Il sequestro e la confisca: rapporti tra le “confische” e la determinazione del profitto confiscabile

di Tomaso Epidendio

1. Premessa: la dimensione plurale dei sequestri e delle confische.

La prima ormai banale constatazione da cui partire è la **dimensione plurale** sia dei **sequestri** (**probatorio, preventivo impeditivo** ex art 321, c.1, c.p.p., **preventivo finalizzato alla confisca** ex art. 321, c. 2, c.p.p., **conservativo**, sequestro **misura di prevenzione**) e delle **confische** la cui differenziazione tipologica risponde a **diversi parametri**:

genericità-specialità (a seconda che sia prevista solo in relazione a determinati reati tassativamente previsti),

obbligatorietà-falcoltatività (con importanti riflessi in rapporto al fallimento e ai diritti del ceto creditorio rappresentati dal curatore, laddove non si versi in casi in cui sia applicabile il codice Anti-mafia che prevede ormai una disciplina specifica),

natura giuridica (**sanzione, misura di sicurezza** in cui è in gioco la pericolosità della *res*, con importanti riflessi per i diritti dei terzi e la prescrizione, confische di **patrimoni sproporzionati**, in cui è in gioco appunto la proporzione, con importanti inversioni degli oneri probatori e **presunzioni di accumulo illecito**, temperati ormai dal principio della cd. “**ragionevolezza temporale**”, che dalle misure di prevenzione è transitato alla cd. confisca allargata),

carattere **diretto o per equivalente** (che in quest’ultima forma consente di prescindere dal requisito della pertinenzialità, ma assume secondo la giurisprudenza carattere sanzionatorio: occorre al riguardo tenere presente che, a seguito delle **Sez. un. Lucci** e - dopo la recente decisione resa dalle medesime **Sezioni Unite** alla scorsa udienza del **27 maggio 2021, RG 20290/2020, ric. C.L.**, qualora il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca viene eseguita, in ragione della natura del bene, mediante l’ablazione del denaro comunque rinvenuto nel patrimonio del soggetto fino alla concorrenza del valore del profitto medesimo e deve essere qualificata come confisca diretta e non per equivalente.

Dunque, a identici *nomina iuris*, corrispondono ormai istituti giuridici spesso profondamente differenziati, con **riflessi pratici** di una certa importanza per taluni equivoci spesso originati dal fatto che l’uso di una medesima “etichetta nominativa” – “sequestro” o “confisca” – porta talvolta a indebitamente estendere principi validi per talune tipologie di sequestri e confische ad altre molto diverse, trascurando le rispettive specificità.

Ma vediamo più specificamente quali siano i riflessi pratici di questa dimensione plurale: essa ha effetti di carattere “**processuale**” (ad esempio in ordine al rispetto del **principio della domanda**, alla applicabilità della **procedura prevista dal cd. Codice Antimafia** prevista per le **misure di prevenzione** e richiamata in larga parte per la **cd. confisca allargata** di cui all’attuale art. 240-bis c.p., che si pone in continuità normativa con il precedente art. 12 del dl), di carattere “**sostanziale**” (una stessa *res* può essere vincolata in base a diversi titoli che hanno presupposti tra loro diversi) e di carattere per così dire “**sostanzial-processuale**” (“ne bis in idem” in accezione convenzionale, rispetto a preclusioni tra una misura e l’altra che convocano anche il rispetto del “principio di proporzione”).

Questa dimensione plurale diventa poi una “**pluralità al quadrato**” quando si tratta di **sequestro preventivo finalizzato alla confisca**, perché alla peculiarità del sequestro preventivo devono aggiungersi le peculiarità della singola confisca che intende cautelare. Questo carattere è destinato ad accentuarsi a seguito della

recente decisione delle **Sezioni Unite** della Corte di cassazione, resa alla scorsa udienza del **24 giugno 2021 (RG 34497/2020, Ric. Ellade, depositata l'11 ottobre 2021)** che, ha adottato la soluzione affermativa rispetto alla necessità di una motivazione in ordine alla sussistenza del requisito del *periculum in mora* anche nel caso di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, salvo il caso di confisca obbligatoria ex art. 240, c. 2, c.p.p..

2. I sequestri finalizzati alle confische speciali in materia di abusi di mercato e reati societari e la determinazione del profitto confiscabile.

L'ambito dei reati societari e degli abusi di mercato è caratterizzato dalla presenza di confische speciali – cui possono finalizzarsi sequestri ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p. - tra le quali assumono particolare rilievo quelle previste dall'**art. 187 del d.lgs. n. 58 del 1998 (T.U. della Finanza)** e dall'**art. 2641 c.c.** per i reati societari.

2.1. Per quanto concerne la confisca speciale ex **art. 187-del T.U. della Finanza** deve immediatamente rilevarsi che la corrispondente confisca prevista dall'**art. 187-sexies** del medesimo testo unico per i correlativi **illeciti amministrativi** è stata incisa dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale di cui alla **sentenza n. 112 del 2019 della Corte costituzionale**, che ha **qualificato come sanzionatoria** tale confisca (confermando l'impostazione della sentenza n. 223 del 2018) e facendo applicazione del **principio di proporzione**, ha dichiarato l'illegittimità della disposizione sia nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge n. 62 del 2005, "*nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto*", sia nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4, comma 14, del d.lgs. n. 107 del 2018, "*nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto*", limitando così la confisca al solo profitto.

I principi stabiliti in questa sentenza paiono peraltro assumere rilevanza anche in ordine alle questioni poste dalla confisca ex art. 187 del TU. Infatti, la Corte costituzionale, in primo luogo, ritiene che l'eliminazione dell'**avverbio "sempre"** ad opera della citata legge n. 107 del 2018 non abbia innovato la disciplina e sia rimasta ferma l'"obbligatorietà" della confisca, conclusione che contrasta con il principio ermeneutico di divieto di interpretazioni *abrogantes*, ma che sembra funzionale alla conclusione relativa all'insussistenza dei presupposti per la **restituzione degli atti al giudice rimettente per ius superveniens** (legge n. 107 del 2018) e alla successiva qualificazione in termini di confisca sanzionatoria. Dall'altro, la medesima Corte ritiene che l'innovazione legislativa consistente nell'eliminazione del riferimento ai "**mezzi utilizzati per commettere il reato**", mantenendo però la confisca del "**prodotto**" del reato, manterrebbe inalterata la confisca obbligatoria dell'intero ammontare degli **strumenti finanziari acquistati da chi disponga di un'informazione privilegiata**, ovvero – nel caso in cui essi siano stati nel frattempo rivenduti – l'intero loro valore, **e non semplicemente il vantaggio economico realizzato mediante l'operazione finanziaria**, facendo propria la **nozione di "prodotto"** come "il risultato empirico dell'illecito, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquistate mediante il reato" quale precisato dalle **Sezioni Unite nel 2008 nella nota sentenza Fisia Italmimpianti** (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 27 marzo 2008, n. 26654) Di estremo interesse è poi il § 8.3.2 della motivazione dove la Corte costituzionale esprime e dà precise indicazioni ermeneutiche al giudice sulla **nozione di profitto** e sul **modo di quantificarlo** che vale la pena di riportare integralmente:

*8.3.2.– Il «profitto» è, invece, l'utilità economica conseguita mediante la commissione dell'illecito. Nelle ipotesi di **acquisto di strumenti finanziari**, il profitto consiste dunque nel risultato economico dell'operazione valutato nel momento in cui l'informazione privilegiata della quale l'agente disponeva diviene pubblica, calcolato più in particolare **sottraendo al valore degli strumenti finanziari acquistati il costo effettivamente sostenuto dall'autore per compiere l'operazione**, così da quantificare l'effettivo "guadagno" (in termini*

finanziari, la “**plusvalenza**”) ovvero, come nel caso di specie, il “risparmio di spesa” che l’agente abbia tratto dall’operazione.

Nelle ipotesi di **vendita di strumenti finanziari** sulla base di un’informazione privilegiata, il «profitto» conseguito non potrà invece che identificarsi nella “**perdita evitata**” in rapporto al successivo **deprezzamento degli strumenti**, conseguente alla diffusione dell’informazione medesima; e dunque andrà calcolato sulla base della **differenza tra il corrispettivo ottenuto dalla vendita degli strumenti finanziari, e il loro successivo (diminuito) valore**. Conclusione, questa, suggerita anche da un’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea dell’art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998, avuto riguardo in particolare al Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione: regolamento il cui art. 30, paragrafo 2, lettera b), impone agli Stati membri l’obbligo di prevedere «la restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate grazie alla violazione, per quanto possano essere determinati».

Per molto meno, in tempi passati, si sarebbero scatenate “guerre tra le Corti” di cassazione e costituzionale, in ordine alla rivendicazione dei propri limiti di competenza e alla riserva delle operazioni interpretative (addirittura spinte sino alla quantificazione) all’organo nomo-filattico, ma sino ad ora non sembra avvenuto e ciò, pare doversi ritenere, per una ragione connessa al **meccanismo della cd. “doppia pregiudizialità”** che, in base al più recente orientamento della Corte costituzionale (in particolare, sentenze n. 269 del 2017, n. 20 del 2019 e n. 63 del 2019 e la stessa n.112 del 2019), consente, in caso di contrasto di norme nazionali con norme UE direttamente efficaci che determinino la lesione di diritti fondamentali (stabiliti sia dalla Carta di Nizza sia dalla Costituzione), consente al giudice comune di procedere direttamente alla cd. “disapplicazione” oppure di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Nella specie la Corte costituzionale non ha ritenuto di procedere alla dichiarazione consequenziale di illegittimità costituzionale dell’art. 187 del TU della Finanza – né si è ovviamente occupata dei profili di sproporzione ancora più marcati che derivano dal possibile cumulo di sanzioni amministrative e penali oggetto del famoso trittico di sentenze della **Grande Sezione della Corte di Giustizia del 20 marzo 2018** (segnatamente CGUE, Grande Sezione, Menci C-524/15, Garlsson Real Estate SA e altri contro Consob C-537/16 e Di Puma contro Consob e Consob contro Zecca C596/16 e C-597/16).

Su tale parallela questione la **V Sezione penale della Corte di cassazione** ha emesso quattro importanti e recenti pronunce che hanno chiarito quali siano le ricadute delle citate sentenze delle Corti sovranazionali, anche nella lettura che di esse ha fornito la Corte costituzionale italiana: si tratta della sentenza Cass., Sez. 5, n. 49869 del 21/9/2018, Chiarion, Rv. 274604, Cass., Sez. 5, n. 45829 del 16/7/2018, Franconi, Rv. 274179; Cass. Sez. 5, n. 5679 del 19/11/2019, Erbetta, Rv. 275314; Cass., Sez. 5, Sentenza n. 39999 del 15/04/2019 - dep. 30/09/2019, Respigo, Rv. 276963, cui *adde* Cass., sez. V, caso Cremonini di recentissima pubblicazione).

Nelle sentenze Chiarion e Respigo si afferma che la proporzionalità della “sanzione integrata” – cioè quella complessivamente risultante dall’applicazione della sanzione formalmente amministrativa e penale – possa, non debba necessariamente, essere salvaguardata dal giudice comune attraverso la rimodulazione della risposta sanzionatoria, **anche mediante disapplicazione della norma penale (nella sua interezza**, quando eccezionalmente la sanzione amministrativa esaurisca l’intero disvalore del fatto) o nella parte in cui prevede il minimo edittale (quando sia necessario applicare una sanzione inferiore al minimo legale per assicurare la proporzionalità complessiva risultante dal doppio binario sanzionatorio) in conseguenza della riconosciuta efficacia diretta dell’art. 50 della Carta di Nizza. Nella stessa sentenza Chiarion (richiamata dalla sentenza Respigo) si sottolinea che la rimodulazione *in melius* della sanzione penale inflitta – cui può provvedere lo stesso giudice di legittimità quando abbia tutti gli elementi a ciò necessari – sia “eventuale” e conseguente a un apprezzamento di proporzionalità, del quale in tutte e quattro le sentenze di legittimità appena citate vengono indicati i parametri di cui si deve tenere conto, in particolare i parametri di cui all’art. 133 c.p.

(dovendo commisurarsi la reazione alla gravità dei fatti contestati e alla limitazione allo strettamente necessario, in modo da non risultare necessariamente onerosa per i soggetti sanzionati), il meccanismo compensativo dell'art. 187-terdecies TUF (anche mediante dichiarazione di non eseguibilità della multa, quando questa sia inferiore alla sanzione pecuniaria amministrativa già inflitta), la eventuale confisca che sia stata applicata.

Tali principi affermati dall'organo nomofilattico per il sistema del doppio binario, potrebbero essere estesi anche al principio di proporzionalità di cui all'art. 49 della Carta di Nizza, in considerazione del rilievo ad esso dato dalla Corte costituzionale anche in relazione alla giurisprudenza UE, per le norme sulla confisca, anche se, in considerazione della estrema delicatezza delle questioni implicate, non sembrerebbe inopportuno investire le Sezioni Unite della decisione.

In particolare, le indicazioni della Corte costituzionale a proposito della confisca per gli illeciti amministrativi, sulla limitazione e sui criteri di quantificazione del profitto confiscabile potrebbero (dovrebbero?) essere assunti quali parametri-limite del rispetto del principio di proporzionalità di doppio rilievo UE e costituzionale in sede di interpretazione e parziale disapplicazione (per contrasto UE) dell'art. 187 del TUF.

2.2. In ordine alla **confisca speciale di cui all'art. 2641 c.c.** – che prevede la confisca, anche per equivalente, del prodotto, o del profitto dei reati previsti dal relativo titolo del codice civile, parte della **precedente giurisprudenza di legittimità** che si era formata su di essa, sembra essere profondamente incisa, quanto meno per **alcuni reati presupposti**, dalle recenti sentenze delle Sezioni Unite in materia di sequestro preventivo finalizzato alla confisca e della stessa sentenza della Corte costituzionale sopra indicata.

Infatti, la Corte di cassazione (**Cass., Sez. 5, Sentenza n. 1991 del 29/11/2018 - dep. 16/01/2019, Rv. 274437**) aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641, comma 2, c.c., nella parte in cui sottopone alla confisca per equivalente i beni utilizzati per commettere il reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, di cui all'art. 2638 del medesimo codice, per violazione degli artt. 3, 27, 42, 117 Cost. (in relazione quest'ultimo all'art. 1 del primo protocollo addizionale CEDU e 17 e 49 CDFUE), considerando non sussistente la sproporzionalità fra la condotta punita da tale disposizione e la confisca per equivalente dei mezzi utilizzati per attuarla, proprio in base a un ragionamento che, oltre a discostarsi ed esprimere esplicito dissenso rispetto a quello della II sezione civile della Corte di cassazione che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale poi accolta nella sentenza n. 112 del 2019, sembra porsi in contrasto con le affermazioni contenute in quest'ultima sentenza della Consulta, ciò che apre a **possibili incidenti di legittimità costituzionale** o a **interpretazioni e disapplicazioni parziali conformi al principio di proporzionalità (ove si versi in ambito di materie di rilevanza comunitaria, cioè regolate da norme UE)** come in essa stabilito.

Neppure sembra che si possa mantenere inalterato – in considerazione dell'attrazione della materia nell'ambito di rilevanza comunitaria in base alla Decisione Quadro del 2003/568/GAI con tutte le relative conseguenze sopra viste – l'orientamento espresso da **Cass., Sez. 5, Sentenza n. 33027 del 26/05/2017 Cc. - dep. 06/07/2017, Rv. 270337**, secondo cui è soggetto alla confisca obbligatoria di cui all'art. 2641 cod. civ. e, pertanto, al sequestro preventivo, ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p., il bene utilizzato per commettere il reato di corruzione fra privati, dovendo attribuirsi tale qualifica con riferimento al momento storico del perfezionamento dell'accordo criminoso (e verificando che tale caratteristica sia stata mantenuta nel momento successivo dell'esecuzione dell'accordo) quale mezzo concretamente utilizzato dalle parti per far conseguire ad uno dei soggetti indicati dall'art. 2635 cod. civ. l'utilità illecita, indipendentemente dal fatto che il bene stesso non sia strutturalmente funzionale alla commissione del reato e che successivamente ad essa non abbia conservato una destinazione illecita, affermazione relativa a una fattispecie di sequestro

finalizzato alla confisca di un immobile acquistato dal corrotto con mutuo proprio, allo scopo di farne oggetto di un contratto di locazione stipulato con il corruttore che prevedeva la corresponsione di canoni superiore ai ratei mensili di mutuo, consistendo proprio in tale differenza il prezzo del reato di cui all'art. 2635 cod. civ.; nella circostanza, la S.C. ha ritenuto legittimo il diniego di restituzione dell'immobile anche dopo il venir meno del contratto di locazione, osservando che tale tipo di sequestro richiede solo l'esistenza del nesso strumentale, anche occasionale, fra la "res" e la perpetrazione del reato, e non esige invece alcun rapporto di stabile asservimento della cosa alla commissione del reato che si traduca in una prognosi di pericolosità connessa alla sua libera disponibilità. Quest'ultima conclusione è poi **fondata su una non necessità per il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, di una motivazione sul *periculum in mora*, che ormai contrasta con le precisazioni delle Sezioni Unite del 24 giugno 2021 (RG 34497/2020, Ric. Ellade.**

Non vi sono invece ragioni sopravvenute che si oppongano ai principi affermati in materia di **sussidiarietà della confisca per equivalente**, quali espressi da **Cass., Sez. 5, Sentenza n. 6391 del 04/02/2021 - dep. 18/02/2021, Rv. 280535**, secondo cui il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di valore, per la sua sussidiarietà alla confisca diretta ai sensi dell'art. 2641 cod. civ., è subordinato alla impossibilità, anche solo transitoria e reversibile, di individuare e apprendere i beni costituenti il prodotto, profitto o strumento del reato.

3. La sequestrabilità e la confiscabilità dei beni di pertinenza di un ente.

Quid iuris però quando i **beni** siano di **pertinenza di un ente**? Qui entra in gioco la disciplina (**d.lgs. n. 231 del 2001**) in materia di responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato e i **rapporti** della **confisca** in essa prevista rispetto a quelle previste **in materia penale in senso stretto**. Come noto, infatti, il d.lgs. n. 231 del 2001 prevede, tra le altre confische, la **confisca sanzione generale** (applicabile cioè alla generalità degli illeciti dipendenti da reato) di cui all'art. 19, **obbligatoria** del prezzo o del profitto del reato, anche per equivalente. Dunque, ove il reato societario o di abuso di mercato sia incluso tra quelli presupposto dell'illecito da esso dipendente attribuibile all'ente (in presenza della posizione qualificata dell'autore, dell'interesse o vantaggio dell'ente alla sua commissione e della mancata implementazione di modelli organizzativi idonei a prevenirli) l'ente può essere assoggettato a confisca dei suoi beni a tale titolo.

Nel caso degli abusi di mercato, però, la situazione è più complessa in quanto l'art. **187-quinquies del T.U.** della finanza – che ha introdotto la responsabilità degli enti per la “violazione dei divieti” previsti dagli artt. 14 e 15 del regolamento UE n. 596/2014 (cioè **abuso e comunicazione di informazioni privilegiate ed effettuazione o tentativo di manipolazioni di mercato**) – stabilisce sostanzialmente un'autonoma disciplina (con particolari e più severe determinazioni ad esempio della pena pecuniaria) richiamando solo gli artt. 6, 7, 8 e 12 del d.lgs. n. 231 del 2001 e non anche l'art. 19 sulla confisca, per la quale deve applicarsi la disciplina dell'art. 187-*sexies* (già prima esaminato), in quanto riferito a tutti i casi di applicazione di “sanzioni amministrative” previste dal capo, dunque anche quelle all'ente, quale stabilite dal precedente art. 187-*quinquies*, che ormai parla espressamente di punizione con sanzione amministrativa.

D'altro canto, la stessa legge n. 62 del 2005 che ha modificato il T.U. della Finanza, ha introdotto **nel d.lgs. n. 231 del 2001, l'art. 25-*sexies***, che stabilisce la responsabilità degli enti per i reati previsti nella parte V, titolo I-*bis*, del TU della Finanza – anche qui con un'autonoma determinazione della pena pecuniaria, diversa peraltro dalla corrispondente del TU della Finanza – alla quale si applica pienamente la disciplina sulla confisca del d.lgs. n. 231 del 2001 e, quindi, anche l'art. 19.

Si viene, quindi, a creare una sorta di “doppio binario” al quadrato per la confisca a carico degli enti: illecito amministrativo e penale per le persone fisiche, illecito dell'ente dipendente da reato di *market abuse* e illecito dell'ente dipendente dall'illecito amministrativo in tema di *market abuse*, figura sostanzialmente inedita e ibrida quest'ultima, non priva di alcune difficoltà di coordinamento, posto che solo l'art. 19 del d.lgs.

n. 231 del 2001 fa salve le restituzioni al danneggiato e solo l'art. 187-sexies del TU della Finanza pone la limitazione secondo cui "[I]n nessun caso può essere disposta la confisca di beni che non appartengono ad una delle persone cui è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria", disposizione quest'ultima alla quale sembra difficile dare un effettivo significato in considerazione del concorso di altre confische che, o le ammettono perché misure di sicurezza o le escluderebbero in ogni caso (salva interposizione fittizia e malafede), se qualificate come sanzionatorie seguendo l'indicazione che proviene della Corte costituzionale.

Come può agevolmente osservarsi qui il vero problema è quello del **ne bis in idem convenzionale e UE**, quale precisato rispettivamente (per limitarsi agli ultimi e decisivi pronunciamenti) da Corte EDU, GC, A. e B. contro Norvegia e dal "trittico" CGUE, GS, Menci, Garlsson Estate, Puma e Zecca, che secondo la **Corte di cassazione** (come sopra precisato) va superato e risolto attraverso il **sindacato di proporzionalità complessiva eventualmente attraverso la disapplicazione anche integrale di una delle norme sanzionatorie nazionali**.

Fuori dall'ambito della responsabilità degli enti, l'ente medesimo costituisce terzo rispetto al reato e alla persona fisica che lo ha commesso e i suoi beni risultano aggredibili nei limiti in cui lo sono nei confronti di qualsiasi terzo (**interposizioni fittizie** e dunque **società mero schermo**, essersi **avvantaggiato** della sua commissione, **esclusione della buona fede**).

Il vero punto problematico qui è però rappresentato dalla **partecipazione dell'ente quale terzo al procedimento che lo espone alla confisca**, anche in rapporto alle precisazioni che la Corte EDU (*Grande Chambre*, 28 giugno 2018, **G.I.E.M. c. Italia**) ha espresso in casi che riguardavano la cd. "confisca urbanistica", ma i cui principi risultano estensibili a tutte le ipotesi di aggressione dei beni di una società cui non venga attribuita la responsabilità per l'illecito dipendente dal reato.

Nella predetta sentenza, la Corte di Strasburgo ammette, infatti, che in virtù del contenuto motivazionale della provvedimento, si possa attribuire "sostanza" di condanna anche a una decisione si accerti anche solo incidentalmente la sussistenza di tutti gli elementi del reato attribuito all'imputato, a condizione, tuttavia, che il soggetto passivo dell'accertamento sia "parte" in un procedimento nel quale siano rispettati i suoi diritti di difesa e che presenti le garanzie di lealtà di cui all'art. 6 CEDU [§§ 259-261 della motivazione della sentenza]. A questo fine la Grande Chambre precisa che le società devono essere "parte" del procedimento come persona giuridica dotata di personalità distinta rispetto alla persona fisica imputata del reato, da ciò la conclusione [§ 274 della motivazione della sentenza], che, considerato il principio secondo cui una persona non può essere sanzionata per un atto che coinvolge la responsabilità penale altrui, una misura di confisca applicata a persone fisiche o giuridiche che non sono parti in causa è incompatibile con l'articolo 7 CEDU. La circostanza di non essere state parti del procedimento viene ritenuta rilevante dalla Corte di Strasburgo anche al fine di valutare il requisito di "proporzione" della confisca richiesto dall'art.1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU [§302 della motivazione della sentenza], posto che una ingerenza nei diritti previsti dal citato articolo 1 del Protocollo n. 1 non può avere legittimità in assenza di un contraddittorio che rispetti il principio della parità delle armi e consenta di discutere aspetti importanti per l'esito della causa. Le garanzie procedurali rientrano quindi tra gli elementi – insieme alla possibilità di adottare misure meno restrittive, di graduazione della sanzione, nonché rispetto al grado di colpa o di imprudenza o, quanto meno, al rapporto tra la condotta dei soggetti passivi della confisca e il reato, elementiche devono essere tenuti presente al fine di ritenere la confisca proporzionata.

Tuttavia, tali principi relativi alle garanzie procedurali per l'ente soggetto passivo di confisca, sono state interpretati dalla Corte di cassazione (ad es. Cass., Sez. 3, 20 marzo 2019, n. 17399) nel senso che essi sono rispettati anche attraverso la partecipazione della persona giuridica al **procedimento di esecuzione** – nel quale la stessa può dedurre tutte le questioni, di fatto e di diritto, che avrebbe potuto far valere nel giudizio di merito – e si applicano comunque alle sole persone giuridiche che possano considerarsi effettivamente "terzi" in buona fede, tale qualifica non potendosi riconoscere all'ente in nome e per conto del quale l'attività illecita è stata realizzata (Cass., Sez. 3, 19 giugno 2019, n. 42115) – affermazione quest'ultima che appare

distonica rispetto al contenuto della sentenza di Strasburgo che collega la garanzia all'autonomia della personalità e non alla "buona fede".

4. Conclusioni

Tre sole brevi indicazioni all'esito di questa breve e superficiale disamina della complessa materia:

- 1) la persistenza e la moltiplicazione di sistemi di "doppio binario" sembra essere ormai essere più foriera di complicazioni e di emergenza di un "diritto giurisprudenziale" – che, prima o poi, si riconoscerà essere difficilmente compatibile con il principio di legalità – piuttosto che strumento per una più efficace forma di lotta a queste forme di criminalità;
- 2) la concezione del profitto confiscabile, nella criminalità economica, sembra ormai sempre più affermarsi in una declinazione del principio di "derivazione causale dal reato" che affida l'imputazione del profitto al reato sulla base di un criterio euristico "differenziale", cioè a un criterio che definisce la derivazione causale come differenza tra ciò che si sarebbe potuto legittimamente ottenere in assenza delle condotte incriminate e ciò che invece è stato ottenuto, il che sembra dare effettivamente spazio a una concezione del profitto confiscabile distinta sia da quella aziendalistica (ricavi meno costi), sia da quella tradizionale (che vi attraeva indiscriminatamente tutto ciò che si era riusciti a conseguire), secondo la strada indicata dalle citate Sezioni Unite Fisia Italimpianti.
- 3) si affacciano nuove questioni, che però non risultano abbiano ancora raggiunto approdi nomofilattici (e invero neppure adeguatamente legislativi), in caso di utilizzo delle cd. "block chain" – e, quindi, quando oggetto di confisca siano "bitcoin" et similia – posto che l'intrinseca ed estrema volatilità di tali strumenti implica problemi sinora inediti in merito alle conseguenze, soprattutto sul sequestro, delle sensibili variazioni di valore che possono avere tali strumenti.

Si è detto che questa epoca è l'**epoca della "crisi"** non più come momento critico isolato ma **come "stato permanente"**, che sollecita continuamente decisioni determinanti per la rapidità e accelerazione dei mutamenti che non consentono mai di attestarsi su soluzioni collaudate: credo che niente come il caso dei sequestri e della confisca nelle materie che ci occupano possa testimoniarlo.

Quanto questa instabilità costituzionale degli assetti legislativi e giurisprudenziali sia compatibile con il tradizionale modo di concepire il **principio di legalità e le sue garanzie** è sotto gli occhi di tutti e forse è ben rappresentato dal progressivo spostamento, anche nella giurisprudenza costituzionale italiana sull'onda di quella sovranazionale, verso una **concezione dinamica** del principio di legalità medesimo, che punta tutto sulla nozione di "prevedibilità" e, quindi, anche di prevedibilità dei mutamenti giurisprudenziali: ma questo è un altro tema, per il quale non sarebbe forse sufficiente neppure un convegno a ciò solo dedicato e io ho già troppo lungamente abusato della vostra attenzione della quale, qui terminando, vi ringrazio.