

La Cassazione penale esamina le valute virtuali sotto il profilo del Testo Unico della Finanza – le precedenti qualificazioni e i richiami della Direttiva penale sulla lotta al riciclaggio mediante l’uso del penale (n. 2018/1673 UE).

di **Nicola Mainieri**

Sommario. **1.** Le valute virtuali e il loro difficile inquadramento giuridico. – **2.** Le definizioni delle criptovalute fornite in via amministrativa e giurisprudenziale prima della sentenza n. 26897/2020. – **3.** La sentenza della Cassazione Penale, sez. II, n. 26807 del 17 settembre 2020. – **a)** l’elemento soggettivo del reato di riciclaggio. – **b)** La qualificazione giuridica di compravendita di valute virtuali e la loro pubblicizzazione sui *social*. – **c)** la sussistenza del reato di cui all’art. 493 ter c.p. – **4.** La Direttiva sulla lotta al riciclaggio mediante l’uso del penale – i riferimenti alle valute virtuali.

1. Le valute virtuali e il loro difficile inquadramento giuridico.

Con la sentenza n. 26807 del 17 settembre 2020 la Cassazione - per la prima volta - ha affrontato, in un procedimento per riciclaggio, il tema della natura delle “valute virtuali” o criptovalute, sotto il profilo dell’assoggettamento dell’offerta della loro compravendita alle disposizioni del d.lgs. 58/1993 - Testo Unico sulla Finanza. Per via dei connotati fortemente tecnicistici e della mancanza di qualsiasi forma di riconoscimento legale, il dibattuto tema della qualificazione giuridica delle criptovalute sconta ampie difficoltà interpretative: in più occasioni sono state considerate in categorie giuridiche diverse (rappresentazioni digitali di valore, valute, mezzi di pagamento, strumenti di investimento) a seconda dei profili – tributari, antiriciclaggio, civilistici o penalistici – che si sono presentati all’esame delle autorità amministrative o giudiziarie ogni volta chiamate ad occuparsene.

Nate come mezzo di pagamento all’interno di comunità di videogiocatori, si sono in seguito diffuse alla stregua di mezzi di pagamento *sui generis*: elettronici, di tipo *peer to peer*, fondati sull’accettazione volontaria da parte degli operatori del mercato che – per via della mancanza di corso legale in alcuna giurisdizione - li ricevono come corrispettivo per lo scambio di beni e servizi, riconoscendo loro, a tal fine, un valore in assenza di un obbligo di legge. La natura digitale delle criptovalute deriva dal fatto che vengono create, memorizzate e utilizzate su dispositivi elettronici, nei quali sono conservate in conti personalizzati o “portafogli elettronici” o *e-wallet*, come tali accessibili e trasferibili dal titolare in possesso delle chiavi di accesso

alfanumeriche, in qualsiasi momento e senza bisogno dell'intervento di terzi. Devono essere acquistate in cambio di valuta legale (*fiat*) tramite piattaforme di servizi o "exchange", che consentono lo scambio delle valute virtuali con le valute *fiat* al tasso di cambio aggiornato al valore di mercato. Come autorevolmente osservato "è altrettanto vero che esse non possano considerarsi solo come documenti informatici: senza incorporare materiali intrinsecamente pregiati, replicano, per via convenzionale, alcune delle funzioni della moneta legale"¹.

Ampie analisi svolte in sede sovranazionale e nazionale hanno sottolineato i rischi di riciclaggio, nonché di finanziamento del terrorismo, che l'utilizzo di criptovalute può comportare; più di recente è stata introdotta anche una disciplina antiriciclaggio *ad hoc*, che segue le indicazioni della Direttiva (UE) n. 2018/843 o Quinta Direttiva. L'Italia ha anticipato la Quinta direttiva introducendo - già nel 2017 con il d.lgs. n. 90 - la prima forma di legislazione antiriciclaggio/antiterrorismo dell'Unione europea sull'uso delle criptovalute, cui ha fatto seguito nel 2019 il d.lgs. n.125 che ne ha ampliato la portata, aggiungendo tra gli utilizzi delle "cripto" anche "le finalità di investimento", una scelta quantomai opportuna, come vedremo in seguito ². In linea con la disciplina europea che si andava allora delineando sul tema, il d.lgs. 90/17 aveva fornito una qualificazione giuridica dei prestatori di servizi di cambio in valute virtuali ³ e fatto rientrare gli stessi tra i soggetti obbligati all'adempimento degli obblighi antiriciclaggio, consistenti nell'adeguata verifica del cliente, nella conservazione dei documenti e nella segnalazione delle operazioni sospette. In quella sede - in linea con le indicazioni dei

¹ F. Di Vizio "Lo statuto penale delle valute virtuali", Relazione al corso Cryptocurrency e Blockchain: Profili civilistici e penalistici, Palazzo di Giustizia di Caltanissetta 6 giugno 2019, Corso della Scuola Superiore della Magistratura; a detto scritto si farà riferimento anche in altri punti del presente studio

² Per maggiori indicazioni cfr. N. Mainieri "Valute virtuali e prestatori di servizi - profili antiriciclaggio" in *Diritto e Giustizia web*, 22 marzo 2018 e "Quinta direttiva europea antiriciclaggio: il decreto di recepimento 125/2019 entra in vigore" in *Diritto Bancario web*, 5 novembre 2019

³ D.lgs. n. 231/07, art. 1, comma 2, lett. ff) come modificato dal d.lgs. n. 90/17: "ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale»



relativi *Regulators* sovranazionali⁴ e nazionali⁵– le valute virtuali sono state definite “rappresentazioni digitali di valore” non emesse da una banca centrale o da un’ autorità pubblica⁶, con un termine che sembra inteso anzitutto ad escluderne ogni valore legale, sottolineando il loro possibile utilizzo come mezzi di pagamento solo tramite un’ accettazione in termini puramente volontaristici che ne fanno le parti.

I rischi di riciclaggio si sono ulteriormente incrementati anche per via del sempre maggiore interesse che le criptovalute hanno suscitato sotto la forma di scommesse speculative ma soprattutto di investimento, man mano che il loro utilizzo come mezzi di pagamento è andato diminuendo a motivo della ristretta accettazione su base volontaristica che esse hanno incontrato.

La sentenza in questione della Cassazione penale giunge, quindi, al termine di una lunga serie di pareri e definizioni forniti da *Authority* europee e nazionali e di pochissime sentenze di merito civili/penali, mentre il loro inquadramento a fini tributari ha trovato espressione in una sentenza della Corte di Giustizia Europea del 2015, cui ha fatto seguito nel nostro Paese, una risoluzione dell’ Agenzia delle Entrate ed una sentenza di un TAR chiamato a pronunciarsi su detta risoluzione.

In questo intreccio di definizioni, pareri e decisioni giurisprudenziali in campi diversi, ma pur sempre relativi allo stesso fenomeno economico, la questione trova ulteriore motivo di interesse per i riferimenti che alle valute virtuali fa la Direttiva (UE) n. 2018/1673, che porta come termine di recepimento il 3 dicembre 2020.

2. Le definizioni delle criptovalute fornite in via amministrativa e giurisprudenziale prima della sentenza n. 26897/2020.

Le criptovalute presentano numerosi rischi per l’utente: anzitutto rischi di carattere legale-finanziario, legati all’ ampia volatilità del prezzo (nel corso nel corso della stessa giornata possono subire oscillazioni del venti per cento),

⁴ Tra questi *in primis* il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale – GAFI *Report “Virtual Currencies. Key Definitions and Potential AML/CFT Risks”* del giugno 2014 che le definisce rappresentazioni digitali di valore, che sia pur liberamente trasferibili e scambiabili, non hanno corso legale in alcuna giurisdizione. Il GAFI è un organismo intergovernativo che ha per scopo l’elaborazione e lo sviluppo di strategie di lotta al riciclaggio dei capitali di origine illecita e, dal 2001, anche di prevenzione del finanziamento al terrorismo; elabora standard riconosciuti a livello internazionale per il contrasto delle attività finanziarie illecite, analizza le tecniche e l’evoluzione di questi fenomeni, valuta e monitora i sistemi nazionali

⁵ Banca d’Italia, “Avvertenze sull’uso delle cosiddette “valute virtuali”, 30 gennaio 2015, ove si aggiunge: “create da soggetti privati che operano sul web, le valute virtuali non devono essere confuse con i tradizionali strumenti di pagamento elettronici”

⁶ D.lgs. 231/07 art. 1 comma 2, let. ff)

alla bolla speculativa che le caratterizza in mancanza di un "nozionale" sottostante di riferimento, all'assenza di una tutela legale per le carenze di informazioni e di presidi di trasparenza, alle transazioni irreversibili e non reclamabili, sino alla mancanza di una compiuta disciplina di settore. L'anonimato - o più correttamente lo pseudo anonimato ⁷ - che le valute virtuali possono assicurare a chi le negozia, la difficoltà di tracciarne pubblicamente le transazioni, l'utilizzo che ne fa il *deep web*, pongono poi rischi ancor più gravi, che vanno da quello di attacchi informatici alle piattaforme di custodia, ai rischi di impiego in attività criminali, prime tra tutte il riciclaggio⁸, ma anche il finanziamento del terrorismo internazionale; questo spiega l'interesse dei *Regulators* internazionali e nazionali che su di esse hanno pubblicato pareri e avvertenze. Particolare interesse hanno poi suscitato sotto il profilo della loro imponibilità tributaria, ed anche qui sia in sede europea che nazionale. Prima della recente sentenza della Suprema Corte che andremo in seguito ad esaminare, si sono registrate pochissime sentenze di merito, in campo civile e penale e amministrativo. Se ne trae un quadro giuridicamente reso assai complesso dal loro tecnicismo e dove "l'ambito della questione": antiriciclaggio, tributario, penalistico, rende più ancor più difficile una valutazione organica della loro natura ⁹.

Della loro definizione come "rappresentazioni digitali di valore" espressa dal GAFI, ripresa dalla Banca d'Italia e dal decreto antiriciclaggio del 2017, si è detto in premessa. In senso conforme può aggiungersi quella fornita dall'Autorità Bancaria Europea che, nel considerarle "rappresentazioni digitali di moneta", afferma poi che lo stesso uso del termine moneta è fuorviante per diversi motivi e che l'utilizzo che essa fa dello stesso "riflette solo l'uso

⁷ Le valute virtuali sono trattate in una catena di piattaforme elettroniche, che ne costituisce l'infrastruttura tecnologica. Si tratta di un database di operazioni crittografate conservate su una rete di computer (*chain*) composta da blocchi (*block*), una sorta di libro contabile aperto e verificabile dagli utenti, distribuito in modo tale che i record non possano essere modificati senza alterare tutti i blocchi successivi. Le transazioni avvengono in forma anonima: ogni utente sulla blockchain è infatti identificato tramite una stringa alfa-numerica, una chiave crittografata privata. Se si usa il termine di pseudo-anonimato è perché, ad esempio, si può risalire all'indirizzo IP a cui il proprietario dei fondi si è appoggiato per accedere alla rete.

⁸ Tra le vicende più note, si cita l'indagine statunitense denominata "*Silk road*" ("via della seta") tra la fine del 2013 e gli inizi del 2014 e che prese il nome del sito web abilmente celato, progettato per consentire agli utenti di acquistare e vendere illegalmente e anonimamente farmaci, armi, identità rubate, stupefacenti, e fare pirateria informatica e riciclaggio di denaro, le cui transazioni erano regolate in bitcoin. Il sito fu prima bloccato e poi chiuso dall'FBI, i cui agenti si erano infiltrati sotto copertura nella piattaforma, ed il titolare condannato all'ergastolo

⁹ Sul punto cfr M. Da Rold "Innovazione tecnologica ed implicazioni penalistiche. Le monete virtuali" in *Giurisprudenza di merito web* 2019, 2

comune”¹⁰. In definitiva, sembra prevalere la necessità di non riconoscere loro alcuna definizione statale, con la conseguente indicazione di possibili rischi.

La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – CONSOB¹¹ ha utilizzato i poteri attribuitigli dal Testo Unico della Finanza¹² per intervenire nell’attività di offerta al pubblico italiano di “investimenti di natura finanziaria” promossa da una società di diritto straniero, *Togacoin LTD*. Questa intendeva procedere ad una *Initial Coin Offering* - ICO di «*token TGA*»¹³ senza aver dato preventiva comunicazione all’autorità di vigilanza, come previsto dall’art. 94 comma 1) del TUF. La Commissione ha qualificato la criptovaluta quale “prodotto finanziario”, assoggettandola così alla disciplina del TUF e sospendendo in via cautelare l’iniziativa.

Un altro ordine di decisioni e pareri ha riguardato la qualificazione della natura delle criptovalute in funzione di esigenze tributarie. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea¹⁴ nella sentenza 22 ottobre 2025, sez. V (causa C-264/14) - emessa in tema di applicazione della direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto – ha stabilito che la possibilità di inserire l’attività tra le cessioni di beni doveva essere esclusa in quanto i *bitcoin* non sono un “bene materiale” nel senso fatto proprio dall’articolo 14 della Direttiva. La Corte afferma che, nel caso al suo esame, la moneta virtuale non trasferisce alcun diritto di proprietà e viene utilizzata unicamente per il cambio fra vari mezzi di pagamento che “costituiscano prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso: ai sensi di tale disposizione operazioni...che consistono nel cambio di valuta tradizionale contro unità della valuta virtuale «*bitcoin*» e viceversa, effettuate a fronte del pagamento di una somma corrispondente al margine costituito dalla differenza tra, da una parte, il prezzo al quale l’operatore interessato acquista le valute e, dall’altra, il prezzo al quale le vende ai suoi

¹⁰ *European Banking Authority – EBA* “*Opinion on virtual currencies*”, 4 luglio 2014

¹¹ CONSOB delibera n. 20660 del 31 ottobre 2018 “Sospensione, ai sensi dell’art. 99, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 58/1998, dell’offerta al pubblico residente in Italia avente ad oggetto “*token TGA*”, effettuata da *Togacoin LTD* anche tramite il sito internet <https://togacoin.com>”

¹² Testo Unico della Finanza art. 99 comma 1 lett. b): “La Consob può sospendere in via cautelare, per un periodo non superiore a novanta giorni, l’offerta avente ad oggetto prodotti diversi da quelli di cui alla lettera a) (*gli strumenti finanziari comunitari*), in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni del presente Capo o delle relative norme di attuazione”

¹³ I *token* o “gettoni” sono di fatto frazioni di una criptovaluta emessa, che vengono scambiati tra gli utenti mediante scambi che vengono memorizzati sulla *blockchain*

¹⁴ Istituita nel 1952, con sede in Lussemburgo, ha il compito di garantire che il diritto dell’Unione Europea venga interpretato e applicato allo stesso modo in ogni paese europeo



clienti". Le esenzioni previste dall'articolo 135, paragrafo 1, lettera e) della direttiva IVA non possono applicarsi solo a "le operazioni relative alle sole valute tradizionali" in quanto "si risolverebbe nel privarla di parte dei suoi effetti"; le attività di cambio di *bitcoin* in moneta tradizionale e viceversa rientrano pertanto a pieno titolo tra le attività esenti dall'applicazione dell'Iva per le transazioni compiute all'interno del territorio europeo.

L'Agenzia delle Entrate nella Ris. 72/E del 2 settembre 2016 "Trattamento fiscale applicabile alle società che svolgono attività di servizi relative a monete virtuali" prende spunto dalla giurisprudenza europea, assimilando le operazioni in cripto a quelle in divise estere. Da questa assimilazione fa discendere la conferma dell'esenzione IVA ma, riprendendo l'identificazione fatta dalla Corte dell'attività di intermediazione nella compravendita come una "prestazione di servizi", ne fa al contempo derivare la tassazione diretta a carico delle imprese delle relative componenti reddituali, al netto dei relativi costi, valutando le disponibilità di fine esercizio al cambio corrente, nonché a carico delle persone fisiche – per le cessioni a termini – la tassazione delle plusvalenze come redditi diversi di natura finanziaria.

Sempre sotto il profilo tributario, l'attività in criptovalute fa registrare anche una recente decisione del TAR del Lazio, sez. seconda ter, sentenza n. 1077 del 27 gennaio 2020¹⁵. Il tribunale si è pronunciato su presupposti e limiti della assoggettabilità a trattamento fiscale dell'utilizzo di valute virtuali, che richiama esser state definite "rappresentazioni digitali di valori" nella legislazione antiriciclaggio, stabilendo che sulla base del quadro ordinamentale italiano vigente, l'impiego di moneta virtuale è rilevante ai fini dell'art. 67 del TUIR, ai sensi del quale è soggetto a tassazione laddove e nella misura in cui generi materia imponibile. Dopo aver provato a svolgere una qualificazione giuridica delle criptovalute, sulla base degli orientamenti giuridici esistenti (beni o prodotti finanziari) - il TAR ne abbraccia poi una concezione funzionale: riconduce alla tassazione non già il mero possesso di valute virtuali in quanto tali, ma solo il loro impiego e la loro utilizzazione entro il novero delle operazioni effettuate con le stesse, sì che "il trattamento fiscale dell'utilizzo delle criptovalute opera in forza della natura delle operazioni poste in essere mediante detti valori (oltre che, naturalmente, in base alla natura dei soggetti utilizzatori e delle relative attività, imprenditoriali o meno), laddove (e nella misura in cui) detto utilizzo generi materia imponibile".

La prima sentenza italiana sulla natura della criptovaluta è considerata quella del Tribunale Civile di Verona (n. 195 del 24 gennaio 2017) in tema di richiesta

¹⁵ Reperibile all'url

https://www.giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=tar_rm&nrg=201907581&nomeFile=202001077_01.html&subDir=Provvedimenti

di restituzione fatta dall'attore che – per il denaro corrisposto ad una società di servizi informatici” che avrebbe dovuto aprire un conto in *bitcoin* ma che, pur avendo ricevuto i soldi necessari in valuta legale, non aveva eseguito la sua prestazione – lamentava anche la mancanza di informazione chiara e precisa (come prevista dalla normativa europea e dal Codice del Consumo) rispetto al fine commerciale perseguito dal venditore. Il Tribunale, dopo aver definito la criptovaluta “uno strumento finanziario utilizzato per compiere una serie di particolari forme di transazioni online”, fa riferimento alla citata Risoluzione n. 72 dell’Agenzia delle Entrate ed al richiamo di questa alla sentenza del 2015 della Corte di Giustizia Europea che, come abbiamo visto, ha considerato la loro intermediazione alla stregua di una “prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso”. Se ne fa discendere una natura contrattuale della loro vendita, qualificabile come “attività professionale di prestazione di servizi a titolo oneroso, svolta in favore di consumatori” disciplinata dunque dal Codice del Consumo, inquadrabile in una “offerta al pubblico di prodotti finanziari” o di “servizi di investimento in valori mobiliari”. Più specificamente: l’operazione *on line* di cambio valuta va inquadrata nell’«offerta al pubblico di prodotti finanziari» ovvero a quella dei «servizi e attività di investimento in valori mobiliari», come regolamentati dal Testo Unico Finanziario (d.lgs. 58/1998).

A detta sentenza segue altra del Tribunale di Firenze, chiamato ad esprimersi sul fallimento di un sito internet, una piattaforma *exchange online* di scambio e deposito di criptovalute, fatte sistematicamente confluire in unico *e-wallet* centrale, per cui non sarebbe stato possibile distinguere quali cripto, gestite dalla piattaforma, appartenessero ai singoli utenti, se non sulla base della contabilità interna¹⁶. Pur dichiarandosi consapevole della complessità dell’analisi sulla natura delle valute virtuali e della necessità di conoscenze tecnico-specialistiche sul tema, il Tribunale – dopo un ampio *excursus* in cui prende a riferimento la legislazione antiriciclaggio e la decisione della Corte di Giustizia Europea del 2015 – considera il *bitcoin* come “una digitalizzazione di valore” che può essere considerata un bene ai sensi dell’art. 810 c.c., un bene fungibile in quanto “unità monetaria simile alla valuta che tuttavia non è qualificata come moneta legale...un bene oggetto di trasferimenti e transazioni”. Aggiunge che “la criptovaluta è sia consumabile, in ragione del suo uso (quando viene speso) sia fungibile...perché della stessa natura e della stessa quantità, in quanto appartenente allo stesso protocollo informatico, a soggetti alla medesima *ratio* di altri beni che permettono di effettuare pagamenti”. La asserita fungibilità della criptovaluta consente poi al tribunale di dichiarare il fallimento della società che gestiva l’*exchange*, considerata la natura negoziale di deposito irregolare, del rapporto tra l’utente e il gestore della piattaforma e l’insolvenza dell’imprenditore.

¹⁶ Tribunale di Firenze, sez. fallimentare, Sent. n. 18 del 21 gennaio 2019

3. La sentenza della Cassazione Penale, sez. II, n. 26807 del 17 settembre 2020.

La Corte era chiamata ad esprimersi sul ricorso della difesa in tema di provvedimenti cautelari reali; nello specifico doveva occuparsi degli aspetti di legittimità di un'ordinanza del Tribunale del riesame di Milano, che aveva confermato un decreto di sequestro preventivo di fondi e altri beni emesso dal giudice per le indagini preliminari a carico di un indagato che, in concorso con altri, era chiamato a rispondere dei reati di cui agli articoli: 648 bis c.p. "Riciclaggio", 166 comma 1) lett. c) "Abusivismo" del d.lgs. n. 58/1998 – TUF, 493 ter c.p. "Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento".

Secondo quanto riportato a suo tempo dai *media*, la vicenda sottostante aveva preso lo spunto da indagini avviate a seguito di svariate denunce per truffa presentate da soggetti incappati in annunci di finte aste immobiliari pubblicati su siti *internet*, riconducibili a studi legali poi risultati inesistenti. I compratori, una volta versato l'acconto, non riuscivano a concludere l'acquisto, mentre - nel frattempo - i siti venivano chiusi e il denaro, dopo numerosi giri transitati anche su conti correnti intestati a vittime dei raggiri stessi, veniva infine investito in *bitcoin*¹⁷.

Sebbene la sentenza si chiuda con il rinvio a un nuovo giudizio, per radicali vizi di motivazione individuati dalla Cassazione nell'ordinanza del riesame in ordine alla ivi asserita sproporzione tra il contenuto del sequestro ed il reddito dichiarato e l'attività svolta dall'indagato, cionondimeno essa risulta di particolare interesse in quanto, per la prima volta, la Corte si pronuncia sull'applicabilità delle fattispecie contestate al tema delle valute virtuali, accogliendone qui le valutazioni di primo grado, e fornendo la sua autorevole lettura nel dibattito cui si è fatto cenno.

La Corte ha così valutato gli altri motivi su cui si fonda il ricorso:

a) l'elemento soggettivo del reato di riciclaggio.

Secondo la difesa il Tribunale aveva ommesso di motivare i rilievi dalla stessa depositati attinenti l'elemento soggettivo del reato. Veniva pertanto eccepita l'assenza di consapevolezza da parte degli indagati in quanto gli accrediti sui loro conti *on-line* erano relativi a vendite di criptovalute eseguite su un sito ove si effettua la vendita di *bitcoin*, non riconducibile agli indagati stessi.

¹⁷ Cfr Il Messaggero – 14 novembre 2019 "Milano, il denaro delle truffe riciclato in bitcoin: due indagati per i raggiri sul web" reperibile all'url https://www.ilmessaggero.it/italia/milano_truffa_bitcoin_inchiesta-4862818.html; Il Giorno – in pari data "Finte aste di immobili e riciclaggio tramite bitcoin: tre indagati" reperibile all'url: <https://www.ilgiorno.it/milano/cronaca/truffe-bitcoin-1.4885391>; Corriere della Sera ed. Milano, 15 novembre 2019 "Aste-truffa soldi riciclati in bitcoin"

Dette caratteristiche avrebbero fatto venire meno l'atteggiamento psicologico, che non risulterebbe neppure sussistente nella forma del dolo eventuale, per l'assenza di alcun indice sintomatico che potesse far maturare il sospetto che le somme oggetto di transazioni fossero di provenienza illecita; nè il dolo eventuale avrebbe potuto desumersi da un'omissione degli obblighi di identificazione imposti dalla normativa antiriciclaggio, essendo tali obblighi imposti solo al gestore del sito. Le transazioni per l'acquisto di *bitcoin*¹⁸ avvenivano, infatti, in modo spersonalizzato, senza alcun contatto tra venditore e acquirente.

Quanto al c.d. "dolo eventuale" sembra opportuno in questa sede richiamare come negli ultimi anni la Corte di Cassazione abbia esteso la punibilità dell'agente dei reati di riciclaggio anche a titolo di dolo eventuale, figura non esplicitamente prevista dal codice, ma di lunga tradizione dottrinale e giurisprudenziale¹⁹. In sostanza, si configura il dolo eventuale quando il soggetto agisca senza il fine di commettere il reato, rappresentandosi la commissione dello stesso come una conseguenza possibile di una condotta diretta ad altro scopo; in questo caso, ovviamente, l'attributo di "eventuale" non concerne il dolo, che in realtà deve sussistere, ma il risultato possibile - eventuale, appunto - cui il dolo si riferisce. La dottrina ricollega questo atteggiamento interiore alla "teoria dell'accettazione del rischio": non basterebbe, pertanto, che il soggetto si rappresenti mentalmente la "concreta" possibilità della verificabilità dell'evento, quanto che egli - posto nell'alternativa se commettere o meno una determinata operazione - scelga consapevolmente di compierla, accettando di correrne il rischio²⁰.

La Cassazione non entra nel merito della sussistenza o meno del dolo eventuale, ma con riferimento all'elemento soggettivo del reato, sostiene che la ricostruzione operata dal Tribunale sia stata legittima, in quanto:

- vi era stata una truffa ai danni della persona offesa, con utilizzo di un conto presso una banca *on-line* alimentato con un suo bonifico e con altri bonifici, relativi ad una truffa e ad un furto di identità digitale;
- detto conto *on-line* era stato poi svuotato e i fondi trasferiti su altro c/c acceso presso una banca *internet* tedesca, conto aperto *on-line*

¹⁸ Si calcola che ad oggi ne siano in circolazione oltre 3.600 per un valore complessivo che supera attualmente i 300 miliardi di dollari; il Bitcoin è la più significativa, da sola vale ca. il 58 % del mercato; altri dati sono reperibili sul sito www.coinmarket/cap.com

¹⁹ In tal senso: Cass. pen., sez. II, 11/25960, Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2011, n. 25960, Cass. pen., sez. II, 30 settembre 2014 n. 43348, cfr.; Cass. pen., sez. II, 9 marzo 2015, n. 26208, Cass. pen., sez. II, 7 ottobre 2016, n. 52241

²⁰ Per la dottrina si veda tra gli altri: T. Padovani in *Diritto Penale Giuffrè* ed. Milano 2012 206-7. Ed ancora: G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale - Parte generale Zanichelli editore*, 2010, 367

mediante anche l'invio di un numero di telefono riconducibile a un indagato;

- in uscita dal conto tedesco venivano ricaricate carte prepagate e acquistate valute virtuali con utilizzo di *nickname*;
- erano stati ricostruiti altri giri di fondi - sempre su conti *online* aperti fornendo utenze telefoniche di soggetti collegati - su cui venivano fatti transitare proventi di truffe.

La Suprema Corte ha così osservato che "l'indagato non si è limitato ad occuparsi di acquisto e cessione di criptovalute, ma si è inserito attivamente nella apertura di conti correnti sui quali confluivano i proventi delle truffe, che venivano poi utilizzati per le relative transazioni" e che "le citate circostanze appaiono incompatibili con un atteggiamento psicologico diverso dal dolo".

b) la qualificazione giuridica di compra-vendita di valute virtuali e la loro pubblicizzazione sui *social*.

La Cassazione si è poi soffermata sulla valutazione dell'attività di compra-vendita di valute virtuali svolta dagli indagati, che l'ordinanza impugnata affermava essere stata svolta su apposito sito internet e pubblicizzata tramite l'omonima pagina del *social network Facebook* "fornendo ai potenziali clienti notizie e informazioni sulle caratteristiche delle proposte di investimento idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa". Secondo il Tribunale ciò avrebbe comportato la necessità che tali comunicazioni avvenissero mediante adempimenti quali la pubblicazione del prospetto e la preventiva comunicazione alla CONSOB, in applicazione dell'art. 91 e seguenti del TUF; in assenza di questi adempimenti l'offerta di prodotti finanziari integrava gli estremi del reato di abusivismo di cui all'art. 166 comma 1) del citato Testo Unico della Finanza.

La difesa eccepiva che il citato d.lgs. 90/2017, nel disciplinare a fini antiriciclaggio l'attività dei prestatori di servizi di cambio delle valute virtuali (*exchange*), aveva delineato per essi uno stato proprio, sottraendoli quindi al perimetro applicativo della normativa in materia di strumenti finanziari, in quanto le valute virtuali non erano da considerarsi prodotti da investimento, ma mezzi di pagamento²¹. Sul punto giova richiamare che la disciplina antiriciclaggio ha assoggettato ai relativi obblighi i prestatori di detti servizi di cambio, inserendoli nella più ampia categoria di soggetti obbligati ossia gli "operatori non finanziari", tramite una modifica della disciplina dell'attività di cambiavalute, di cui all'art. 17-bis d.lgs. n. 141/10 e successive modifiche. In detta normativa veniva infatti inserito il nuovo comma 8-bis, in base al quale "le previsioni di cui al presente articolo si applicano, altresì, ai prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, come definiti nell'art. 1, comma

²¹ Che recita: "Gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari"

2, lettera ff), del d.lgs. n. 231/2007 e successive modificazioni, tenuti, in forza della presente disposizione, all'iscrizione in una sezione speciale del registro di cui al comma 1)", ossia il registro dei cambiavalute²². Secondo la difesa, quindi, l'attività svolta dagli indagati non potrebbe essere qualificata ai sensi dell'art. 166 lett. c) del TUF, nel presupposto che non si tratti di attività soggetta ad autorizzazione amministrativa (della CONSOB se qualificata come relativa a prodotti finanziari), ma alla sola registrazione nella sezione speciale del registro dei cambiavalute.

Gli Ermellini ritengono infondato anche detto motivo di ricorso in quanto, sia pur sinteticamente, considerano correttamente motivata l'ordinanza impugnata che sul punto "sottolinea che la vendita di bitcoin veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, tanto che sul sito ove veniva pubblicizzata si davano informazioni idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa, affermando che "chi ha scommesso in bitcoin in due anni ha guadagnato più del 97%". Questo è legittimo, secondo la Cassazione, che tale attività debba considerarsi soggetta agli adempimenti previsti dal Testo Unico della Finanza, negli artt. 91 e segg., la cui omissione integra appunto la sussistenza del reato di abusivismo finanziario, di cui all'art. 166 comma 1, lett. c) del TUF (che punisce con la reclusione da uno a otto anni e con la multa da euro quattromila a euro diecimila chiunque, senza esservi abilitato:...offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza, prodotti finanziari o strumenti finanziari o servizi o attività di investimento).

In maniera meno sintetica sembra potersi indicare che, secondo l'ordinanza del Tribunale la cui legittimità viene confermata dalla Suprema Corte, l'attività di pubblicizzazione sul sito *facebook* della vendita di *bitcoin* viene in tal modo reclamizzata come una proposta di investimento, per la quale – a norma dell'art. 94 del Testo Unico della Finanza – avrebbe dovuto essere pubblicato un prospetto, con le caratteristiche richieste dallo stesso art. 94 al comma 2) e dandone preventiva comunicazione alla CONSOB, che avrebbe dovuto approvarlo. La legittima applicazione del reato di abusivismo finanziario nasce, pertanto, dal mancato adempimento in materia degli obblighi di

²² Tenuto dall'Organismo Agenti e Mediatori – O.A.M., istituito dall'art. 128 – undecies del d.lgs. 385/1993 o Testo Unico Bancario – T.U.B. L'avvio in concreto della sezione speciale del registro è subordinata all'emanazione di uno specifico decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze che stabilisca le modalità e la tempistica con cui i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale siano tenuti a comunicare allo stesso Dicastero la propria operatività sul territorio nazionale. Si è tutt'ora in attesa del decreto, in quanto "la comunicazione costituisce condizione essenziale per l'esercizio legale dell'attività da parte dei suddetti prestatori" (art. 8 d.lgs. 90/17 cit.), ma gli obblighi antiriciclaggio di detti soggetti sono comunque in vigore

comunicazione ed autorizzativi alla CONSOB; si versa pertanto in tema del c.d. "abusivismo sollecitatorio". Sul punto la Cassazione non sembra indicare in quale delle tre categorie - che il citato art. 166, comma 1, lett. c) del TUF richiama - possano includersi le criptovalute, ossia se prodotti finanziari, o strumenti finanziari o servizi/attività di investimento. La definizione di cui all'art. 1, lett. u) del TUF distingue gli strumenti finanziari, tipici in quanto *numerus clausus*, da "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria" o prodotti finanziari atipici. Nelle "definizioni" per gli strumenti finanziari il TUF fa rinvio alla sez. C del suo allegato I). Nuove categorie di strumenti finanziari, secondo l'art. 18 comma 5) del TUF, possono essere individuate solo dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, con regolamento adottato sentita la Banca d'Italia e la Consob, "al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie". Il carattere tassativo degli strumenti finanziari esclude pertanto quelli non espressamente previsti e tanto più ciò sembra valere per le valute virtuali, dalla qualificazione giuridica così complessa. Per "prodotti finanziari" il Testo Unico della Finanza, all'art 1 comma 1, lett. u), considera gli strumenti finanziari e "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria": categoria che appare la più varia e quindi la più idonea ad accogliere quello - assai versatile - in esame. Ciò in linea anche con quanto prevede la Consob, che individua l'investimento di natura finanziaria ogni qualvolta il risparmiatore impiega il denaro con un'aspettativa di profitto²³. Si aggiunge che l'ordinanza impugnata parla esplicitamente di "prodotti finanziari".

c) la sussistenza del reato di cui all'art. 493 ter c.p.

Per quanto non pertinente al tema di questo studio, si aggiunge per completezza che nella sentenza in questione la Cassazione ha considerata legittima l'ordinanza del Riesame anche relativamente alla valutazione della fattispecie criminosa di cui al 493 ter c.p. "Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento"²⁴. La difesa aveva sul punto eccepito che il reato non si consumasse con l'uso dell'altrui carta da parte dell'imputato, ma solo se questo fosse stato indebito, circostanza che avrebbe dovuto essere

²³ Cfr: Consob, Area pubblica, scheda 3 "Cosa sono gli investimenti di natura finanziaria": Gli elementi qualificanti la nozione di investimento di natura finanziaria sono rinvenibili nella compresenza: (i) di un impiego di capitale; (ii) di un'aspettativa di rendimento di natura finanziaria; (iii) dell'assunzione di un rischio direttamente connesso e correlato all'impiego di capitale. Gli investimenti di natura finanziaria costituiscono una specie del genere prodotto finanziario

²⁴ Che ricordiamo punisce "chiunque al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi"

esclusa nel caso in esame, ove il titolare formale aveva consegnato al ricorrente carta e codice PIN, legittimandone l'utilizzo. La Corte ha richiamato una propria precedente sentenza ²⁵ secondo la quale " anche l'uso di una carta di credito da parte di un terzo, autorizzato dal titolare, integra il reato...in quanto la legittimazione all'impiego del documento è contrattualmente conferita dall'istituto emittente al solo intestatario, il cui consenso all'eventuale utilizzazione da parte di un terzo è del tutto irrilevante, stanti la necessità di firma all'atto dell'uso, di una dichiarazione di riconoscimento del debito e la conseguente illiceità di un'autorizzazione a sottoscriverla con la falsa firma del titolare, ad eccezione dei casi in cui il soggetto legittimato si serva del terzo come "longa manus" o mero strumento esecutivo di un'operazione non comportante la sottoscrizione di alcun atto". La Corte conclude su tale punto, considerando irrilevante la circostanza che si trattasse di una carta di debito anziché di credito, atteso che il bancomat è "documento analogo" alla carta di credito, che abilita al prelievo del denaro, come tale rientrante nell'ampio disposto del citato 493 ter c.p..

4. La Direttiva sulla lotta al riciclaggio mediante l'uso del penale – i riferimenti alle valute virtuali

La Direttiva UE 2018/1673 del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale, è tra le direttive europee che dovranno essere attuate ed il cui termine scade il 3 dicembre 2020 ²⁶. Sul punto a tutt'oggi risulta solo il disegno di legge n. 1721, recante la "Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea" o Legge di delegazione europea 2019, in corso di esame da parte della Commissione permanente sulle Politiche dell'Unione Europea del Senato, senza che al momento risulti alcuna indicazione di principi o criteri specifici che il Governo debba osservare nell'emanare i decreti legislativi di attuazione della direttiva 1673, e ciò diversamente da quanto previsto in relazione a molte altre direttive in via di recepimento.

La finalità espressa della direttiva penale è quella di favorire la cooperazione transfrontaliera tra gli Stati membri nella lotta al riciclaggio, stabilendo al contempo norme minime relative alla definizione dei reati e alle sanzioni in materia di riciclaggio. Scopo è di evitare il rischio che la criminalità possa scegliersi la legislazione più favorevole, svolgendo una forma di arbitraggio tra le diversità normative e applicative negli Stati dell'Unione. In linea generale, il nostro Paese è già in buona parte *compliant* con le principali indicazioni della Direttiva penale. Infatti:

²⁵ Cass. Pen., sez. II, sentenza n. 17453 del 22 febbraio 2019

²⁶ Il testo della Direttiva è reperibile all'*url* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1673&from=IT>

- l'Italia, sin dal 1993 ²⁷, considera presupposto del reato di riciclaggio qualsiasi "delitto non colposo": una categoria così ampia da includere appieno l'elenco delle ventidue "attività criminose" che la Direttiva - all'art.1 comma 1) lettere da a) a v) - richiede come necessarie presupposto del riciclaggio;
- dal 2015 l'Italia ha criminalizzato l'autoriciclaggio, art. 648 ter1, così come richiesto nel Considerando n. 11 della Direttiva ²⁸;
- le pene detentive massime di detti reati nel nostro codice sono ben più alte di quelle richieste dalla Direttiva;
- la richiesta di congelamento e confisca di beni strumentali e proventi è già prevista dall'ordinamento italiano.

Con riferimento al tema di questo scritto, si richiama la consapevolezza del legislatore europeo sugli sviluppi tecnologici che accompagnano il mondo del riciclaggio. La Direttiva, infatti, al Considerando n. 6) sottolinea che "l'uso delle valute virtuali presenta nuovi rischi e sfide nella prospettiva della lotta al riciclaggio. Gli Stati membri dovrebbero garantire che tali rischi siano affrontati in modo adeguato". Si è parlato in premessa della completezza - e si potrebbe aggiungere anche della lungimiranza - della nostra normativa di contrasto sul piano amministrativo; la sentenza che abbiamo esaminato aggiunge un ulteriore tassello per via dell'attenzione che la nostra Suprema Corte dedica al tema. La Direttiva, infatti, all'art. 2 definisce come "beni" che possono formare oggetto di condotte di riciclaggio, quelli di "*di qualsiasi tipo, materiali o immateriali, mobili o immobili, tangibili o intangibili, e i documenti o gli strumenti giuridici in qualsiasi forma, compresa quella elettronica o digitale, che attestano il diritto di proprietà o altri diritti sui beni medesimi*".

Torniamo allora all'intricato dibattito sulla natura delle valute virtuali. La nostra dottrina sembra orientata, in maniera ampiamente maggioritaria, sulla loro appartenenza all'ampia nozione di "beni" dell'art. 810 c.c.; bene è infatti un'entità utile, cioè adatta a soddisfare un bisogno umano di appropriazione e di utilizzo e che, perciò, possa avere un valore ²⁹. La riconducibilità a un'essenza economico-finanziaria è certamente compatibile con i tratti essenziali delle valute virtuali, che possono essere considerate come un bene giuridico, meritevole di tutela per gli interessi economici che sottende: ciò risulta chiaro anche dall'*excursus* che abbiamo svolto. Tema di dibattito è se

²⁷ Testo così risultante a seguito della ratifica della Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, il sequestro e la confisca dei proventi di reato operata con la legge n. 328/1993

²⁸ "Gli Stati membri dovrebbero assicurare che taluni tipi di attività di riciclaggio siano perseguibili anche quando sono commessi dall'autore dell'attività criminosa che ha generato i beni («autoriciclaggio»)"

²⁹ Enciclopedia del diritto, voce "Beni". Milano 1959; F. Santoro-Passarelli in "Dottrine generali del diritto", 1971

questo strumento tecnologico possa qualificarsi nella categoria dei beni immateriali³⁰. Ricordiamo che immateriali si definiscono quei beni che non hanno materialità corporea e non sono quindi percepibili dai sensi umani: vi appartengono ad esempio le invenzioni e le opere dell'ingegno, gli strumenti finanziari, i diritti che possono essere oggetto di negoziazione, marchi e brevetti e – più recentemente – i programmi per elaboratore o *software*³¹. Tra i beni immateriali rientrano in dottrina anche i valori mobiliari e gli strumenti e i prodotti finanziari. La decisione della Cassazione con l'assoggettamento agli adempimenti previsti dal TUF dell'attività di offerta di compravendita delle cripto considerate come prodotti finanziari – al pari di precedenti valutazioni amministrative (Consob) o giurisprudenziali di merito (Tribunale di Verona) – è pertanto anche in linea con la dottrina sul tema.

In tal senso, l'ampia definizione che l'art. 2 della Direttiva penale richiede in merito alla categoria dei beni che possano formare oggetto di riciclaggio, sebbene non altrettanto esplicitamente prevista in sede normativa, risulta confermata sulle valute virtuali almeno in via giurisprudenziale con la sentenza di legittimità oggetto di questo studio. Si aggiunge che proprio in tema di riciclaggio, la Cassazione – pur senza fornire specifiche statuizioni – sembra dare per pacifico che i *bitcoin* o altre criptovalute rientrino nella condotta materiale del reato, che come noto considera denaro, beni o altre utilità. In passato la Suprema Corte si era già espressa sul reato di cui al 648 ter "Impiego di denaro, beni ed altre utilità di provenienza illecita" 648 ter c.p., stabilendo che "la nozione di attività economica o finanziaria è desumibile dagli artt. 2082, 2135 e 2195 c.c. e fa riferimento non solo all'attività produttiva in senso stretto, ossia a quella diretta a creare nuovi beni o servizi, ma anche a quella di scambio e di distribuzione dei beni nel mercato del consumo, nonché ad ogni altra attività che possa rientrare in una di quelle elencate nelle menzionate norme del codice civile"³².

Al termine di questa analisi, appare utile indicare che, altrettanto recentemente, la Commissione Europea ha varato un "pacchetto per la finanza digitale" articolato su più fronti: tra i temi principali quello di una "prima regolamentazione europea sulle cripto-attività per sfruttare le possibilità offerte dalle stesse, mitigando i rischi per gli investitori e la stabilità

³⁰ In tal senso anche F. Di Vizio che valorizza "il significato sistematico delle prime esperienze di regolamentazione del fenomeno (in materia di antiriciclaggio, di monitoraggio fiscale e nella prospettiva normativa, ancora non completata, della riserva di attività), che muovono dall'esistenza di un tal diritto (di proprietà) sul bene immateriale, elemento attivo del patrimonio individuato in una prospettiva economica e sociale, nonché tecnologicamente voluta", op. cit, pagg 21 e segg.

³¹ Ex d.lgs. n. 518/1992 in attuazione della direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore

³² Cass. pen., sez. II, n.33076 del 14 luglio 2016;

finanziaria ³³. Lo strumento normativo prescelto è quello del Regolamento, come tale dotato di *self-executing*: una volta approvato, le sue norme entreranno perciò in vigore e cominceranno a produrre direttamente i loro effetti giuridici, senza bisogno di misure di recepimento da parte degli Stati membri nel loro ordinamento giuridico interno. Un settore di arduo inquadramento normativo, e spesso caratterizzato da rischi di varia natura per l'utente, potrebbe ricevere in quella sede una specifica disciplina europea, che vada oltre le interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza domestiche che pure sono riuscite a fornirne una efficace lettura.

³³ Commissione europea, 24 settembre 2020, *Digital finance package*, disponibile all' url https://ec.europa.eu/info/publications/200924-digital-finance-proposals_it