

*Dawn L. Rothe (Old Dominion University),
Isabel Schoultz (Stockholm University)*

LA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE: UN DETERRENTE PER I CRIMINI DI STATO?*

1. Introduzione. – 2. Araldi del potere della prevenzione? – 3. Il dibattito criminologico sulla deterrenza. – 4. Deterrenza, capi di Stato e ufficiali di alto rango. – 5. Considerazioni conclusive.

Se la tendenza al succedersi di guerre, crimini di guerra, povertà e ristrettezze, tipica del xx secolo, non deve ripetersi nel xxi secolo, allora la comunità internazionale dovrà intraprendere passi concreti per arrestarla. Un deterrente effettivo sarebbe quello di istituire un sistema di giustizia penale internazionale, che disponga di poteri sufficienti da spingere i potenziali criminali di guerra a riconsiderare le loro ambizioni, facendogli prendere coscienza del rischio di essere braccati per il resto della loro vita e successivamente consegnati alla giustizia.

R. J. Goldstone, 2000, 135

1. Introduzione

Nel corso dei due decenni passati, un numero sempre più ampio di studiosi dei crimini di Stato hanno rivolto la loro attenzione e svolto ricerche sulle tematiche relative ai controlli. Tuttavia, sono stati prodotti pochissimi articoli che si concentrano soltanto sulla tematica relativa alla giustizia penale e alla sua capacità – o piuttosto alla sua incapacità – di produrre un effetto deterrente¹. Dai tribunali *ad hoc* fino al Tribunale penale internazionale (ICC), diversi attori della giustizia penale internazionale hanno proclamato il potere deterrente, sia generale che speciale, del sistema internazionale della giustizia penale. Questo genere di proclami si inscrive all'interno di una più ampia cornice ideologica, forgiata dal discorso penale internazionale. Ad esempio, i tribunali penali internazionali per la Jugoslavia e il Ruanda (ICTY e ICTR), il Tribunale speciale

* Traduzione dall'inglese di Vincenzo Scalia. Desideriamo ringraziare Jeffrey Ian Ross per i suoi commenti alla prima stesura dell'articolo.

¹ I crimini di Stato vengono qui definiti come atti commessi da attori statali che violano la legislazione interna, la legislazione penale internazionale comprese le violazioni dei diritti umani, o che violano la fiducia basilare dei propri cittadini attraverso l'esercizio delle loro funzioni, e/o in nome dello Stato.

per la Sierra Leone, oltre l'ICC, vennero istituiti sotto l'assunto e la convinzione ben radicata che i tribunali in quanto tali, nonché il perseguimento dei crimini internazionali, oltre a contribuire alla prevenzione di futuri crimini, avrebbero altresì sanzionato quelli che continuavano a verificarsi. Tuttavia, i proclami di questi attori e tribunali, si basano soprattutto su assunti che o proclamano la loro fede cieca in una giustizia retributiva *a priori*, o liquidano altri argomenti senza un'accurata analisi teorica. Nel paragrafo successivo, prima di iniziare un discorso generale sulla deterrenza, forniremo una sintesi degli argomenti che ne supportano l'efficacia a livello di giustizia internazionale.

2. Araldi del potere della prevenzione?

Il potere della giustizia penale internazionale si regge su di un'estesa fiducia sul potere e sull'impatto della prevenzione, sia a livello generale che speciale. Questa convinzione è inscritta all'interno delle cornici legislative dell'ICC e dei tribunali *ad hoc*. Ad esempio, il *Preambolo* al Tribunale penale per il Ruanda sostiene che «il Consiglio di Sicurezza (...) nella *convinzione* che l'istituzione di un tribunale internazionale che persegua le persone responsabili di genocidio e delle altre violazioni summenzionate dei diritti umani contribuirà ad assicurare che tali violazioni saranno interrotte e nei fatti sanzionate»². L'utilità dell'ICTR e dell'ICTY come meccanismi deterrenti viene vista positivamente dal giudice Richard Goldstone, ex procuratore capo dei tribunali penali internazionali per la ex Jugoslavia e il Ruanda, che afferma con una dichiarazione ottimista: «nell'istituire i tribunali, il Consiglio di sicurezza ha assestato un colpo significativo all'impunità. Ha mandato ai potenziali criminali di guerra il messaggio che la comunità internazionale non è più disposta a permettere che gravi crimini di guerra vengano commessi senza la minaccia di una punizione» (R. Goldstone, 2000, 126).

Allo stesso modo, la Risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'ONU che istituisce il Tribunale speciale per la Sierra Leone, afferma: «Riconoscere che, nelle circostanze particolari della Sierra Leone, un sistema credibile di giustizia e responsabilità per i crimini più gravi commessi in quel paese porrà fine all'impunità e contribuirà al processo di riconciliazione nazionale, alla restaurazione e al mantenimento della pace»³.

Nel corso dell'approvazione dello Statuto di Roma per la Corte internazionale, da cui è stato creato l'attuale ICC, l'assunto dell'effetto deterrente venne esplicitamente tirato in ballo.

² *Preambolo* al Tribunale penale internazionale per il Ruanda, Consiglio di sicurezza ONU, Risoluzione 955, 8 novembre 1994.

³ Consiglio di sicurezza ONU, Risoluzione 1315, 14 agosto 2000.

Dawn L. Rothe, Isabel Schoultz

Consideriamo le seguenti citazioni⁴:

(...) Abbiamo bisogno di una nuova forma di deterrenza contro questi comportamenti. L'istituzione del Tribunale penale internazionale, che rende illegale l'impunità e gli individui direttamente responsabili delle loro azioni, è proprio quel deterrente (H. E. Mr. Lloyd Axworthy, ministro degli Affari Esteri del Canada, 2000)

(...) Siamo fiduciosi nel fatto che l'istituzione di un Tribunale penale internazionale rappresenterà un passo deciso, intrapreso dalla comunità internazionale, verso la deterrenza dei possibili criminali dal commettere questi (Nadezhda Mihailova, ministro degli Affari Esteri della Bulgaria, 2000)

(...) Noi crediamo che il Tribunale penale internazionale svolgerà un ruolo indispensabile in questo ambito, sia come deterrente, sia come rimedio preventivo (Irakli Menagarishvili, ministro degli Affari Esteri della Georgia, 2000).

Il *Preambolo* allo Statuto di Roma dell'ICC afferma che «gli Stati che aderiscono a questo Statuto (...) sono determinati a porre fine all'impunità per gli autori di questi crimini e a contribuire quindi alla prevenzione di questi crimini»⁵.

Questa convinzione non è soltanto la cornice all'interno della quale sono sorte queste istituzioni; continua anche ad essere una filosofia generale che viene portata avanti all'interno dei rapporti annuali e delle trascrizioni dei processi di molti tribunali.

Sebbene una parte della retorica della deterrenza abbia una funzione simbolica, molti degli operatori della giustizia penale internazionale credono veramente all'effetto deterrente.

Per discutere gli effetti della deterrenza, consideriamo i risultati di una ricerca sistematica, condotta all'interno del Tribunale speciale della Sierra Leone, dell'ICTR, dell'ICTY e dell'ICC, che ha fornito 23 risposte significative⁶. Ad esempio, nel secondo Rapporto annuale sulla Sierra Leone, una citazione del consigliere legale dell'ONU Hans Correll (latore di un messaggio di Kofi

⁴ Le citazioni sono state prese direttamente da International Criminal Court (ICC), Update, CICC Secretariat, New York, October 18 2000 (14th edition). Cfr. anche D. L. Rothe, C. W. Mullins (2010).

⁵ *Preambolo* allo Statuto di Roma dell'icc, 12 luglio 1999A UN DOC/CONF.1833/51.

⁶ L'analisi sistematica dei resoconti dei tribunali, delle trascrizioni e dei rapporti (più di 2.000 documenti) è stata condotta, utilizzando il software NVivo, mediante un'analisi del testo che includeva le seguenti parole chiave: deterrenza, impunità e responsabilità dei comandi. La ricerca è stata condotta in modo tale da includere anche le parole derivate. I risultati ottenuti sulla deterrenza sono illustrati nel testo, mentre 235 sono i risultati relativi alla discussione sull'impunità e 109 quelli sulle responsabilità da comando. Gli ultimi due termini sono stati inclusi in quanto erano stati usati in relazione alla deterrenza. Abbiamo eliminato sistematicamente quelli utilizzati in contesti diversi o al di fuori della cornice concettuale della deterrenza.

Annan), illustra la convinzione nel potere preventivo generale insito nelle procedure:

Vorrei estendere al presidente del Tribunale, ai giudici e a tutti gli altri membri i migliori auguri di successo nello svolgimento del difficile lavoro che si apprestano a svolgere. I vostri sforzi contano molto, non solo per la Sierra Leone, ma anche per tutta la comunità internazionale. Nelle vostre prerogative e convinzioni risiede la capacità di portare avanti le ragioni della giustizia penale internazionale, di mantenere i principi della responsabilità e della perseguitabilità, nonché di costruire un deterrente che si riveli in grado di scoraggiare altri leaders politici e militari dal dirigere e commettere in futuro altri atti atroci⁷.

Il settimo Rapporto annuale nota che

nel giudizio di appello contro i leader del Revolutionary United Front sono state mantenute contro tutti e tre gli imputati le accuse di “matrimoni forzati” e “attacchi contro le forze di pace”. Come sostenuto da colui che agiva in qualità di Pubblico Ministero al tempo, Joseph Kamara, “questa sentenza manda il messaggio che certe tattiche di guerra non rimarranno impuniti. Potrebbe valere da deterrente contro coloro i quali siano intenzionati a perseguire i loro obiettivi a spese degli innocenti”⁸.

Alla stessa maniera, in varie parti dei resoconti relativi ai processi contro Charles Taylor, Issa Hassan Sesay, Morris Kallon e Augustine Gbao, il concetto di deterrenza è stato sollevato dai giuristi nel contesto delle prove, delle testimonianze e in relazione alla questione dell’amnistia. Questo aspetto risalta chiaramente nella citazione che segue, di Hermer, che compare davanti al tribunale per conto di organizzazioni attive nel campo dei diritti umani quali The Redress Trust, The Lawyers Committee for Human Rights and International Commission of Jurists:

Tanto più e quanto più i tribunali regionali, com’è successo finora, cercheranno di mantenere le amnistie, invece di proclamare con fermezza la proibizione delle amnistie e l’obbligo di perseguire i crimini, meno possibilità di deterrenza sussisteranno per le generazioni future di criminali. Di conseguenza, il dovere di ogni tribunale non è soltanto quello di occuparsi dei problemi immediati, ma anche di volgere uno sguardo ai problemi futuri. Ed è nostra convinzione che quando si prende una posizione ferma, si agisce nell’interesse delle future potenziali vittime⁹.

⁷ Secondo Rapporto annuale del presidente del Tribunale speciale per la Sierra Leone, 1° gennaio 2004-17 gennaio 2005, p. 5.

⁸ Settimo Rapporto annuale del presidente della Corte speciale per la Sierra Leone, giugno 2009-maggio 2010, p. 27.

⁹ The Special Court for Sierra Leone (SCSL), Case n. 2003-07-PT, November 3 2003, p. 82.

Dawn L. Rothe, Isabel Schoultz

Sulla stessa falsariga, troviamo affermazioni simili nel corso dei processi condotti dall'ICTY nel caso *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*. Nella Relazione separata del giudice Schomburg:

Sono anche pienamente convinto, all'interno dei margini determinati dalla colpa individuale dell'appellante, della necessità di porre particolare enfasi sul principio della deterrenza generale (...) in particolare quando si tratta di prevenire i comandanti militari che operano in simili circostanze dal commettere in futuro crimini dello stesso genere¹⁰.

Un discorso simile si trova nelle trascrizioni e nei rapporti del ICC in riferimento al caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*:

Testimone: Okay. Vorrei dire che, alla luce della mia esperienza, le istruttorie e i processi dell'ICC vengono seguiti con grande interesse nel campo giuridico. L'effetto deterrente di questi procedimenti viene già avvertito da una molteplicità di gruppi armati che trattano con l'ONU il rilascio di bambini attivi nei loro ranghi e cessano ogni nuovo reclutamento¹¹.

Lo stesso dicasi per il caso *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*:

A giudizio della Corte, l'analisi della gravità ulteriore fornita dall'articolo 17(1)(d) dello Statuto in relazione al *Preambolo* dello Statuto stesso porta alla conclusione che questa soglia addizionale di gravità rappresenta uno strumento chiave fornito dagli estensori del testo per massimizzare l'effetto deterrente del tribunale. Di conseguenza, la Corte deve concludere che ogni effetto retributivo delle attività del tribunale va subordinato allo scopo più alto della prevenzione. (...) La Corte ritiene che l'applicazione di questi tre fattori sia il risultato del fatto che queste persone, oltre ad essere ai vertici dello Stato, di organizzazioni o gruppi armati presunti responsabili della commissione sistematica o su larga scala di crimini all'interno della giurisdizione del tribunale, svolgono un ruolo primario attraverso atti e omissioni nella commissione dei crimini, e sono quelli che possono effettivamente prevenire o fermare la commissione di questi. (...) È convincimento della Corte che soltanto concentrandosi su questa tipologia di individui l'effetto deterrente delle attività del tribunale può essere massimizzato, affinché altre figure prominenti sappiano che soltanto facendo il loro meglio per prevenire la commissione sistematica o su larga scala dei crimini sotto giurisdizione del tribunale possono essere sicuri di non venire perseguiti¹².

¹⁰ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case n. IT-95-14-A (July 29 2004, p. 260).

¹¹ ICC, Caso n. 01/04-01/06, Trascrizione 7 gennaio 2010, pp. 9-10.

¹² ICC, Caso n. 01/04-02/06-20-All.2, 21 luglio 2008, pp. 22-4.

Ciò implica la convinzione che l'elemento di prevenzione speciale verrà allora utilizzato come deterrente generale, come dice l'avvocato Akinibote, rappresentante legale delle vittime nel caso *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*:

Mi hanno chiesto anche di riferire a questo tribunale in merito al fatto di, qualora il verdetto non fosse quello della condanna, come potrebbero i futuri autori di questi crimini efferati ricevere un messaggio deterrente rispetto alle loro intenzioni. Che questo caso debba servire da deterrente per altri, che si sappia che il mondo non è più disposto a tollerare questo tipo di massacri delle forze di pace¹³.

Come mostrano questi pochi esempi, i procedimenti della giustizia penale internazionale sono ispirati da un forte convincimento relativamente al loro aspetto deterrente. È necessaria una discussione sui fondamenti teorici ed empirici di tale convincimento. Prima di affrontare l'effettività potenziale o "reale" della deterrenza in generale, nella fattispecie in relazione ai crimini di Stato, dobbiamo svolgere un'analisi dettagliata del dibattito criminologico sulla deterrenza. La criminologia, in fondo, in quanto disciplina scientifica, ha impiegato una consistente dose di energie per lo studio della desistenza; di conseguenza, ricopre una posizione ottimale per esaminare le possibilità teoretiche di questi avvenimenti.

3. Il dibattito criminologico sulla deterrenza

La filosofia della deterrenza deriva dalla scuola classica che ritiene l'uomo un attore razionale (anche nei legami), nonché edonista, che compie le sue scelte sulla base del calcolo dei costi e dei benefici, con lo scopo di massimizzare il piacere ed evitare il dolore. Data questa premessa, la legge avrebbe la funzione di guidare il processo decisionale razionale. Dopo tutto, la Stato di diritto si fonda sulla premessa della nozione di ordine sociale e sulla comprensione che le leggi che sottendono il contratto sociale fungono da deterrenti generali e speciali. Ne consegue che le leggi vengono viste come meccanismi di controllo e deterrenza della criminalità (D. L. Rothe, C. W. Mullins, 2010; C. W. Mullins, D. L. Rothe, 2010). I processi aventi ad oggetto queste violazioni servono da deterrente speciale per i rei e da deterrente generale per gli altri, rafforzando le norme esistenti attraverso l'esempio. La deterrenza si configura, quindi, come un modello per ottenere l'obbedienza e – ci permettiamo di suggerire – una politica più che una filosofia, che si regge sulle teorie della scelta razionale. Inoltre, quasi tutta la ricerca esistente sulla deterrenza è impenniata generalmente

¹³ ICC, Caso n. 02/05-02/09, Trascrizione 19 ottobre 2009, p. 36.

sui crimini di strada o nazionali. Questa branca della ricerca, di fatto, ha mostrato risultati contraddittori a proposito dell'effetto deterrente. Uno dei temi principali riguarda l'assunto secondo cui gli attori sono razionali (compresa la razionalità che viene dai legami). Si dà per scontato che gli esseri umani siano razionali, un assunto molto discusso, specialmente nel contesto di certi crimini come gli omicidi, che, come è stato empiricamente dimostrato, vengono commessi più sotto un impulso emotivo che in seguito ad un calcolo. In questo modo, non si lascia spazio alla presa in considerazione di decisioni irrazionali. Se consideriamo che gli scienziati sociali e i filosofi hanno dibattuto a lungo sulla natura umana, presentando gli esseri umani alcune volte come razionali, altre volte come esseri irrazionali, ogni assunto fondativo, utilizzato come punto di vista *a priori*, esclude il punto di vista alternativo.

Ad esempio, Vilfredo Pareto (1991) sosteneva che gli uomini non sono esseri razionali che producono azioni razionali. Tuttavia, gli esseri umani hanno la necessità di giustificare le loro azioni come il frutto della logica e della razionalità. Perciò inventano ragioni logiche *a posteriori* per giustificare i loro comportamenti. Gli esseri umani «desiderano rappresentare le azioni involontarie come volontarie e le azioni non-logiche come logiche, inventando ragioni stranamente immaginarie, che utilizzano per auto-ingannarsi e per ingannare gli altri in merito ai veri motivi delle loro azioni» (*ivi*, 35). Inoltre, assumere in modo così rigoroso che la natura umana sia prettamente razionale porta ad ignorare le variabili strutturali e contestuali che sottendono il processo decisionale individuale (ad esempio, le pressioni ogranizzative e culturali)¹⁴. Detto questo, c'è ragione di credere che il pensiero basato sul calcolo razionale sia influenzato dalla posizione sociale in cui il soggetto si trova¹⁵.

Come ha mostrato la ricerca criminologica, i soggetti che ricoprono una posizione a rischio hanno maggiori possibilità di desistere o di trattenersi dal commettere azioni criminali. Di conseguenza, le *potenzialità* della deterrenza di risultare efficaci a livello internazionale potrebbero non essere di vasta portata. La ricerca sui reati di strada ha dimostrato che la posizione e lo *status* sociale influenzano notevolmente la deterrenza. Per quanto spesso siano un'espansione di modelli semplicistici, basati sulla teoria della scelta razionale, questi modelli mettono in luce come posizioni

¹⁴ Cfr. R. C. Kramer, R. J. Michalowski (2006); R. J. Michalowski, R. C. Kramer (2006); A. Smeulers (2008); Marshall (2010); C. W. Mullins, D. L. Rothe (2010); D. L. Rothe, C. W. Mullins (2010).

¹⁵ Cfr. R. Paternoster, S. Simpson (1992); M. C. Stafford, M. Warr (1993); R. Paternoster, A. Piquero (1995); A. Piquero, R. Paternoster (1998).

sociali diverse possano condurre gli individui a calcolare i costi e benefici in maniera diversa. In sintesi, si parte dall'assunto che più gli individui hanno da perdere, maggiore è la probabilità che desistano o rifiutino di intraprendere condotte criminali, poiché il costo in termini assoluti sarebbe più alto. Questo porterebbe a dedurre che tra coloro i quali hanno maggiori probabilità di violare il diritto internazionale ci siano anche quelli più suscettibili alle sanzioni internazionali, dato “quello che hanno da perdere” – vale a dire il loro *status sociale e politico* (D. L. Rothe, C. W. Mullins, 2010).

Inoltre, vi è una serie di altre variabili che hanno guadagnato un importante sostegno empirico in relazione alla deterrenza e ai crimini di strada: la certezza, la legittimità della legge e, ancora più importante, la percezione individuale delle prime due. La ricerca ha riscontrato che il principale deterrente è la certezza, sia per quel che concerne i crimini di strada sia per i reati dei colletti bianchi¹⁶. Quando gli individui vengono a sapere che gli autori di reati identici o simili non sono stati puniti si mostrano più inclini a votarsi ad una condotta criminale. Come abbiamo già avuto modo di notare, la percezione individuale costituisce un elemento centrale al pari della “conoscenza assoluta”, ovvero del sapere con certezza che chi ha commesso reati dello stesso tipo o similari non è stato punito. In altri termini, quando i rei non percepiscono la probabilità di essere puniti, allora i disincentivi a violare la legge saranno minimi, indipendentemente dalla celerità e dalla proporzionalità della pena in oggetto. Tuttavia, al di là della certezza percepita, conta la questione relativa alla legittimità. Persino sul piano dei reati di strada bisogna che sia la legge sia gli organi deputati al controllo siano percepiti come legittimi.

In fondo, è fin dagli anni Trenta del secolo scorso che le teorie criminologiche, a partire dalla teoria dell'associazione differenziale elaborata da Edwin Sutherland, hanno messo in rilievo come la definizione della legge come favorevole o sfavorevole da parte dell'individuo svolga un ruolo cruciale all'interno del processo decisionale che porta a violare la legge o ad astenersi dal farlo. Per quanto Sutherland non consideri le definizioni sfavorevoli della legge come questioni di legittimità, si tratta della stessa cosa: non considerare legittima una legge, significa vederla come sfavorevole. Qualora ritengano che una legge non deve essere obbedita, gli individui non la considereranno come una restrizione propria e legittima del comportamento. Le ricerche condotte in materia di crimini dei colletti bianchi hanno mostrato come il

¹⁶ Cfr. C. E. Kubrin, M. D. Krohn, T. D. Stucky (2009); D. L. Rothe, C. W. Mullins (2010).

miglior indicatore statistico della deterrenza (non commettere un’azione deviante) sia la convinzione individuale che la restrizione legale in vigore sia legittima e moralmente valida. Se la convinzione che la legge sia sfavorevole si combina con la *percezione* che i rischi di essere scoperti e della pena potenziale siano bassi, la funzione della deterrenza generale viene negata (*ivi*; C. W. Mullin, D. L. Rothe, 2010).

Combinando la legittimità con la deterrenza, l’esistenza della legge può essere definita come un deterrente generale soltanto se la legge viene vista favorevolmente da coloro che sono assoggettati alla sua autorità, nonché quando viene *percepito* a livello individuale che esiste la certezza di essere scoperti e chiamati a rispondere delle proprie azioni (R. Wright, S. Decker, 1994; N. Shover, B. Henderson, 1995; N. Shover, D. Honaker, 1992). Ad esempio, se la minaccia percepita di essere scoperti è forte, la legge specifica non deve essere necessariamente considerata legittima. D’altro canto, se la legge viene vista come legittima, la percezione di essere scoperti avrà un impatto minore, in quanto la convinzione interiorizzata nella legittimità può fungere da meccanismo di auto-controllo. Questo processo è stato definito come deferenza basata sulla legittimità. Se mancano entrambe le variabili, la deterrenza non ha alcuna effettività. Inoltre, i lavori più recenti nel campo degli effetti deterrenti della legge sui reati di strada hanno evidenziato l’esistenza di una serie lacune nelle tradizionali concezioni della deterrenza. In generale, sia nella definizione che nella misurazione, gli studiosi hanno seguito la tendenza a considerare la deterrenza come una condizione binaria. Un reo commette o non commette un reato. Tuttavia, la minaccia di una punizione legale (percepita indipendentemente dalla legittimità della legge e delle agenzie del controllo) può influenzare le modalità di commissione di un reato, generando una deterrenza situazionale (*ivi*).

Dato quanto discusso in questo paragrafo, la questione della deterrenza si unisce alla questione relativa alla sua applicabilità a livello internazionale, specialmente per i capi di Stato e per gli esponenti di alto rango del governo o degli apparati di Stato, visto che il fondamento empirico della deterrenza, a livello nazionale, risulta contradditorio e debole. Il paragrafo successivo analizza, quindi, i fattori deterrenti più significativi relativamente ai crimini di Stato.

4. Deterrenza, capi di Stato e ufficiali di alto rango

Se tentiamo di applicare le variabili che vengono associate alla deterrenza nel caso dei reati di strada (percezione individuale, certezza e legittimità) agli autori dei crimini di Stato, notiamo che l’effetto deterrente, nella maggior parte dei casi, viene vanificato da questioni più vaste, legate al sistema

giudiziario penale internazionale. Tra queste vi sono la complementarietà della giurisdizione, la selettività delle accuse, la questione della legittimità delle istituzioni di controllo, la questione del potere e della politica. Inoltre, bisogna considerare che la razionalità può essere messa in ombra da sentimenti ideologici, religiosi, nazionalistici e, a un livello più basso, dal potere e dalla politica. Infine, l'analisi in termini di costi-benefici, in un contesto di alto livello di razionalità, potrebbe non essere così efficace o potrebbe non assomigliare ad una situazione binaria, dato che si scontra con considerazioni morali radicate nella situazione e nella struttura specifica di riferimento. Ciò nonostante, se trascurassimo questa considerazione e tornassimo alla premessa che la deterrenza può funzionare, che i capi di Stato ed altre alte autorità che architettano le violazioni della legge sono esseri razionali e non rischierebbero il loro *status* sociale o la loro posizione, potremmo decidere di prendere in considerazione gli altri elementi che si ritiene entrino in gioco per rendere concreto il principio della deterrenza generale (D. L. Rothe, C. W. Mullins, 2010).

L'argomento della percezione individuale entra in gioco per i crimini di Stato, così come per i reati di strada. Chi commette atrocità non sempre *percepisce* la legge internazionale come una minaccia legittima o quantomeno credibile in grado di perseguire i propri atti, soprattutto per via della storia delle impunità e delle tattiche diffuse che vengono impiegate per negare i fatti (propaganda, pressioni politiche, negazioni plausibili e tecniche di neutralizzazione). Queste tattiche sono state rafforzate dalle decisioni giudiziarie e dalle regole internazionali, in particolare nel caso delle decisioni plausibili e delle responsabilità da comando. In ultima analisi, le negazioni plausibili rappresentano una pratica politica ed una filosofia, da non confondere col concetto legale di *cecità volontaria*, attraverso cui gli individui tentano di evitare ogni responsabilità penale o civile mettendosi in una posizione tale da rendersi inconsapevoli dei fatti che li renderebbero responsabili.

Consideriamo il procedimento a carico di Tihomir Blaškić, dove si stabilì un precedente rispetto alla questione della responsabilità da comando, in grado di avere effetti nelle sentenze successive di casi analoghi, per cui la questione della responsabilità da comando venne risolta sulla base di un'interpretazione che amplia la possibilità dei capi di utilizzare la tecnica summenzionata¹⁷. L'articolo 7 (3) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia affermava che, qualora i crimini fossero stati commessi da un subordinato, il superiore non sarebbe stato sollevato

¹⁷ Case n. IT-95-14-A, July 29 2004, p. 260.

dalle sue responsabilità se *avesse saputo* o *avesse avuto ragione di sapere* che il suddetto subordinato aveva commesso o stava per commettere tali atti e se il superiore non avesse preso misure ragionevoli per prevenirli e punire gli autori. Siamo di fronte a *sapeva* e *avesse saputo*, oltre al criterio *aveva ragione di sapere* basato sul possesso di informazioni. Ciò nonostante, il significato di *aveva ragione di sapere* è stato oggetto di interpretazioni controverse nei casi di competenza dell'ICTY, quali *Prosecutor v. Delalic et al (the Celebici case)*¹⁸ e *Prosecutor v. Blaškić*. Se la Camera d'assise del processo Blaškić ha ritenuto che l'*aveva ragione di sapere* dello statuto imponeva di trovare un significato più forte dell'abituale *avrebbe dovuto sapere* rispetto al concetto di *mens rea*, la Camera d'appello ha adottato un'interpretazione più blanda della responsabilità da comando, sostenendo che dovrebbe essere applicata soltanto quando una persona ordina un atto o un'omissione con la consapevolezza che sussista la sostanziale probabilità che un crimine venga commesso al momento in cui si esegue quel preciso ordine, dichiarando così Blaškić non colpevole:

All'inizio di questo procedimento, la Camera d'appello ha affermato che la Camera d'assise aveva fornito un'interpretazione errata dell'elemento mentale "aveva ragione di credere" (...) di conseguenza, la Camera d'appello, applicherà il parametro legale *corretto* per determinare se l'appellante aveva motivo di essere a conoscenza dei crimini commessi nella zona di Ahmici il 16 aprile 1993 (...). La Camera d'Appello ritiene che l'elemento mentale "aveva ragione di credere", così come viene articolato dallo Statuto, non implica automaticamente il dovere di ottenere informazioni necessarie¹⁹.

Date le ricerche empiriche esistenti sui crimini di Stato, questa decisione mette in discussione l'ulteriore realtà della mancanza di potenziale necessario all'effetto deterrente, dato il catalizzatore adottato da questi attori per mettere in atto forme di negazione e assicurarsi l'impunità. Inoltre, un'analisi delle trascrizioni mostra che sussistono forti ragioni per credere che Blaškić abbia utilizzato con successo il principio della negazione plausibile, che ha poi portato alla decisione della Corte (D. L. Rothe, 2009).

L'utilizzo di tattiche come quella della negazione plausibile da parte dei capi ha rafforzato la necessità di istituzioni deputate al controllo internazionale che possano intervenire per stroncare non solo l'abuso della pratica ma anche quello della convinzione dell'impunità. Tuttavia, la strada

¹⁸ *Prosecutor v. Delalic et al (the Celebici case)*, Case n. IT-96-21-T, November 16 1998.

¹⁹ *Prosecutor v. Tibomir Blaškić*, Appeals Chamber Decision, PIS/PA188e, July 22 2004, par. 405, p. 406.

verso questi avanzamenti viene resa impervia non soltanto dalle difficoltà procedurali e finanziarie, ma anche da decisioni come quelle discusse in precedenza: in particolare, quelle relative alla *mens rea* e alla responsabilità da comando. In ultima analisi, gli studi empirici sulla deterrenza generale hanno individuato nella certezza percepita e reale la variabile più determinante. Quando la certezza si indebolisce e viene messa in discussione, la deterrenza generale non gode più di alcun supporto empirico. Quando ciò si verifica, il tribunale non funziona più né come deterrente generale, né come deterrente speciale.

Inoltre, quando i regimi e i funzionari di alto rango percepiscono sfavorevolmente le leggi penali internazionali o non vi colgono alcuna minaccia di persecuzione penale, la funzione della deterrenza viene negata e la stessa legittimità delle istituzioni di controllo ne esce indebolita.

È stato questo il caso dell'ex *attorney general*²⁰ di George W. Bush, che ha dichiarato che la Convenzione di Ginevra e il diritto internazionale sono “antiquate e obsolete”. Di conseguenza, certi comportamenti vengono giustificati, neutralizzati o razionalizzati nello sforzo di legittimare l’illegitimo, le condotte criminali vengono riclassificate, riconfigurate (come per esempio nel caso dei *nemici combattenti*) oppure ri-etichettate per farle coincidere con una definizione della legge più favorevole (si vedano, ad esempio, le tecniche di neutralizzazione utilizzate nei casi di intervento umanitario), quando non platealmente negate sulla basse della percezione che siano poche, se non addirittura nulle, le possibilità di punire qualcuno o di fargli rendere conto delle sue azioni. Questo aspetto è venuto alla luce nei casi recenti che riguardano l’uso della tortura, delle *renditions*, dell’uso di Guantánamo per alloggiarvi i “nemici combattenti” da parte degli USA, o altre azioni illegali come l’aggressione e l’occupazione americana dell’Iraq, il sostegno al Lord’s Resistance Army in Sudan, la commissione di omicidi mirati da parte degli USA e di Israele, solo per citarne alcuni.

Inoltre, se il diritto penale internazionale non viene considerato legittimo, il potenziale della deterrenza generale diviene notevolmente meno incisivo e la funzione di deterrenza speciale meno efficace. La legittimità e la deterrenza sono legate tra loro anche attraverso il diritto legittimo ad intervenire. In altri termini, se le autorità che tentano di applicare le norme non vengono considerate legittime, la deterrenza viene facilmente indebolita. Anche in questo caso, fattori strutturali e culturali entrano in gioco dove il diritto internazionale può essere percepito come l’imposizione di un sistema occidentalizzato che non prende in considerazione le credenze e le pratiche di certi paesi (R. Sloane, 2007).

²⁰ Il Consigliere legale di Stato (N.d.T.).

Dawn L. Rothe, Isabel Schoultz

Inoltre, la giustizia penale internazionale è complementare e, in quanto tale, richiede la cooperazione volontaria da parte della popolazione, che in questo caso sarebbe la comunità politica internazionale. Questo aspetto ha un impatto anche sulla certezza percepita della punizione. In altri termini, se il diritto internazionale e la sua applicazione non sono effettivi o non vengono *percepiti* come una minaccia reale, o addirittura se possono essere manipolati attraverso accordi o manovre politiche, la deterrenza generale viene negata. Prendiamo in considerazione la “ri-elezione” del presidente sudanese Al-Bashir a un secondo mandato, il primo presidente ad essere rieletto mentre sulla sua testa pendeva un mandato di cattura internazionale, e la violenza sistematica ed i crimini commessi contro la popolazione non si prestano bene all’idea di deterrenza. Al di là del piano interno, le relazioni di Al-Bashir con gli altri capi di Stato africani, le accoglienze ricevute da parte di questi, oltre che dal presidente cinese Hu Jintao, a fronte del notorio mandato di arresto emesso dall’ICC, mettono in luce la debolezza della certezza e della legittimità percepite sia dai paesi africani, sia dalla Cina, nonché dallo stesso Al-Bashir. Inoltre, in questo caso, non soltanto la mancanza di cooperazione da parte di questi paesi che non lo consegnano all’ICC è una negazione della certezza percepita relativamente al perseguimento delle violazioni della legge, ma funge anche da caso di conoscenza diretta di continua impunità di un autore di violazioni del diritto penale internazionale.

La conoscenza diretta del fatto che queste leggi vengano utilizzate ed applicate selettivamente ha un ulteriore effetto negativo sulla funzione deterrente.

Basta solo considerare il vasto numero di crimini di Stato commessi nel corso del decennio precedente e dei relativamente pochi casi che sono stati soggetti a qualche forma di giustizia internazionale. Prendiamo in considerazione la specificità dell’ICTR e dell’ICTY e il limitato numero di casi di fronte all’ICC²¹, che si occupa soprattutto dei casi relativi all’Africa (molti dei quali evidenziano i crimini commessi da gruppi e milizie ribelli piuttosto che quelli ad opera dei capi di Stato e dei funzionari di alto rango), laddove altri paesi, compresi quelli che operano per l’applicazione del diritto penale internazionale, continuano a violare la legislazione penale nazionale e/o internazionale, nonché i diritti umani. Questo aspetto evidenzia nuovamente la funzione abbastanza limitata del principio della deterrenza speciale.

²¹ Dobbiamo riconoscere che esiste una serie di variabili che contribuiscono a questo aspetto, al di là della questione della selettività che include la debolezza dell’ICC, come le questioni della giurisdizione e delle capacità finanziarie e organizzative. Per una discussione articolata su questi aspetti in relazione alla deterrenza, *cfr.* D. L. Rothe, C. W. Mullins (2010).

5. Considerazioni conclusive

Tornando alle questioni di prevenzione generale e speciale, la letteratura criminologica evidenzia come la certezza e la legittimità della legge siano centrali affinché il potere deterrente sia davvero efficace. Tuttavia, questi argomenti, quando applicati ai crimini commessi dagli Stati, vengono complicati dalle decisioni dei giudici, dalle tecniche adottate dai capi di Stato, sia al momento della commissione dei crimini che dopo, dalla natura complementare del diritto penale internazionale e dalla selettività che ne discende: il risultato è che si riduce qualsiasi potenziale di un'effettiva percezione della certezza e della legittimità delle istituzioni deputate al controllo. Inoltre, questo aspetto viene rinforzato ulteriormente dalla conseguente conoscenza diretta della commissione di crimini internazionali dello stesso tipo da parte di altri soggetti, che continuano a rimanere impuniti, specialmente nel caso di paesi che hanno un forte peso politico ed economico. Da quanto abbiamo affermato, ne consegue che la speranza riposta nel peso della posizione sociale ne esce fortemente indebolita. Al di là di questo, la convinzione fondativa della scelta razionale che sta dietro la filosofia della deterrenza rimane discutibile sia a livello dei crimini di Stato che sul piano dei reati di strada, dato il contesto dei conflitti, delle ideologie, dei fattori religiosi e di una serie di altre condizioni strutturali che compongono la cornice del processo decisionale degli individui.

Di conseguenza, l'assunto che i sistemi penali internazionali o i futuri procedimenti contro capi di Stato e funzionari di alto rango costituiscano un (o serviranno da) deterrente generale, in modo da ridurre l'impunità, non si fonda su nessuna solida evidenza empirica o teorica aggiornata, né su alcuna ricerca criminologica sulla deterrenza. Quindi questo aspetto contraddice il discorso diffuso all'interno del sistema di giustizia penale internazionale che cerca di affermare l'effetto deterrente potenziale ed effettivo, sia generale che speciale.

Detto questo, la nostra speranza è che in un futuro relativamente prossimo avremo qualche prova dell'effetto deterrente verso i capi di Stato e qualche funzionario di alto rango. Vi sono, in verità, alcuni bagliori di speranza, anche se sono molto deboli, relativamente al vasto numero di crimini di Stato che viene commesso (ad esempio, dalla corruzione politica alle violazioni dei diritti umani su larga scala), per non parlare dei capi delle milizie e dei gruppi ribelli. Si prenda il caso della Colombia, dove l'indagine condotta dal pubblico ministero dell'ICC Ocampo ha scoperto che più di trenta esponenti del Congresso e lo stesso presidente Uribe erano coinvolti, sia direttamente che attraverso il sostegno finanziario, con le milizie paramilitari che commettevano atrocità a danno di civili colombiani. In seguito alle pressioni dell'ICC, che li ha "messi nella direzione giusta", e alla minaccia di un potenziale procedimento penale, l'*attorney general* colombiano Mario Iguaran ha affermato che «è necessario che la legge agisca (...) non si può

Dawn L. Rothe, Isabel Schoultz

continuare a permettere il fenomeno dell'impunità (...) dobbiamo perseguire la giustizia, procedere penalmente ed emettere sentenze, perché se non lo facciamo, il Tribunale penale internazionale busserà alla nostra porta»²². Per quanto sia potenzialmente una retorica simbolica o politica, si fa riferimento al potenziale della deterrenza al livello della giustizia penale internazionale.

Riferimenti bibliografici

- GOLDSTONE Richard J. (2000), *For Humanity: Reflections of a War Crimes Investigator*, Yale University Press, New Haven (CT).
- KRAMER Ronald C., MICHALOWSKI Raymond J. (2006), *The Invasion of Iraq as State-Corporate Crime*, in MICHALOWSKI Raymond J., KRAMER Ronald C., a cura di, *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*, Rutgers University Press, Piscataway (NJ), pp. 199-214.
- KUBRIN Charis Elizabeth, STUCKY Thomas Dain, KROHN Marvin D. (2009), *Researching Theories on Crime and Deviance*, Oxford University Press, Oxford.
- MARSHALL Katherine (2010), *Prevention and Complementarity in the International Criminal Court: A Positive Approach*, in "Human Rights Brief", 2, pp. 21-6.
- MICHALOWSKI Raymond J., KRAMER Ronald C., a cura di (2006), *State-corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*, Rutgers University Press, Piscataway (NJ).
- MULLINS Christopher W., ROTHE Dawn L. (2010), *The Ability of the International Criminal Court to Deter Violations of International Criminal Law: A Theoretical Assessment*, in "International Criminal Law Review", 10, 5, pp. 771-86.
- PARETO Vilfredo (1991), *The Rise and Fall of Elites: An Application of Theoretical Sociology*, Transaction Publishers, New Brunswick (NJ).
- PATERNOSTER Raymond, SIMPSON Sally (1992), *A Rational Choice Theory of Corporate Crime*, in SHOVER Neal, WRIGHT John Paul, a cura di, *Crimes of Privilege – Readings in White-Collar Crime*, Oxford University Press, New York, pp. 194-210.
- PATERNOSTER Raymond, PIQUERO Alex (1995), *Reconceptualizing Deterrence: An Empirical Test of Personal and Vicarious Experiences*, in "Journal of Research in Crime & Delinquency", 32, 3, pp. 251-86.
- PIQUERO Alex, PATERNOSTER Raymond (1998), *An Application of Stafford and Warr's Reconceptualization of Deterrence to Drinking and Driving*, in "Journal of Research in Crime & Delinquency", 35, 1, pp. 3-40.
- ROTHE Dawn L. (2009), *Judgment, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, July 2004, Case No. IT-95-14-A. Commentary*, in KLIP André, SLUITER Göran, a cura di, *Cases of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, vol. xx, Hart Publishing, Oxford, pp. 496-505.
- ROTHE Dawn L., MULLINS Christopher W. (2010), *Beyond the Juristic Orientation of*

²² Citazioni da *The Reckoning: The Battle for the International Criminal Court. A Documentary*, dir. by P. Yates, Skylight pictures 2009, sul quale cfr. <http://www.pbs.org/pov/reckoning/>.

- International Criminal Justice: The Relevance of Criminological Insight to International Criminal Law and its Control A Commentary*, in "International Criminal Law Review", 10, 1, pp. 97-110.
- SHOVER Neal, HENDERSON Belinda (1995), *Repressive Crime Control and Male Persistent Thieves*, in BARLOW Hugh D., a cura di, *Crime and Public Policy: Putting Theory to Work*, Westview Press, Boulder (CO), pp. 227-46.
- SHOVER Neal, HONAKER David (1992), *The Socially Bounded Decision Making of Persistent Property Offenders*, in "Howard Journal of Criminal Justice", 31, 4, pp. 276-93.
- SLOANE Robert (2007), *The Expressive Capacity of International Punishment*, in "Stanford Journal of International Law", 43, pp. 39-94.
- SMEULERS Alette (2008), *Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology*, in SMEULERS Alette, HAVEMAN Roelof, a cura di, *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Mortsel, pp. 233-66.
- STAFFORD Mark C., WARR Mark (1993), *A Reconceptualization of General and Specific Deterrence*, in "Journal of Research in Crime & Delinquency", 30, 2, pp. 123-35.
- WRIGHT Richard, DECKER, Scott (1994), *Burglars on the Job: Streetlife and Residential Break-ins*, Northeastern University Press, Boston.

Documenti giuridici

- ICC – Tribunale penale internazionale, Caso n. 01/04-01/06, Trascrizione 7 gennaio 2010.
- ICC – Tribunale penale internazionale, Caso n. 01/04-02/06-20-All.2, 21 luglio 2008.
- ICC – Tribunale penale internazionale, Caso n. 02/05-02/09, Trascrizione 19 ottobre 2009.
- ICC – International Criminal Court, Update, CICC Secretariat, New York, October 18 2000 (14th edition).
- Prosecutor v. Delalic et al (the Celebici case)*, Case n. IT-96-21-T, November 16 1998.
- Prosecutor v. Tibomir Blaškić*, Appeals Chamber Decision, P.I.S./PA188e, July 22 2004.
- Prosecutor v. Tibomir Blaškić*, Case n. IT-95-14-A, July 29 2004.
- Secondo Rapporto annuale del presidente del Tribunale speciale per la Sierra Leone, 1 gennaio 2004-17 gennaio 2005.
- Settimo Rapporto annuale del presidente della Corte speciale per la Sierra Leone, giugno 2009-maggio 2010.
- The Special Court for Sierra Leone, Case n. 2003-07-PT, November 3 2003.

Trattati

- Consiglio di Sicurezza ONU, Risoluzione 1315, 14 agosto 2000.
- Preambolo* allo Statuto di Roma dell'ICC, 12 luglio 1999A UN DOC/CONF.1833/51.
- Preambolo* al Tribunale penale internazionale per il Ruanda, 8 novembre 1994 s/RES/955.
- Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia.