teorie della responsabilità penale, la cui applicazione conduce a risultati in contrasto con le intuizioni morali ordinarie, o il cui campo di applicazione è incerto e potenzialmente troppo ampio. I limiti della responsabilità di comando forniscono un esempio di concezione del primo tipo. Secondo questa teoria, un soggetto in una posizione di comando che è negligente nella sorveglianza dei suoi subalterni è responsabile come se lui stesso avesse commesso il reato intenzionalmente commesso dai subalterni. La stessa teoria vale per un superiore che, essendo stato informato del reato commesso dai suoi sottoposti, non provvede a consegnarli alla giustizia⁵². Non è difficile vedere come questa teoria faciliti la condanna di individui appartenenti ai gradi più alti dell'autorità. Anche se non prova che essi hanno indotto i loro subordinati a commettere un reato, o che ne erano in qualche altro modo direttamente implicati, il procuratore può ugualmente ottenere la loro condanna, come se avesse dimostrato la verità di quelle due accuse. Ciò perché la legge sostanziale rende irrilevanti fatti che altrimenti avrebbero dovuto essere provati.

⁵¹ A questo proposito, il risultato dei tribunali penali *ad hoc* per il Rwanda e per la ex-Yugoslavia è insoddisfacente. Per molti anni sono stati fatti pochi sforzi per spiegare al pubblico locale e all'ambiente giuridico gli aspetti a loro non familiari della procedura penale internazionale, molti dei quali di derivazione dal *common-law*. Ancora meno energie sono state spese per eliminare l'irrealistica aspettativa locale che tutti gli episodi di atrocità sarebbero stati perseguiti, aspettativa che è poi divenuta una fonte di percezioni, diffuse e spesso infondate, di pregiudizi persecutori nei confronti di uno o di un altro gruppo etnico. Rimane da vedere se questo stato di cose sarà migliorato dai programmi estensivi di più recente adozione e dalle misure educative prese in connessione con il trasferimento dei casi meno gravi alle corti locali.

⁵² Vedi art. 28 dello Statuto del Tribunale Penale Internazionale e l'art. 7 (3) dello Statuto del Tribunale Internazionale per i Crimini di Guerra nella ex-Yugoslavia.

Ma questo beneficio per l'accusa ha un prezzo. Ponendo nella stessa, stigmatizzante categoria con gli esecutori intenzionali di un crimine coloro che hanno negligenzemente mancato di prevenirlo o che di proposito non hanno provveduto a denunciarlo, la legge rimuove totalmente distinzioni che appartengono al vocabolario universale dell'esperienza morale. La gente comune non mette insieme gli esecutori intenzionali di un crimine nefando e coloro che hanno mancato di consegnare alla giustizia i responsabili di esso. La gente comune distingue la commissione intenzionale di reati da quella negligente – particolarmente quando i delitti sono gravi e moralmente squalificanti. Pertanto, se un minore uccide o molesta sessualmente qualcuno, l'uomo della strada non ritiene i genitori del minore assassini o stupratori per il fatto che essi non hanno vigilato su di lui: all'osservatore comune la mancanza di supervisione appare come un reato diverso, separato e meno grave, piuttosto che come una modalità di commissione dell'omicidio o dello stupro. E anche se l'uomo della strada è convinto che il dovere di sorveglianza in determinati ambienti, come in quello militare, sia più stringente di quello che spetta ai genitori, è probabile che la sua valutazione non cambi.

Vi sono molte ragioni per cui questa concezione della responsabilità appare sgradevole quando viene attribuito un peso decisivo alla funzione educativa delle corti. Come abbiamo appena visto, essa crea una rete fatta in modo tale che l'accusa può catturare in essa non soltanto soggetti davvero degni di biasimo, ma anche coloro che sono responsabili solo in maniera marginale. Trattare questi ultimi come gli esecutori dei più nefandi delitti immaginabili alla gente comune sembra troppo severo, o moralmente superficiale, e in molti Paesi questa impressione viene condivisa anche dalle *élites* giuridiche⁵³. Que-

⁵³ Una ragione importante di queste diverse percezioni sono le differenze nell'interpretazione del principio di personalità della responsabilità penale. Nel diritto anglo-americano, che è stato la principale ispirazione per la dottrina della responsabilità di comando, il principio è relativamente poco impegnativo: il principio di colpevolezza non si considera violato a patto che la legge raggiunga coloro che in qualche modo hanno contribuito al delitto. Trattare una persona come esecutore di un delitto intenzionale commesso da altri sulla base della sua negligenza nella sorveglianza di questi ultimi non è perciò difficile da accettare. Per contrasto, nell'odierno diritto penale dell'Europa continentale il principio tende ad essere più impegnativo. Esso richiede che le persone siano ritenute responsabili secondo le loro azioni personali e il loro grado specifico di colpevolezza. La commissione per negligenza di un delitto intenzionale commesso da altri è pertanto difficile da accettare. Per una critica della responsabilità di comando dalla prospettiva del diritto penale continentale, nella sua variante tedesca, vedi THOMAS WEIGEND, *Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit*, 116 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 999, 1027 (2004). Vedi anche KAI AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 705 (2^a ed. 2004).

ste reazioni negative possono diventare particolarmente intense nelle comunità in cui alcuni dei *leaders* marginalmente responsabili sono percepiti, come talvolta essi sono, come figure moralmente integre e tragiche. Dove essi sono anche percepiti come rappresentativi per una larga fetta di popolazione, l'intera comunità può sentirsi sotto processo. La sensazione di una durezza ingiustificata, che scaturisce da queste percezioni, sminuisce l'autorità morale delle corti penali internazionali e nuoce alla disponibilità delle comunità locali di accettarne i messaggi. Il problema è aggravato dal fatto che le azioni penali tendenzialmente sono intraprese contro soggetti autorevoli, appartenenti a nazioni piccole o sconfitte. Ciò avvalorava l'obiezione dei nemici della giustizia internazionale che la concezione severa è stata costruita su misura per l'applicazione ai comandi supremi di stati deboli o di stati che si trovano a livelli bassi della società internazionale. Dal punto di vista educativo, un'altra obiezione alla dottrina della responsabilità di comando è che essa diluisce lo stigma della condanna per atti gravemente disumani, associandolo indiscriminatamente agli atti intenzionali e alle omissioni per negligenza.

Un esempio di struttura giuridica problematica a causa della sua incerta operatività è dato dalla teoria della "responsabilità penale congiunta", nella versione elaborata dal Tribunale per i Crimini di Guerra in Jugoslavia⁵⁴. Essa stabilisce che i soggetti che abbiano progettato un piano, o manifestato una intenzione comune che equivalga a, o che soltanto compori, la commissione di un delitto internazionale, siano ritenuti responsabili come esecutori dei reati commessi in attuazione di quel piano o di quella intenzione. È di nuovo evidente che questa teoria facilita la condanna dei soggetti potenti che orchestrano i delitti internazionali, ma che non sono fisicamente coinvolti nella loro commissione. Perciò, ad esempio, l'accusa è sollevata dall'onere di provare qualsiasi comunicazione o nesso causale fra tali soggetti e gli esecutori materiali: dopo che ha dimostrato che un imputato era implicato in un piano o in una intenzione comune, perché vi sia condanna è sufficiente stabilire che egli si è impegnato in un qualche atto che può essere interpretato come contributo al delitto finale. Non importa che l'atto non fosse in sé criminoso o che, se lo era, non fosse affatto riprovevole, a differenza di quanto accade per l'attività di consumazione del reato. In base a questa teoria, l'imputato può persino essere condannato come esecutore di delitti che vanno al di là del piano o

⁵⁴ Come la dottrina della responsabilità di comando indiretto, anche questa struttura giuridica è di provenienza anglosassone. Per un buon resoconto vedi VERENA HAAN, *The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International War Crimes for Former Yugoslavia*, 5 Int. Crim. L. Rev., pp. 167, 169-94 (2005).

dell'intenzione comune, una volta stabilito che quei delitti sono conseguenze prevedibili del piano o dell'intenzione comune. Il risultato è che la condanna di delitti che richiedono una attività intenzionale può ottenersi mediante la prova della mera imprudenza⁵⁵.

Non è possibile in questa sede cercare di chiarire il sottofondo concettuale di questa nebulosa teoria. Va però ammesso che il suo nucleo ispiratore – l'intenzione di raggiungere i “cervelli” criminali – è buono, e risponde al fatto che la maggior parte dei delitti internazionali sono commessi in un contesto organizzativo. È solo l'elaborazione di quella idea che desta preoccupazione. Si osservi, ad esempio, che nella prospettiva al momento prevalente, l'esistenza di una iniziativa congiunta, con tutta la sua ampia estensione di responsabilità, può essere desunta da atti individuali senza connessione tra loro, e che non è richiesta alcuna prova di un accordo tacito o esplicito a formare o a far parte dell'iniziativa. Inevitabilmente, allora, il fine perseguito dai membri dell'iniziativa, così come la sua estensione spaziale e temporale, diventano incerti e soggetti ad una estensione arbitraria⁵⁶. Si osservi inoltre che il potere relativo di soggetti considerati appartenenti all'iniziativa, come la loro ineguale colpevolezza, sono irrilevanti per la condanna. Ma l'aspetto più importante per l'estensione eccessiva della teoria risiede nel fatto che il piano, o l'intenzione, comuni non hanno bisogno di essere delittuosi *per se*, ma basta semplicemente che “contemplino” la commissione di un delitto. Perciò, se questo elemento che definisce il coinvolgimento viene interpretato in maniera estensiva, ogni piano per un cambiamento dello *status quo* politico può essere classificato come un'impresa delittuosa congiunta, se è prevedibile che nella attuazione

⁵⁵ È in qualche misura sorprendente che la critica dottrinale della “iniziativa delittuosa congiunta” nella sua forma attuale sembri essere più comune nei paesi anglo-americani che nell'Europa continentale, dove questa struttura legale si scontra molto più apertamente con la sensibilità giuridica. Per la critica degli studiosi americani vedi ad esempio ALLISON DANNER & JENNY MARTINEZ, *Guilty Associations*, 93 Calif. L. Rev., pp. 103-20 (2005); OSIEL, *supra*, nt. 39, pp. 1791-1804.

⁵⁶ Quando una iniziativa delittuosa viene attribuita alla politica statale quasi nessuno nell'apparato governativo e politico può essere sottoposto all'indagine penale in quanto esecutore dei più nefandi delitti internazionali. Un esempio istruttivo è l'imputazione nel caso *Accusa v. Cermak e Makrac*, ITCY, Case n. IT-03-73-PT, par. 12 (6 maggio 2005). In aggiunta ai massimi ufficiali di governo specificamente nominati, incluso il primo Presidente della Repubblica Croata, l'incriminazione elenca come membri dell'iniziativa criminale vari ufficiali, funzionari pubblici e membri del governo croato e delle strutture politiche a tutti i livelli, diversi ufficiali e membri delle forze armate, la polizia civile e militare, altri servizi di sicurezza e di *intelligence* e “altre persone sia conosciute che sconosciute”.

del piano avvengano violazioni dei diritti umani⁵⁷. Il confine tra atrocità oltre ogni limite e politica legittima, accompagnata da violenze, diventa sfumato, e l'ombra della criminalità si può spingere troppo all'interno della sfera delle decisioni politiche.

Le ragioni per cui questa vaga teoria indebolisce la capacità dei tribunali internazionali di essere guide morali sono per lo più uguali a quelle enunciate a proposito della responsabilità di comando. Includendo un vasto numero di individui con diversi contributi al crimine entro una sola categoria stigmatizzante, la teoria non tiene conto di differenze che in molte società sono moralmente rilevanti. Ciò fa apparire la giustizia internazionale insensibile e nuoce alla sua autorità morale. Quando poi ci rivolgeremo al problema della selettività della giustizia internazionale, dovremo vedere come questa impressione può essere sfruttata dai politici locali a detrimento dei tribunali penali internazionali. Un effetto negativo della teoria è di nuovo la diluizione dell'onta delle condanne per atti disumani, un effetto che si diffonde di pari passo con la facilità con cui le persone sono condannate per condotte avvertite solo come responsabilità lieve o addirittura moralmente giustificabili nelle comunità colpite dal crimine internazionale.

Qual è la conseguenza di queste riflessioni? Se l'obiettivo educativo dei tribunali penali internazionali deve essere centrale per la loro vocazione, allora andrebbero riviste le teorie della responsabilità che trascurano le distinzioni morali condivise dalle persone comuni. Tracciare le innumerevoli vie in cui questo obiettivo potrebbe essere raggiunto richiederebbe in questa sede una enorme digressione. È però sufficiente alludere solo a poche soluzioni, tutte note ai diritti penali nazionali. A proposito di responsabilità di comando, una possibilità sarebbe quella di convertire la mancanza negligente di vigilanza sui subordinati da parte del superiore, e il suo non averli puniti, da una forma di contributo al delitto dei subordinati a una forma di reati separati e meno gravi⁵⁸. L'iniziativa delittuosa congiunta quale forma residuale di responsabi-

⁵⁷ Sulla base di questa interpretazione estensiva, ad esempio, anche l'intervento militare delle forze occidentali in Afghanistan potrebbe essere classificato come un'iniziativa delittuosa congiunta. Coloro che hanno pianificato l'intervento erano consapevoli che esso avrebbe potuto condurre a crimini di guerra, dal momento che essi hanno deciso di fare affidamento sulle truppe dell'Alleanza del Nord, la cui fama di ignorare il diritto di guerra era nota. Anche il progetto per dividere la Jugoslavia potrebbe essere soggetto a questa interpretazione: mentre i piani erano chiaramente non illegali, era prevedibile che dalla loro attuazione sarebbero derivate lotte intestine in violazione del diritto di guerra.

⁵⁸ Questo è l'approccio adottato dal nuovo Codice tedesco dei Delitti contro il Diritto In-

lità potrebbe essere rimpiazzata dal reato di direzione di una organizzazione criminale, o di partecipazione alla sua attività⁵⁹. In mancanza di ciò, se tale teoria dovesse rimanere una modalità di commissione del reato base, la sua operatività potrebbe essere limitata richiedendo un accordo effettivo come fondamento per l'esistenza del reato e circoscrivendone lo scopo con modalità simili a quelle che sono state elaborate o richiamate nella teoria di *common law* per la *conspiracy*, nella sua variante americana⁶⁰.

Il suggerimento di modificare la severità delle due teorie della responsabilità che abbiamo descritto sarà osteggiato per molti motivi. Probabilmente la linea critica più facile da prevedere proverrà da coloro che sostengono apertamente, o suppongono tacitamente, che la deterrenza dovrebbe essere lo scopo principale della giustizia penale internazionale. Porre attenzione ai gradi di responsabilità personale sembra loro una sorta di cieca devozione ad astratti principi, che non prende in considerazione gli incentivi che la legge dovrebbe creare per contrastare le tendenze organizzative del crimine internazionale. Insistere sulla osservanza puntigliosa del principio di colpevolezza o sui requisiti convenzionali della *mens rea*, significa non curarsi delle difficoltà pratiche della condanna di individui in posizione di comando, e ammette la possibilità

ternazionale. Esso esclude la mancanza negligente di vigilanza del superiore sui suoi sottoposti, e la sua mancata consegna alla giustizia, dal concetto di responsabilità di comando e li converte in due reati distinti. Vedi *Volkerstrafrechtsgesetzbuch*, sez. 13 e 14. Ma i superiori che hanno escogitato un piano criminale vengono trattati come esecutori anche quando non hanno avuto contatti con gli esecutori materiali. La base per questa estensione è fondata sul controllo del superiore sull'organizzazione di quei membri che commettono il delitto. (*Tätberrschaft kraft Organisationsberrschaft – responsabilità in forza del potere organizzativo*). Vedi CLAUS ROXIN, *Tätberrschaft und Täterschaft*, pp. 242-252 (7th ed., 1999).

È interessante notare che un *Trial Chamber* del Tribunale Internazionale per i Crimini di Guerra nella ex-Yugoslavia; ha recentemente adottato la posizione secondo cui la responsabilità di comando è una responsabilità per omissione piuttosto che una forma di responsabilità per delitti sostanziali. Vedi *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case no. IT-01-48-T, decisione del 16 novembre (2005), par. 53-54. È da vedere se questa inattesa presa di distanza dalla visione dominante dell'autorità del diritto penale internazionale sarà confermata in appello.

⁵⁹ Si vedano, ad esempio, i paragrafi 129 e 129a del Codice penale tedesco; l'art. 416 del Codice penale italiano; gli artt. 450, 431, 421 del Codice penale francese. Per il suggerimento di sostituire l'iniziativa penale congiunta con sanzioni pecuniarie o di natura non-penale, vedi *supra*, nt. 42.

⁶⁰ Vedi, ad esempio, WAYNE G. LA FAVE, *Criminal Law*, pp. 641-643 (4th ed. 2003). Ma se tale teoria debba rimanere uno strumento per dare la caccia alle menti che stanno dietro agli esecutori materiali, le limitazioni possono essere eccessive. Un esempio di limitazione eccessiva sarebbe quella di richiedere che per la condanna sulla base della responsabilità penale congiunta venga provato un accordo espresso tra il pianificatore assente e gli esecutori effettivi.

di assoluzioni che potrebbero screditare il progetto di una giustizia penale internazionale⁶¹. Un'altra obiezione a cambiamenti nella teoria della responsabilità può probabilmente provenire da coloro che ritengono questi cambiamenti non necessari, stante il fatto che il buonsenso politico dell'accusa e il suo personale senso della misura sono salvaguardia sufficiente contro una estensione eccessiva della responsabilità penale.

Cosa si può dire in risposta a queste critiche? Per quanto riguarda l'autocontrollo dell'accusa nel muovere le contestazioni, la risposta è semplice: la vasta esperienza acquistata nell'applicazione della legge nazionale indica fortemente che tale affidamento è rischioso e spesso ingiustificato. Le obiezioni provenienti dalla prospettiva della deterrenza hanno maggiore peso, ma è impossibile rispondervi adeguatamente senza un'ampia discussione della relazione tra deterrenza e colpevolezza. Ma non c'è bisogno di essere trascinati nel vortice di queste profondità. Per i nostri scopi attuali, è sufficiente sottolineare che anche se i tribunali penali internazionali avessero una forte capacità deterrente, sarebbe ancora un errore trascurare graduazioni di colpevolezza socialmente accettate. Perciò, quando viene meno la limitazione esercitata sulle esigenze sanzionatorie da distinzioni morali essenziali, lo spettro di una deterrenza eccessiva alza la sua testa sgradevole. La semplice attribuzione di responsabilità, accoppiata alla severità della risposta ad essa, potrebbe generare incentivi perversi: individui moralmente onesti potrebbero essere allontanati da posizioni di influenza nelle organizzazioni militari o politiche, lasciandole a disposizione di soggetti spregiudicati o moralmente insensibili. Le questioni che sorgono a questo proposito possono non essere molto diverse da quelle di una scelta errata in materia di assicurazioni⁶².

Le obiezioni che evocano la possibilità di assoluzioni imbarazzanti non possono essere messe da parte sommariamente, e richiedono un esame più analitico. Anzitutto, non è chiaro che quegli individui in posizioni di comando scamperebbero alla morsa della giustizia se le teorie della responsabilità venissero rese più stringenti, e la loro portata venisse limitata per renderla

⁶¹ Si veda OSIEL, *supra*, nt. 39, pp. 1774, 1776. Lo status reverenziale riconosciuto alla colpevolezza personale sembra all'autore un deplorabile miscuglio di moralità liberale e di retributivismo kantiano. Piuttosto che restringere la responsabilità di comando, come proposto nel testo, egli vorrebbe rendere più semplice la condanna per questa imputazione. Vedi anche MARK OSIEL, *Modes of Participation in Mass Atrocity*, 39 Cornell L. Rev., pp. 739, 800 (2005).

⁶² La ricerca nel campo della criminalità nelle organizzazioni economiche suggerisce la possibilità di questi effetti perversi. Vedi ad esempio REINER KRAAKMAN, *Corporate Liability: Strategies and Costs of Legal Control*, Yale L.J., pp. 857, 869-71 (1984).

coerente con il concetto comune di colpevolezza. Una conseguenza più probabile sarebbe la condanna di questi individui per un minor numero di capi d'accusa, che in ogni caso tendono ad essere inflazionati, o, se ciò non fosse possibile, per i delitti meno gravi di cui abbiamo appena proposto la creazione. Naturalmente, la seconda prospettiva è deplorabile. Ma è ancora più increscioso usare teorie della responsabilità, che non considerano la colpevolezza personale, come un espediente per evitare le difficoltà di prova che sorgerebbero se venissero osservati i normali *standards* probatori, rendendo irrilevanti fatti che altrimenti si sarebbero dovuti provare. Sarebbe perciò una ironia sconsolante se un sistema di giustizia, ideato per contribuire alla protezione dei diritti umani, potesse funzionare adeguatamente solo trascurando i valori umanistici radicati nella presunzione di innocenza. Non richiede un grande sforzo riflessivo scoprire il presupposto tacito di colpa che si nasconde dietro i ragionamenti sul fatto che teorie severe della responsabilità sono necessarie per evitare assoluzioni imbarazzanti. Una volta che sia accettato questo assunto non dichiarato, il passo verso un sistema di giustizia penale programmato per condannare è breve.

Ci si può domandare se i fautori delle teorie sostanziali severe si rendono conto dell'inquietante somiglianza della loro posizione con lo spirito punitivo che permeava la procedura inquisitoria del molto criticato *ancien regime* continentale. Spinti dal desiderio che nessun delitto rimanesse impunito (*ne crimina remaneant impunita*), gli artefici di quel sistema stabilirono che gli ostacoli alla condanna avrebbero dovuto essere ridotti per i delitti difficili da provare (*propter crimina difficile probationis*). Presunzioni di intenzionalità, attenuazioni delle regole di esclusione delle testimonianze, ed espedienti simili, abbondavano⁶³. In tal modo, avendo reso meno esigenti gli *standards* probatori, gli ideatori del sistema hanno ottenuto direttamente ciò che avrebbero potuto raggiungere indirettamente, rendendo meno discriminanti le teorie sostanziali della responsabilità. Riportare in vita una variante di questa punibi-

⁶³ Si veda PROSPERO FARINACCI, *Tractatus Integer de Testibus*, titulus VI, qu. 56, no.71; qu. 108, no. 39 (Osnabrgh, 1678). Alcuni autorevoli scrittori sul sistema inquisitorio andarono ben oltre, e invocarono una dispensa generale dai principi legali nei casi di delitti atroci. Si veda BENEDICT CARPZOV, *Pratica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, Pars III, qu. 102, no. 67 (Frankfurt/Main 1678). L'attenuazione del diritto delle prove nel perseguimento di alcuni delitti era ancora permessa al tempo della Rivoluzione francese. Si veda M. JOUSSE, *Traité de la Justice Criminelle en France*, Tome I, p. 828 (Parigi, 1771). Fu solo nel diciannovesimo secolo che questo giostrare di bilance contro l'imputato venne criticato e sparì gradualmente, non solo dal diritto ma anche da discorsi accettabili sulla sua riforma.

lità – non importa quanto più mite e ben intenzionata possa essere – non è desiderabile. Per salvaguardare il loro potere morale le corti penali internazionali dovrebbero mantenere una incertezza creativa in relazione ai risultati processuali e accettare la possibilità di fallimenti dovuti o giustificati. Se dovesse diffondersi la convinzione che i tribunali si comportino scorrettamente nei confronti dell'imputato, questa presa di coscienza potrebbe rivelarsi alla lunga ben più dannosa per la loro legittimazione che non il verificarsi sporadico assoluzioni imbarazzanti. I loro sostenitori, sia globali che locali, potrebbero pensare che essi amministrino una giustizia di qualità scadente.

C. Restringere l'oggetto del processo. – Prima abbiamo ipotizzato che le corti penali internazionali non dovrebbero tentare spiegazioni storiche degli eventi, o scavare nel contesto che circonda il delitto. Le istituzioni giudiziarie non sono adeguatamente equipaggiate per fare ciò, abbiamo sostenuto, e tali questioni sono troppo variabili per essere soggette ad un regime di irrevocabilità (*res judicata*). Ma abbiamo anche riconosciuto che alcuni elementi della definizione di delitto internazionale rendono inevitabile un certo grado di contestualizzazione. Significa che un regime processuale diverso sarebbe più desiderabile per determinare l'esistenza di una condotta penale, da un lato, e che almeno uno sfondo di elementi contestuali sia necessario, dall'altra?

Una teoria che abbiamo già incontrato risponde a questa domanda in maniera affermativa e propone una soluzione. I processi, sostiene questa teoria, dovrebbero comprendere due sfere separate: una relativa alle questioni di stretta rilevanza giuridica circa la responsabilità personale dell'imputato, e un'altra riservata a questioni più ampie. Ma in questo secondo ambito i giudici si dovrebbero astenere dal pronunciare qualsiasi giudizio autoritativo: nessuna descrizione, o interpretazione di eventi, dovrebbe essere dichiarata superiore ad un'altra e fornita di una qualificazione ufficiale. Dovrebbero anche essere permesse inversioni di ruoli fra accusa e difesa. Il solo sforzo dei giudici in questa seconda sfera dovrebbe essere quello di mettere in grado le parti di sviluppare liberamente le loro posizioni in conflitto le une accanto alle altre, lasciando l'epilogo della controversia alla società civile⁶⁴.

Nell'esaminare la capacità dei tribunali di produrre un'accurata documentazione storica, abbiamo anche sottolineato la discrepanza fra i metodi ottimali per decidere specifiche questioni di responsabilità, di stretta rilevanza giuridica, e per determinare questioni relative a contesti più ampi. La metafora di

⁶⁴ Si veda OSIEL, *supra*, nt. 46, pp. 127, 208, *passim*.

due sfere separate di attività esprime bene questa differenza. Dove non condividiamo la teoria è nella sua insistenza sul fatto che le questioni della sfera più ampia siano affidate ai tribunali penali, e che esse vengano prese in considerazione in un unico processo. Vi sono valide ragioni contro questa proposta. Quella decisiva è la difficoltà di tenere separate le due sfere. È impossibile immaginare istituti processuali secondo i quali aspetti di un procedimento, nel quale la responsabilità penale deve essere accertata oltre ogni ragionevole dubbio, andrebbero combinati con altri aspetti, in cui questioni contestuali dovrebbero essere lasciate aperte. Ma anche se queste due sfere potessero in qualche maniera essere tenute distinte, rimarrebbe un serio problema, almeno dal punto di vista dell'obiettivo educativo dei tribunali. Se nella sfera più ampia il compito principale della corte fosse quello di offrire all'imputato la libertà di proporre la propria versione dei fatti, senza le limitazioni della rilevanza giuridica, egli avrebbe assicurato un palcoscenico da cui diffondere punti di vista che la giustizia penale internazionale tenta di scoraggiare. Siamo perciò portati a concludere che gli aspetti di contesto, richiesti per la definizione del delitto, dovrebbero essere esaminati nello stesso modo in cui vengono esaminate le questioni relative alla responsabilità personale, anche se questa non è la soluzione ottimale. La natura sub-ottimale del compromesso conferma la nostra precedente proposta secondo la quale l'attività nei tribunali penali internazionali dovrebbe essere mantenuta entro confini limitati. A dispetto della tentazione contraria, essa dovrebbe essere spinta in senso centripeto piuttosto che fatta esplodere in direzione centrifuga.

Dunque quale sembra essere l'oggetto appropriato di un processo? I giudici dovrebbero concentrare la loro attenzione su ciò che fanno meglio: ossia, stabilire se individui particolari, e specialmente quelli in posizioni di potere, hanno commesso errori specifici. Liberati dal compito di produrre una documentazione storica, e dalla connessa esigenza di documentare tutti gli orrori accaduti, i giudici dovrebbero essere liberi di limitarsi a giudicare solo su un piccolo numero di episodi di atrocità rappresentativi, per i quali esistono le prove più evidenti. La semplificazione dei processi che ne conseguirebbe sarebbe un grande vantaggio, anche se gli obiettivi della giustizia penale internazionale sono concepiti diversamente da ciò che abbiamo proposto, poiché i procedimenti nelle corti internazionali per varie ragioni sono complessi e costosi. Basti qui richiamare il fatto che le imputazioni per un delitto internazionale spesso coprono una vasta gamma di condotte, commesse lungo un periodo di tempo rilevante, da un numero di individui elevato. Tuttavia, un quadro della giustizia più semplice sarebbe congeniale specialmente alla missione

educativa dei tribunali internazionali. Una modestia maggiore delle loro aspirazioni eliminerebbe, o ridurrebbe, la delusione suscitata dal loro funzionamento. Come abbiamo appena osservato, rinunciando alla loro ambizione di scrivere la storia dei crimini si risparmierebbero le critiche per non perseguire penalmente tutte le atrocità. Concentrando l'attenzione su questioni rilevanti per la responsabilità, essi potrebbero anche ridurre le opportunità per l'imputato di usare l'aula di tribunale per tenere discorsi politici e far pubblicità a se stesso. E infine, focalizzandosi solo su un piccolo gruppo di delitti ben documentati, ridurrebbero lo spazio per controversie sulla correttezza degli esiti del processo. Qualcuno non approverà questa ultima limitazione, sostenendo che in tal modo si preclude al pubblico la possibilità di comprendere fino in fondo l'orrore complessivo delle violazioni di massa dei diritti umani. Si consideri, tuttavia, che la repulsione provocata da una descrizione persuasiva di un ristretto gruppo di episodi avvenuti nel contesto di una serie più ampia di atti disumani può esercitare un impatto eguale, o forse anche maggiore, sul pubblico di quello derivante da un lungo flusso di condanne per ottenere le quali occorrono decenni. Scrutare dal buco della serratura può talvolta essere rivelatore tanto quanto guardare attraverso una porta aperta.

D. Selettività dell'esecuzione. – L'ultimo e più delicato problema cui dedicarsi è la selettività dell'esecuzione del diritto penale internazionale. Motivo di preoccupazione non è la selettività nel senso che i procuratori incriminano solo un pugno di individui della vasta schiera di coloro che violano i diritti umani. Tutta la giustizia terrestre è in questo senso selettiva, e solo la giustizia divina del Giorno del Giudizio sarà omnicomprensiva. Gli organi nazionali dell'accusa non riescono neppure ad istituire procedimenti contro tutti i delitti che giungono alla loro attenzione⁶⁵. In questa sede a noi interessa la selettività nel senso che le azioni penali internazionali sono esercitate principalmente contro cittadini di stati che sono attori deboli sulla scena internazionale. Questa è una forma di discriminazione più preoccupante di quella che deriva dalle risorse limitate per l'applicazione della legge, o dalla mancanza di prove sufficienti, o da fattori simili che condizionano le decisioni degli organi nazionali dell'accusa su chi incriminare. Pertanto, quando consegnano alla giustizia soltanto, o principalmente, criminali provenienti da nazioni deboli, il risultato è che gli organi internazionali dell'accusa discriminano, fra coloro che abusano

⁶⁵ Questo è vero anche nei Paesi la cui legge nega la discrezionalità dell'accusa. Vedi MIRJAN DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion*, 29 Am. J. Comp. L., pp. 119, 122-128 (1981).

dei diritti umani, sulla base della loro cittadinanza.

Come il sesso nell'Inghilterra vittoriana, l'esecuzione selettiva è un oggetto ben noto ma raramente discusso⁶⁶. Comunque, se l'obiettivo dominante delle corti internazionali è quello di essere guide morali, e se viene attribuita grande importanza alle reazioni del pubblico locale per le loro decisioni, allora per ragioni evidenti non si può passare sotto silenzio la questione. Mentre l'obiettivo educativo mette in rilievo le questioni etiche, l'esecuzione selettiva rende i tribunali penali internazionali vulnerabili all'accusa di applicare un doppio criterio moralmente fastidioso. E se le reazioni suscitate nelle zone dove le atrocità sono state commesse meritano attenzione particolare, è profondamente inquietante che il cinismo corrosivo generato dalla percezione del doppio criterio si radichi con maggiore probabilità proprio in quei luoghi. Né si dovrebbe trascurare che una applicazione selettiva corrobora la tesi di coloro che sostengono che la creazione dei tribunali penali internazionali sia stata prematura. Secondo costoro, la preconditione per un buon decollo della giustizia penale internazionale è l'emersione di istituzioni sovranazionali solide, in grado di agire indipendentemente dalla volontà politica degli stati. In assenza di istituzioni funzionanti, si può amministrare solo una giustizia difettosa, macchiata da una selettività politicamente motivata. Per volare, stanno dicendo questi scettici, uno ha bisogno non solo di ali, ma anche della forza sufficiente per decollare⁶⁷.

Pertanto, se deve essere limitato il danno alla reputazione morale delle corti penali internazionali che ne deriverebbe, il problema dell'esecuzione selettiva dovrebbe essere affrontato, cercando anche di metterlo nella miglior luce possibile. I sostenitori dei tribunali dovrebbero cercare di dimostrare che la giustizia penale internazionale è opportuna nonostante la sua attuale selettività. Essi dovrebbero sottolineare che il compito dei tribunali penali internazionali, se venisse correttamente compreso, sarebbe quello di progredire proficuamente verso un sistema non basato sulla selettività. Anche molte altre istituzioni internazionali hanno la macchia della diseguaglianza *de facto* tra gli stati, eppure pochi vorrebbero vederle sciolte. Attendere che emerga una co-

⁶⁶ Ma si veda ANTOINE GARAPON, *supra*, nt. 47, pp. 716, 717 (2004). (Il quale afferma che sembra che l'azione penale internazionale sia prerogativa di alcuni stati immuni, per un qualche scopo pratico, dallo scrutinio giudiziale. Perché Karadjic per la Bosnia, chiede, ma non Putin per la Chechnya?).

⁶⁷ Un noto esponente di questo punto di vista nel periodo successivo al processo di Norimberga era Leon Schwarzenberger. Vedi LEON SCHWARZENBERGER, *The Problem of International Criminal Law*, 3 Current Legal Problems, pp. 263-288 (1950).

scienza planetaria, o che la comunità globale prenda il posto degli stati come attore principale sulla scena internazionale, significherebbe soccombere all'auto-illusione o, peggio, cedere al ricatto della perfezione. In altre parole, il meglio non dovrebbe essere nemico del buono: è meglio portare alla sbarra qualche responsabile delle violazioni dei diritti umani che nessuno⁶⁸.

Un'occhiata marginale all'evoluzione dei sistemi nazionali della giustizia penale è utile per collocare la questione nella giusta prospettiva. Per un lungo periodo della loro storia, questi sistemi sono stati spudoratamente discriminatori. Ma invece di trattare i delinquenti in maniera diversa secondo il posto occupato dalle nazioni di appartenenza nella gerarchia internazionale, discriminavano fra di essi sulla base del posto occupato nella gerarchia sociale interna. Durante il Medioevo, ad esempio, le risposte ai delitti commessi dalle classi più basse e a quelli commessi dalla *élite* sociale erano sorprendentemente diverse: solamente i servi della gleba e gli schiavi erano soggetti a punizioni corporali⁶⁹. Mentre la nobiltà risolveva le dispute che sorgevano dalla commissione di un crimine principalmente attraverso trattative e accordi, o cercando un potente che facesse da giudice *ad hoc*, i misfatti commessi dalle classi più povere venivano decisi nei tribunali regolari⁷⁰. Nonostante le sue tendenze egalarie, e benché avesse esteso una minaccia realistica di pena a tutta la gamma sociale, anche la Rivoluzione francese non mise fine a tutti gli aspetti, manifesti e previsti legalmente, di un trattamento differenziato⁷¹. Che questa discriminazione fosse ingiusta, almeno per i nostri *standards*, è fuori discussione. Eppure, è solo un'ironica battuta accademica dire che la società

⁶⁸ Argomenti di questo genere possono fare presa in qualche maniera nelle comunità i cui membri sono selezionati per il processo? Potrebbero, se alle comunità fosse data ragione di credere che l'applicazione del diritto penale internazionale, per quanto selettiva, può ridurre le violenze di cui la comunità ha sofferto e può soffrire ancora. Un'applicazione selettiva potrebbe allora sembrare portare dei benefici, proprio come – secondo il “principio differenziale” di Rawls – alcune diseguaglianze di ricchezza possono migliorare le prospettive dei membri meno avvantaggiati della società. Cfr. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, pp. 75-80 (1971).

⁶⁹ Questo ha portato il giurista tedesco Gustav Radbruch ad avanzare la teoria che le pene severe del tardo Medioevo fossero l'evoluzione di punizioni imposte inizialmente solo ai servi della gleba e agli schiavi. Vedi GUSTAV RADBRUCH, *Elegantiae Juris Criminalis*, pp. 5-12 (2^d ed., 1950).

⁷⁰ Si veda, ad esempio, LOUIS HALPEN, *Les Institutions Judiciaires en France au XI siècle*, 77 *Revue Historique*, pp. 279, 304 (1901). Più tardi, nel periodo in cui le torture furono uno strumento legittimo per ottenere prove incriminatorie, le *élites* sociali per lungo tempo furono legalmente esonerate dalla sua applicazione. Si veda MIRJAN DAMAŠKA, *The Death of Legal Torture*, 87, *Yale L.J.*, pp. 860, 878-89 (1978).

⁷¹ Per una felice intuizione vedi JAMES WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 101-107 (2003).

in quei periodi della storia avrebbe tratto giovamento dall'assenza dei tribunali penali e senza l'applicazione ufficiale della legge.

Tuttavia la giustificazione per una applicazione selettiva non finisce qui. Poiché, nonostante i destinatari dell'azione penale internazionale tendano ad essere soggetti provenienti da stati deboli, sarebbe sbagliato ritenere che solo i governi deboli siano colpiti dalla giurisdizione penale internazionale. Per osservare il loro impatto sul potere, bisognerebbe ricordare le pressioni che operano nella società internazionale perché si dimostri impegno verso i valori dei diritti umani e perché si reagisca prontamente alle loro violazioni. Poiché le idee dei diritti umani circolano liberamente, molte nazioni, incluse le maggiori potenze, hanno sottoscritto le convenzioni sui dritti umani e hanno incorporato le loro disposizioni penali nella legge nazionale. Ciò suggerisce che anche i membri potenti della società delle nazioni avvertono le pressioni a condannare violazioni macroscopiche dei diritti umani e a sanzionarle prontamente. A dire il vero, questi proclami sono spesso meramente declamatori o limitati ad una elevata retorica. Ma ciò non significa che non abbiano alcun impatto anche sui livelli più alti della società internazionale. Rendendo operativi i divieti penali, le corti penali internazionali contribuiscono alla formazione di un clima morale in cui anche i grandi e potenti attori nell'arena internazionale trovano più difficile ignorare i loro impegni verbali. L'evidente discrepanza fra impegni presi a parole e azioni concrete può nuocere alla reputazione degli stati più potenti o danneggiare qualche altro loro interesse. Nelle democrazie pluralistiche mantenere un ampio scarto tra proclami governativi e fatti può anche comportare problemi interni, poiché può essere mostrato e denunciato pubblicamente dalle organizzazioni non governative dedite alla causa dei diritti umani⁷².

Post Scriptum

Avendo esaminato le quattro obiezioni al ruolo educativo della giustizia penale internazionale abbiamo percorso il territorio delineato nell'introduzione e siamo giunti alla fine del nostro viaggio. Tuttavia, prima di concludere, do-

⁷² Questo punto di vista è supportato dalla crescente letteratura sulle ragioni per cui gli stati si conformano alle convenzioni sui diritti umani. Essa suggerisce che il comportamento degli stati in questa sfera non si può spiegare esclusivamente in termini di politiche di potere. Si veda ad esempio OONA HATHAWAY, *Do Human Rights Treaties Make a Difference*, 111 Yale L.J., pp. 1935, 2019 (2002); M. BURGSTALLER, *Theory of Compliance with International Law*, p. 92 (2005); GOODMAN & JINKS, *supra*, nt. 42, pp. 652-56.

vrebbe essere chiarita una evidente omissione. Nelle pagine precedenti abbiamo fatto ricorso all'esperienza, alle aspirazioni e alla giurisprudenza delle corti penali internazionali *ad hoc*, menzionando raramente l'attore potenzialmente più importante, ossia la Corte Penale Internazionale Permanente. L'alibi per questa dimenticanza è la direzione verso cui andava il nostro interesse in questo saggio. L'argomento affrontato qui – esplorare le strade per definire meglio la missione delle corti internazionali e per rafforzarne la legittimazione – ha richiesto un'indagine sulle aspirazioni, sulle esperienze pratiche e sul processo decisionale di corti penali pienamente funzionanti. Dal momento che la Corte Penale Internazionale sta ancora muovendo i suoi primi passi verso la conversione delle sue previsioni normative in legge vivente, siamo stati portati a cercare altrove gran parte del nostro materiale.

Tuttavia, benché il ruolo della Corte Penale Internazionale sia in qualche misura differente da quello dei suoi predecessori *ad hoc*, così che essa reciterà un copione normativo particolare, alcuni dei nostri rilievi critici diretti alle corti *ad hoc* potrebbero valere altrettanto come ammonimenti per questa Corte. Un avvertimento riguarda il pericolo di deviazione, generato dalle aspirazioni globali, dalla necessità di porre un'accurata attenzione alle reazioni del pubblico locale. Sia il fatto che la giurisdizione della Corte sarà sussidiaria⁷³, sia la circostanza che la precedenza – in linea di principio – sarà data alle corti nazionali, sottolineano entrambi l'importanza di tenere in considerazione la cultura locale e le sue leggi nei casi in cui la Corte deciderà di passare all'azione.

Il secondo avvertimento riguarda le tentazioni di produrre un resoconto storico di violazioni imponenti dei diritti umani e di pianificare procedimenti giudiziari utili per questo scopo. Le corti sono male attrezzate per imbarcarsi in indagini storiche così ampie, l'imputato acquisisce l'opportunità di una tribuna privilegiata e il processo diventa inevitabilmente ingombrante. L'infuosto *procès monstre* contro Slobodan Milošević è un drammatico avvertimento. Dal momento che il Tribunale Yugoslavo per i Crimini di Guerra aspirava a produrre una documentazione degli eventi che accompagnarono la disintegrazione della Jugoslavia, l'imputazione in questo caso coinvolgeva i crimini commessi in Kosovo, in Croazia e in Bosnia-Herzegovina, abbracciava un periodo di otto anni e conteneva 66 capi d'accusa. Al momento della morte di Milošević il tribunale aveva tenuto udienze per 466 giorni, ascoltato 295 testimoni, esaminato circa 5000 reperti e prodotto una trascrizione di più di cen-

⁷³ Cfr. Art. 17 (1(a)) della Statuto di Roma.

tomila pagine⁷⁴. Un'appropriata decisione sulla base di un materiale così mastodontico pone problemi che debbono ancora essere esaminati da parte degli studiosi delle prove e degli psicologi forensi.

Il terzo ammonimento concerne la necessità di prendere una distanza critica nei confronti delle dottrine della responsabilità eccessivamente ampie, plasmate dalle corti *ad hoc*, e da alcune innovazioni procedurali motivate dal bisogno di completare tutti i casi prima della fine del loro mandato. Un vigilanza costante è stata necessaria per paura che venisse compromessa l'autorità morale della giustizia penale internazionale – nel campo processuale o nella dottrina sostanziale – con lo scopo di facilitare le condanne di soggetti di alto profilo. L'ultimo e più generale ammonimento che deve essere derivato dalle pagine precedenti ha a che fare con una saggia modestia nel porre obiettivi. Tentativi precipitosi da parte delle corti penali di imporre il potere del diritto nell'instabile mondo della politica internazionale possono rivelarsi facilmente controproducenti e minare la loro legittimazione. È probabile che la giustizia penale internazionale cresca più vigorosamente se sfrondata dalle aspirazioni irrealistiche e dallo zelo eccessivo. *Succisa virescit.*

⁷⁴ Si veda STEPHEN CASTLE & VESNA PERIC ZIMONJIC, *Day of Conjecture Ends: as an Autopsy Reveals Heart Attack was Cause of Milošević's Death*, *The Indep.* (London), 13 marzo 2006, para News, p. 5.