

La criminalità organizzata nel diritto svizzero

Autore: Baiguera Altieri Andrea

In: Diritto civile e commerciale

Introduzione. Profili internazionalistici.

A livello internazionalistico, è << gruppo criminale organizzato un gruppo strutturato da tre o più persone, esistente da tempo e operante per il fine di commettere uno o più reati gravi per riceverne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale >> (Convenzione ONU contro la criminalità transnazionale organizzata). Molti Ordinamenti giuspenalistici occidentali hanno cercato di definire, in maniera tecnica, la criminalità organizzata. L'Art. 416 bis del Codice Penale italiano tenta di qualificare giuridicamente la << mafia >> nel senso tradizionale italo. La Legge 121/1998 della Repubblica Sudafricana parla di << bande criminali >>. In Francia la Legge 2004 - 204 dello 09/03/2004 indica espressamente quanti e quali delitti sono considerabili come << di stampo mafioso >>. Il Diritto Penale del Brasile usa l'espressione onnicomprensiva << squadriglie, bande organizzate o associazioni criminali di ogni tipo >>. Il Racketeer Influenced and Corrupt Organisation (RICO) del 1970, negli USA, si attaglia perfettamente alla malavita italo-americana del Novecento. L'Art. 467.1 del Codice Penale canadese richiama da vicino il comma 1 Art. 260 ter dello StGB svizzero.

La maggior parte degli Stati appartenenti all'Unione Europea ha ratificato la Convenzione di Palermo, che distingue assai bene tra un' associazione per delinquere non strutturata ed una vera e propria aggregazione mafiosa. E' Mafia, nel senso giuridico e non solo sociologico, soltanto un gruppo criminale non improvvisato o dilettantistico, bensì professionalmente organizzato come un' impresa. Del resto, l'acuta anti-socialità e la gravità dei delitti commessi potrebbe esulare dal campo precettivo del crimine gerarchicamente e sistematicamente organizzato (Art. 5 Convenzione di Palermo). Molto lucidamente, nei Lavori Preparatori, la Convenzione qui in parola parla di una vera e propria << cultura professionale nel

delinquere >> (CALDERONI 2010)

Profili di Storia del Diritto Penale federale svizzero

Secondo von ZWEHL & CESONI (2004), la prima definizione autentica dei lemmi << criminalità organizzata >> risale al TEJUS del 25/05/1973 (Trattato tra la Confederazione svizzera e gli USA sulla collaborazione giudiziaria in materia penale). L'Art. 6 TEJUS definiva il crimine organizzato come << un' associazione o un gruppo di persone costituita per un periodo relativamente lungo od indeterminato al fine di procurarsi o di procurare a terzi guadagni o altri vantaggi finanziari od economici con mezzi parzialmente o totalmente illegali nascondendo le proprie attività illecite alle autorità di perseguimento penale e cercando di pervenire a questi fini sistematicamente e metodicamente con la violenza o l'intimidazione, esercitando, direttamente od indirettamente, un' influenza sulla politica o sull'economia >>.

Un secondo archetipo dell'attuale Art. 260 ter StGB venne predisposto, nel Dicembre 1979, da una Commissione di Giuristi appositamente incaricata dal Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, il quale intendeva novellare il concetto di << associazione / gruppo per delinquere >> nel Diritto Penale federale elvetico. Tuttavia, tale Progetto legislativo del 1979 venne abbandonato dal Consiglio Federale, in tanto in quanto reputato contrario al tradizionale Garantismo svizzero, poiché << l'attività dello Stato [...] deve essere proporzionata allo scopo >> (comma 2 Art. 5 BV) e non v' è spazio per una Magistratura giustizialistica fondata sui malumori collettivi. Ciononostante, durante l'emergenza del terrorismo eversivo europeo, qualche progresso de jure condito si ebbe grazie alla Riforma parziale dello StGB dello 09/10/1986.

Alla fine degli Anni Ottanta del Novecento, i problemi del narcotraffico e del riciclaggio riaprirono il dibattito su una giuridificazione idonea in tema di criminalità organizzata. Tuttavia, anche questa volta, il Consiglio Federale, il 12/06/1989, non giunse ad una vera e propria Revisione dello StGB, perché <<certamente è giusto, a livello criminologico e criminalistico, porsi il problema del crimine organizzato, ma poi non si trova un accordo sulla definizione di tale concetto. E' una definizione troppo vaga per realizzare una condizione di punibilità conforme a criteri precisi >> (MCF del 12/06/1989 , FF 1989 II 961, pg. 989). Sempre tra la fine degli Anni Settanta e l'inizio degli Anni Ottanta del Novecento, i leading-cases Pizza Connection, Libanon Connection, Licio Gelli e Adnan Kashoggi << avevano rivelato il ritardo delle autorità svizzere nella loro presa di coscienza del pericolo che rappresentavano il crimine organizzato ed il riciclaggio di denaro. Inoltre, pesavano numerosi interventi parlamentari che domandavano di legiferare contro le organizzazioni criminali >> (Commissione d' Inchiesta Parlamentare 22/11/1989). Decisivi furono pure il Postulato della Commissione del Consiglio Nazionale dell'11/09/1989 (89.043) nonché il Postulato della Commissione di gestione del Consiglio Nazionale del 21/11/1989 (90.001). Sicché, in data 23/03/1990, il Consiglio Federale, nel nuovo Art. 305 bis StGB, decise finalmente di sanzionare il riciclaggio di denaro aggravato dalla presenza di contesti mafiosi, pur se rimaneva non definito cosa fosse, sotto il profilo penalistico, un << contesto mafioso >>.

Nel Maggio del 1991, tre Gruppi di Giuristi, convocati dal Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, presentarono un Avamprogetto di modifica dello StGB sulle tematiche delle organizzazioni criminali, della confisca, del diritto bancario di comunicazione e della responsabilità d' impresa. A parere di ZWEHL & CESONI (ibidem), i tre nodi problematici erano << poter punire i capi delle organizzazioni criminali, cui prima era impossibile in pratica imputare reati specifici ... accordare l'estradizione ... [e] incriminare, per atti commessi all'estero, un' organizzazione criminale esercitante le proprie attività in Svizzera >>. Ma la più grande conquista tecnica, nell'MCF del 30/06/1993, era l'utilizzo esplicito, preciso e circostanziato dei lemmi << organizzazione criminale >>. Era ormai vicina la grande Riforma di cui all'Art. 260 ter StGB.

Nel summenzionato Avamprogetto presentato nel Marzo 1991, si reputava come assolutamente necessario introdurre nello StGB quello che sarebbe poi stato l'Art. 260 ter StGB, soprattutto al fine del contrasto al commercio di stupefacenti, poiché << le minacce all'economia ed alla Democrazia provocate dall'introduzione di fondi illeciti e dalla corruzione cagionavano ripercussioni negative che si allargavano

ben oltre i danni diretti provocati dal crimine organizzato >> (von ZWEHL & CESONI, ibidem). Altrettanto basilare era ed è distruggere le gerarchie occulte delle mafie e confiscare i loro beni illegalmente acquisiti. Finalmente, il 30/06/1993, il Consiglio Federale, in uno storico Messaggio all'Assemblea Federale, proponeva l'adozione definitiva dell'Art. 260 ter StGB, nato e voluto per poter perseguire << un' organizzazione che tiene segreti la struttura ed i suoi componenti e che ha lo scopo di commettere atti di violenza criminali e di arricchirsi con mezzi criminali >> (comma 1 Art. 260 ter StGB). Inoltre, nell'MCF del 30/06/1993, il Consiglio Federale proponeva la seguente definizione autentica: << vi è criminalità organizzata allorquando un' organizzazione, funzionante quasi come un' industria internazionale, pratica una ripartizione molto precisa dei compiti e dispone di strutture ermeticamente chiuse, concepite in modo metodico e duraturo e che si sforza di realizzare guadagni molto elevati commettendo reati, pur partecipando all'economia legale. Per fare questo, tale organizzazione fa ricorso alla violenza, all'intimidazione e cerca di esercitare la propria influenza sulla politica e sull'economia. Essa presenta , generalmente, una struttura fortemente gerarchica e dispone di meccanismi efficaci per imporre le proprie regole interne. I propri protagonisti, inoltre, sono largamente intercambiabili >> (MCF - 30/06/1993). Ormai, il Legislatore Federale svizzero si era reso conto che bisognava proteggere, con una Normativa specifica, l'intera Macro-economia della Confederazione, minacciata da centinaia di Miliardi di fondi neri, che alteravano ed alterano i normali equilibri della concorrenza economica perfetta. Era indispensabile aprire la Giurisdizione federale elvetica alla collaborazione con gli altri Stati, direttamente o indirettamente lesi dai fenomeni mafiosi. Altrettanto importante è, nel comma 1 Art. 260 ter StGB, il lemma <<segretezza>> e l'attributo << segreto >>, che non va confuso con l'ordinaria << riservatezza >> degli intermediari finanziari. La segretezza assoluta del crimine organizzato, nel MCF del 30/06/1993, è intesa come una vera e propria << dissimulazione qualificata e sistematica >>, fondata su << codici d'onore >> impermeabili, grazie ai quali ogni reo dell'associazione poteva e può beneficiare di una solidarietà ben nascosta e totalmente anti-giuridica. Il crimine organizzato, nei Lavori Preparatori dell'Art. 260 ter StGB, è veramente e pericolosamente, << uno Sato nello Stato >>. Il pericolo di inquinamento dell'economia svizzera era ed è talmente elevato che il Consigliere Nazionale Paul Rechsteiner propose di introdurre, nel comma 1 Art. 260 ter StGB, il lemma << pericolosità >>, in tanto in quanto << la vera minaccia che costituisce l'infiltrazione nel mercato legale da parte del crimine organizzato risiede nella capacità [delle mafie] di sopprimere le regole del mercato, attraverso l'uso della corruzione e del riciclaggio, sino al punto di alterare la libera concorrenza. Sono questi i mezzi che permettono alla criminalità organizzata di esercitare la propria influenza sulla Politica e sulla Pubblica Amministrazione >> (MCF - 30/06/1993).

Interpretazioni giurisprudenziali.

L'Art. 260 ter StGB divenne oggetto di un BGE, per la prima volta, in un famoso Precedente del 27/08/1996, ripreso e confermato, nel corso dei decenni, da BGE 129 IV 271, BGE 131 II 162 nonché BGE 132 IV 132. A prescindere dai profili di merito, il Tribunale Penale Federale, nel 1996, specificò, a livello ermeneutico, che un'organizzazione criminale ex Art. 260 ter StGB << corrisponde ad una nozione più ampia di quella di gruppo o raggruppamento ai sensi dell'Art. 275 ter StGB o di banda ai sensi degli Artt. 139 comma 3 cpv. 1 e 140 comma 3 StGB. L'organizzazione criminale implica l'esistenza di un gruppo formato, generalmente, da più di tre persone, concepito per durare ... caratterizzato, come noto, dalla sottomissione totale alle regole interne, con una ripartizione delle mansioni, con l'assenza di trasparenza e con una grande professionalità nelle attività criminali ... si può paragonare anche ai raggruppamenti terroristici ... Questa associazione tiene segreta la propria struttura ... agisce con una dissimulazione qualificata e sistematica ... nasconde la propria struttura interna e la cerchia dei propri componenti e dei propri ausiliari >>.

Un secondo Precedente assai importante è il leading-case Abacha concluso con Sentenza definitiva lo 07/02/2005. Nel merito, il Generale e despota nigeriano Sani Abacha, suo figlio e 12 banchieri svizzeri avevano riciclato, a Ginevra, nel contesto dell'Art. 260 ter StGB, più di 700.000.000 di Dollari statunitensi. Il Tribunale Penale Federale, che citò, nelle Motivazioni del BGE, anche CORBOZ (2002), asserì che << per organizzazione criminale si intende, secondo l'Art. 260 ter StGB, l'associazione che tiene segreta la propria struttura e che reca il fine di procurarsi redditi con mezzi criminali Ora, la struttura costruita da Sani Abacha e dai suoi complici costituisce un'organizzazione criminale >> Il leading-case Abacha è stato contestato, nella Dottrina germanofona, da ENGWALD-DANNACHER (2009), secondo la quale il Tribunale Penale Federale, nel 2005, aveva confuso erroneamente un sistema politico dittatoriale con una cellula criminale segreta ed organizzata. Il Generale Sani Abacha, i suoi familiari, i suoi Avvocati ed i

complici nigeriani, tanto militari quanto parlamentari, non occultavano nulla, bensì essi effettuavano senza remore e con spregiudicatezza atti di corruzione, di concussione e di peculato, per poi riciclare il denaro dalla Nigeria al Canton Ginevra. Nulla era segreto, poiché l'intera opinione pubblica nigeriana sapeva che Abacha aveva costituito << uno Stato nello Stato ... per l'utilizzo a fini privati dei poteri pubblici ... come nel caso della Mafia in Italia, ogni uomo della strada nigeriano conosceva benissimo l'esistenza e la struttura dell'organizzazione di Abacha >> (ENGEWALD-DANNACHER 2009) Sarebbe stato più idoneo, dunque, utilizzare la Normativa elvetica ed internazionale in tema di corruzione transnazionale di Pubblici Ufficiali.

Altrettanto fondamentale è pure il leading-case Duvalier, chiuso in data 12/08/2009 con Sentenza passata in giudicato. Nel 1986, la Repubblica di Haiti domandò ed ottenne il blocco dei beni posseduti in Svizzera dal dittatore Jean-Claude Duvalier, che, successivamente, venne anche incriminato per i delitti pp. e pp. dall'Art. 260 ter StGB. Oltretutto, l'organizzazione criminale di Duvalier e dei suoi correi si era resa responsabile, durante il lungo regime dittatoriale ad Haiti, di crimini contro l'umanità e di gravi violazioni dei Diritti dell'Uomo, come torture, sequestri di persona, esecuzioni sommarie e reclusioni ingiustificate. Il Tribunale Penale Federale elvetico, nel 2009, decise di applicare a carico di Duvalier l'Art. 260 ter StGB, alla luce dei Precedenti assai simili contenuti in BGE 129 IV 271 e in BGE 132 IV 132. Sotto il profilo economico, il Bundesgericht riconobbe che << i peculati commessi ad Haiti sotto la Presidenza " a vita " di Francois e poi di Jean-Claude Duvalier sono una realtà evidente. Questi regimi dittatoriali hanno dato luogo ad una sottrazione sistematica dalle Casse della Repubblica di Haiti, a beneficio del Capo dello Stato, dei suoi familiari e dei suoi complici, che erano incardinati all'interno degli Enti pubblici >> (TPF - 12/08/2009). I predetti delitti patrimoniali in danno della Pubblica Amministrazione haitiana, inoltre, erano sussumibili entro il campo precettivo dell'Art. 260 ter StGB, in tanto in quanto, a parere del Tribunale Penale Federale, l'organizzazione criminale di Duvalier realizzava tutti i quattro elementi costitutivi di cui all'Art. 260 ter StGB, ovverosia : il numero non scarso di partecipanti, la gestione professionale degli introiti, la << regola del silenzio >> ed il fine illecito e doloso. Gli associati per delinquere del dittatore Duvalier abusavano del loro potere per riciclare denaro pubblico ed intestarlo alla famiglia del Presidente-despota. L'organizzazione costituita da Duvalier non era improvvisata o dilettantistica, bensì ben gerarchizzata, professionale nel delinquere e sistematica come una vera e propria impresa lucrativa. L'intero Dipartimento delle Finanze di Haiti, la Banca Centrale ed il Ministero dell'Interno erano pienamente sottomessi al potere assoluto ed omertoso della famiglia Duvalier, che aveva creato, ad Haiti, un clima di terrore, alimentato da feroci omicidi di massa e da violenze ordinate

direttamente dal Presidente a vita. Inoltre, come in tutte le associazioni << di stampo mafioso >>, alla morte di Francois Duvalier i meccanismi del sistema proseguirono senza sosta e senza modificazioni, sotto la dittatura del figlio Jean-Claude Duvalier, il che dimostra l'elevata efficienza della struttura criminale diretta dal c.d. << clan >> Duvalier. I Pubblici Ufficiali che declinavano l'ubbidienza venivano automaticamente torturati ed assassinati. Anche sotto il profilo finalistico, è pienamente confermata la precettività del comma 1 Art. 260 ter StGB, in tanto in quanto la violenza e le esecuzioni sommarie erano strumenti ordinari, benché illeciti, per poter veicolare senza alcun ostacolo il denaro pubblico su conti bancari privati svizzeri appartenenti ai Duvalier ed a molti Funzionari statali di Haiti. In buona sostanza, il Tribunale Penale Federale svizzero, citando espressamente il leading-case Abacha, ha reputato perfettamente applicabile l'Art. 260 ter StGB, poiché << i fatti qui menzionati sono conformi alle nozioni di partecipazione o sostegno ad un' organizzazione criminale nel senso dell'Art. 260 ter StGB. Questa valutazione è conforme alla Giurisprudenza, che considera tali le malversazioni sistematiche delle risorse di uno Stato da parte di un alto responsabile e da parte dei propri collaboratori (v. BGE 131 II 169, consid. 9.1 pg. 182) >>. In Dottrina, ZIMMERMANN (2009) concorda con le conclusioni reative al leading case Duvalier del 2009, poiché << la violenza politica era il mezzo per far rispettare la legge del silenzio ... [questa] organizzazione criminale era formata da personaggi che occupavano dei posti-chiave a livello politico ed economico. Essi avevano costruito dei meccanismi sofisticati che consentivano loro di realizzare guadagni importanti, utilizzando le tecniche del riciclaggio >>

Profili di Diritto Penale e di Diritto Processuale Penale.

A parere di PIQUEREZ (2006), la Parte Lesa, anche nel contesto dell'Art. 260 ter StGB, è << la persona fisica o morale che reputa di essere stata lesa, immediatamente e personalmente, nei propri diritti protetti dalla legge ed a seguito della commissione di un reato >>. Tuttavia, a livello giurisprudenziale, in BGE 123 IV 184 ed in BGE 120 Ia 220, il panorama interpretativo si complica allorquando sono lesi << interessi collettivi >>, nel senso che la lesione deve essere << diretta ed immediata >>. Dunque, sotto il

profilo esegetico, è sempre arduo stabilire e decidere come, se ed in che misura la << collettività >> sia o non sia Parte Lesa. In terso lugo, dal punto di vista codicistico, lo StGB svizzero contempla espressamente i casi di Parti Lese nel senso materiale, nel senso patrimoniale, nel senso religioso, nel senso razziale e nel senso procedurale, ma, anche in questi casi, esistono situazioni difficilmente interpretabili, come dimostrano le complicate fattispecie del riciclaggio di denaro, della minaccia e della falsa testimonianza (si vedano anche, a tal proposito, Precedenti assai complessi, come BGE 119 Ia 342, BGE 120 Ia 220, BGE 128 I 218, BGE 129 IV 322 e BGE 123 IV 184). Molte volte, manca << un rapporto di causalità naturale tra un avvenimento ed un comportamento delittuoso >> (BGE 128 III 180 e BGE 121 IV 207).

Nei Lavori Preparatori dell'Art. 260 ter StGB, il Consiglio Federale, aspramente criticato da STRATENWERTH & BOMMER (2008), afferma che la criminalità organizzata costituisce (rectius : costituirebbe) << un delitto contro la pace pubblica ... contro il sentimento di sicurezza dei cittadini ... il pericolo che rappresenta il crimine organizzato è quello di turbare la struttura stessa dell'economia e della democrazia, che deve essere protetta >>.

L'individuazione della << Parte Lesa >>, nel caso delle associazioni mafiose è nebulosa e difficile anche in una Sentenza del Tribunale Penale Federale emessa il 10/10/2007, ovverosia: << l'Art. 260 ter StGB proteggerebbe la pace pubblica. In realtà, la pace pubblica, in generale ed indirettamente, è protetta da tutte le norme penali, sicché l'Art. 260 ter StGB non tutela un bene giuridico specifico. Esso ha un fine preventivo nella misura in cui tenta di proteggere svariati beni minacciati da atti di violenza o da forme di arricchimento criminale >>. Anche in Dottrina, ARZT (2007), in sintonia con molti altri Autori germanofoni, parla di << aspetto astrattamente preventivo >> dell'Art. 260 ter StGB, il quale, in modo atipico ed eccezionale, << non prootegge alcun bene giuridico in particolare >>

Un ulteriore punto oscuro consiste nel capire se, nel contesto dell'Art. 260 ter StGB, la Parte Lesa sia, non sia o sia parzialmente lo Stato e la propria Pubblica Amministrazione. Nella Criminologia e nella Giuspenalistica svizzera, la risposta è stavolta affermativa. La criminalità organizzata, quindi tutti i fenomeni definibili come << mafiosi >> tolgono allo Stato denaro e risorse patrimoniali. E' danneggiato lo Stato ogniquavolta si altera l'equilibrio Macro-economico. La corruzione, la malversazione, la concussione, il peculato, le estorsioni e gli abusi di potere trasformano pienamente lo Stato in << Parte

Lesa >>, anzitutto e soprattutto dal punto di vista economico, pur se gli effetti del danno arrecato sono visibili soltanto nel lungo periodo.

L'Art. 73 comma 1 lett. b StGB impone di risarcire la Parte Lesa attraverso il Pignoramento dei beni che sono stati confiscati, ex Art. 72 StGB, a tutti i partecipanti di un gruppo organizzato conforme al modello strutturale e finalistico di cui al comma 1 Art. 260 ter StGB. Ora, è indispensabile ribadire che il risarcimento ex Artt. 72 e 73 StGB spetta anche allo Stato, che è anch' esso, a tutti gli effetti, Parte Lesa, nel Diritto Federale elvetico, come conferma tanto la Giurisprudenza quanto la Dottrina. Ora, BAUMANN (2007) afferma che l'Art. 41 del Codice delle Obbligazioni impone sempre il risarcimento di un danno materiale, poiché non avrebbe senso disgiungere la ratio della protezione della Parte Lesa dal meccanismo della responsabilità civile. Inoltre, si deve considerare che, nel contesto applicativo dell'Art. 260 ter StGB, lo Stato è danneggiato in modo triplice, ossia nel senso securitario, nel senso macroeconomico, ma pure nel senso patrimoniale. Tutto ciò premesso, lo Stato (rectius : la Pubblica Amministrazione) << quando ha subito un danno da parte dell'organizzazione criminale, ha pienamente diritto a far pignorare i beni confiscati, nella misura in cui tale danno deve essere risarcito >> (BAUMANN 2007)

BIBLIOGRAFIA

ARZT, Kriminelle Organisation, in Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei

(StGB 260 ter), vol. I, 2. éd., Schulthess Verlag, Zürich, 2007

BAUMANN, Ad Art. 73 StGB, in Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Helbing & Lichtenhahn, Zürich, 2007

CALDERONI, Organized Crime Legislation in the European Union, Springer, Berlin / Heidelberg, 2010

CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, Schulthess Verlag, Zürich, 2002

ENGEWALD-DANNACHER, Aufarbeitung von Staatsunrecht in rechtstaatlichen Grenzen ?

Revisionsbedarf des schweizerischen Einziehungrechts im Hinblick auf Potentatengelder,

Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag, 2009

PIQUEREZ, Traité de procédure pénale suisse, 2. éd., Schulthess Verlag, Zürich, 2006

STRATENWERTH & BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, BT II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. éd.,

Schulthess Verlag, Zürich, 2008

ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3. èd., Schulthess Verlag,

Zürich, 2009

(von) ZWEHL & CESONI, La Suisse, ou l'incrimination de l'organisation criminelle comme protection de la

place financière, in CESONI, Criminalité organisée: des représentations sociales aux

définitions juridiques, Paris- LGDJ, Genève-Georg, Bruxelles-Bruylant, 2004

<https://www.diritto.it/la-criminalita-organizzata-nel-diritto-svizzero-2/>