



ANNO XXVII - n. 2 Lug. - Dic. 2018 - Semestrare - Sped. in abb. postale - filiale di Forlì - 70% - periodico - ISSN 1122-2573

Rivista di Studi Economici Giuridici Sociali

ORIENTAMENTI

In questo numero:
Lo statuto penale delle valute virtuali:
le discipline e i controlli
Fabio Di Vizio

La deontologia del Commercialista
nelle procedure concorsuali
Giorgio Luchetta



ORIENTAMENTI

RIVISTA DI STUDI ECONOMICI GIURIDICI SOCIALI



*La rivista Orientamenti è espressione
dell'Associazione Italiana Dottori Commercialisti - sezione di Rimini - (AIDC)
con il patrocinio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Rimini e dell'Ordine degli Avvocati di Rimini*

SOMMARIO



Lo statuto penale delle valute virtuali: le discipline e i controlli
di *FABIO DI VIZIO*, Sostituto Procuratore della Repubblica
presso il Tribunale di Firenze Pag. 5

La deontologia del Commercialista nelle procedure concorsuali
di *GIORGIO LUCHETTA*, Consigliere Nazionale dei Dottori
Commercialisti e degli Esperti Contabili Delegato alla Deontologia Pag. 93

COMITATO SCIENTIFICO:

Brighi Paola, Prof. Ass. Economia Intermediari Finanziari, Università di Bologna, **Castaldi Giovanni**, ex Direttore Unità d'Informazione Finanziaria (UIF), **Donadio Gianfranco**, S. Procuratore DIA (Direzione Investigativa Antimafia, Roma), **Giovagnoli Paolo**, Procuratore della Repubblica di Modena, **Sforza Flavia**, Avvocato presso l'Avvocatura delle Banca d'Italia, **Tasini Massimiliano**, Dottore Commercialista, Docente Master Giurista Internazionale d'Impresa, Università degli Studi di Padova, Facoltà di Giurisprudenza.

DIRETTORE RESPONSABILE:

Giancarlo Ferrucini

I contenuti e i pareri espressi negli articoli sono da considerarsi opinioni degli autori e non impegnano pertanto il Direttore e la Redazione.

*Note, articoli e altro materiale da pubblicarsi nella Rivista vanno spediti al Direttore Dott. Giancarlo Ferrucini, via Garibaldi, 69 - 47921 Rimini - Telefax 0541/635070 - Telefono 0541/786574
I manoscritti anche se non pubblicati non si restituiscono.*

*Autorizzazione del Tribunale di Rimini n. 6/92 del 22.04.1992
Pubblicazione con pubblicità inferiore al 70%.*

PROPRIETÀ EDITORIALE:

Associazione Culturale Orientamenti - via Garibaldi, 69 - Rimini

STAMPA:

Arti Grafiche Ramberti - Viserba di Rimini
Chiuso in redazione il 10 Novembre 2019.

Testata associata all'Unione Stampa
Periodica Italiana



ISSN 1122-2573

Lo statuto penale delle valute virtuali:
le discipline e i controlli.
di Fabio Di Vizio¹

* * *

SOMMARIO

1. Premesse [3].
2. La capitalizzazione delle valute virtuali e le diverse letture delle giurisdizioni ed autorità internazionali [5].
3. Definizioni e caratteristiche della *virtual currency* secondo le autorità pubbliche europee e nazionali [7]. 3.1. - La visione delle autorità dell'Unione europea [7]. 3.2 - La visione delle autorità di vigilanza e di controllo italiane: *Banca d'Italia, Uif, Agenzia delle Entrate, Consob* [9].
4. L'ecosistema virtuale: classificazioni, nozioni di base, soggetti ed operazioni tipiche [13].
5. La natura giuridica delle valute virtuali e riflessi sulle discipline [18]. 5.1. - Valuta e funzione monetaria [18]. 5.2. - Moneta elettronica o moneta complementare [20]. 5.3 - Bene giuridico e *new property*: i “nuovi” beni [21]. 5.4. - Documento informatico [23]. 5.5. - Mezzo di pagamento [24]. 5.6. - Strumento finanziario [24].
6. Le discipline di settore e le ricadute penalistiche [30]. 6.1. -La normativa antiriciclaggio e sul monitoraggio fiscale [30]. 6.2. -La normativa sul contrasto dell'abusivismo [37]. 6.3. -La normativa fiscale: *trattamento IVA ed ai fini delle imposte dirette; monitoraggio fiscale e regole valutarie*. [42]. 6.4. - La contabilizzazione e la rappresentazione in bilancio della valuta virtuale [48]. 6.5. - La normativa civilistica sulle obbligazioni pecuniarie [51]. 6.6. -I Reati comuni contro i detentori di valute virtuali [52]. 6.7. Falso nummario: una impraticabilità momentanea? [56].
7. Conclusioni: regolare o non regolare? [57]

Bibliografia essenziale

¹ Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze.
Relazione al Master “*Lineamenti attuali della cd. criminalità societaria*”, Sessione “*Diritto societario e Responsabilità penale*”, organizzato dalla Fondazione per la Formazione Firenze dell'Ordine degli Avvocati di Firenze -Scuola Forense, Prima Sessione, 23 settembre 2019, Aula Adone Zoli, Nuovo Palazzo di Giustizia di Firenze

Abstract: La democratizzazione e l'inclusione finanziaria così come gli ulteriori vantaggi economici che accompagnano lo sviluppo delle valute virtuali non consentono di tacere i rischi e le esigenze di protezione che esse suscitano, destinate ad accrescersi con l'acquisizione della portata sistemica del settore e della sua interazione con l'economia "reale". Lo studio esamina gli sforzi operati dalla riflessione giuridica per offrire conveniente inquadramento dogmatico ad uno strumento che nasce fuori della regolazione pubblica e che riferisce non poco del suo valore a questa condizione di anomia.

Sullo sfondo alcune domande silenziose: fin quando i dubbi sull'opportunità di dettare regole sovranazionali in un processo innovativo in espansione potranno trattenere dall'assunzione di scelte chiare in merito alle discipline applicabili? E fin quando l'esaltazione della conquista della disintermediazione da parte di autorità centrali e pubbliche potrà tacitare le preoccupazioni di chi registra l'incremento dei poliedrici e remunerati servizi connessi all'utilizzo delle valute virtuali, promessi ed offerti da soggetti non necessariamente provvisti di requisiti patrimoniali tali da assicurare l'adempimento degli obblighi assunti e la garanzia delle risorse amministrate ed investite.

Le prime esperienze di normazione si muovono nella direttrice di presidiare le aree di diretta interferenza delle valute virtuali con le monete correnti e l'economia reale. In questa immaginifica "cinta daziaria" dotata di porte per individuare chi e che cosa passa dal mondo reale a quello virtuale il ruolo del presidio penale non è trascurabile, anche se nei fatti patisce gravi complicazioni dalla nebulosità del quadro giuridico generale.

La definizione dello statuto penale delle valute virtuali appare complessa ma l'evoluzione in corso offre qualche condizione per meglio schiarire le tendenze normative in atto e le possibili soluzioni.

1. Premesse

Le valute virtuali costituiscono materia "nuova" di *arduo inquadramento giuridico*. Ciò è particolarmente vero nel settore penale nel quale sono amplificate le difficoltà di certa catalogazione del fenomeno vissute negli altri settori dell'ordinamento.

Lo testimonia la problematicità di individuarne i *caratteri identitari* e una *denominazione* condivisa. Tali connotati, allo stato, sono per lo più declinati in negativo, rimarcando cosa le valute virtuali non sono. Esse *non* costituiscono *moneta legale*, tanto che per non ingenerare dubbi taluni preferiscono parlare di *crypto-assets* anziché di *cypto-currencies*. Ma è altrettanto certo che esse *non* sono *solo documenti informatici*: senza incorporare materiali intrinsecamente pregiati, replicano, per via convenzionale, alcune delle funzioni della moneta legale; di qui l'espressione immaginifica che le identifica quale oro digitale. Attivo alfanumerico cui non corrisponde un passivo; a tutt'oggi rifiutabile dal creditore che non si sia impegnato ad accettarlo e non garantito né da Stati né da autorità centrali.

Non risolve la questione la definizione della sostanza informatica delle cripto-valute. Composte da una complessa stringa alfanumerica registrata sulla *blockchain*, circolano su una rete *peer to peer* in cui sono scambiate dagli utenti attraverso meccanismi crittografici a doppia annotazione delle transazioni con c.d. «chiavi digitali» (equivalenti alle «firme digitali», fondate su degli algoritmi a-simmetrici, pubbliche e private), di modo che ciascuna cripto-moneta contiene l'intera sequenza di transazioni di cui è stata oggetto².

A fronte di queste insicurezze definitorie, che potrebbero disincentivarne l'espansione, il fenomeno per contro, desta sempre maggiore interesse economico e giuridico. Sono in essere sperimentazioni rispetto a valute digitali emesse da banche centrali basate sul registro distribuito, giudicate dal Parlamento europeo meritevoli di attenzione per tenere il passo con lo sviluppo e le innovazioni del mercato³.

² G.FINOCCHIARO, *Le cripto-valute come elementi patrimoniali assoggettabili alle pretese esecutive dei creditori*, in Rivista di diritto processuale, 1/2019, 92.

³ Come ricorda G.L. GRECO, *Valute virtuali e valute complementari, tra sviluppo tecnologico e incertezze regolamentari*, Rivista di Diritto bancario, 3/19 «da più parti è sollevata la questione circa l'opportunità di mettere sul mercato una valuta digitale emessa da una banca centrale: non si tratterebbe di una valuta parallela, ma semplicemente di una rappresentazione di una valuta legale basata sulla tecnologia di registro distribuito. Non una nuova unità di conto, insomma, ma un nuovo mezzo di pagamento. I vantaggi di tale valuta digitale "ufficiale" consisterebbero nella maggiore stabilità e sicurezza rispetto ad una valuta virtuale "privata", in un analogo contesto di innovazione tecnologica». L'Autore ricorda come alcune banche centrali, ad iniziare da quella svedese con l'e-krona, per proseguire con quella canadese, giapponese, uruguayana e del Singapore, stanno ipotizzando di utilizzare la tecnologia *blockchain* per creare moneta digitale statale (c.d. *central bank digital currency* o CBDC) da utilizzare nei pagamenti interbancari.

Dell'originale fenomeno economico viene sovente esaltata l'esperienza di *ri-bellione* avverso la pervasività del controllo e dell'ingerenza statale sul sistema economico, il contributo alla democratizzazione dei mercati attraverso il ripudio dell'intermediazione di soggetti terzi o di autorità centrali nelle transazioni tra privati, per effetto della nuova tecnologia rese meno costose e più rapide. Nondimeno, non possono disconoscersene i **rischi** né trascurarsi le **esigenze di protezione dei clienti**, risparmiatori o investitori che siano.

Il **mito** della magnifica e progressiva **disintermediazione** che sostiene da sempre alcune letture della espansione dell'esperienza delle valute virtuali, alla prova dei fatti, risulta assai enfaticizzato e grandemente contenuto dall'incremento dei poliedrici e remunerati servizi connessi al loro utilizzo, promessi ed offerti da soggetti non necessariamente provvisti di requisiti patrimoniali tali da assicurare l'adempimento degli obblighi assunti e la garanzia delle risorse amministrative; mantenute, non di rado sotto il controllo esclusivo e ben retribuito del professionista "virtuale", con buona pace della promessa sovranità diretta e riservata dei depositanti e/o clienti. Se non sono più le autorità pubbliche a validare e ad intermediare le operazioni virtuali, un ecosistema di soggetti e di servizi variegati arricchisce il panorama delle offerte, ma accresce anche le insidie per l'obiettiva opacità dei confini della responsabilità delle professionalità di nuovo conio, a cominciare dai prestatori di servizi di portafoglio digitale⁴.

La difficoltà di enucleare una disciplina sicura, per la problematicità di ricondurle entro le categorie dell'analisi giuridica sinora conosciute, non può essere sottaciuta, né svilita a mera difficoltà del singolo interprete. Si tratta, in effetti, di **fenomeno complesso**, con risorse di sostanza informatica ma di poliedrica natura - la cui ricostruzione spazia dal contante virtuale, alla moneta complementare, dai beni immateriali, ai documenti informatici sino ai titoli finanziari - provviste di diversificate funzioni (mezzo di pagamento, di scambio, unità di conto, riserva di valore). La valuta virtuale si è venuta delineando, dunque, quale moderno irrocervo, attivo cui non corrisponde alcun passivo, valore economico per via convenzionale e per scarsità artificiale, di natura digitale, a base elettronico-informatica, che molto deve alla fiducia nella regolarità della condotta della maggioranza dei protagonisti del sistema.

Non essendo univoco l'inquadramento in una delle categorie già presenti

⁴ Secondo l'art. 1 della V direttiva antiriciclaggio europea è tale il soggetto che fornisce servizi di *salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali*. Cfr. **Direttiva (UE) 2018/843** del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 156/43 del 19.6.2018. La V direttiva AML prevede l'estensione degli obblighi antiriciclaggio e l'iscrizione in registri pubblici anche ai prestatori di servizi di portafoglio digitale per le valute virtuali, ossia ai soggetti che offrono servizi di custodia delle credenziali necessarie per accedere alle valute virtuali (c.d. *ewallet*).

all'esperienza giuridica resta complicato individuare la singola **disciplina pubblicistica** (in tema di antiriciclaggio, di normativa tributaria e di monitoraggio fiscale, di contrasto dell'abusivismo nella intermediazione creditizia e finanziaria, nella tutela del contraente e del consumatore) che governa l'attività e le relazioni degli utilizzatori (*users*) e dei professionisti che operano sul mercato delle valute virtuali.

Le prime esperienze di normazione si muovono nella direttrice di **presidiare le aree di diretta interferenza delle valute virtuali con le monete correnti e l'economia reale**. Come è stato efficacemente osservato «*fino a quando non sarà possibile istituire regole che presiedano la rete dall'interno, sarà necessario costruire una "cinta daziaria" dotata di alcune "porte" per individuare chi e che cosa passa dal mondo reale a quello virtuale e viceversa. Solo alle transazioni compliant sarà garantito l'accesso al mondo reale, mentre le altre saranno destinate ad essere isolate in quello virtuale*»⁵.

Seguendo questa impostazione, il legislatore ha iniziato a disciplinare la fattispecie muovendo dalla normativa antiriciclaggio, assoggettando gli *exchangers* agli obblighi di adeguata verifica della clientela ed introducendo nell'ordinamento la nozione di "valuta virtuale"⁶. Altrettanto solerte è risultata la normativa sul monitoraggio fiscale. Sullo sfondo delle aspirazioni di regolamentazione del fenomeno, in generale, si stagliano le analisi sui rischi (legali ed economici) da esso ingenerati, anche se non manca la consapevolezza dei vantaggi che da esso possono provenire e che lo sorreggono. Ed in effetti, l'approccio delle autorità pubbliche, delle istituzioni governative, politiche e giudiziarie, nazionali ed internazionali, si rivela composito e variegato, oscillando tra slanci connotati dal desiderio di contenere i pericoli e la volontà di non pregiudicare lo sviluppo delle potenzialità del nuovo sistema.

Senonché, poiché la negoziazione delle valute virtuali interviene su piattaforme basate sul *web* ed è accessibile ad una vasta platea di potenziali investitori, il fenomeno sta acquisendo diffusione e rilevanza transfrontaliera sempre più ampia. L'estrema e rapida volatilità dei prezzi, potenzialmente sfruttabile dai soggetti con maggiori competenze tecnologiche; l'impetuoso sviluppo delle valute virtuali al di fuori del perimetro della regolamentazione finanziaria, più facilmente connotato da opacità e fenomeni fraudolenti; l'utilizzo di piattaforme di scambio non regolamentate, non assistite da specifiche protezioni legali

⁵ D. MAJORANA, *Disciplina giuridica e fiscale delle criptovalute: sfida la legislatore dal web*, in Corriere Tributario n. 8 del 2018, p. 630.

⁶ Osserva G.L. GRECO, *Valute virtuali*, op. cit., p. 14 e ss: «*seppur gran parte delle transazioni di valute virtuali rimarrà dunque caratterizzato dall'anonimato, il recente intervento legislativo obbliga al monitoraggio del momento di accesso della moneta legale nel network (con la conversione in valuta virtuale) e quello di uscita dal network stesso (con la riconversione in moneta legale), consentendo la valutazione della congruità delle operazioni rispetto al profilo patrimoniale, economico e reddituale nonché all'attività esercitata dall'utente*».

(quale un sistema di garanzia dei depositi) per le perdite connesse ai fondi detenuti sui portafogli digitali presenti su di esse, con il rischio che il loro fallimento determini la perdita irrimediabile del capitale investito; la non impermeabilità dei portafogli digitali agli *hackers* e l'irreversibilità delle operazioni fraudolente. Sono queste alcune delle ragioni di preoccupazione che non possono essere trascurate e impongono di verificare quale sia lo spazio entro cui il diritto penale può già attualmente fronteggiare i profili più deteriori del fenomeno e soddisfare esigenze di protezione individuale e collettiva che essi impongono.

2. La capitalizzazione delle valute virtuali e le diverse letture delle giurisdizioni e delle autorità internazionali.

Un rapporto della Banca Centrale Europea (BCE) del 2015 stimava in **cinquecento** le valute virtuali in circolazione, con una capitalizzazione di mercato pari ad 460 miliardi di USD. Alla fine di febbraio 2017 Bitcoin aveva circa 500 mila conti individuali attivi, con 100 mila transazioni al giorno, con 198 milioni di operazioni effettuate⁷. Secondo le statistiche aggiornate al maggio 2017 il mercato delle criptovalute ha toccato una capitalizzazione globale di 91 miliardi di dollari, dopo mesi di costante crescita⁸. Attorno all'inizio del 2018 il volume globale di capitalizzazione del mercato ha superato i **150 miliardi di dollari**, con una movimentazione giornaliera di criptomoneta di oltre 3,5 miliardi.

Rispetto a questa crescita del fenomeno assai diversificata è la **considerazione delle diverse giurisdizioni internazionali**.

Oltre a quanto si avrà occasione di esporre, in effetti, da una ricerca condotta di recente rispetto a 246 giurisdizioni nazionali, emerge come la valuta digitale sia legale in 99 Paesi, limitata in 7 Paesi, illegale in 10 Paesi, mentre nei restanti Paesi la disciplina resta confusa⁹.

Nel **Nord America** e nell'**Europa occidentale** il fenomeno è, nei fatti, accettato. Il **governo federale degli Stati Uniti**, ad esempio, non ha esercitato la prerogativa costituzionale di regolamentare la Blockchain e dunque, al momento, ogni Stato è libero di introdurre i propri regolamenti.

A giugno 2015 lo **Stato di New York** ha provveduto per primo a regolare le società impegnate nel settore delle valute virtuali attraverso un'agenzia statale. Inoltre «nel 2017 almeno 8 Stati hanno lavorato su proposte di legge che accettano o promuovono l'uso di Bitcoin e della Blockchain e almeno due di loro hanno già approvato leggi in proposito. In **Arizona**, ad esempio, sono stati legal-

⁷ A. PLATEROTI, *Banche centrali, guerra ai Bitcoin*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 febbraio 2017.

⁸ I dati sono stati elaborati dalla piattaforma coinmarketcap.com.

⁹ Reperibile all'indirizzo <https://howrnuch.net/article/bitcoin-legality-around-the-world>.

mente riconosciuti gli smart contracts, in Vermont la blockchain ed in Delaware si punta ad autorizzare la registrazione delle quote possedute sotto forma di blockchain dalle aziende che si trovano in quello Stato. Inoltre, a luglio 2017, la U.S. Commodity Futures Trading Commission ha concesso il permesso di esercitare a LedgerX, operatore di una piattaforma di trading di criptovalute, che ha debuttato a ottobre, diventando così il primo luogo di scambio di moneta digitale regolato a livello federale»¹⁰.

Una ulteriore manifestazione del fenomeno è legata allo sviluppo di un **mercato dei derivati** su criptovalute e al crescente interesse dei gestori di fondi d'investimento per le stesse, anche per gli alti rendimenti registrati, pur nella volatilità dei prezzi. Negli Stati Uniti, i *future* su *bitcoins* sono ammessi alle negoziazioni sia sul *Chicago Mercantile Exchange* che sul *Chicago Board Options Exchange*. La volatilità di questi prodotti è stata altissima, con oscillazioni anche del 30% nell'arco della medesima giornata.

In **Germania** le criptovalute sono unità di conto e, dunque, **strumenti finanziari** ai sensi della normativa nazionale.

In **Francia** una commissione del ministero delle finanze è impegnata nella redazione di regole per vigilare sullo sviluppo delle valute virtuali con lo scopo di evitare gli «*alti rischi di speculazione e possibile manipolazione finanziaria*».

Circa le ICO's (*Initial Coin Offering*, v. *infra*) e le successive rivendite di *token*, esse sono di regola qualificate alla stregua di una semplice scommessa (*gambling*) e le valute virtuali come *commodities* o *utilities*.

Il **Medio Oriente** sembra diviso: Iraq, Iran e Turchia hanno mercati legali per il Bitcoin, mentre Afghanistan, Pakistan, Arabia Saudita ed Egitto pongono livelli diversi di restrizioni.

I **paesi dell'Est** appaiono i più restrittivi. In **Russia** la criptovaluta è illegale, ma è in via di elaborazione un progetto di legge per regolamentare le procedure di acquisto di valute virtuali, con ipotesi di registrare chi le acquista e di riservarne il cambio a società specializzate. La **Cina** e la **Corea del Sud** hanno recentemente intensificato il controllo e la regolamentazione dell'utilizzo delle criptovalute¹¹.

¹⁰ E. FRANZA, *Le valute virtuali e prodotti finanziari con sottostanti valute virtuali. Una prima indagine sugli interventi*, in *Foreoeuropa*, 2018.

¹¹ Ricorda ancora FRANZA, *op. cit.*: «Da ricordare che la Cina è diventato il più grande mercato di produzione e di scambio di Bitcoin al mondo. Ad agosto 2017 la Cina ha dichiarato illegali proprio le *Initial Coin Offering*, ovvero, lo strumento maggiormente utilizzato per la raccolta fondi basato sulle criptovalute e dall'11 ottobre scorso le ICO's sono state oggetto di divieto poiché, tra l'altro, considerate emissioni di valuta contrarie alle restrizioni sui movimenti di capitali ivi vigenti. Il bando, tuttavia, sembra valere solo sulle banche. Le istituzioni bancarie ed i loro impiegati non possono cedere o acquistare Bitcoin attraverso servizi bancari, né offrire servizi o fare affari con l'industria dei Bitcoin. Di recente, il vice governatore della Banca centrale cinese, Pan Gongsheng ha chiesto di bloccare tutti i siti web e le app che consentono scambi centralizzati di monete virtuali. Invece, non sembrerebbe illegale almeno per i comuni cittadini commerciare in Bitcoin. Nel gennaio 2018, le autorità di Seul hanno annunciato che le banche locali non potranno dare corso alle operazioni

Assai diversificata appare la qualificazione giuridica delle valute virtuali presso le autorità internazionali.

Quali rappresentazioni digitali di valore, le valute virtuali vengono ricondotte dal **Fondo Monetario Internazionale** nella più ampia categoria delle **valute digitali**. Le valute virtuali possono avere differenti livelli di convertibilità rispetto al mondo reale dei beni e dei servizi, alle valute nazionali o ad altre valute virtuali; inoltre, sono contraddistinte dai caratteri comuni di non essere denominate in moneta legale (Fiat), di avere una propria unità di conto e di essere trasferibili tra le parti attraverso *Distributed Ledger Technology* o *Blockchain*.

La **IOSCO**¹² (organizzazione internazionale delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari) ha pubblicato il 18 gennaio 2017 un comunicato di allerta rispetto ai rischi collegati alle ICO's¹³ in ragione della loro natura altamente speculativa¹⁴.

provenienti da conti anonimi per il trading in cripto valute e ciò al fine dichiarato di poter rendere tracciabili e trasparenti le transazioni e mettere un freno al riciclaggio ed alle attività criminali, oltre che alla speculazione e all'evasione fiscale. L'autore segnala altresì che l'industria ora utilizza una quantità di elettricità pari a 3,4 milioni di famiglie statunitensi. La Cina ospita molti dei più grandi *miners* del mondo, alcuni dei quali hanno installato impianti idroelettrici nelle province del Sichuan e dello Yunna, con consumo nazionale stimato pari a quello della Nigeria.

12 I compiti dell'*International Organization of Securities Commissions* sono di sviluppare tra gli associati (135 a fine 2001) la cooperazione per il miglioramento della regolamentazione dei mercati e lo scambio di informazioni, di unire i loro sforzi nella fissazione di *standards* e di una sorveglianza efficace sulle transazioni internazionali in titoli e di favorire la mutua assistenza per assicurare l'integrità dei mercati.

13 Come segnala FRANZA, *op. cit.*, l'emittente raccoglie capitali dagli utenti del web e non offre partecipazioni nel capitale sociale o obbligazioni, bensì *token*, ossia beni digitali (codici criptati che permettono di svolgere talune funzioni tramite *smartcontract*) che, successivamente alla chiusura dell'ICO, potranno essere utilizzati per accedere a nuovi progetti. Con la vendita dei *token* l'impresa acquisisce le risorse necessarie a sviluppare un progetto digitale connesso per lo più allo sviluppo di una nuova piattaforma/*blockchain* o di nuove funzionalità o applicazioni nelle *blockchain* esistenti, cui si potrà accedere con la nuova criptovaluta/*token*. Normalmente, se il progetto avrà successo, gli acquirenti dei *token* potranno non solo utilizzarli, se interessati, per accedere alle utilità derivanti dal progetto o dalla nuova applicazione, ma anche avvantaggiarsi finanziariamente del loro apprezzamento. Infatti, in alcune operazioni i *token* accordano il diritto ad ottenere una parte dei ritorni del progetto, così come un prodotto finanziario. Inoltre, sempre più di frequente, i *token* sono scambiati su un mercato secondario informale (es. piattaforme *web* sulle quali si incrociano domanda e offerta, tipicamente al di fuori della regolamentazione); pertanto gli originari acquirenti potranno speculare rivendendoli ad un prezzo più elevato rispetto a quello originariamente corrisposto.

14 *IOSCO Board communication on concerns related to Initial Coin Offerings (ICOs) 18 Jan 2018*, disponibile presso il seguente indirizzo: <https://www.iosco.org/news/pdf/IOSCONEW485.pdf>. Secondo il comunicato «Gli ICO sono investimenti altamente speculativi in cui gli investitori stanno mettendo a rischio l'intero capitale investito. Mentre alcuni operatori offrono legittime opportunità di investimento per finanziare progetti o imprese, l'aumento di targeting delle ICO agli investitori al dettaglio attraverso canali di distribuzione online da parti spesso situate al di fuori della giurisdizione di un investitore - che potrebbero non essere soggette a regolamentazione o potrebbero operare illegalmente violazione delle leggi esistenti - solleva problemi di protezione degli investitori. Ci sono stati anche casi di frode e, di conseguenza, si ricorda agli investitori di essere molto cauti nel decidere se investire in ICO».

Secondo la **Securities and Exchange Commission**¹⁵ statunitense (Commissione per i Titoli e gli Scambi), una valuta virtuale «è una rappresentazione digitale di valore che può essere scambiata digitalmente e funziona come mezzo di scambio, unità di conto o riserva di valore. *Token o monete virtuali possono rappresentare anche altri diritti. Di conseguenza, in determinati casi, i token o le monete saranno strumenti finanziari e non potranno essere venduti legalmente senza registrazione presso la SEC o in base ad un'esenzione*»¹⁶.

Anche la tedesca **BaFin** (*Federal Financial Supervisory Authority*) ha rimarcato che, in base alla normativa vigente nell'ordinamento tedesco, i *bitcoin* sono **strumenti finanziari**¹⁷.

Secondo una visione pragmatica, altri regolatori (*US Commodity Futures Trading Commission*) di quegli stessi Paesi evidenziano le similitudini delle valute virtuali rispetto a **beni fisici** come i metalli preziosi, i combustibili e i prodotti agricoli, riconducendole alla nozione di **commodities**, vale a dire di prodotti che possono essere utilizzati a scopo di investimento o speculativo¹⁸. La **Federal Reserve statunitense** ha rimarcato la caratteristica delle valute virtuali di essere sistemi senza autorizzazione,¹⁹ cui merita prestare attenzione per individuare i rischi per la stabilità del sistema finanziario "reale" e del consumatore digitale.

Per **FINMA svizzera** (*Financial Market Supervisory Authority*), l'operatività in criptovalute - specie le attività sottese alle ICO - può assumere rilievo per la disciplina antiriciclaggio e bancaria nonché per l'intermediazione mobiliare o la gestione collettiva²⁰. Occorre svolgere un'analisi della concreta strutturazione dell'operazione, ovvero della sua causa concreta, che, come riconosciuto nel **Regno Unito** dalla **Financial Conduct Authority** (FCA)²¹, può condurre a ritenere che una ICO sia strutturata in modo da comportare investimenti regolamentati. Viene in considerazione, infatti, il parallelismo con le offerte pubbliche iniziali (IPO), il collocamento privato di titoli, il *crowdfunding* o gli schemi di investimento collettivo.

15 Si tratta dell'ente federale statunitense preposto alla vigilanza della borsa valori,

16 *US SEC, Investor Bulletin: initial coin offerings, 25 July 2017*, disponibile in lingua originale sul sito istituzionale dell'Autorità: https://www.sec.gov/oiaa/investor-alerts-and-bulletins/ib_coinofferings.

17 Cfr. https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/FinTech/VirtualCurrency/virtual_currency_node_en.html.

18 *US Commodity Futures Trading Commission (CFTC), Bitcoin and other virtual currencies are encompassed in the definition and properly defined as commodities* (CFTC Docket No. 15-29, Sep. 17, 2015).

19 Cfr. *Finance and Economics Discussion Series, Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs*, Federal Reserve Board, Washington, D.C., *Distributed ledger technology in payments, clearing, and settlement*, 2016.

20 *FNMA Guidance 04/2017, Regulatory treatment of initial coin offerings*.

21 *Financial Conduct Authority (FCA), Initial Coin Offerings, 12 September 2017*, disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità in lingua originale: <https://www.fca.org.uk/news/statements/initial-coinofferings>.

3. Definizioni e caratteristiche della *virtual currency* secondo le autorità pubbliche europee e nazionali.

3.1 La visione delle autorità dell'Unione europea.

L'Autorità bancaria europea (*European Banking Authority* o EBA)²² ha definito le criptovalute come rappresentazioni digitali di valore non emesse da banche centrali o da altre autorità pubbliche, le quali possono essere accettate da persone fisiche o giuridiche come mezzo di pagamento. Ciò posto l'EBA ha rimarcato i **rischi** delle criptovalute, specie se utilizzate come **strumenti di investimento**²³. Sulla base di un'accurata analisi costi/benefici, infatti, l'autorità

22 A luglio 2014, l'EBA ha pubblicato un parere sulle valute virtuali (<http://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>), al fine di favorire un processo di convergenza regolamentare a livello europeo. In particolare, l'EBA ha individuato numerosi profili di rischio derivanti dall'utilizzo o dalla detenzione delle valute virtuali. Essi sono rilevanti per gli utilizzatori (consumatori, investitori e *merchant*), per i partecipanti al mercato - piattaforme di scambio e depositari dei portafogli virtuali (*wallet providers*) - per gli intermediari e le autorità di regolamentazione, oltre che per l'integrità e la stabilità del sistema finanziario e del sistema dei pagamenti. Alcuni di tali rischi si sono già concretizzati in gravi perdite o furti di valute virtuali per la clientela, nel fallimento di piattaforme di scambio o in attività di riciclaggio e altre condotte criminali. Secondo l'EBA i rischi individuati superano i possibili benefici che le valute virtuali potrebbero fornire ai loro utilizzatori, anche considerando i vantaggi in termini di costi e tempi di transazione e di inclusione finanziaria. Auspicando un intervento delle istituzioni europee, l'EBA ha evidenziato la necessità di definire, nel lungo periodo, un quadro normativo armonizzato, che riservi l'operatività in valute virtuali a soggetti autorizzati e definisca, tra l'altro, requisiti in materia di capitale e *governance* dei partecipanti al mercato e segregazione dei conti della clientela. Nel breve termine, ha ravvisato l'urgenza di mitigare i rischi derivanti dall'interazione tra gli schemi di valute virtuali e i servizi finanziari regolamentati ed ha, pertanto, invitato le Autorità nazionali di vigilanza a scoraggiare gli intermediari dall'acquistare, detenere o vendere valute virtuali.

23 R. BOCCHINI (*Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, II, fasc. 1, 1 febbraio 2017, 27) offre un quadro esaustivo dei rischi connessi all'uso della valuta virtuale. Dai rischi legati alla eccessiva volatilità, a quelli della bolla speculativa e dello sviamento della concorrenza, sino alla assenza di una tutela legale per carenze di informazioni e di presidi di trasparenza (sul funzionamento, sui costi, sul valore e sui rischi), all'assenza di tutele legali e contrattuali rispetto a transazioni irreversibili e non reclamabili, rette dal principio della accettazione su base solo volontaria, contrastante con la programmazione del loro utilizzo, all'assenza di una disciplina di settore. Non manca un'analisi dei rischi connessi alla mancanza dei controlli e di garanzia, in caso di perdite permanenti per malfunzionamento e/o attacchi informatici oltre che per i rischi collegati all'anonimato dei pagamenti, pur tracciabili, con utilizzo per finalità criminali e illeciti, per riciclaggio, per evasione ed elusione della normativa fiscale. GASPARRI (*Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario criticoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, *Dir. Inf.*, 2015, 415)) rileva poi i rischi operativi e di sicurezza cui sono esposte le piattaforme di scambio, i rischi di controparte, di mercato, di liquidità e di esecuzione, il pericolo di un pregiudizio per l'integrità e la stabilità del sistema finanziario, probabilmente non ancora attuale tenendo conto del controvalore della moneta virtuale, ma in chiara fase di espansione. Se nel 2015 questo valore venuta quantificato in meno di 4 miliardi di dollari, già D'AGOSTINO (*Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio* (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 90/2017, in *Rivista di Diritto Bancario*, 1/2018, p. 1) rammenta che secondo le statistiche aggiornate al maggio 2017 il mercato delle criptovalute ha toccato una capitalizzazione globale di 91 miliardi di dollari, dopo mesi di costante crescita. I dati sono stati elaborati dalla piattaforma coinmarketcap.com, la più accreditata del settore». Attorno all'inizio del 2018 il volume globale di capitalizzazione del mercato ha superato i 150 miliardi di dollari, con una

europea ha ritenuto che, al momento, i rischi derivanti dall'uso delle valute virtuali superino i vantaggi che gli utilizzatori possono ricavarne e ha sollecitato le Istituzioni europee a promuovere una risposta regolamentare, secondo un duplice approccio, di lungo e di breve periodo²⁴. Nel 2015 l'EBA²⁵ è tornata sul tema ed ha precisato di non considerare la valuta virtuale un'autentica forma di moneta.

Nello stesso anno, però, la **Corte di Giustizia dell'Unione Europea**, con la sentenza 22 ottobre 2015, causa C-264/14 in relazione alle operazioni di cambio tra *bitcoins* e valuta a corso legale o di utilizzo dei *bitcoins* quale mezzo di pagamento²⁶, ne ha stabilito la natura di **servizi ricadenti sotto l'esenzione IVA**. La sentenza ha giustificato l'esenzione considerando il *bitcoin* quale «**mezzo di pagamento contrattuale**» (punto 42 della sentenza), senza finalità diversa da quest'ultimo strumento (punto 52)²⁷.

La BCE nel mese di febbraio 2015²⁸ ha definito le valute virtuali quali rappresentazioni digitali di valore non emesse da banche centrali, istituti di credito o istituti di moneta elettronica, le quali, in alcune circostanze, possono essere utilizzate come alternativa al denaro, anche se deve essere escluso che siano una

movimentazione giornaliera di criptomoneta di oltre 3,5 miliardi. Per un'analisi dei rischi, dalla volatilità dei prezzi al riciclaggio cfr. anche: N. PASSARELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio*, in *www.sicurezzanazionale.gov*, 15 novembre 2016; L. LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento, Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2015, p. 206, p. 210 con particolare riferimento all'analisi dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo individuati dal GAFI in seno al *FATF Report, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, June 2014*, disponibile all'indirizzo <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>; M. MANCINI, *Valute Virtuali e Bitcoin*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2015, p. 117 per la ritenuta inapplicabilità delle regole di trasparenza a tutela degli utenti (introdotte nei singoli contesti nazionali in recepimento della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento, l'interpretazione corrente limitandone la portata ai soli pagamenti denominati in moneta legale), sulla natura di soggetti non regolamentati e non vigilati degli operatori dell'ecosistema (non tenuti a rispettare requisiti patrimoniali o obblighi finalizzati ad assicurare la *business continuity*), sui rischi operativi (per l'alta dipendenza delle valute virtuali dalla tecnologia informatica e dal buon funzionamento della rete).

24 M. MANCINI, *op. cit.*, p. 133.

25 Come ricorda M. MANCINI, *op. cit.*, 133, all'*European Banking Authority* (EBA), ai sensi dell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 1093/2010, del 24 novembre 2010, compete monitorare «*le attività finanziarie nuove ed esistenti e adottare orientamenti e raccomandazioni volti a promuovere la sicurezza e la solidità dei mercati e la convergenza delle prassi di regolamentazione*».

26 Diverso naturalmente il caso del venditore che accetta *bitcoins* in pagamento per i beni e servizi ceduti, soggetto alle normali regole IVA.

27 Ciò posto, in virtù del principio di neutralità e degli obiettivi perseguiti dalle esenzioni della direttiva IVA, i giudici eurounitari ritengono che disconoscere l'esenzione priverebbe la norma del suo effetto di «*ovviare alle difficoltà collegate alla determinazione della base imponibile nonché dell'importo dell'IVA detraibile*» (punto 36).

28 BCE, *Virtual currency schemes - a further analysis*, febbraio, 2015 reperibile al link <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>, nel quale viene precisato che le definizioni delle valute virtuali (nel *wording* VCS, *virtual currencies*) dipendono dal contesto; cfr. anche il precedente documento pubblicato dalla medesima Autorità, BCE, *Virtual Currency Schemes*, ottobre 2012.

forma di moneta secondo la definizione della letteratura economica.

L'Autorità europea dei mercati finanziari (ESMA) ha pubblicato due dichiarazioni ufficiali (*statement*) sul fenomeno delle ICO, uno per gli offerenti (sui rischi di incorrere in violazioni normative per offerte abusive) ed un'altra per gli investitori.

Con riferimento al primo comunicato, ESMA ha affermato che «*a seconda di come sono strutturate, le ICO potrebbero non rientrare nell'ambito delle regole esistenti e quindi rimanere al di fuori dello spazio regolamentato. Tuttavia, laddove le monete o i token si qualificano come strumenti finanziari, è probabile che le imprese coinvolte nelle ICO conducano attività di investimento regolamentate, quali collocamento, negoziazione o consulenza su strumenti finanziari o gestione o commercializzazione di fondi di investimento collettivo. Le imprese possono, inoltre, essere coinvolte nell'offerta di valori mobiliari al pubblico*»²⁹. In tali ipotesi, si pone il problema della potenziale applicazione della disciplina del prospetto, della MiFID³⁰, della AIFMD³¹ (direttiva in materia di gestori di fondi alternativi) nonché delle norme antiriciclaggio.

3.2. La visione delle autorità di vigilanza e di controllo italiane: Banca d'Italia, Uif, Agenzia delle Entrate, Consob.

Secondo l'avvertenza diffusa dalla Banca d'Italia il 30 gennaio 2015, le «valute virtuali» sono «*rappresentazioni digitali di valore, utilizzate come mezzo di scambio o detenute a scopo di investimento, che possono essere trasferite, archiviate e negoziate elettronicamente*»³². La definizione, riprendendo quelle coeve della Banca Centrale Europea, viene accompagnata da una serie di specificazioni (per lo più per sottrazione ed in negativo) che dovrebbero segnare i confini con quanto già noto e richiamare l'attenzione degli utilizzatori sulle caratteristiche, specie quelle problematiche, dell'innovativo valore digitale. Il ricorso all'espressione «valuta» corrisponde alla presa d'atto di quale sia il nome con cui è fenomeno è conosciuto e non anche un giudizio sul fenomeno.

Come precisa l'Autorità di vigilanza italiana, infatti, «*create da soggetti privati che operano sul web, le valute virtuali non devono essere confuse con i tradizionali strumenti di pagamento elettronici (carte di debito, carte di credito, bonifici*

29 ESMA alerts firms involved in Initial Coin Offerings (ICOs) to the need to meet relevant regulatory requirements, 13 November 2017, ESMA50-157-828, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-highlights-ico-risks-investors-and-firms>.

30 Direttiva 2014/65/UE (MiFID II) e Regolamento (UE) n. 600/2014 (MiFIR), nuove disposizioni di revisione della MiFID (Direttiva 2004/39/CE).

31 *Alternative Investment Fund Managers Directive* 2011/61/EU.

32 Analoga avvertenza sui rischi connessi all'utilizzo di valute virtuali è stata emessa dall'Autorità di Vigilanza francese (cfr. https://www.banque-france.fr/uploads/tx_bdfgrandesdates/Focus-10-stabilitefinanciere.pdf).

bancari, carte prepagate e altri strumenti di moneta elettronica, ecc.). Le valute virtuali differiscono dalle piattaforme elettroniche finalizzate esclusivamente a favorire transazioni assimilabili a forme di baratto. Esse non rappresentano in forma digitale le comuni valute a corso legale (euro, dollaro, ecc.); non sono emesse o garantite da una banca centrale o da un'autorità pubblica e generalmente non sono regolamentate. Le valute virtuali non hanno corso legale e pertanto non devono per legge essere obbligatoriamente accettate per l'estinzione delle obbligazioni pecuniarie, ma possono essere utilizzate per acquistare beni o servizi solo se il venditore è disponibile ad accettarle. Inizialmente utilizzate all'interno di specifiche comunità virtuali (ad es. videogiochi online e social network), le valute virtuali sono oggi utilizzate anche per fare acquisti, non solo online ma anche presso alcuni esercenti commerciali. Ve ne sono vari tipi: valute virtuali spendibili solo entro la comunità virtuale che le accetta (c.d. valute virtuali non convertibili); valute virtuali che si possono acquistare con moneta tradizionale (ad esempio utilizzando la propria carta di credito o di debito), ma che non è possibile riconvertire in moneta tradizionale (c.d. valute virtuali a convertibilità limitata); valute virtuali che si possono acquistare e rivendere in cambio di moneta tradizionale (c.d. valute virtuali pienamente convertibili). Il prezzo delle valute virtuali - più precisamente il tasso a cui possono essere convertite in valute aventi corso legale (ad esempio euro) - può variare sensibilmente anche in poco tempo. Esse quindi hanno un'elevata volatilità che può rendere molto rischioso detenere somme denominate in valuta virtuale, qualora si intenda conservarle per un certo periodo di tempo e riconvertirle in moneta legale (ad esempio euro)».

La Banca d'Italia, per ciò, ha scoraggiato le banche e gli altri intermediari dall'acquistare, detenere e vendere valute virtuali³³, invitando i soggetti vigilati a valutare con attenzione i rischi indicati dall'EBA e a considerare che: - in assenza di adeguati presidi e di un quadro legale certo circa la natura giuridica delle valute virtuali, quei rischi possono esporre a perdite e inficiare, di conseguenza, la consistenza del patrimonio di vigilanza e la stabilità stessa degli intermediari; - le concrete modalità di funzionamento degli schemi di valute virtuali possono integrare, nell'ordinamento nazionale, la violazione di disposizioni normative, penalmente sanzionate, che riservano l'esercizio della relativa attività ai soli soggetti legittimati (artt. 130, 131 TUB per l'attività bancaria e l'attività di raccolta del risparmio; art. 131 ter TUB per la prestazione di servizi di pagamento; art. 166 TUF, per la prestazione di servizi di investimento).

Inoltre, la Banca d'Italia ha richiesto ai propri vigilati di avvertire di tale orientamento i clienti, persone fisiche o giuridiche, operanti nel settore delle valute virtuali, prima di intraprendere operazioni della specie con essi. Resta inteso che, nei confronti di tali soggetti, potranno continuare a essere prestati

33 Cfr. Comunicazione sulle valute virtuali del 30/1/2015 pubblicata sul Bollettino di Vigilanza n. 1/2015.

i servizi finanziari autorizzati, nel rispetto degli obblighi previsti dalla vigente disciplina in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo e delle indicazioni fornite dalla UIF.

Il 2 febbraio 2015, prima della riforma operata dal d.lgs. n. 90/2017 (di cui *infra*) l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia ha emanato una comunicazione³⁴ nella quale, ritenendo che l'utilizzo delle valute virtuali possa esporre a rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, specie in caso di maggiore integrazione con l'economia reale, ha affermato che «i prestatori di attività funzionali all'utilizzo, allo scambio e alla conservazione di valute virtuali e alla loro conversione da/in valute aventi corso legale non sono, in quanto tali, destinatari della normativa antiriciclaggio e quindi tenuti all'osservanza degli obblighi di adeguata verifica della clientela, registrazione dei dati e segnalazione delle operazioni sospette». Nondimeno, i destinatari del d.lgs. n. 231/2007 sono stati richiamati alla massima collaborazione; in particolare, il contributo deve esprimersi nell'aver cura di individuare le operatività connesse con valute virtuali (rilevandone gli eventuali elementi di sospetto, valutando con specifica attenzione le operazioni di prelievo e/o versamento di contante e le movimentazioni di carte di pagamento connesse con operazioni di acquisto e/o vendita di valute virtuali realizzate in un arco temporale circoscritto e per importi complessivi rilevanti) e nel segnalare all'UIF le relative operazioni sospette con la massima tempestività³⁵.

Il 28 maggio 2019 l'UIF ha pubblicato una nuova comunicazione sull'utilizzo anomalo di valute virtuali, anche sotto lo stimolo del GAFI. Quest'ultimo, infatti, ha rilevato come la valuta virtuale possa essere impiegata per finalità di investimento ma anche per riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. In particolare, per la gestione e mitigazione dei rischi è richiesto che i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale siano sottoposti alle normative nazionali di prevenzione, a regimi di licenza o registrazione e a controlli di compliance. La crescente diffusione delle valute virtuali, il rischio di utilizzo distorto di detti strumenti e l'evoluzione del contesto normativo hanno indotto, dunque, l'UIF a rinnovare la richiesta ai destinatari del D.lgs. 231/2007, ivi compresi gli operatori del settore tenuti all'adempimento degli obblighi antiriciclaggio, di prestare massima attenzione nell'individuazione di operatività sospette connesse con valute virtuali; del resto il numero delle segnalazioni di operazioni so-

34 Unità di Informazione Finanziaria (UIF), Utilizzo anomalo di valute virtuali, reperibile in http://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-indicatori-anomalia/Comunicazione_UIF_su_VV.pdf. In Francia nella relazione annuale inerente all'attività svolta nel 2011, la FIU francese ha rilevato la diffusione delle valute virtuali e, in particolare di *Bitcoin*, come strumento non regolato, distinto dalla moneta elettronica, che agevola l'opacità. Nel successivo rapporto relativo all'anno 2013, la FIU francese ha richiamato l'attenzione dei destinatari degli obblighi antiriciclaggio sui flussi finanziari connessi con le operazioni eseguite dalle piattaforme di scambio aventi sede all'estero e non oggetto di specifica regolamentazione, per individuare eventuali elementi di sospetto (cfr. sul punto L. LA ROCCA, *op. cit.*, pp. 219-220).

35 M. MANCINI, *Valute Virtuali e Bitcoin*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2015.

spette ricevute dall'UIF in relazione ad operatività in valute virtuali è cresciuto da 208 del 2017 sino a 499 del 2018. In particolare, viene sottolineata la necessità di valutare se l'attività di raccolta possa essere messa in relazione con fondi di provenienza illecita, la possibile connessione con fenomeni criminali caratterizzati dall'utilizzo di tecnologie informatiche quali *phishing* o *ransomware*, con truffe realizzate attraverso siti Internet o clonazione di carte di credito, ovvero al sospetto di reimpiego di fondi derivanti da attività commerciali non dichiarate, spesso svolte online. Rilevano, altresì, gli acquisti di *virtual asset* con fondi che potrebbero derivare da frodi, distrazioni di fondi o schemi piramidali. L'UIF, infine, ha inviato a prestare attenzione ai casi in cui l'utilizzo di *virtual asset* in operazioni speculative, immobiliari o societarie appaia finalizzato ad accrescerne l'opacità e, in generale, ai casi in cui l'operatività appaia illogica o incoerente rispetto al profilo del cliente o alla natura e allo scopo del rapporto.

È inoltre da considerare l'utilizzo di *virtual asset* connesso con sospetti di abusivismo e con violazioni della disciplina in materia di: i) offerta al pubblico di prodotti finanziari, qualora siano *promessi rendimenti* periodici collegati all'operatività in *virtual asset*; ii) prestazione di *servizi di investimento*, laddove agli investitori sia offerta la possibilità di effettuare "operazioni regolate per differenza aventi come sottostante (anche) valute virtuali"

Nel 2016 l'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione 2 settembre 2016, n. 72/E (in risposta all'interpello di un operatore intermediario in criptovalute), sulla scia di quanto affermato dalla Corte di Giustizia, ha assimilato l'attività di intermediazione in criptovalute alle operazioni relative a divise, banconote e monete con valore liberatorio, previste dall'art. 135, paragrafo 1, lett. e), della Direttiva 2006/112/CE.

Nel 2017 la CONSOB ha disposto le prime sospensioni e segnalazioni in materia di criptovalute.

Con la deliberazione 19866 del 1° febbraio 2017, ha sospeso in via cautelare per 90 giorni l'attività pubblicitaria effettuata di una società straniera relativa all'offerta al pubblico per i pacchetti di estrazione di criptovalute. Inoltre, ai sensi dell'art. 101, co. 4 lett. c), del TUIF, Consob ha adottato un provvedimento di divieto dell'attività pubblicitaria effettuata tramite un sito internet per l'offerta al pubblico promossa dalla medesima società estera proponente dei pacchetti di estrazione di criptovalute (deliberazione n. 19968 del 20 aprile 2017).

Con particolare riferimento ad alcuni schemi di ICO in cui il finanziamento assume forma di capitale di rischio (*Equity Crowdfunding*) con cui le società non quotate raccolgono risorse finanziarie dal pubblico a fronte di quote azionarie Consob ha mostrato di confrontarsi criticamente: «*Si parla di equity-based crowdfunding quando tramite l'investimento on-line si ac-*

quista un vero e proprio titolo di partecipazione in una società: in tal caso, la “ricompensa” per il finanziamento è rappresentata dal complesso di diritti patrimoniali e amministrativi che derivano dalla partecipazione nell’impresa». Si tratta di schema che, in quanto rivolto ad un pubblico di potenziali investitori non necessariamente qualificati, assume i contorni della sollecitazione del pubblico risparmio³⁶.

Sino al 2017 l’ordinamento nazionale è rimasto sprovvisto di una definizione delle valute virtuali, tematica affidata agli esercizi della dottrina³⁷ e delle **autorità pubbliche**, sovente carenti di visione organica, nella consapevolezza del carattere relativo di ogni catalogazione.

La prima, in particolare, si è cimentata nel fornire in più occasioni una conveniente sistemazione delle **principali caratteristiche** dello strumento, utile anche per ripercorrere le figure soggettive dell’ecosistema delle valute virtuali³⁸, dovendosi rimandare ad altre elaborazioni³⁹ l’analisi più minuta del funzionamento tecnico collegato alla loro produzione e trasferimento.

36 S. CAPACCIOLI, *ICO (“Initial Coin Offer”): un crowdfunding per le nuove criptovalute*, in *Quotidiano giuridico*, 21.6.2017.

37 R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica (II)*, fasc. 1, 1 febbraio 2017, 27.

38 MANCINI, *op. cit.*, ricorda come intorno alle valute virtuali decentrate, e principalmente a *Bitcoin*, si sia sviluppato un ampio e articolato settore indotto, noto come «ecosistema», che include, oltre alle attività indispensabili al funzionamento dello schema, diversi servizi addizionali offerti da nuove categorie di operatori, mai precedentemente coinvolte nell’industria dei pagamenti, la cui attività è in varia misura funzionale e sinergica all’emissione, alla custodia e al trasferimento delle unità di valute. L’Autore ricorda quanto annotato sul punto da BCE, *Virtual Currency Schemes – a further analysis*, cit., p. 6. Per contro, nelle valute virtuali a schema accentrato la fornitura di servizi addizionali è rara, atteso che generalmente l’emittente/amministratore si prende direttamente cura di tutto. Per una più esauriente elencazione delle nuove attività sorte a latere di *Bitcoin*, cfr. G. ARANGÜENA, *Bitcoin: una sfida*, in «Diritto mercato tecnologia», gennaio/marzo 2014, 21-22.

39 Cfr. G. P. ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle “criptovalute” (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *Archivio Penale*, 2018/1. L’Autore rimarca che l’innovazione fondamentale portata dal *Bitcoin* e dalle altre criptovalute convertibili in circolazione consiste proprio nell’aver superato l’esigenza di gestione centralizzata delle transazioni. La tenuta dei conti non è affidata ad un unico gestore, ma distribuita tra tutti gli utenti. Il “libro contabile” su cui sono registrate tutte le operazioni non è cioè più appannaggio di una singola Banca o del sistema bancario nel suo complesso, ma è tenuto da ciascuno degli utenti nella memoria del proprio personal computer. In tal modo, il registro non è semplicemente decentrato, ma distribuito in una rete in cui nessun “nodo” è centrale. Questo libro contabile distribuito (*distributed ledger*) è quello che prende il nome di *blockchain*. In particolare, (...) rammentando altro insegnamento di dottrina (AMATO – FANTACCI, *Per un pugno di Bitcoin*, cit., 16) «la blockchain si compone di una serie concatenata di blocchi (da cui il nome), i quali registrano, per ogni transazione, l’identità del pagante, l’importo trasferito e l’identità del beneficiario. Ciascun blocco contiene quindi le informazioni relative a tutte le transazioni che si sono svolte consecutivamente nell’arco di dieci minuti, nonché un riferimento al blocco precedente. Pertanto, la serie concatenata di blocchi che costituisce la blockchain fornisce in ogni istante una rappresentazione completa e aggiornata di tutte le transazioni che si sono svolte dall’avvio del sistema sino a quel momento». Nel sistema decentrato e distribuito sono tutti gli utenti (e non più un solo soggetto) a dover verificare la fattibilità e quindi autorizzare ogni singola transazione, attraverso un sofisticato meccanismo di decriptazione di codici. Osserva ancora ACCINNI «Più in specifico, allorché un soggetto effettui un ordine di trasferimento di *Bitcoin* (così come accade nelle normali operazioni bancarie) dovrà comunicare al sistema il proprio

4. L’ecosistema virtuale: classificazioni, nozioni di base, soggetti ed operazioni tipiche.

Tra le **classificazioni** più ricorrenti delle valute virtuali, tenuto conto delle loro diverse caratteristiche, possono essere indicate quelle dappresso schematizzate, in seno alle quali è possibile individuare anche i soggetti che operano nell’ambiente virtuale:

- (i) sono create da un **emittente** privato (nel caso delle valute centralizzate⁴⁰) o, in via diffusa (nel caso delle valute decentralizzate⁴¹), da utenti che utilizzano *software* altamente sofisticati e trasmesse attraverso un sistema informatico *open source*⁴² che prevede l’impiego di meccanismi di crittografia (da cui il nome di criptomonete o *cryptocurrency*);
- (ii) tenuto conto della loro modalità di **interazione con le monete correnti e con l’economia reale** si distinguono in:

conto di addebito, l’importo dell’operazione ed il conto di accredito. Nondimeno, non essendo previsto l’intervento di un soggetto terzo (come un Istituto di Credito) a cui poter comunicare in via riservata le proprie chiavi di accesso al conto e che possa quindi verificare la disponibilità dei fondi, il sistema prevede che chi effettua l’operazione trasmetta agli altri utenti (i.e. al sistema) una chiave di accesso al conto in forma “criptata”. Per poter autorizzare l’operazione gli altri utenti saranno in conseguenza chiamati a decriptare siffatta chiave d’accesso attraverso la risoluzione di un complicato problema matematico e il sistema prevede quale “stimolo premiale” che il primo soggetto che riesca a decriptare il codice ed a verificare la fattibilità dell’operazione venga ricompensato con un determinato ammontare di *Bitcoin*»; cfr. sempre con particolare riferimento ai *Bitcoin* N. PASSARELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio*, in www.sicurezza nazionale.gov, 15 novembre 2016. L’autore ricorda che la tenuta dei conti non è più ‘centralizzata’, ma è affidata alla rete (*distributed ledger*) e il libro mastro pubblico che registra ognuna delle transazioni *bitcoin* poggia su una struttura dati chiamata *blockchain*, serie concatenata di blocchi. Le operazioni vengono raggruppate in blocchi, e, poi, condivise e convalidate da una rete di nodi. «La *blockchain*, quindi, è un database distribuito che utilizza la tecnologia peer-to-peer e ogni utente, quindi, è in grado di prelevarlo dal web, diventando, così, un nodo della rete. In questo ‘libro contabile condiviso’ sono registrate tutte le transazioni fatte in *bitcoin* dal 2009 ad oggi, operazioni perfezionate solo nel caso in cui vengano approvate del 50%+1 dei nodi. Grazie a questo sistema di verifica aperto, *Bitcoin* non necessita dell’intermediazione degli istituti di credito per eseguire una transazione e poiché la *blockchain* è di dominio pubblico (con evidenza, dunque, di tutte le transazioni effettuate) si dice che il sistema non è anonimo ma ‘pseudonimo’. *Bitcoin* utilizza la **crittografia** a chiave pubblica, cioè un algoritmo crittografico asimmetrico che si serve di due chiavi, generate matematicamente: la chiave privata, impiegata per ‘crittografare’ o firmare digitalmente il documento, il ‘denaro digitale’, e la chiave pubblica, che viene usata per ‘decriptografare’ il messaggio o per verificare la firma. Il legame matematico presente fa le due chiavi fa sì che la chiave pubblica funzioni se e solo se esista la corrispondente chiave privata. Il trasferimento dei *bitcoins* avviene mediante messaggi crittati, con due indirizzi pubblici (chiavi pubbliche) e due indirizzi privati (chiavi private) che controllano i due saldi dell’user. Per una dettagliata descrizione del funzionamento del sistema cfr. M.L. PERUGINI, C. MAIOLI, *Bitcoin tra moneta virtuale e commodity finanziaria*, 2014, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526207 e S. CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un’analisi giuridica*, Milano, 2015, che segnala il sistema come «decentralizzato, virtuale, con denominazione propria, gestita e creata attraverso tre elementi: - un protocollo di comunicazione; la crittografia; la rete peer to peer che risulta attraverso il protocollo *bitcoin*».

40 Schemi accentrati di valuta virtuale sono *Ripple* e *Second Life Linden Dollar*.

41 Nel costituiscono esempi *Bitcoin*, *Litecoin*, *Namecoin*, *Primecoin* e *Nextcoin*.

42 Si tratta di un *software* del quale i detentori dei diritti rendono pubblico il codice sorgente, favorendone il libero studio e permettendo ai programmatori indipendenti di apportarvi modificazioni ed estensioni.

- moneta virtuale chiusa (tipo 1, non convertibile): moneta virtuale “pura” che non ha interazioni con l’economia reale, non essendo previsto la sua acquisizione o la sua conversione con denaro reale, essendo acquistabile solo tramite attività *on-line* e spendibile solo per acquisti di beni virtuali o servizi offerti all’interno di una comunità virtuale (in genere quelle dei Multi-Media *On-line Game*)⁴³;
- moneta virtuale unidirezionale (tipo 2): moneta virtuale che può essere acquistata anche con denaro reale ad un tasso di cambio fissato per essere utilizzata per l’acquisizione di beni o servizi virtuali o reali, ma che non può però essere convertita nuovamente in moneta reale⁴⁴;
- moneta virtuale bidirezionale (Tipo 3): moneta virtuale pienamente convertibile, acquistabile, secondo tassi di cambio ufficiali, con valute reali e utilizzabili per acquistare beni e servizi reali o virtuali⁴⁵; si tratta della forma più avanzata di “contaminazione” della moneta virtuale con il mondo “reale”, gravida di interessi economici e delle correlate problematiche di natura valutaria, legale e fiscale.
- (iii) possono essere acquistate con moneta tradizionale su una piattaforma di scambio ovvero ricevute *online* direttamente da chi le possiede, per poi essere detenute su un “portafoglio elettronico”, utilizzando il quale i titolari possono effettuare acquisti presso esercizi commerciali o persone fisiche che accettano le valute virtuali, effettuare rimesse in favore di altri soggetti titolari di portafogli di valute virtuali, nonché riconvertirle in moneta legale; i titolari dei portafogli elettronici e i soggetti coinvolti nelle transazioni rimangono anonimi⁴⁶ o, per meglio dire, “pseudo-anonimi” e le transazioni tramite le quali vengono trasferite sono tecnicamente

irreversibili (una volta eseguite non sono annullabili).

Tra le **nozioni fondamentali** per intendere il funzionamento delle valute virtuali e le possibili interazioni con il sistema normativo positivo occorre rammentare quelle di seguito schematicamente illustrate.

Blockchain⁴⁷: è il protocollo (infrastruttura tecnologica) in grado di certificare l’ordine cronologico di una serie di operazioni, utilizzando una singola catena di algoritmi (blocchi) nella quale ogni successiva transazione od operazione si lega in maniera indelebile ed irreversibile alle precedenti operazioni. In particolare, il libro contabile distribuito (*distributed ledger*)⁴⁸ è composto da una serie concatenata di blocchi, i quali registrano, per ogni transazione, l’identità del pagante, l’importo trasferito e l’identità del beneficiario. Ciascun blocco contiene le informazioni relative alle transazioni svoltesi consecutivamente nell’arco di dieci minuti, nonché un riferimento al blocco precedente. In tal modo, la *blockchain* fornisce in ogni istante una rappresentazione completa e aggiornata di tutte le transazioni che si sono svolte dall’avvio del sistema sino a quel momento⁴⁹.

43 Osserva R. BOCCHINI, *op. cit.*, «Tramite l’emissione di monete del Tipo 1, i service provider di giochi virtuali ottengono una nuova fonte di guadagno dalle quote di sottoscrizioni ed introducono meccanismi di raccolta di informazioni personali e di fidelizzazione. Questo tipo di monete ha in genere un limitato impatto sull’economia reale, essendo utilizzate unicamente all’interno di una comunità virtuale». Ricorda LA ROCCA, *op. cit.*, 208, che il GAFI identifica come valute virtuali non convertibili *Project Entropia Dollars*, *Q Coins* e *World of Warcraft Gold*. Anche nel caso di valuta virtuale “non convertibile” potrebbe comunque svilupparsi un mercato secondario che offre la possibilità di scambiare la valuta non convertibile con valuta avente corso legale o altra valuta virtuale.

44 Esempi sono gli *Amazon Coin*, ma anche i punti delle carte fedeltà. Oltre a realizzare meccanismi di raccolta di informazioni personali e di fidelizzazione, l’emittitore ottiene vantaggi dalla creazione di depositi di punti prepagati e dalla conseguente facilitazione di acquisto di beni virtuali attraverso la semplificazione delle transazioni di pagamento. Dal punto di vista dell’economia reale, si abilitano nuove opportunità di *business* legate all’acquisto di beni reali e virtuali.

45 Esempi sono Linden Dollars, Bitcoin e le valute complementari locali. Come ricorda BOCCHINI, *op. cit.*, a loro volta tali monete virtuali possono essere distinte in due macrogruppi con differenti impatti sulla economia reale: le monete globali, con una circolazione “worldwide” e le monete locali, legate all’economia di comunità locali (dall’ambito comunale a quello nazionale).

46 In senso proprio a non essere assicurato è il legame tra gli indirizzi delle transazioni e l’identità di chi realmente li controlla.

47 E. FERRARI (*Bitcoin e criptovalute: la moneta virtuale tra fisco e antiriciclaggio*, in Fisco, 2018) ricorda che la Blockchain nasce idealmente nel 1991 con l’articolo “*How to time-stamp a digital document*” di Stuart Haber e W. Scott Stornetta, con il quale gli autori propongono una soluzione alla certificazione temporale (e di fatto alla certificazione di autenticità) delle operazioni avvenute su base informatica. Nel 2008 viene pubblicato “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, redatto sotto lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto, il quale descrive la possibilità di sviluppare una moneta virtuale basata su di un protocollo *Blockchain* di tipo *Distributed Ledger* (senza un’autorità centrale), in grado di sfruttare tutte le caratteristiche di tale tecnologia: irreversibilità delle operazioni; sicurezza; anonimato; assenza di costi di transazione.

48 Le valute virtuali sono basate principalmente su una tecnologia di registro distribuito (*distributed ledger technology*, DLT), che costituisce il fondamento tecnologico di oltre 600 sistemi di valuta virtuale che facilitano lo scambio tra pari e dei quali il più noto è finora il *bitcoin*; benché sia stato lanciato nel 2009, nel 2016 deteneva una quota di mercato quasi del 90 % tra le valute virtuali basate sulla DLT.

49 Ciò segna la fine del monopolio della documentazione a cura di un unico soggetto, perché nel sistema decentrato e distribuito tutti gli utenti (e non un solo soggetto) devono verificare la fattibilità e quindi autorizzare ogni singola transazione attraverso un sofisticato meccanismo di decriptazione di codici. Per un’analisi sul tema cfr. G.P. ACCINNI, *op. cit.*, p. 3. L’art. 8-ter, comma 1, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, aggiunto dalla legge ddi conversione 11 febbraio 2019, n. 12, ha introdotto nell’ordinamento italiano la definizione giuridica della tecnologia Blockchain: «Si definiscono ‘tecnologie basate su registri distribuiti’ le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l’aggiornamento e l’archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

Mining: in seno alla *blockchain*, l'attività che conduce alla generazione e all'attribuzione di nuove unità di valuta (nuovo circolante in forma di *bitcoin*) è definita *mining* (estrazione); le nuove unità di valuta, in particolare, vengono generate come premio accordato dalla rete agli utenti (*miners*) che contribuiscono, in concorrenza fra loro, alla sua gestione ed alla sua sicurezza⁵⁰, mettendo a disposizione le capacità di calcolo del proprio computer per verificare, tramite la soluzione di complesse operazioni matematiche, l'univocità e la sicurezza delle transazioni effettuate⁵¹. Nel sistema *bitcoin*, con programmata emissione di un numero finito di "monete"⁵², i *miners* sviluppano la catena delle transazioni e ricevono altri *bitcoins* in cambio del loro lavoro di implementazione e certificazione elettronica⁵³. In tal modo l'attività di regolazione dell'offerta di valuta – funzione tipica dell'Autorità monetaria centrale – è sostituita ed autogestita dall'infrastruttura tecnologica sulla quale viaggia il flusso di transazioni tra gli utenti (la *distributed ledger technology*)⁵⁴.

Trading: le operazioni di *trading* comprendono le attività di acquisto, vendita e cambio di moneta virtuale per moneta reale⁵⁵. La parte più consistente del volume di affari del mercato delle criptovalute concerne i servizi di cambio

50 L. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p.11, sottolinea che «alla base di tale circostanza sta la necessità di rendere sicure le transazioni e di prevenire fenomeni di double spending ogni transazione deve essere autenticata utilizzando un protocollo di codifica che richiede la potenza di calcolo di una rete di computer privati, chiamati mining rigs. Per ottenere una quantità minima di criptovaluta è necessario l'apporto di una potenza di calcolo via via crescente in base all'aumento della potenza di calcolo e alla quantità di criptovaluta circolante, che può essere fornita soltanto da elaboratori sofisticatissimi».

51 M. MANCINI, *op. cit.*, 119. Sia la generazione di nuove unità di valuta sia lo scambio e l'attribuzione della proprietà delle unità in circolazione si basano sull'utilizzo della crittografia che, unitamente alla registrazione nel *blockchain*, impedisce che il titolare di un'unità di valuta possa duplicarla o spenderla due volte.

52 E. FERRARI, *op. cit.*, «È questa scarsità del Bitcoin che ne fa salire il prezzo sul mercato, secondo la legge dell'incontro tra domanda ed offerta, in ragione della crescente richiesta da parte di una vasta platea di operatori economici di acquisto della criptovaluta». Il volume totale dei *bitcoins* emettabili è predeterminato dal software e non può eccedere 21 milioni di unità.

53 Osserva M. MANCINI, *op. cit.*, p. 119, in nota: «Essi adempiono, in pratica, alla funzione affidata nei vecchi sistemi di pagamento al «libro mastro» e nei moderni sistemi di pagamento elettronici a una piattaforma centralizzata. Oltre all'assegnazione di *bitcoins* dalla rete, quale ricompensa per l'attività svolta, i *miners* possono pretendere il pagamento di una commissione di modesta entità da chi ha iniziato la transazione, come compenso per aver consentito una riduzione dei tempi di convalida della transazione».

54 L. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 10 il quale osserva «Si tratta di un'offerta di moneta con tendenza deflazionistica, dal momento che la quantità massima di circolante è predeterminata dall'algoritmo di base. La quantità di criptomoneta circolante è quindi direttamente proporzionale alla potenza di calcolo del complesso dei nodi che compongono l'infrastruttura stessa; se così non fosse si presenterebbe il problema di processare un numero di transazioni superiore alla capacità computazionale del sistema. Per dare vita ad un sistema complesso di nodi (*blockchain*) e assicurare il mantenimento in attività degli elaboratori, alcuni utenti (*miners*) sostengono delle spese notevoli per l'acquisto di server e la fornitura di energia elettrica».

55 Osserva L. D'AGOSTINO, *op. cit.*: «Le operazioni di buying/selling/exchange assumono denominazioni differenti a seconda che si valorizzi la fisionomia delle valute virtuali come strumento finanziario (si parlerà allora di acquisto/vendita di criptomoneta) ovvero le si consideri "moneta" a tutti gli effetti (si parlerà allora di operazioni di "cambio")».

di moneta virtuale per moneta reale, e viceversa ed alla crescita del coefficiente di capitalizzazione delle valute virtuali corrisponde la maggior diffusione delle **piattaforme virtuali di trading**.

Più in dettaglio, esistono operatori di **trading indiretto**.

Le più diffuse valute virtuali utilizzano sistemi di validazione "diffusa" sfruttando la *distributed ledger technology*; le transazioni avvengono tra utenti *peer-to-peer* (P2P) senza necessità dell'intervento di terzi. In tal caso, l'intermediazione nell'acquisto e nella vendita mette in contatto la domanda e l'offerta di criptomoneta tra utenti remoti ed anonimi.

Le piattaforme *online* di *exchange*, infatti, mettono per lo più a disposizione un servizio di portafoglio digitale (**e-wallet**)⁵⁶ per consentire agli utenti di cominciare ad effettuare transazioni di compravendita di valuta virtuale con altri utenti registrati. Tali intermediari favoriscono le transazioni che i privati effettuano su una infrastruttura tecnologica, ricevendone remunerazione con i costi c.d. di transazione, predeterminati in misura percentuale rispetto al valore della stessa; alcuni di essi offrono servizi e garanzie di sicurezza e anonimato maggiore rispetto agli altri operatori sul mercato⁵⁷.

I codici dei *bitcoins* in possesso dell'utente possono essere salvati su portali di negoziazione che, per lo più, permettono di aprire un c.d. *wallet*, ovvero una sorta di cartella/portafoglio virtuale/conto elettronico in cui la valuta virtuale è detenuta e che ne permette la movimentazione (per acquisti, rimesse, riconversioni), facilitando la spedizione ed il ricevimento, registrando tutte le transazioni e fornendo un saldo.

Un portafoglio di *bitcoins* è un *software* che salva le chiavi pubbliche (*bitcoin address*) e le chiavi private, installabile direttamente su proprio dispositivo o costituito da un *hardware* specifico, come un dispositivo di memoria esterna (si pensi le chiavette USB).

Ciascun portafoglio digitale ha un unico **codice identificativo** ("*wallet ID*"), consistente in un stringa di 36 lettere e numeri, simile ad una username per l'accesso alla posta elettronica. Per entrare nel portafoglio digitale si utilizza un *wallet ID*, una **password** e un'**autenticazione a due fattori** (se abilitata). Il *wallet ID* - diverso dall'indirizzo *bitcoin* - non può essere usato per spedire o ricevere *bitcoins*.

Esistono diversi **tipi di portafogli** in base alle caratteristiche di sicurezza, alle finalità specifiche del portafoglio o alle diverse attività di business. Le tipologie più comuni di **portafogli di bitcoins** sono:

56 I codici dei *bitcoins* in possesso dell'utente possono essere salvati su tali portali di negoziazione che, per lo più, permettono di aprire un c.d. *wallet*, ovvero una sorta di cartella/portafoglio virtuale, conto elettronico in cui la valuta virtuale è detenuta e che ne permettono la movimentazione (per acquisti, rimesse, riconversioni). Il *wallet* può essere installato direttamente sul proprio dispositivo o essere costituito da *hardware* specifico come un dispositivo di memoria esterna (le chiavette USB).

57 Così L. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 12.

- **desktop wallet:** software installato su un computer che permette all'utente di creare indirizzi *bitcoin* per spedire e ricevere *bitcoins* ed archiviare le chiavi private; un desktop wallet permette di tenere la completa cronologia delle transazioni in *bitcoins* che vengono archiviate in blocco nel disco fisso locale;

- **mobile wallet:** applicazione installata su uno *smartphone* con le stesse funzionalità di un *desktop wallet*. In aggiunta un mobile *wallet* facilita i pagamenti in negozi fisici tramite la tecnologia NFC o QR code;

- **web wallet:** è un portafoglio on-line gestito da una terza parte accessibile tramite un browser. La cronologia delle transazioni e le chiavi sono conservate nel server del provider. Gli utilizzatori possono tenere una copia del portafoglio nella propria e-mail o in un disco locale;

- **hardware wallet:** si tratta di un device elettronico costruito per garantire la sicurezza dei *bitcoins*, mantenuto *offline* e collegato alla rete solo per compiere transazioni in *bitcoins*;

- **paper wallet:** viene stampato generalmente come un QR code che contiene le chiavi pubbliche e private.

Le società generalmente usano desktop, mobile o web wallet per i pagamenti correnti, paragonabili a conti correnti bancari. I portafogli di tipo hardware o paper wallet sono spesso utilizzati per il mantenimento di grande ammontare per un lungo periodo e sono paragonabili ai depositi a lungo termine.

Il **trading diretto** è esercitato da piattaforme di cambio che offrono un servizio di “*cambiavalute virtuale*” consentendo agli utenti di acquistare valuta digitale in cambio di moneta elettronica reale (tramite bancomat, prepagate, *PayPal*, o carte di credito) ad un tasso di cambio predefinito. Si tratta di piattaforme *userfriendly* che permettono di operare con criptovalute attraverso procedure semplificate (una pagina dedicata con *username* e *password*, non dissimile da una pagina di *home-banking*). L'acquisto e la vendita avvengono ad un tasso di cambio stabilito di fatto dalle piattaforme, che segue il principio domanda/offerta, ma che trova riscontro e può essere controllato da un indice sviluppato dal New York Stock Exchange.

Mixing: poiché le transazioni in criptomoneta sono annotate sulla *blockchain* ed associate all'indirizzo di portafoglio delle parti e dunque le movimentazioni in valuta virtuale, anche se anonime, restano in linea di principio tracciabili, per evitare che le attività “sospette” lascino orme può spezzarsi la concatenazione di trascrizioni sul “libro mastro” pubblico, scongiurando un passaggio di “denaro” diretto tra due portafogli digitali. Per ridurre le tracce dei “passaggi di mano” di valuta virtuale è possibile affidarsi a servizi di *mixing*⁵⁸.

58 Così L. D'AGOSTINO che spiega: «Un utente deposita un determinato ammontare di criptovaluta su uno o più conti di ingresso, per poi riprendersi il denaro virtuale su conti di uscita preesistenti o appositamente creati. Il mixer farà in modo che non sia possibile associare direttamente l'ammontare di denaro depositato all'ammontare ritirato alla fine, e tratterà – quale corrispettivo della propria intermediazione – una percentuale sul valore della transazione. I prestatori di servizi di *mixing* utilizzano, tendenzialmente, due espedienti. Una

Il sospetto dell'impiego del *mixing* a fini criminosi (ad esempio al fine di ostacolare l'identificazione della provenienza dei flussi di valuta virtuale) è talmente sviluppato che l'attività viene ritenuta in sé intrinsecamente illecita. Difatti, «non si vede nessun'altra ragione per cui un utente debba avvertire la necessità di ricorrere ad un siffatto servizio, se non al fine di disperdere le tracce di una operazione economica o di un flusso di denaro»⁵⁹.

Le **ICO** (*initial coin offer*), quali “vendite di monete virtuali” o “vendite di *token*” rappresentano una forma innovativa per raccogliere fondi dal pubblico utilizzando le valute virtuali. In particolare, gli emittenti accettano criptovaluta, in cambio di una moneta virtuale proprietaria o di *token* correlati all'emittente ovvero a un suo specifico progetto.

I **token** sono normalmente distinti in: (i) **security token**, rappresentativi di diritti economici legati all'andamento dell'iniziativa imprenditoriale (quale il diritto di partecipare alla distribuzione dei futuri dividendi) e/o di diritti amministrativi (quale il diritto di voto su alcune materie); (ii) **utility token**, rappresentativi di diverse facoltà, legate alla possibilità di utilizzare il prodotto o il servizio che l'emittente intende realizzare (si pensi alla licenza per l'utilizzo di un software ad esito del processo di sviluppo). Alcuni token sono suscettibili di essere scambiati sul mercato secondario tramite la piattaforma dell'emittente o su altre piattaforme.

L'**ecosistema delle valute virtuali** può descriversi anche avendo riguardo ai **diversi prestatori** di servizi di intermediazione nell'acquisto, nella vendita e nel trasferimento delle valute virtuali ed agli altri soggetti delle piattaforme virtuali.

Gli **exchangers** operano sul mercato “rastrellando” valori virtuali, che acquistano ad un prezzo vantaggioso o “autoproducono” attraverso il *mining*. La raccolta è finalizzata al successivo cambio in valuta reale ad un prezzo maggiore di quello di acquisto o di “produzione”. L'*exchanger* svolge professionalmente l'attività di cambio della valuta virtuale in valuta avente corso legale, accettando a tal fine i comuni mezzi di pagamento (es. contante, bonifici, carte di credito)⁶⁰.

prima tecnica consiste nell'invio “a catena” di moneta da numerosi portafogli, dai quali poi si dipartiranno altre operazioni dirette ad altri conti. L'obiettivo è quello di rendere la rete dei passaggi a tal punto complessa da rendere quasi impossibile la ricostruzione dei singoli passaggi intermedi. Gli indirizzi che partecipano a questa attività sono chiamati “conti di rimbalzo” (*conti bounce*). Una seconda tecnica consiste nel raggruppare i fondi di più utenti che si sono rivolti al servizio di *mixing* in un unico indirizzo, detto *conto pool* o *pot*, e poi spedirli nuovamente a più indirizzi. Per garantire un servizio di *mixing* connaturato alla tecnologia *blockchain*, è stata lanciata una nuova piattaforma di pagamenti in valuta virtuale chiamata *Monero*. D'AGOSTINO ricorda come la sua diffusione abbia suscitato enorme preoccupazione per la possibilità di un “istituzionale” impiego per transazioni illecite o a scopo di riciclaggio

59 D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 12.

60 Cfr. Banca Centrale Europea, *Virtual currencies schemes. A further analysis*, cit., 8, secondo cui: «Exchanges: offer trading services to users by quoting the exchange rates by which the exchange will buy/sell virtual currency against the main currencies (US dollar, re *nmimbi*, *yen*, *euro*) or against other virtual currencies. These actors, most of them non-financial companies, can be either issuer-affiliated or a third party. They generally accept a wide range of payment options, including cash, credit transfers and payments with other

L'*administrator*, dal canto suo, emette professionalmente valuta virtuale ed ha il potere di ritirarla dalla circolazione.

Trading platforms sono i mercati sui quali è possibile l'incontro fra domanda e offerta di valute virtuali.

Il «*wallet provider*»⁶¹ è la figura che fornisce all'utilizzatore di valuta virtuale un portafoglio elettronico per detenere, conservare e trasferire criptovaluta, favorendo l'esecuzione delle transazioni non solo con gli *exchangers*, ma anche con i *merchants*, che accettano di ricevere valuta virtuale in cambio della fornitura di beni o servizi. Le valute virtuali, infatti, non sono fisicamente detenute dall'utente ma sono movimentate attraverso un conto personalizzato ("portafoglio elettronico", c.d. *e-wallet*), memorizzabile sul proprio computer o su uno *smartphone*, consultabile via internet, accessibile grazie ad una *password*. I portafogli elettronici di custodia digitale sono *software*, sviluppati e forniti dai c.d. *wallet providers*.

Gli *users* sono le persone o società che acquistano od ottengono la valuta virtuale per acquisire beni o servizi materiali o virtuali, per trasferirla ad altri soggetti a fini personali o per detenerla a titolo di investimento. In particolare, gli *users* possono entrare in possesso di valuta virtuale acquistandola con moneta avente corso legale, offrendo merci e servizi che contemplino il pagamento in criptovaluta, ovvero ricevendola a titolo di regalo o ricompensa.

5. La natura giuridica delle valute virtuali e riflessi sulle discipline

Ampliamente dibattuta, e ancora lontana dall'essere risolta, è la questione della natura giuridica delle valute virtuali. Le diverse tesi in campo scontano critiche ed incertezze delle quali si fatica a riconoscere la pretestuosità. Il legislatore nazionale (ma non solo) non ha ancora ritenuto di spendere parole chiare. Ne consegue una consistente incertezza legale sul regime giuridico applicabile⁶².

virtual currencies. Moreover, some exchanges also provide statistics (e.g. volumes traded and volatility), act as wallet providers and offer (immediate) conversion services for merchants who accept VCS as an alternative payment method».

61 Cfr. Banca Centrale Europea, *Virtual currencies schemes. A further analysis*, cit., 8, secondo cui: «*Wallet providers: offer a digital wallet to users for storing their virtual currency cryptographic keys and transaction authentication codes, initiating transactions and providing an overview of their transaction history. There are basically two types of wallet, which differ as regards their immediate usability versus their safety from cyber crime: online wallets (hot storage) and offline wallets (cold storage). From a functional perspective, these services are offered for desktop PCs, mobile devices and as cloud-based applications. Nevertheless, users can also set up and maintain a wallet themselves without making use of a wallet provider.*».

62 A livello globale, come ricorda, G. COSTA (*Profili fiscali delle operazioni di acquisto e di vendita di Bitcoin, Giurisprudenza e attualità in materia tributaria*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 3/2017, 467) l'inadeguatezza delle attuali categorie giuridiche è documentata dal rapporto, pubblicato nel 2014, dalla biblioteca del Congresso USA (<http://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>) che contiene una rassegna sul trattamento giuridico in quaranta Paesi, tra i quali solo due, Cina e Brasile, appaiono dotati di normative *ad hoc*.

5.1 Valuta e funzione monetaria

A dispetto della denominazione corrente, è generalmente condiviso il riconoscimento della portata valutaria della *virtual currency*; ragione che induce a preferire a quest'ultima l'espressione *crypto-assets*.

Il termine "valuta", infatti, in senso proprio identifica solo la moneta avente "corso legale", provvista di efficacia solutoria *ex lege* di ogni obbligazione pecuniaria, con conseguente impossibilità per il creditore di rifiutarla ove offerta per adempiere un debito. Trattandosi di "moneta" privata, svincolata da qualsiasi ente emittente centralizzato e monopolistico, men che meno da una banca centrale, la valuta virtuale non ha valore solutorio (la più significativa manifestazione della "teoria statale della moneta")⁶³.

Dal detto inquadramento deriva, anzitutto, l'inapplicabilità della **normativa valutaria** pubblicistica (cfr. d.lgs. 19/11/2008, n. 195 e regolamento CE n. 1889/2005).

Viene contestata, altresì, la riferibilità della funzione monetaria alle valute virtuali, rivelata normalmente dalla capacità di assolvere tre classiche funzioni: mezzo di scambio, unità di misura e riserva di valore.

Quest'ultimo impiego, in particolare, pone problemi di confine con gli **strumenti di investimento**, ma in generale anche rispetto alle altre funzioni la valuta virtuale non presenta le caratteristiche che, secondo le diverse teorie⁶⁴ della moneta, contraddistinguono l'essenza⁶⁵ di quest'ultima. In ogni caso, ogni apertura

63 N. VARDI, "Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin, *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), fasc. 3, 2015, 443.

64 Per un quadro delle teorie della moneta (statalista, economico-funzionale, sociologica) e della considerazione in seno ad esse della valuta virtuale cfr. G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario criticoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, *Dir. Inf.*, 2015, 417 e ss.

65 Come ricorda R. BOCCHINI, op. cit., «*ai sensi della teoria statalista, infatti, il Bitcoin finirebbe per essere privo della forza liberatoria delle obbligazioni poiché alcuno Stato, finora, l'ha individuato come moneta avente corso legale. Per questo, il creditore potrà sempre rifiutare di ricevere un pagamento in siffatta moneta, a meno di non aver precedentemente stabilito con il debitore di attribuire efficacia liberatoria anche a questo mezzo di pagamento. Anche nell'ambito della teoria economica, il Bitcoin non riuscirebbe ad assolvere perfettamente i ruoli che questa impostazione vorrebbe attribuire alla moneta. Infatti, la funzione di riserva di valore sarebbe impedita dall'estrema volatilità del suo corso (estrema variabilità nel tempo del potere di acquisto); quella di mezzo di cambio, come abbiamo visto, dipenderebbe pur sempre da un accordo delle parti e non sarebbe imposta dallo Stato; quella di unità di conto sarebbe pregiudicata dalle stesse incertezze del mercato dei cambi. Secondo questa ricostruzione, al più il Bitcoin potrebbe svolgere un ruolo di "moneta" ai sensi della teoria sociologica, secondo la quale, la perdita di fiducia verso il sistema statalistico potrebbe, in effetti, aprire la strada ad un accoglimento di sistemi alternativi nascenti in virtù di un movimento "dal basso verso l'alto"». L'Autore rileva che per quanto il Bitcoin non può essere ricondotto tra le monete aventi corso legale nell'ordinamento giuridico, può nondimeno ricoprire almeno due delle tre funzioni immaginate dalla teoria monetaria: «*Ci si riferisce alla teoria che distingue, nel più ampio genus monetario, le "valute", le quali sole sarebbero caratterizzate da "corso legale" e "corso forzoso". Ai sensi di questa ricostruzione, infatti, l'esclusione della funzione valutaria non esclude del tutto che si possano rinvenire, nelle monete virtuali, le funzioni che la teoria economica ravvisa in tutte le monete. In particolare, sarebbero perseguibili le funzioni di "mezzo di scambio" e "unità di misura". Siffatta ricostruzione si basa sul rilievo di una caratteristica fondamentale delle monete virtuali e, in particolare, dei Bitcoin: nascono, nella loro ideazione, in numero limitato e, quindi, sarebbero idonei a rappresentare i valori delle cose.*».*

finisce con lo scontrarsi con il fatto che è certo che la moneta virtuale **non costituisce moneta regolamentata**, che sia **utilizzabile solo su base consensuale**, **entro i limiti dell'autonomia privata** e che, dunque, sia sprovvista di corso legale (potere liberatorio e solutorio delle obbligazioni pecuniarie) nonché di corso forzoso (impossibilità di essere rifiutata quale mezzo di pagamento).

Se a favore della funzione monetaria è sembrata orientarsi l'**Agenzia delle entrate** (cfr. risoluzione 72/E/2016), l'**EBA** ha escluso espressamente tale qualifica. Dubbi sono segnalati anche dalla **BCE**⁶⁶. In questo quadro, la **Banca d'Italia** non ha assunto posizioni ufficiali, limitandosi a richiamare l'attenzione sulla riserva di attività prevista dal T.U.B. e dal T.U.I.F. ed operando un rapido riferimento al baratto.

Quest'ultimo inquadramento tuttavia, in qualche misura, contrasta con il dettato del **d.lgs. n. 90/2017** che ha annoverato gli operatori in valute digitali tra gli operatori non finanziari assimilabili ai c.d. cambiavalute, pur precisando che le valute virtuali non possiedono uno *status* giuridico di valuta o moneta, ma vengono accettate da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio (con richiamo implicito alla permuta). D'altra parte proprio la necessità di tale previsione additiva ha persuaso ad escludere la possibilità di attribuire ai *bitcoins* lo status di moneta legale ovvero che gli stessi possano essere considerati alla stregua di *mezzi di pagamento in valuta* ai fini dell'art. 17-bis, comma 1, del D.lgs. n. 141/2010, che riserva l'attività di negoziazione a pronti su detti strumenti ai cambiavalute.

Il legislatore nazionale ha ritenuto necessario introdurre uno specifico comma all'art. 17-bis sopra richiamato per disciplinare l'operatività in valute virtuali, distinte dalle valute legali anche in base al nuovo art. 1, comma 2, lett. qq) del D.lgs. n. 231/2007 (c.d. decreto antiriciclaggio). In particolare, in base al **nuovo comma 8-bis del citato art. 17-bis del D.lgs. n. 141/2010**, i **prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valute virtuali sono tenuti all'iscrizione in una sezione speciale del registro dei cambiavalute**. «È evidente, quindi, che se il legislatore considerasse i *bitcoin* come *mezzi di pagamento in valuta*, la negoziazione a

66 M. MANCINI, *op. cit.*, segnala che secondo la Banca centrale europea le valute virtuali allo stato attuale assolverebbero solo parzialmente alle tre funzioni classiche che caratterizzano la moneta: a) di mezzo di scambio, utilizzato nei commerci per evitare gli inconvenienti del baratto; b) di riserva di valore, che consente di usare in futuro il potere d'acquisto immagazzinato; c) di unità di conto, che permette di misurare il valore dei beni e dei servizi. Quanto alla prima funzione, lo stesso Bitcoin, stando alle stime pubblicate dalla BCE, sarebbe usato in tutto il mondo come mezzo di pagamento in circa 62.000 transazioni al giorno, a fronte di un totale di 274 milioni di transazioni giornaliere eseguite con strumenti alternativi al contante nella sola Unione europea. Da ciò un livello di accettazione fra il pubblico ancora troppo ridotto per configurare un diffuso utilizzo come mezzo di scambio. Quanto alla seconda funzione, l'eccessiva volatilità del cambio, che caratterizza le valute virtuali, ne pregiudicherebbe, sempre secondo la BCE, l'utilizzo come riserva di valore persino nel breve periodo, configurandole semmai come strumenti altamente aleatori e speculativi. Infine, la bassa accettazione fra il pubblico e l'alta volatilità del cambio ridurrebbero sensibilmente l'utilità delle valute virtuali anche come unità di conto.

*pronti degli stessi sarebbe di per sé riservata ai cambiavalute e soggetta, tra l'altro, alla normativa antiriciclaggio applicabile a questi ultimi, senza la necessità di inserire alcuna disposizione ad hoc nel quadro normativo in vigore al fine di regolamentare il fenomeno sotto questo profilo*⁶⁷.

Da registrare, in ogni caso, che con decreto 30 ottobre 2018 la Corte d'Appello Brescia Sez. I ha escluso che la criptovaluta sia suscettibile di conferimento societario rimarcando che sul piano funzionale è equiparabile alla moneta (*«cioè quale mezzo di scambio nella contrattazione in un dato mercato, atto ad attribuir valore, quale contropartita di scambio, ai beni e servizi, o altre utilità, ivi negoziati»*). Tale premessa è stata fissata per affermare che la criptovaluta non può essere considerata alla stregua di beni, servizi o altre utilità *«suscettibili di acquisto con impiego del denaro, e perciò idonei ad essere economicamente oggetto di valutazione tecnica mediante perizia di stima»*; peraltro, ha osservato la Corte d'Appello *«non è [...] dato conoscere, allo stato, un sistema di cambio per la «criptovaluta», che sia stabile ed agevolmente verificabile, come per le monete aventi corso legale in altri Stati (dollaro, yen, sterlina etc.)»*⁶⁸.

67 Così P. IEMMA - N. CUPPINI, *La Qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute diffidenze*, in diritto bancario.it, marzo 2018.

68 Per un commento della pronuncia cfr. F. MURINO, *il conferimento di token e di criptovalute nelle s.r.l.*, in Società, 2019, 1, 26 (nota a sentenza). Il caso: Una S.r.l. delibera un aumento di capitale a pagamento prevedendo che parte del conferimento venga eseguito attraverso una criptovaluta. Il notaio rifiuta di iscrivere la delibera nel registro delle imprese, sollecitando l'avvio del procedimento di omologazione di cui all'art. 2436, comma 3, c.c.. A fondamento del rifiuto il notaio rileva come le criptovalute, posta la loro volatilità, «non consentono una valutazione concreta del quantum destinato alla liberazione dell'aumento di capitale sottoscritto», né di valutare «l'effettività (quomodo) del conferimento». Il tribunale nega l'iscrivibilità della delibera, senza escludere la conferibilità della criptovaluta, effettuando un accertamento in concreto dei presupposti di conferibilità della specifica valuta virtuale. Il Tribunale ha premesso l'idoneità della categoria di beni rappresentata dalle cc.dd. 'criptovalute' a costituire elemento di attivo idoneo al conferimento nel capitale di una S.r.l., ma ha ritenuto dovesse accertarsi se il bene concretamente conferito nel caso di specie (la valuta virtuale denominata OneCoin) soddisfacesse il requisito di cui all'art. 2464, comma secondo, c.c.". Le caratteristiche il bene deve avere per essere suscettibile di conferimento, secondo l'analisi del Tribunale, sarebbero: 1) *l'idoneità a essere oggetto di valutazione, in un dato momento storico*, prescindendosi per il momento dall'ulteriore problematica connessa alle potenziali oscillazioni del valore; e, conseguentemente, accertamento dell'esistenza di un mercato del bene in questione, presupposto di qualsivoglia attività valutativa, che impatterebbe poi sul grado di liquidità del bene stesso e, quindi, sulla velocità di conversione in denaro contante; 2) *l'idoneità del bene a essere "bersaglio" dell'aggressione da parte dei creditori sociali*.

5.2. Moneta elettronica o moneta complementare.

Quand'anche si volesse riconoscere valore monetario alla valuta virtuale, quest'ultima resterebbe distinta dalla moneta elettronica, con la quale condivide il supporto digitale.

La valuta virtuale, infatti, non presenta né il requisito previsto dalla Direttiva sulla moneta elettronica 110/2009/CE⁶⁹ - per cui quest'ultima viene **emessa in cambio di fondi di valore corrispondente espressi in valuta reale** (art. 2, n. 2 e art. 11, Direttiva 110/2009/CE) - né il requisito per cui la stessa moneta elettronica deve essere **riconvertibile/rimborsabile in valuta reale** a richiesta del detentore (art. 11 Direttiva 110/2009/CE).

Ne deriva che **gli emittenti moneta virtuale non sono soggetti alla disciplina prudenziale e di sorveglianza cui sono invece sottoposti gli emittenti di moneta elettronica**, cui è dedicata la disciplina prevista dalla Direttiva⁷⁰, attuata in Italia con il d.lgs. n. 45/2012. Nei sistemi di moneta elettronica il legame con le monete tradizionali ha un fondamento legale⁷¹ e la stessa è assistita dalla garanzia di costante rimborsabilità (art. 2 della Direttiva cd. EMD2). Per una valuta come il *Bitcoin* l'unità di conto è puramente virtuale, priva di valore intrinseco e basata su fondamenti fiduciari; inoltre, la nuova emissione di *bitcoins* non avviene dietro rimessa di moneta legale e non sussiste la condizioni di costante rimborsabilità⁷².

Alcuni⁷³ individuano affinità fra le valute virtuali e le **monete complementari**, prive di valore legale, in quanto emesse e accettate su basi contrattuali dai soli soggetti partecipanti a determinati circuiti. In effetti, le monete complementari appaiono più simili al denaro-merce che al denaro fiduciario, essendo emesse da privati su basi contrattuali e accettate dagli utilizzatori su base consensuale.

Tuttavia, molte sono le differenze. La principale finalità economica delle monete complementari è quella di rafforzare attraverso l'uso di un comune mezzo di scambio i legami economici entro una comunità geograficamente circoscrit-

69 Direttiva 2009/110/CE del 16.9.2009 concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, in G.U. L267, del 10.10.2009, p. 7.

70 N. VARDI, *op. cit.*; G. GASPARRI, *op. cit.*, 421 e ss.

71 La moneta elettronica, ai sensi del D. lgs. n. 45/2012 è il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento come definite all'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente. Ai sensi dell'art. 114 - bis d.lgs. n. 385/1993, l'emissione di moneta elettronica è riservata alle banche e agli istituti di moneta elettronica. Secondo l'art. 114-ter d.lgs. n. 385/1993 l'emittente di moneta elettronica rimborsa, su richiesta del detentore, la moneta elettronica in ogni momento e al valore nominale, secondo le modalità e le condizioni indicate nel contratto di emissione in conformità dell'articolo 126-novies. Il diritto al rimborso si estingue per prescrizione nei termini ordinari di cui all'articolo 2946 del codice civile.

72 GASPARRI, *op. cit.*

73 Cfr. G. ARANGÜENA, *Bitcoin: una sfida*, cit., pp. 25-26.

ta; le valute virtuali, per contro, sono caratterizzate semmai da una dimensione globale, favorita dalla rete. Quanto alla disciplina negoziale, la detenzione delle monete complementari è in genere contenuta entro limitati periodi di tempo, con utilizzo confinato al baratto o allo scambio di servizi fra i soggetti aderenti allo schema, senza possibilità di conversione in moneta legale e di eseguire transazioni anonime o non tracciabili, con divieto di «trading» delle unità di conto e di utilizzo come riserva di valore, se non in misura marginale e per brevi periodi di tempo, strettamente funzionali all'operatività del sistema⁷⁴.

5.3. Bene giuridico e *new property*: i “nuovi” beni.

La valuta virtuale è un *bene giuridico* meritevole di tutela per gli interessi economici che sottende, ovvero *res* (materiale o immateriale) che può essere fatta oggetto di diritti, secondo l'ampia nozione di cui all'art. 810 c.c.⁷⁵.

In effetti, la criptovaluta rientra appieno nella definizione dell'art. 810 c.c., elaborata dalla scienza giuridica: un bene è un'entità “utile”, cioè atta a soddisfare un bisogno umano e suscettibile di appropriazione⁷⁶.

In dottrina⁷⁷ la proposta ricostruttiva di assimilare il Bitcoin ad una *res immateriale* ha suscitato anche qualche dubbio di coerenza rispetto ad un ordinamento legato ad una nozione tradizionale di cosa corporale e di bene materiale. In particolare, è stata dubitata la sicura inclusione delle valute virtuali nella sfera del diritto proprietario a causa della loro intrinseca natura immateriale, diffusa all'interno di una rete di comunicazione elettronica ad architettura distribuita. Immaginando di far rientrare le valute virtuali tra i **beni mobili immateria-**

74 M. MANCINI, *op. cit.* pp. 124-125, che osserva: «ne discende che, malgrado la comune matrice privata e gli innegabili elementi di affinità sopra menzionati, neppure l'assimilazione alle monete complementari risulta del tutto convincente, atteso che non sembra cogliere in pieno la complessità e la natura ibrida dei nuovi strumenti». Cfr. N. VARDI, *op. cit.* che tra le diverse monete complementari in circolazione, soprattutto su scala locale, ricorda il 'Bristol Pound', utilizzabile persino per pagare i tributi locali. Per quanto riguarda invece una ricostruzione della giurisprudenza statunitense sulle monete complementari, cfr. R. GRINDBERG, *Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency*, p. 182 e ss.; cfr. anche N. M. KAPLANOV, "Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against Its Regulation", Temple University Legal Studies Research Paper, 2012, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2115203.

75 In questo senso, sembra esprimersi anche parte della dottrina: A. GAMBARO, *I beni*, in Trattato di diritto civile e commerciale Cicu - Messineo - Mengoni, Giuffrè, 2012, pp. 275 ss.; relativamente alla natura virtuale del denaro, B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in Banca, borsa, tit. cred., 2007, I, p. 133; sul concetto di “proteiformità” del denaro, F. A. MANN, *The Legal Aspect of Money*, Oxford Univ. Press., 5° ed. 1992, p. 3; A. TERZI, *La moneta*, Bologna, 2004; J.M. KEYNES, *Trattato della moneta, Vol. I, Teoria pura della moneta* (trad. it.), Milano, Feltrinelli, 1979, p. 17; L. RANDALL WRAY, *Alternative approaches to Money, in Theoretical Inquiries in Law, Volume 11, N. 1 January 2010, article 3*.

76 Beni, in Enc. dir., V, Milano, 1959, pag. 164; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1971, p. 55

77 R. BOCCHINI, *op. cit.*

li - la cui componente incorporale sarebbe integrata dai *numeri* registrati sul *blockchain*, mentre quella materiale sarebbe costituita dal *supporto fisico su cui è registrata la chiave* pubblica associata - deve riconoscersi che l'attribuzione di **diritti di esclusiva** sui beni immateriali è regolata, in via di regola, nel nostro ordinamento, secondo un principio di stretta **tipicità**⁷⁸. Ovvero, il diritto sul bene immateriale esiste se esiste una norma che lo riconosce.

Altri autori **dubitano della possibilità di trasferimento giuridico delle valute virtuali**, almeno secondo la fenomenologia del possesso, in presenza di un meccanismo informatico in cui l'aggiornamento dei *digital records* presenti sulla *blockchain* avviene mediante un sistema crittografico a coppia di chiavi. Situazione che, per altra via, in assenza di norma giuridica, dovrebbe impedire di riconoscere alle valute virtuali dignità di bene giuridico immateriale⁷⁹. In senso contrario, è stato osservato⁸⁰ che secondo il tenore letterale dell'art. 1140, comma 1°, c.c. «*il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale*». *Seppure soltanto nella realtà c.d. «virtuale», «cibernetica», «informatica» o «digitale» (che dir si voglia!) e, come appena ricordato, esclusivamente attraverso l'uso di apparecchiature informatiche (sia hardware, sia software), pare non potersi dubitare che il titolare di cripto-valute eserciti un «potere» giuridicamente rilevante sulle medesime, potendo, in modo «corrispon-*

78 Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa* in Dig. Disc. Priv. Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 460 ss.; R. BOCCHINI, op. cit., ricorda come «*la dottrina c.d. formalistica (M. Costantino, I beni in generale, in Trattato di dir. priv. diretto da Rescigno, vol. VII, Torino, 1982, p.13) osserva che sono beni solo quelle entità o risorse che l'ordinamento giuridico qualifica come tali. I beni giuridici sono, perciò, numerus clausus perché solo l'ordinamento giuridico può qualificare delle entità come beni giuridici. Il giudice, perciò, non può creare nuovi beni (A. Belfiore, I beni e le forme giuridiche di appartenenza: a proposito di una recente indagine, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1983, pp. 855 e ss.)*. Questo potere sulle entità del modo esterno, attribuito dall'ordinamento giuridico, è la situazione giuridica soggettiva attiva. Quindi la teoria dei beni si traduce in realtà in una teoria delle situazioni giuridiche soggettive attive, perché il bene non esiste giuridicamente se l'ordinamento non prevede su di esso una situazione giuridica soggettiva attiva. Questo indirizzo a sua volta si distingue in due filoni. Secondo un primo filone, qualunque situazione giuridica soggettiva attiva funge da criterio di qualificazione dell'entità come bene e, quindi, è sufficiente che una norma rechi l'attribuzione fondamentale ad un soggetto, di una situazione giuridica soggettiva attiva, anche se relativa (diritto di credito), perché quell'entità assurga al dignità giuridica di bene (G. Santini, Commercio e servizi, cit., p. 419; V. Zeno-Zencovich, voce *Cosa* in Dig. disc. priv. sez. civ., vol. IV, Torino, 1989, p. 446). Secondo altro filone, invece, i diritti di credito non costituiscono criteri di qualificazione delle risorse come beni, perché i diritti di credito risolvono soltanto problemi di circolazione della ricchezza ma non di attribuzione a titolo originario della ricchezza. Occorre, quindi, che vi sia qualche norma che rechi un'attribuzione fondamentale originaria di un'entità ad un soggetto e ciò avviene attraverso l'attribuzione di un potere che si presenti come assoluto e, cioè, erga omnes. In conclusione, solo l'esistenza di una situazione giuridica assoluta su una risorsa del mondo esterno per effetto di una norma dell'ordinamento determina la qualificazione giuridica di quella entità come bene giuridico (Scozzafava, I beni e le forme giuridiche di appartenenza, Milano, 1982, p. 422)». Cfr., tra gli altri, R. VIGORITA, F. ILACQUA, «*Profili giuridici del Bitcoin: la moneta diventa digitale*», disponibile sul sito <http://www.iurisprudentes.it/2016/05/19/profili-giuridici-del-bitcoin-la-moneta-diventa-digitale/>.

79 Così G. GASPARRI, op. cit.

80 G.FINOCCHIARO, *Le cripto-valute come elementi patrimoniali assoggettabili alle pretese esecutive dei creditori*, in Rivista di diritto processuale, 172019, 94.

dente all'esercizio della proprietà», disporre delle stesse, trasferendole liberamente ad altri, conseguendo utilità nel (tradizionale) mondo «reale», «materiale» o «fisico», a ragione del valore economico anche in questo riconosciuto a quelle entità».

Ancora, si potrebbe qualificare la fattispecie in esame come un **diritto dominicale**. I nomi a dominio, a partire dal loro ingresso nella Rete, sono stati ricondotti negli Stati Uniti alla nozione di *property* intesa, quest'ultima, come *bundles of right*, ossia come insieme di facoltà e diritti eterogenei ed autonomi in grado di essere esercitati anche separatamente da soggetti diversi (tra il possesso, l'uso o l'alienazione); anche questa è una elaborazione difficilmente esportabile nell'ordinamento italiano, legato ad una differente concezione del diritto di proprietà retta dal rigido dettato dell'art. 810 c.c. ed alla tradizionale visione, marcatamente materiale, del bene giuridico oggetto delle relative facoltà.

In tal senso potrebbe avviarsi all'apparente anomia valorizzando 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 sul bene immateriale⁸¹, elemento attivo del patrimonio individuato in una prospettiva economica e sociale, nonché tecnologicamente voluta⁸².

Proprio muovendo dalle definizioni sinora emerse dalla normativa antiriciclaggio e dall'insegnamento giurisprudenziale (cfr. sentenza della CGUE 22 ottobre 2015, causa C-264/14) il Tribunale Fallimentare di Firenze, Pres. est. Governatori (con la sentenza n. 17/2019, depositata in data 21.1.2019), ha considerato che la criptovaluta «*una digitalizzazione di valore*», che viene utilizzata come mezzo di scambio per acquistare beni o servizi, caratterizzandosi per non essere emessa da una banca centrale o altra pubblica autorità, e per non essere necessariamente collegata ad una valuta avente corso legale. *Dette valute virtuali, che sono trasferite, archiviate e negoziate elettronicamente proprio per la loro natura di digitalizzazione di valore, vengono acquistate attraverso delle apposite piattaforme, e possono attraverso le medesime piattaforme essere oggetto di scambio, oltre ad essere depositate in uno spazio di archiviazione. Esse, quali digitalizzazione di valore, si prestano ad essere oggetto di operazioni speculative: anzi, a ben vedere, essendo essenzialmente valori finanziari, si prestano particolarmente proprio ad operazioni speculative in ragione della estrema variabilità dei livelli di fluttuazione che le caratterizzano. Poiché le criptovalute possono essere oggetto di diritti, vanno considerate quali «beni» ai sensi dell'art. 810 c.c.»⁸³.*

81 R. BOCCHINI, op. cit.

82 G.FINOCCHIARO, *Le cripto-valute come elementi patrimoniali assoggettabili alle pretese esecutive dei creditori*, in Rivista di diritto processuale, 172019, 86 e ss. L'Autore richiama a conforto della prospettazione l'ampio significato semantico dell'espressione «cosa», i suoi possibili significati socio economico, nonché le convergenti previsioni dell'art. 2740, comma 2, c.c. e 24 Cost.

83 In particolare la sentenza n. 17/19 ha dichiarato il fallimento dell'*exchange* muovendo da plurime premesse.

1.4. Documento informatico.

Non è incontrovertibile la riconducibilità della valuta virtuale alla categoria del documento informatico. E' tale la **rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti**, secondo la definizione del Codice dell'Amministrazione Digitale (art. 1, comma 1, lett. p, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

In linea con le caratteristiche della tecnologia utilizzata dalla *blockchain*, il *bitcoin* potrebbe essere inquadrato alla stregua di un documento informatico - provvisto di un suo valore di uso e di scambio per effetto del consenso sociale all'accettazione quale mezzo di pagamento - recante dati ed informazioni giuridicamente rilevanti e sottoscritto da una progressione di firme elettroniche attestanti, con una sorta di catena di diritti, l'avvenuta validazione della propria e dell'altrui legittimazione al perfezionamento di una certa transazione. Conseguentemente, «*il Bitcoin sarebbe idoneo a garantire, seppur su basi pseudonime, la legittimazione e l'adempimento automatico del possessore, in quanto elementi negoziali direttamente incorporati quali dati e rappresentazioni informatiche giuridicamente vincolanti ex ante, e non lasciati al solo (mutevole) giudizio ex post sulla meritevolezza degli scopi economici conseguibili con il loro utilizzo*»⁸⁴.

In senso contrario è stato osservato che la nozione in esame «*evoca qual-*

In particolare, il Tribunale fiorentino riconosceva che: - il rapporto tra piattaforma e clienti aveva natura mista, di deposito e trading (non potendosi essere commercio in difetto del correlato deposito per tutte le caratteristiche di funzionamento del commercio di criptovaluta e della piattaforma); - in ragione della loro fungibilità, una volta che le criptovalute degli utenti erano convogliate sull'indirizzo principale della piattaforma, le valute (ovviamente divise per specie) non recavano elementi distintivi circa la loro appartenenza ai singoli utenti, dando così luogo ad un deposito irregolare, cui conseguiva l'obbligo per il depositario di mantenere sempre a disposizione dei depositanti la quantità integrale, con un coefficiente di cassa del 100%; - che lo spostamento in un unico indirizzo dell'*exchange* assolveva per le criptomonete alla funzione economica di ogni deposito irregolare (maggiore efficienza nel custodire insieme i beni di diversi depositari, per i quali era irrilevante l'identità della singola criptomoneta, purché mantenuto a loro disposizione la quantità, *rectius* il valore, delle criptovalute di loro titolarità); - dalla configurazione del rapporto tra piattaforma e utente, con riferimento al deposito di criptovaluta, quale deposito irregolare, derivava l'acquisto della proprietà in capo alla impresa che gestiva l'*exchange* delle *res fungibili* e l'insorgenza dell'obbligo restitutorio del *tantundem eiusdem generis*; - in punto di insolvenza, a causa dell'ammancato di criptovaluta verificatosi a partire dal 2017, la restituzione non era possibile, in senso oggettivo, indipendentemente dall'accertamento delle cause e dell'imputabilità delle stesse all'imprenditore (Cass. SS.UU., sent. n. 115/2001, Cass., sent. n. 4789/2005); pacifico nel caso lo stato di decozione dell'impresa, posto che la stessa non era più in grado di restituire agli utenti, a seguito della sottrazione delle criptovalute sulla piattaforma, altrettante criptovalute della stessa specie e quantità di quelle depositate dagli utenti stessi; ricorrevano i requisiti dimensionali di fallibilità, incompendo peraltro sul fallendo l'onere di dimostrarne la loro eventuale assenza; a tal fine all'attivo patrimoniale è stata considerata la quantità di criptovalute con un controvalore in euro sulla base delle quotazioni correnti; parimenti i debiti superavano € 500.000,00, considerato l'ammancato di criptovalute sottratte all'*exchange* con il sistema dei "prelievi multipli".

84 R. BOCCHINI, *op. cit.* In tal senso, cfr. G. ARANGÜENA, *Bitcoin: una sfida*, cit., pp. 29-30, secondo cui il bitcoin potrebbe essere qualificato come documento informatico «*recante dati ed informazioni giuridicamente rilevanti e sottoscritto da una progressione di firme elettroniche attestanti [...] l'avvenuta validazione della propria o dell'altrui legittimazione al perfezionamento di una certa transazione*».

cosa che non ha valore in sé, ma solo in collegamento con l'atto, il fatto o il dato giuridicamente rilevante di cui fornisce una rappresentazione...nel caso del bitcoin, invece, lo script digitale che lo costituisce non rappresenta alcunché, ma risulta essere un valore e come tale spendibile per la soddisfazione di interessi del proprietario dello stesso»⁸⁵.

In ogni caso si tratta di inquadramento meramente ricognitivo di alcune caratteristiche delle valute virtuali e sfugge l'esigenza di offrire una disciplina protettiva dei diversi interessi ad esse sottese.

1.5. Mezzo di pagamento.

Le monete virtuali potrebbero rientrare nell'ambito applicativo della **Direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento** e recepita in Italia con il d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 11. In tale categoria rientra "qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utente e il prestatore di servizi di pagamento e di cui l'utente di servizi di pagamento si avvale per impartire un ordine di pagamento", di cui all'art. 1, comma 1, lett. s) del d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 11 (lettera così modificata dall'art. 2, comma 1, lett. o), *D.Lgs. 15 dicembre 2017, n. 218*, a decorrere dal 13 gennaio 2018, ai sensi di quanto disposto dall'art. 5, comma 1, del medesimo *D.Lgs. n. 218/2017*). Senonché l'interpretazione corrente della direttiva sui servizi di pagamento (*Payment Services Directive*) la riserva ai soli **pagamenti denominati in moneta legale**⁸⁶, i fondi essendo solo «*banconote e monete, moneta scritturale o moneta elettronica quale definita all'articolo 2, punto 2), della direttiva 2009/110/CE*», categorie non comprensive delle valute virtuali.

Poiché l'ordine di pagamento si riferisce all'esecuzione di una "operazione di

85 Così P. IEMMA - N. CUPPINI, *La Qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute diffidenze*, in diritto bancario.it, marzo 2018; A. Capogna, et al., *Bitcoin: profili giuridici e comparatistici. Analisi e sviluppi futuri di un fenomeno in evoluzione*, in "Diritto mercato tecnologia", 3/2015

86 R. BOCCHINI, *op. cit.* Il Giappone è stato il primo Paese al mondo nel quale le valute virtuali hanno fatto ufficiale ingresso nel novero degli **strumenti legali di pagamento**. La legge recentemente approvata ha limitato l'esercizio dell'attività ai soli *exchangers* in possesso di stringenti requisiti patrimoniali e di sicurezza informatica. Annota L. D'AGOSTINO *op. cit.* p. 19: «*Tali professionisti inoltre, saranno tenuti a condurre programmi periodici di formazione dei dipendenti. La nuova normativa disciplina quindi in modo dettagliato i requisiti per la registrazione dei cambiavalute virtuali, prevedendo anche protection requirements e obblighi informativi a tutela degli utilizzatori in condizioni non discriminatorie rispetto agli altri istituti di pagamento. Inoltre vengono disciplinati obblighi di compliance per prevenire l'utilizzo delle valute virtuali a scopo di riciclaggio e forme di vigilanza e controllo sul rispetto delle procedure interne*». L'ambito oggettivo di operatività della nuova disciplina abbraccia tutti gli operatori che intendano offrire servizi relativi all'utilizzo di valute virtuali a soggetti residenti in Giappone dunque la normativa avrà effetto anche nei confronti dei *providers* stranieri che intendano operare sul mercato giapponese.

pagamento”, e che quest’ultima deve avere ad oggetto “fondi”, ossia «banconote e monete, moneta scritturale e moneta elettronica» definita dall’art. 1, comma 2, lettera h-ter) del TUB, deve convenirsi che le valute virtuali non sono annoverabili tra gli strumenti di pagamento citati dall’art. 1, comma 2, del TUF, in quanto diversi dalla moneta legale, scritturale ed elettronica in senso stretto⁸⁷.

1.6. Strumento finanziario.

La funzione di “riserva di valore” ha indotto a riflettere sulla possibilità di considerare le criptovalute quali **strumenti di investimento**, *sub specie* di strumento finanziario. D’altro canto molti acquisti di valute virtuali riposino indubbiamente sull’aspettativa di lucrare ingenti profitti dalle fluttuazioni del tasso di cambio rispetto alla moneta legale.

In seno ai *prodotti finanziari* (art. 1, lett. u, TUIF) si distinguono gli «*strumenti finanziari*» (cd. tipici) e «*ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*» (cd. *prodotti finanziari atipici*). Non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari (art. 1, lett. u, seconda parte, TUIF).

L’articolo 1, comma 2, TUIF offre l’elencazione degli *strumenti finanziari* con esplicito richiamo alla sez. C dell’all. I del TUF; da essi sono espressamente esclusi i mezzi di pagamento (art. 1, comma 4, TUIF), in quanto più prossimi alla sfera del consumo..

Secondo l’interpretazione prevalente l’elenco degli *strumenti finanziari* delineato dall’articolo 1, comma 2, TUIF avrebbe carattere tendenzialmente⁸⁸ *tas-*

87 Ricorda G.L. GRECO, *op. cit.*, p.18, che la valuta virtuale non può dirsi moneta legale né un “surrogato” della stessa (quale quella scritturale o elettronica emessa da banche e istituti di moneta elettronica), in quanto è accettata volontariamente dal creditore dell’obbligazione pecuniaria e, in mancanza di accordi, non ha valore liberatorio legale per il debitore. Per tale motivo (I. VISCO, *Welcome address, 1st Biennial Banca d’Italia and Bocconi University Conference on Financial Stability and Regulation*, 5 aprile 2018, p. 4) è preferita la definizione di *crypto-assets* anziché *cypto-currencies*; in senso contrario, cfr. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici*, cit. p. 423, il quale ritiene che il bitcoin potrebbe affermarsi come strumento di pagamento grazie alla costante crescita nel suo utilizzo da parte del pubblico

88 La possibilità di riconoscere nuovi strumenti finanziari, come nuove attività e servizi di investimento, anche fuori delle ipotesi tassativamente previste, riposa sull’art. 18, comma 5, TUIF. In base a tale norma il Ministro dell’economia e delle finanze, con regolamento adottato sentite la Banca d’Italia e la CONSOB: a) può individuare, al fine di tener conto dell’evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie, nuove categorie di strumenti finanziari, nuovi servizi e attività di investimento e nuovi servizi accessori, indicando quali soggetti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale possono esercitare i nuovi servizi e attività; b) adotta le norme di attuazione e di integrazione delle riserve di attività previste dal presente articolo, nel rispetto delle disposizioni europee.

*sativo e chiuso*⁸⁹; circostanza che escluderebbe che vi si possano includere strumenti non espressamente previsti. Allo stato, la versatilità delle valute virtuali sembrerebbe, quindi, precluderne, secondo la disciplina positiva italiana⁹⁰, una qualificazione giuridica nei termini di strumento finanziario⁹¹. Se ne dovrebbe inferire, quindi, che le valute virtuali restano *fuori dall’ambito di applicazione del T.U.F. e del c.d. “sistema MiFID”*, previsto dalla omonima Direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari.

In un recente caso giudiziario⁹² posto al vaglio del **Tribunale di Verona** i giudici hanno mostrato di orientarsi su diverse soluzioni, qualificando l’attività della società promotrice del portale di acquisto e scambio di valute virtuali come prestazione professionale di servizi a titolo oneroso svolta in favore dei consumatori e, dunque, disciplinata dalla medesima legge di settore (Codice del

89 In questo senso, tra gli altri, V.V. CHIONNA, *Le forme dell’investimento finanziario. Dai titoli di massa ai prodotti finanziari*, Milano, 2008, p. 191 e L. SALAMONE, *La nozione di «strumento finanziario» tra unità e molteplicità*, in Riv. dir. comm., 1998, I, p. 716 ss.

90 Come ricorda M. MANCINI, *op. cit.*, l’ordinamento tedesco è quello che ha affrontato in modo compiuto il problema della *qualificazione giuridica* del Bitcoin (in quanto valuta virtuale più diffusa). Sin dall’agosto 2013, il governo tedesco e l’Autorità federale per la supervisione del settore finanziario (BaFin) hanno escluso che i *bitcoins* possano considerarsi denaro, in qualunque accezione lo si intenda (moneta legale, scritturale o elettronica), sostenendo che debbano qualificarsi come *unità di conto* e ricondotti, in base alla legge bancaria tedesca, tra gli *strumenti finanziari*. In tal modo è stata regolamentata l’attività di acquisto o vendita di *bitcoins* per conto terzi svolta su scala commerciale nell’ambito del c.d. «ecosistema», stabilendo che l’esercizio della stessa sia subordinato al rilascio di una *licenza* ai sensi della legge bancaria tedesca e sia sottoposto a vigilanza. Sull’argomento, cfr. G. ARANGÜENA, *Bitcoin: alla Germania il primato della regolamentazione*, 13/02/2014, in http://www.key4biz.it/News/2014/02/13/Net_economy/bitcoin_germania_bafin_223018.html. Esaminando la normativa tedesca L. LA ROCCA, *op. cit.*, osserva: «*Il mero uso di Bitcoin come mezzo di scambio alternativo alla valuta avente corso legale o alla moneta scritturale non costituisce attività soggetta ad autorizzazione. Quest’ultima è invece necessaria, ad esempio, nel caso di soggetti che regolarmente acquistano e vendono Bitcoin, la cui attività è ricondotta alla prestazione di servizi di investimento e determina l’insorgere degli obblighi antiriciclaggio a carico del soggetto autorizzato*» Cfr. MÜNZER J., *Bitcoins: Supervisory assessment and risks to users*, February 2014, disponibile su http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2014/fa_bj_1401_bitcoins_en.html; cfr. anche http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Jahresbericht/2013/jb_2013_II_9_2_trading_in_bitcoins.html.

91 In tal senso, cfr. P.L. BURLONE e R. DE CARIA, *Bitcoin e le altre criptomonete. Inquadramento giuridico e fiscale*, in Istituto Bruno Leoni, aprile 2014, http://www.brunoleonimedia.it/public/Focus/IBL_Focus_234-De_Caria_Burlone.pdf, pp. 3 e 4. Osserva M. PASSARETTA, *Bitcoin: il Leading Case italiano*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.4, 2017): «*In questa elencazione non sembra trovare collocazione il bitcoin perché non rappresenta un «valore mobiliare», secondo quanto disposto dall’art. 1, comma 1-bis, t.u.f. e neanche uno «strumento del mercato monetario», né una quota «di un organismo di investimento collettivo del risparmio» ovvero un futures, uno swaps ovvero un option nelle loro svariate tipologie*».

92 Il rapporto contrattuale era sorto tra alcuni investitori persone fisiche ed una società promoter di una nota piattaforma di investimenti di diritto ucraino, per l’acquisto di valuta virtuale in cambio di valuta reale e nei quali gli attori avevano lamentato la nullità del contratto d’acquisto di *bitcoins* concluso con la società promotrice, a causa della violazione delle norme del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), nella parte in cui dispone l’obbligo d’informazione al quale era tenuto il fornitore del servizio finanziario erogato.

Consumo). In particolare, l'attività del fornitore è stata considerata erogazione dei servizi finanziari ai consumatori, poiché l'oggetto del contratto era stato l'acquisto di valuta virtuale (nella specie, *bitcoins*), qualificata alla stregua di uno strumento finanziario. Da detto inquadramento i giudici veronesi hanno tratto un ulteriore corollario: ove il fornitore operi come *promoter* di una piattaforma digitale di investimenti, che ha per oggetto la vendita di valute virtuali, è tenuto agli obblighi di informativa, specie precontrattuale, previsti dagli artt. 67-*quater*, *quinquies*, *sexies*, *septies*, *decies* ed *undecies*, del Codice del Consumo, nonché di quelli ulteriori previsti per gli investimenti ad alto rischio dagli artt. 13, 14 e 15 dell'allegato 1 della Delibera Consob del 26 giugno 2013, n. 18592 in tema di "Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio tramite portali on-line"⁹³. Ciò significa che la valuta virtuale, quando assume la funzione di strumento d'investimento e quindi di prodotto finanziario (perché acquistato con finalità di conseguire un rendimento e specie se a collocarlo tra il pubblico è un soggetto che eroga servizi d'investimento) trova disciplina nelle norme in tema di intermediazione finanziaria e nel Codice del Consumo⁹⁴.

La sentenza non è rimasta esente da critiche. E' stato rimarcato come la qua-

93 Ricorda M. PASSARETTA, *op. cit.*: «In effetti, l'articolo disposto dalla Delibera Consob del 26 giugno 2013, n. 18592, trova applicazione nei casi in cui sia sollecitato l'investimento in società start-up innovative, attraverso la raccolta di capitale di rischio via web (c.d. crowdfunding). A ben guardare, il caso in esame riguarda proprio la raccolta di risparmio tra il pubblico mediante assegnazione agli investitori di una cripto-moneta, utile per l'acquisto di partecipazioni offerte dal portale online. L'operazione finanziaria anzidetta, dunque, paventa due considerevoli rischi per l'investitore: il primo riguarda l'acquisto di valuta virtuale, che come detto, rientrerebbe nella categoria dei prodotti finanziari, per i quali è necessaria una dettagliata informazione perché l'acquisto possa dirsi consapevole e informato; la seconda riguarda l'operazione per l'acquisizione di una partecipazione sociale in una società start-up, affare anche questo rischioso se non previamente ed accuratamente descritto. Le menzionate operazioni, allo stato attuale, devono considerarsi del tutto legittime ma solo nell'ipotesi in cui il consumatore sia stato correttamente informato sui rischi connessi all'operazione stessa. Nell'ipotesi in cui la piattaforma web di raccolta del risparmio non osservi i doveri informativi o, per conto di questa, il fornitore per la collocazione del servizio finanziario a distanza, il consumatore potrà adire l'autorità giudiziaria per la dichiarazione di nullità del contratto, concluso in contravvenzione degli obblighi informativi, specie precontrattuali, rispetto al rischio dell'investimento, secondo quanto disposto dall'art. 67-septies decies, con conseguente restituzione di quanto esborsato per l'investimento. Ma sia chiaro, il diritto all'informazione prescinde dalla disciplina di crowdfunding. Pertanto, l'illegittimità del contratto di acquisto di valute virtuali potrà essere eccepita tutte le volte in cui il consumatore ignori i rischi collegati all'operazione di investimento».

94 In condivisione con il Tribunale di Verona, PASSARETTA, *op. cit.*, precisa i diritti del consumatore, nel caso in cui intenda acquistare «...sicché, chi intende erogare tali servizi deve: a) informare il consumatore in maniera inequivocabile circa il fine commerciale perseguito dal fornitore, promoter di una piattaforma online di investimenti; b) informare in modo chiaro e comprensibile attraverso qualunque mezzo adeguato alle tecniche a distanza, prima della conclusione del contratto ovvero subito dopo per il tramite dell'invio delle condizioni contrattuali, al fine di consentire una informazione dettagliata circa: l'identità del fornitore, l'identità del professionista che agisce nei confronti del consumatore, l'iscrizione del fornitore o della piattaforma di investimento online in un registro pubblico, anche analogo a quello previsto dall'art. 50-quinquies, comma 2o, del t.u.f. (la quale, per essere effettuata, generalmente necessita di una autorizzazione amministrativa), le principali caratteristiche del servizio finanziario offerto, il meccanismo di formazione del prezzo, i rimedi che sono attribuiti dall'ordinamento e la legislazione sulla quale il fornitore intende strutturare il rapporto con il consumatore; c) accrescere il livello di consapevolezza dell'investitore sull'alto rischio collegato all'investimento in valute virtuali».

lificazione dei *bitcoins* quali strumenti finanziari sia risultata sostanzialmente immotivata salvo che per l'esigenza di assicurare una protezione ai consumatori coinvolti nella vicenda.

Un'opportunità qualificatoria diversa è offerta dalla considerazione che in seno al *genus* "prodotto finanziario" (art. 1, comma 1, lett. u. TUIF), accanto agli "strumenti finanziari", è compresa "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria"⁹⁵.

Anche contratti atipici di investimento possono assumere la veste finanziaria, ai sensi del citato art. 1, comma 1, lett. u), cit., poiché l'atipicità del contratto riflette la natura aperta ed atecnica del prodotto finanziario⁹⁶. Questa caratteristica costituirebbe la risposta del legislatore alla creatività del mercato ed alla molteplicità di prodotti offerti al pubblico dai suoi attori, ma anche all'esigenza di tutela degli investitori, consentendo di ricondurre nell'ambito della disciplina di protezione dettata dal testo unico anche forme innominate di prodotti finanziari.

La giurisprudenza di legittimità riconosce che l'investimento di natura finanziaria comprende ogni *conferimento di una somma di denaro* da parte del risparmiatore *con un'aspettativa di profitto o di remunerazione (attesa di utilità a fronte delle disponibilità investite nell'intervallo determinato da un orizzonte temporale) e con un rischio*⁹⁷.

Non dissimilmente parte della dottrina ha ritenuto che la *nozione di prodotto finanziario sia capace di accogliere ogni strumento idoneo alla raccolta del risparmio*, comunque denominato o rappresentato, purché rappresentativo di un *impiego di*

95 I prodotti finanziari costituirebbero l'anello più esterno di un gruppo di cerchi concentrici di cui gli «strumenti finanziari» e i «valori mobiliari» rappresentano quelli più interni (CHIONNA, *Le forme dell'investimento finanziario*, Milano, 2008, 189).

96 Già evidenziato dalla Corte di Cassazione con riferimento alla disciplina recata dalla L. 2 gennaio 1991, n. 1, previgente art. 1 (Cass. Civ., Sez. 1, 19 maggio 2005, n. 10598).

97 Così Cass. Civ. Sez. 2, Sentenza n. 2736 del 05/02/2013 (Rv. 625072 - 01). La Corte nell'occasione ha osservato come la sollecitazione ad investire in diamanti della società Y presso il pubblico degli investitori fosse del seguente tenore: "Desidera bloccare una parte dei suoi risparmi per un tempo limitato - un anno - e guadagnare? Prenda un diamante in affidamento. Come? Ipotizziamo che lei desideri destinare 1.000 Euro a questa operazione. Y Fin le consegnerà in cambio un diamante (certificato, presentato in tessera sigillata e valutato al listino W) del valore di 1.000 Euro e si impegnerà, al trascorrere di dodici mesi, a riprendersi il diamante, restituire i 1.000 Euro e corrisponderle 80 Euro per la custodia da lei effettuata. Lei dovrà esclusivamente impegnarsi a custodire il diamante così come le è stato affidato, cioè sigillato". Ad avviso del Collegio di legittimità, la Corte d'appello - per un verso individuando il nucleo della vicenda negoziale nel trasferimento della proprietà del diamante dalla società al sottoscrittore e nel patto di retrovendita a cui la società si era unilateralmente impegnata; e per l'altro verso escludendo qualsiasi elemento di rischio nell'operazione, sul rilievo che il prezzo ed il compenso per la custodia sarebbero convenzionalmente predeterminati e non potrebbero subire variazioni in conseguenza di fattori di incertezza - si era fermata alla superficie del meccanismo negoziale prefigurato, senza analizzarne compiutamente la causa. Su queste stesse posizioni cfr. Cass., Civ. Sez. 2, 15/4/2009 n. 8947; cfr. anche Comunicazioni Consob n. DAL/97006082 del 10/7/1997, DIS/98082979 del 22 ottobre 1998, DIS/99006197 del 28/1/1999, DIS/36167 del 12/5/2000, DEM/1043775 dell'1/6/2011 e DTC/13038246 del 6/5/2013.

capitale. Più precisamente, i caratteri distintivi dell'*investimento di tipo finanziario* sono: a) un *impiego di capitali*, riconducibile generalmente al danaro; b) un'*aspettativa di rendimento*; c) un *rischio* proprio dell'attività prescelta, direttamente correlato all'impiego dei capitali⁹⁸. Altri hanno precisato che la natura finanziaria dell'operazione collocabile tra i prodotti finanziari va cercata nella *causa* ad essa sottesa, ovvero nella normale destinazione del bene oggetto dell'investimento o nell'ottica della più complessa operazione prospettata dall'offerente⁹⁹.

Muovendo da queste premesse, i connotati funzionali illustrati potrebbero essere ascritti alla valuta virtuale, in quanto «*il soggetto interessato all'investimento, per ottenere bitcoin ha sborsato a) una somma di danaro b) nell'aspettativa di ottenere un rendimento, non necessariamente corrispondente ad una somma di danaro maggiorata rispetto a quella investita c) assumendo su di sé un rischio connesso al capitale investito*». In tal senso, prima che l'apprezzamento del valore del bene, la natura finanziaria dell'operazione sarebbe rivelata dalla compresenza identitaria di una *promessa di rendimento* all'atto dell'instaurazione del rapporto originante un'attesa di rendimento (incremento del valore) del capitale investito e dal rischio correlato, causa concreta dell'operazione. In queste situazioni *campagne pubblicitarie* che ponessero particolare enfasi sul reddito ritraibile dall'acquisto del valuta virtuale potrebbero attivare i poteri della Consob ex art. 94 TUIF sulla ricorrenza di eventuali offerte al pubblico in relazione a forme di *abusivismo sollecitatorio*¹⁰⁰.

Secondo la Consob, in particolare, si è in presenza di un "investimento di natura finanziaria" ogniqualvolta il risparmiatore *impieghi* il proprio *denaro* con un'*aspettativa di profitto*, mentre si è in presenza di un "investimento di consumo" quando la spesa è finalizzata al godimento del bene, ossia, è volta a trasformare le proprie disponibilità in beni reali idonei a soddisfare in via diretta i bisogni non finanziari del risparmiatore. Secondo l'autorità di vigilanza «*per configurare un investimento di natura finanziaria, non è sufficiente che vi sia accrescimento delle disponibilità patrimoniali dell'acquirente (cosa che potrebbe*

98 Così M. PASSARETTA, *op. cit.*, che richiama in nota le posizioni di ANNUNZIATA (*Commento sub. art. 94*, in *La disciplina delle società quotate*, a cura di Marchetti-Bianchi, Milano, 1999, I, 86) ad avviso del quale dai prodotti e strumenti finanziari devono essere tenuti distinti gli strumenti di erogazione del risparmio (ad es. mutui, leasing) non costitutivi di forme di investimento del risparmio.

99 COMPORTI, *La sollecitazione all'investimento*, in *Intermediari finanziari, mercati di società quotate*, a cura di Patroni Griffi-Sandulli-Santorò, Torino, 1999, 550 ss. Consob, Comunicazione n. DAL/97006082, 10 luglio 1997.

100 Rileva G. GASPARRI, *op. cit.*, che l'effetto attrattivo della valuta virtuale entro la regolazione e supervisione dell'autorità non dipenderebbe dalla natura della valuta virtuale ma dalla correlazione, strutturale e dinamica, tra la stessa e la dimensione finanziaria dell'operazione che la contempla.

realizzarsi attraverso talune modalità di godimento del bene come ad esempio con la rivendita del diamante) ma è necessario che l'atteso incremento di valore del capitale impiegato (ed il rischio ad esso correlato) sia elemento intrinseco all'operazione stessa»¹⁰¹. A rilevare, quindi, ai fini della riconducibilità in seno agli investimenti di natura finanziaria è l'effettiva e predeterminata *promessa*, all'atto dell'instaurazione del rapporto contrattuale, di un *rendimento* collegato al bene, quale causa concreta del rapporto contrattuale instaurato tra il venditore ed il compratore della criptovaluta.

Quando l'acquirente di una valuta virtuale investe una somma di denaro nell'aspettativa di ottenere un rendimento e mettendo a rischio quanto ha investito, l'operazione pare realmente riconducibile all'acquisto di un prodotto finanziario, con l'applicazione delle norme in materia di intermediazione finanziaria. Ciò renderà rilevante la disciplina dettata dal TUF e dai relativi regolamenti attuativi in materia di appello al pubblico risparmio (quale offerta al pubblico di prodotti finanziari) e di prestazione di servizi e attività di investimento. Non casualmente, del resto, le valute virtuali sono invece considerate strumenti finanziari, ai fini dell'applicazione della relativa disciplina, negli Stati Uniti e, in Europa, in Germania¹⁰².

Con recente delibera del 31 ottobre 2018, la CONSOB è intervenuta ai sensi dell'art. 99 comma 1 lett. b) TUIF 58/1998 rispetto all'attività di offerta al pubblico (italiano) di «investimenti di natura finanziaria» promossa da una società di diritto straniero che intendeva procedere ad una *Initial Coin Offering (ICO)* di «token» senza aver dato preventiva comunicazione all'autorità di vigilanza, come previsto dall'art. 94 comma 1 del TUF. Per tale ragione, CONSOB, dopo aver qualificato la criptovaluta in oggetto («token») quale *prodotto finanziario*, sospendeva in via cautelare l'iniziativa, sospettando la violazione da parte di quest'ultima delle disposizioni normative e regolamentari in materia di offerta al pubblico di prodotti finanziari.

Con delibera n. 20944 del 29.5.2019 Consob ha parimenti disposto la sospensione dell'offerta al pubblico avente ad oggetto criptovaluta effettuata anche tra-

101 Comunicazioni Consob n. DAL/97006082 del 10/7/1997, DIS/98082979 del 22 ottobre 1998, DIS/99006197 del 28/171999, DIS/36167 del 12/5/2000, DEM/1043775 dell'1/6/2011 e DTC/13038246 del 6/5/2013.

102 Negli USA la gran parte delle offerte e vendite di *token* rivenienti da ICO sono state sottoposte alla disciplina dell'offerta al pubblico di strumenti finanziari e dunque alla giurisdizione della *Securities Exchange Commission*. I *token*, infatti, sono spesso risultati "positivi" al test elaborato dalla Corte Suprema nel caso SEC v. Howey 328 U.S. 293 del 1946, rappresentando investimenti di denaro in iniziative d'impresa gestite da terzi con la ragionevole aspettativa di profitti da parte degli investitori. Le criptovalute possono essere sottoposte alla giurisdizione della SEC al ricorrere o meno delle caratteristiche di strumenti finanziari. In Germania la Bafin, autorità federale di supervisione finanziaria, considera i bitcoin quali strumenti finanziari, in quanto unità di conto - assimilabili alle valute straniere - per quanto non legalmente vincolanti. Rispetto alle ICO, nel marzo 2018 la Bafin ha diffuso una advisory letter con cui ha sostenuto che i token possono essere classificati, a seconda delle concrete caratteristiche che assumono, quali strumenti finanziari ai sensi della legge tedesca sui servizi di investimento o della Mifid II, ovvero un prodotto finanziario ovvero ancora un investimento di capitale ai sensi della legge tedesca sul prospetto finanziario.

mite siti internet.

In particolare, Consob ha ricordato che secondo la definizione fornita dall'art. 1, comma 1, lettera t) del d.lgs. n. 58/1998, per *“offerta al pubblico di prodotti finanziari”* deve intendersi *“ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell’offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati”*; che gli **elementi costitutivi** dell’offerta al pubblico possono sintetizzarsi come segue: a) la circostanza che l’attività abbia ad oggetto *“prodotti finanziari”*, categoria che comprende – ex art. 1, comma 1, lett. u), del d.lgs. n. 58/1998 - sia le figure «tipizzate» degli *«strumenti finanziari»*, sia *“ogni altra forma di investimento di natura finanziaria”*; b) la sussistenza di una comunicazione volta a far acquistare o sottoscrivere detti prodotti finanziari e contenente, di conseguenza, quantomeno la rappresentazione delle principali caratteristiche degli stessi; c) la circostanza che la comunicazione *de qua* sia rivolta al pubblico residente in Italia; che la nozione di *«investimento di natura finanziaria»* implica la compresenza dei tre elementi: (i) un impiego di capitale; (ii) un’aspettativa di rendimento di natura finanziaria; (iii) l’assunzione di un rischio direttamente connesso e correlato all’impiego di capitale; - che, nel caso di specie, la struttura dell’operazione *de qua* prevedeva tali elementi e elemento causale della proposta negoziale fosse riconducibile alla produzione di un rendimento finanziario quale corrispettivo dell’impiego di capitale conferito dal percettore del rendimento medesimo che, quindi, conferiva il proprio denaro con un’aspettativa di profitto; che uno schema unitario con le caratteristiche di un’offerta al pubblico di prodotti finanziari imponesse il rispetto dell’art. 94, comma 1, TUF con preventiva comunicazione alla Consob e trasmissione del prospetto informativo destinato alla pubblicazione. Conclusivamente Consob riteneva sussistente il fondato sospetto circa la promozione di un’offerta al pubblico di prodotti finanziari in violazione delle disposizioni normative e regolamentari in materia.

Come osserva attenta dottrina¹⁰³, *«saranno applicabili, in ogni caso, le norme sulla promozione e sul collocamento a distanza di cui all’art. 32 del TUF, nonché le norme di cui agli artt. 125-127 del Regolamento Consob 15 febbraio 2018, n. 20307. Nell’ipotesi in cui un prodotto finanziario rappresentato o avente come sottostante valuta virtuale sia emesso da una banca o da un’impresa di assicurazione, saranno altresì applicabili le norme sullo svolgimento dei servizi di cui agli artt. 25-bis e 25-ter del TUF e sull’offerta fuori sede di cui all’art. 30 TUF, nonché gli artt. 124 e 129-135 del Regolamento Consob 15 febbraio 2018, n. 20307»*.

103 G.L. GRECO, *op. cit.*, p.20

5. Le discipline di settore e le ricadute penalistiche.

1.1. La normativa antiriciclaggio e sul monitoraggio fiscale

Antiriciclaggio e reati di riciclaggio.

Con il d.lgs. n. 90/2017¹⁰⁴ il legislatore italiano ha colto l’occasione per operare una significativa anticipazione rispetto ai contenuti della proposta di Quinta direttiva antiriciclaggio¹⁰⁵.

Da un lato, ha introdotto con l’art. 1, comma 2, lett. qq, d.lgs. n. 231/2007 la **definizione di valuta virtuale** rilevante ai fini del sistema antiriciclaggio. Tale, in particolare, è *«la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un’ autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l’acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente»*. Rispetto alle definizioni sinora elaborate è posto in risalto l’impiego delle valute virtuali quale **mezzo di scambio**, restando in ombra lo **scopo di investimento**.

La legislazione antiriciclaggio ha in diretta considerazione i possibili impieghi delle valute virtuali in seno alle operazioni di riciclaggio *“amministrativo”* ex art. 2, comma 4, d.lgs. n. 231/2007¹⁰⁶.

Inoltre, il d.lgs. n. 90/2017 ha attratto alla categoria degli **operatori non finanziari** soggetti alle disposizioni del decreto antiriciclaggio i **prestatori di servizi relativi all’utilizzo di valuta virtuale** (ogni persona fisica o giuridica

104 Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento (UE) n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006. Pubblicato nella Gazz. Uff. 19 giugno 2017, n. 140, S.O.

105 Si trattava della proposta di direttiva a modifica della Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo ed a modifica della direttiva 2009/101/CE (COM(2016)0450). L’art. 1, prevedeva di aggiungere tra i soggetti obbligati i *«prestatori di servizi la cui attività principale e professionale consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute legali»* (lett. g) (si tratta dei cd. *exchangers*) e i *«prestatori di servizi di portafoglio digitale che offrono servizi di custodia delle credenziali necessarie per accedere alle valute virtuali»* (lett. h), ovvero i cd. *wallet providers*; cfr. Commissione Europea, Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2016/0208, 5 luglio 2016, p. 14, in http://eur-lex.europa.eu/procedure/IT/2016_208.

106 Ai fini di cui al comma 1, s’intende per riciclaggio: a) la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un’attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l’origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni; b) l’occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un’attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; c) l’acquisto, la detenzione o l’utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un’attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; d) la partecipazione ad uno degli atti di cui alle lettere a), b) e c) l’associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l’esecuzione.

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, ai sensi articolo 1, comma 2, lettera ff), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231), sia pure «*limitatamente allo svolgimento dell'attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso*» (art. 3, comma 5, lett. i, d.lgs.n. 231/2007). Il riferimento, dunque, è solo agli *exchangers* che operino conversioni rispetto a valute aventi corso forzoso, tipica area di interferenza con la cd. economia "reale"¹⁰⁷.

E' stato notato in proposito che «*il rischio di pseudo-anonimia che caratterizza gli operatori della blockchain, ha reso necessario introdurre l'obbligo di adeguata verifica anche in tale ambito. A tali fini si è reso necessario plasmare il paradigma dell'antiriciclaggio: nell'impossibilità tecnica di seguire il danaro (follow the money) sul web, è emersa la necessità di registrarlo in uscita dal mondo reale o attenderlo al guado, al momento dell'uscita dal mondo virtuale (wait for the money). Pertanto, è stato introdotto l'obbligo di adeguata verifica della clientela a carico degli scambiatori (exchanger), che svolgono una funzione assimilabile alle porte poste lungo le antiche cinte daziarie: infatti gli exchanger, sono gli unici operatori che, cambiando le criptovalute in moneta reale e viceversa, sono in grado di identificare le persone che danno luogo a tali transazioni. In tal modo, la regolamentazione degli scambiatori di bitcoins (e criptovalute in generale) potrà avere il massimo effetto con il minimo investimento di risorse e massima concentrazione dei controlli*»¹⁰⁸.

Tale previsione ha aperto la strada alla possibilità di i applicare le **sanzioni amministrative e penali** previste dal **d.lgs. n. 231/2007** agli *exchangers* tra valute virtuali e aventi corso forzoso ed ai loro clienti¹⁰⁹.

107 In Francia i soggetti che svolgono il servizio di conversione di valuta avente corso legale in *bitcoin* forniscono un servizio di pagamento e sono destinatari degli obblighi di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo: cfr. https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acpr/Communication/Communiqués%20de%20presse/20140129-Communique-ACPR-position-bitcoin.pdf); in Svizzera l'applicazione dei presidi antiriciclaggio è prevista in caso di acquisto e vendita di *Bitcoin* su base professionale, nonché nei confronti di coloro che operano sulle piattaforme di negoziazione (Cfr. <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35355.pdf>.); negli USA, avendo riguardo ai soggetti che creano, ricevono, distribuiscono, scambiano, accettano o trasferiscono *virtual currencies* convertibili, l'*exchanger* e l'*administrator*, a differenza dell'utilizzatore, sono qualificati dal FinCEN come *money transmitter* e cioè come soggetti che prestano «*money transmission services*»; non si distingue fra *real currency* e *virtual currency*, facendosi piuttosto riferimento a ogni valore sostitutivo di valuta avente corso legale e dunque sia l'*exchanger* che l'*administrator* nella qualità di *money transmitter* sono destinatari degli obblighi antiriciclaggio (Cfr. http://www.fincen.gov/statutes_regs/guidance/pdf/FIN-2013-G001.pdf).

108 D. MAJORANA, *Disciplina giuridica e fiscale delle criptovalute: sfida la legislatore dal web*, in *Corriere Tributario* n. 8 del 2018, p. 630.

109 Per un quadro delle sanzioni penali rivisitate dalla novella cfr. A. ROSSI, *Prevenzione del riciclaggio e finanziamento del terrorismo: finalità e novità normative*, in *Diritto penale e processo* 1/2018; S. GALMERINI, *La nuova disciplina dell'antiriciclaggio: gli obblighi, il whistleblowing e le sanzioni*, in *Quotidiano Giuridico*, 12.4.2017; sul tema cfr. anche R. LUCEV e F. BONCOMPAGNI, *Criptovaluta e profili di rischio*

L'articolo art. 55 d.lgs. n. 231/2007 accoglie le fattispecie penali del sistema antiriciclaggio, rivisitate con la novella del 2017:

«1. *Chiunque, essendo tenuto all'osservanza degli obblighi di adeguata verifica ai sensi del presente decreto, falsifica i dati e le informazioni relative al cliente, al titolare effettivo, all'esecutore, allo scopo e alla natura del rapporto continuativo o della prestazione professionale e all'operazione è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 10.000 euro a 30.000 euro. Alla medesima pena soggiace chiunque essendo tenuto all'osservanza degli obblighi di adeguata verifica ai sensi del presente decreto, in occasione dell'adempimento dei predetti obblighi, utilizza dati e informazioni falsi relativi al cliente, al titolare effettivo, all'esecutore, allo scopo e alla natura del rapporto continuativo o della prestazione professionale e all'operazione.*

2. *Chiunque, essendo tenuto all'osservanza degli obblighi di conservazione ai sensi del presente decreto, acquisisce o conserva dati falsi o informazioni non veritiere sul cliente, sul titolare effettivo, sull'esecutore, sullo scopo e sulla natura del rapporto continuativo o della prestazione professionale e sull'operazione ovvero si avvale di mezzi fraudolenti al fine di pregiudicare la corretta conservazione dei predetti dati e informazioni è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 10.000 euro a 30.000 euro.*

3. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque essendo obbligato, ai sensi del presente decreto, a fornire i dati e le informazioni necessarie ai fini dell'adeguata verifica della clientela, fornisce dati falsi o informazioni non veritiere, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 10.000 euro a 30.000 euro.*

4. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, essendovi tenuto, viola il divieto di comunicazione di cui agli articoli 39, comma 1, e 41, comma 3, è punito con l'arresto da sei mesi a un anno e con l'ammenda da 5.000 euro a 30.000 euro.*

5. *Chiunque al fine di trarne profitto per se' 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, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 310 euro a 1.550 euro. Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto per se' o per altri, falsifica o altera carte di credito o di pagamento*

penale nell'attività degli *exchanger*, in *Giurisprudenza Penale*, 2018; cfr. ACCINNI *op. cit.*, per un quadro completo della normativa antiriciclaggio italiana in materia di *exchanger* alla luce del d.lgs. n. 90/2017, p. 19-28, con specifici riferimenti alle disposizioni sanzionatorie penali antiriciclaggio ed ai profili di concorso nei reati di ricettazione, riciclaggio, impegno di denaro di provenienza illecita ed autoriciclaggio. L'Autore offre anche un quadro delle proposte di modifica della Direttiva n. 849/2015 su decisivo impulso della Commissione europea, con inclusione tra i soggetti sottoposti alle disposizioni antiriciclaggio dei cambiavalute virtuali ma anche ai gestori dei servizi di portafoglio digitale (i *wallet providers* che gestiscono le credenziali per accedere alle valute virtuali).

o qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, ovvero possiede, cede o acquisisce tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché ordini di pagamento prodotti con essi.

omissis».

L'art. 493ter c.p. (già art. 55, comma 5, d.lgs. n. 231/2007) potrebbe offrire occasione di tutela penale rispetto ad *indebiti utilizzi delle chiavi crittografiche private utilizzate per trasferire valute virtuali dai portafogli digitali*. Le chiavi in argomento possono porsi in connessione funzionale con l'acquisto di beni o servizi presso soggetti che accettino su base convenzionale tale modalità solutoria. In altre parole, potrebbero integrare la figura di *«qualsiasi altro documento analogo che abiliti ... all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi»*. Occorre, in proposito, considerare che la migliore giurisprudenza propende per la qualificazione nei termini di delitto di frode informatica (e non di indebita utilizzazione di carte di credito o equiparate) della condotta di colui che, servendosi di una carta di credito falsificata e di un codice di accesso fraudolentemente captato in precedenza, penetri abusivamente nel sistema informatico bancario ed effettui illecite operazioni di trasferimento fondi¹¹⁰.

La Corte di Cassazione (cfr. Sez. 2, n. 17748 del 15/04/2011 - dep. 06/05/2011, Rv. 250113) ha rimarcato che l'art. 640-ter c.p. sanziona al primo comma la condotta di colui il quale, «alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno». In questa ipotesi dunque, attraverso una condotta a forma libera, si «penetra» abusivamente all'interno del sistema e si opera su dati, informazioni o programmi, senza che il sistema stesso, od una sua parte, risulti in sé alterato. È quello ad esempio che avviene attraverso l'utilizzazione dei codici di accesso della Postepay che potrebbero essere inseriti in rete per versare somme sui altri conti correnti. Come già indicato dalla Cassazione (Cass. Sez.2 n. 50140 del 13/10/2015 Ud., dep. 21/12/2015 Rv.265565; Cass n.17748 del 2011 richiamata anche da Cass n. 11699 del 2012 rv. 252797 e n. 6816 del 31/01/2013) l'elemento specializzante, rappresentato dall'**utilizzo 'fraudolento' del sistema informatico**, costituisce presupposto assorbente rispetto alla generica **indebita utilizzazione dei codici d'accesso** disciplinato dall'art. 55 n. 9 D.Lgs. n. 231/2007; approdo ermeneutico che si pone "in linea con l'esigenza (...) di procedere ad una applicazione del principio di specialità secondo un approccio strutturale, che non trascuri l'utilizzo dei normali criteri

¹¹⁰ Cass. Sez. 2, Sentenza n. 26229 del 09/05/2017 Ud., dep. 25/05/2017 Rv. 270182; contra Cass. Sez. 6, Sentenza n. 1333 del 04/11/2015 Ud., dep. 14/01/2016, Rv. 266233.

di interpretazione concernenti la "ratio" delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità, come intesa dalla giurisprudenza della Corte EDU"(Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, Giordano ed altri). Deve quindi ritenersi la configurabilità del reato di cui all'art. 640 ter c.p. quando la condotta contestata sia sussumibile nell'ipotesi "dell'intervento senza diritto su (...) informazioni (...) contenute in un sistema informatico" Infatti, anche l'abusivo utilizzo di codici informatici di terzi ("intervento senza diritto") - comunque ottenuti e dei quali si è entrati in possesso all'insaputa o contro la volontà del legittimo possessore ("con qualsiasi modalità") - è idoneo ad integrare la fattispecie di cui all'art. 640 ter c.p. ove quei codici siano utilizzati per intervenire senza diritto su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico, al fine di procurare a sé od altri un ingiusto profitto.

Al di fuori però dell'ipotesi ora accennata e di quelle in cui il servizio comporti la *conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso* non sussistono le condizioni per ipotizzare violazioni antiriciclaggio, neppure quelle collegate alle limitazioni in relazione all'uso del denaro contante (art. 49 d.lgs. n. 231/2007), fattispecie cui non sono assimilabili le valute virtuali.

Occorre inoltre sottolineare che ai sensi dell'art. 18 d.lgs. n. 231/2007, l'**adeguata verifica della clientela** impone:

a) **l'identificazione del cliente e la verifica della sua identità** attraverso riscontro di un documento d'identità o di altro documento di riconoscimento equipollente ai sensi della normativa vigente nonché sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente. Le medesime misure si attuano nei confronti dell'**esecutore**, anche in relazione alla verifica dell'esistenza e dell'ampiezza del potere di rappresentanza in forza del quale opera in nome e per conto del cliente;

b) **l'identificazione del titolare effettivo e la verifica della sua identità** attraverso l'adozione di misure proporzionate al rischio ivi comprese, con specifico riferimento alla titolarità effettiva di persone giuridiche, trust e altri istituti e soggetti giuridici affini, le misure che consentano di ricostruire, con ragionevole attendibilità, l'assetto proprietario e di controllo del cliente;

c) l'acquisizione e la valutazione di **informazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto continuativo o della prestazione professionale**, per tali intendendosi, quelle relative all'instaurazione del rapporto, alle relazioni intercorrenti tra il cliente e l'esecutore, tra il cliente e il titolare effettivo e quelle relative all'attività lavorativa, salva la possibilità di acquisire, in funzione del rischio, ulteriori informazioni, ivi comprese quelle relative alla situazione economico-patrimoniale del cliente, acquisite o possedute in ragione dell'esercizio dell'attività. In presenza di un elevato rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo,

i soggetti obbligati applicano la procedura di acquisizione e valutazione delle predette informazioni anche alle prestazioni o operazioni occasionali;

d) **il controllo costante del rapporto con il cliente**, per tutta la sua durata, attraverso l'esame della complessiva operatività del cliente medesimo, la verifica e l'aggiornamento dei dati e delle informazioni acquisite nello svolgimento delle attività di cui alle lettere a), b) e c), anche riguardo, se necessaria in funzione del rischio, alla verifica della provenienza dei fondi e delle risorse nella disponibilità del cliente, sulla base di informazioni acquisite o possedute in ragione dell'esercizio dell'attività.

Occorre riconoscere che lo **pseudo-anonimato** del funzionamento dell'ecosistema delle valute virtuali non agevola l'assolvimento degli obblighi corrispondenti, specie con riferimento all'identificazione del titolare effettivo.

Inoltre, è stato osservato come alla diversa natura degli *exchangers* corrispondano anche problematiche diverse: gli *exchangers* che impongono il **contatto fisico** con il cliente potranno seguire le normali procedure di adempimento, mentre quelli **virtuali** «restano nel *limbo*, dato che la previsione di identificazione a distanza necessita di idonee forme e modalità (art. 19, comma 1, n. 5) che le autorità di settore devono ancora definire»¹¹¹.

Le fattispecie previste dall'art. 55, comma 1 e 2, d.lgs. n. 231/2007, dopo la riforma del 2017, risultano innervate attorno a condotte provviste di sviluppati caratteri fraudolenti e decettivi; condizione che pone seri problemi di delimitazione rispetto alle tradizionali **fattispecie penali del riciclaggio**¹¹².

Va anche riconosciuto che il complicato inquadramento della natura giuridica delle valute virtuali, con i riflessi sull'indecifrabilità delle correlative discipline di settore, appare meno significativo per i **reati di riciclaggio** (avendo come riferimento quelli previsti dall'art. 648 bis, 648 ter, 648 ter.1. c.p.).

Le condotte di tali fattispecie hanno quale elemento di origine (provento) o di trasformazione (prodotto) la componente delle **utilità**, con contenuto assai ampio. In particolare, per la giurisprudenza di legittimità, con il progressivo ampliamento dei reati presupposto, della condotta incriminabile e dell'oggetto del reato, il legislatore, utilizzando la locuzione «*altre utilità*», ha inteso colpire con il delitto di riciclaggio «ogni vantaggio derivante dal compimento del reato presupposto». Una clausola di chiusura rispetto al denaro ed ai beni impiegata proprio per evitare che sfuggano alla repressione penale utilità derivanti dal reato presupposto e delle quali l'agente, grazie all'attività di riciclaggio realizzata da un terzo, possa usufruire. Le utilità, dunque, quali **valori economicamente**

apprezzabili, comprendono non solo gli elementi che *incrementano il patrimonio* dell'agente ma anche il frutto delle attività fraudolente a seguito delle quali si *impedisce l'impoverimento del patrimonio*. E' utilità, ad esempio, anche il mancato decremento del patrimonio, ossia il *risparmio di spesa realizzato evitando di pagare le imposte dovute* attraverso la perpetrazione di un reato fiscale¹¹³. Sembra chiaro, dunque, che possa essere utilità *anche la valuta virtuale*, quale oggetto, strumento e prodotto del riciclaggio.

Il carattere anonimo o pseudoanonimo dell'impiego della valuta virtuale (come nel caso dei *bitcoins*) in un'operazione di scambio, a basso costo e tra giurisdizioni diverse, ulteriormente aggravato da servizi di *mixing*, risultano condizioni obiettivamente predisponenti alle operazioni di riciclaggio. Non è un caso, del resto, che alcuni Paesi si siano attivati con normative che impongono l'identificazione dei soggetti cedenti o destinatari di valute virtuali¹¹⁴.

Non casualmente, del resto, la Quinta direttiva europea antiriciclaggio ha previsto l'inclusione degli *exchangers* tra i soggetti obbligati muovendo dalle seguenti premesse:

(9) «L'anonimato delle valute virtuali ne consente il potenziale uso improprio per scopi criminali. L'inclusione dei prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute reali e dei prestatori di servizi di portafoglio digitale non risolve completamente il problema dell'anonimato delle operazioni in valuta virtuale: infatti, poiché gli utenti possono effettuare operazioni anche senza ricorrere a tali prestatori, gran parte dell'ambiente delle valute virtuali rimarrà caratterizzato dall'anonimato. Per contrastare i rischi legati all'anonimato, le unità nazionali di informazione finanziaria (FIU) dovrebbero poter ottenere informazioni che consentano loro di associare gli indirizzi della valuta virtuale all'identità del proprietario di

113 Recenti pronunce della Cassazione hanno avallato questa interpretazione, come nel caso della sentenza della Seconda Sezione penale n. 6061 del 17.1.2012, dep. 15.2.2012, Gallo, Rv 252701, che ha ammesso la configurabilità del delitto di frode fiscale quale reato presupposto del riciclaggio, in passato accennata in termini incidentali (Cass. Pen. Sez. 6, n. 45643 del 30.10.2009 dep. 26.11.2009, Papale; Cass. Pen. Sez. 2, n. 49427 del 17.11.2009, dep. 23.12.2009, Iametti, Rv 246470; Cass. Pen., Sez., 2, n. 23396 del 11.5.2005, dep. 21.6.2005, Simonelli, Rv. 231884). La stessa ultima configurazione normativa del reato di riciclaggio ha importato una significativa estensione della portata della fattispecie, ampliando i reati presupposti (delitti non colposi), la condotta, l'oggetto iniziale («altre operazioni» «in relazione» - e non su - a denari, beni ed utilità di provenienza delittuosa in modo da ostacolarne l'identificazione) e quello finale (potendo trattarsi, per tutte le condotte, di «denaro, beni, o altre utilità» ma anche di «cose» di diversa natura, pure sprovviste di valore economico, restando punibile anche la cd. sostituzione «eterologa»).

114 Specifiche *key disclosure laws* sono state approvate nel Regno Unito, in Australia ed in Sud Africa, arrivando a sanzionare con la carcerazione il rifiuto di rivelare alle autorità competenti le chiavi crittografiche alla base delle transazioni di interesse. In ragione del diffuso e frequente ricorso dello strumento di *Bitcoin* per l'acquisto di beni illeciti o per il finanziamento di attività illecite alcuni paesi hanno assunto provvedimenti autoritativi che impongono il divieto per le banche di accettare *bitcoins* (come la Russia o la Cina) nonché agli operatori del settore finanziario di realizzare attività ad essi collegati (Cina 2013), sino alla messa al bando dei *bitcoins* (decisa in Russia nel 2014).

111 D. MAJORANA, *Disciplina giuridica e fiscale delle criptovalute: sfida la legislatore dal web*, in *Corriere Tributario* n. 8 del 2018, p. 630

112 Cfr. i delitti previsti dagli articoli 648, 648 bis, 648 ter, 648 ter.1 c.p., art. 12 *quinquies* d.l. n. 306/1992 (ora art. 512 bis c.p.).

tale valuta. Occorre inoltre esaminare ulteriormente la possibilità di consentire agli utenti di presentare, su base volontaria, un'autodichiarazione alle autorità designate».

Le condotte di riciclaggio devono essere connotate da *attitudine decettiva*. Si tratta della idoneità a complicare l'accertamento dell'identificazione della provenienza illecita del bene, senza necessariamente impedirlo definitivamente. E' fuorviante, dunque, ritenere che la ricostruibilità storica -a posteriori- delle transazioni e dei loro protagonisti digitali costituisca un impedimento assoluto all'integrazione del reato di riciclaggio; nel caso delle valute virtuali a **non essere assicurato**, infatti, è proprio il **legame tra gli indirizzi delle transazioni e l'identità di chi realmente li controlla**; onde assai sviluppata è la possibilità che il trasferimento e le sostituzioni valgano a complicare l'identificazione della provenienza delittuosa.

Non è un caso che la normativa antiriciclaggio sia stata quella maggiormente pronta ad offrire una diretta considerazione alle monete virtuali. Accanto alla considerazione dei vantaggi¹¹⁵ sul versante dell'efficienza economica della nuova tecnologia informatica collegata alla *blockchain*, edificata sulla disintermediazione e predisponente a forme più diffuse di democrazia finanziaria, consolidate e risalenti sono le preoccupazioni connesse al trasferimento, alla custodia ed agli impieghi illeciti delle risorse virtuali connotati da irreversibilità, anonimato (o pseudo-anonimato¹¹⁶) e infrastrutture complesse pronti in diversi Stati e giurisdizioni con variegata sensibilità antiriciclaggio che finiscono, obiettivamente, per favorire connessioni naturali tra le criptomonete ed il mondo del crimine e del riciclaggio.

In punto di configurabilità del reato di autoriciclaggio, ancora di recente, la Corte di Cassazione (II, 16908/19) ha chiarito che *«la norma sull'autoriciclaggio nasce dalla necessità di evitare le operazioni di sostituzione del profitto illecito poste in essere dallo stesso autore del delitto presupposto; tuttavia il legislatore raccogliendo le sollecitazioni provenienti dalla dottrina, secondo cui le attività dirette all'investimento dei profitti operate dall'autore del delitto contro il patrimonio costituiscono post factum non punibili, ha limitato la rilevanza penale delle condotte ai soli casi di sostituzione che avvengano attraverso la re-immissione*

115 Sempre R. BOCCHINI, *op. cit.*, identifica tra i vantaggi collegati alla circolazione della valuta virtuale, tra i quali la facilitazione e la maggiore economicità per il commercio elettronico e alcuni vantaggi connessi all'anonimato con l'utilizzo delle valute al di fuori del controllo delle autorità centrali.

116 Come ricorda M. MANCINI, *op. cit.* *«nelle valute virtuali decentrate, la blockchain conserva la storia delle transazioni così da rendere possibile ricostruire tutte le operazioni eseguite, ma identifica gli utenti solo attraverso uno pseudonimo. Risalire da tale dato alla reale identità della controparte non è semplice e, considerato che la registrazione degli utenti al momento della generazione dell'indirizzo non è soggetta alle rigorose norme sull'adeguata verifica proprie della disciplina antiriciclaggio, non è affatto detto che il titolare possa mai essere identificato con certezza. Tale circostanza unita all'irrevocabilità delle transazioni eseguite con valuta virtuale potrebbe agevolare le frodi ai danni degli utenti».*

nel circuito economico finanziario ovvero imprenditoriale¹¹⁷ del denaro o dei beni di provenienza illecita finalizzate, appunto, ad ottenere un concreto effetto dissimulativo che costituisce quel quid pluris che differenzia la semplice condotta di godimento personale (non punibile), da quella di nascondimento del profitto illecito (e perciò punibile). La norma punisce quindi soltanto quelle attività di impiego, sostituzione o trasferimento di beni od altre utilità commesse dallo stesso autore del delitto presupposto che abbiano però la caratteristica specifica di essere idonee ad «ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa». Come già affermato da questa corte il legislatore richiede pertanto che la condotta sia dotata di particolare capacità dissimulativa, sia cioè idonea a fare ritenere che l'autore del delitto presupposto abbia effettivamente voluto effettuare un impiego di qualsiasi tipo ma sempre finalizzato ad occultare l'origine illecita del denaro o dei beni oggetto del profitto (Sez. 2, n. 33074 del 14/07/2016, Rv. 267459)».

Di recente la Cassazione penale (II, 13795/2019; *contra* II, 9751/19) ha statuito che *«nel concetto di «attività speculativa» di cui all'art. 648 ter.1 cod.pen. ben possano rientrare anche i giochi o le scommesse caratterizzati da azzardo (intendendosi per tali quelli praticati con fine di lucro e nei quali la vincita o la perdita sia in buona parte aleatoria». Secondo il collegio di legittimità, richiamando per il resto la sentenza della stessa Sez. II, n. 30399 del 2018, «la clausola di non punibilità prevista nel comma quarto dell'art. 648 ter.1 cod. pen. a norma della quale «Fuori dei casi di cui ai commi precedenti [...]» va intesa ed interpretata nel senso fatto palese dal significato proprio delle suddette parole, e cioè che la fattispecie ivi prevista non si applica alle condotte descritte nei commi precedenti. Secondo la Corte di Cassazione «di conseguenza, l'agente può andare esente da responsabilità penale solo e soltanto se utilizzi o goda dei beni provento del delitto presupposto in modo diretto e senza che compia su di essi alcuna operazione atta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa»¹¹⁸.*

117 *L'attività economica*, secondo la indicazione fornita dal codice civile all'art. 2082 c.c., è solo soltanto quella attività finalizzata alla produzione di beni ovvero alla fornitura di servizi; l'attività finanziaria di rilievo per la punibilità ai sensi della citata norma di cui all'art. 648 1 ter cod.pen., può ricavarsi dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (art. 106), che individua quali tipiche attività finanziarie l'assunzione di partecipazioni (acquisizione e gestione di titoli su capitale di imprese), la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, la prestazione di servizi di pagamento (incasso e trasferimento di fondi, esecuzione di ordini di pagamento, emissione di carte di credito o debito) l'attività di cambiovalute (Cass., II, 33074/16).

118 Infatti l'art. 648 ter.1, comma 4, c.p. dispone la non punibilità delle sole condotte *«per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale»*. In modo immediato si coglie la differenza rispetto alla condotta del primo comma, che sanziona, invece, l'impiego, la sostituzione o il trasferimento dei proventi illeciti nelle quattro ampie categorie di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative, laddove connotati da concreta idoneità di camuffamento; forme di reimmissione della provvista nel circuito economico legale che, ovviamente, debbono anche essere necessariamente corredate dal corrispondente elemento psicologico. Invece, il comma quarto, a differenza del primo comma, prevede la

Tornando al sistema preventivo dell'antiriciclaggio, tra i più rilevanti effetti dell'innovativa estensione agli *exchangers* (o cambia-valute virtuali) dei doveri di collaborazione passiva ed attiva deve essere annoverata l'introduzione degli obblighi, presidiati da sanzioni amministrative: (i) di *astensione* dall'instaurazione, dall'esecuzione ovvero dalla prosecuzione del rapporto, della prestazione professionale e delle operazioni ex art. 43 d.lgs. n. 231/2007 allorché si trovino nell'impossibilità oggettiva di effettuare l'adeguata verifica della clientela (artt. 42, 19, comma 1, lettere a), b) e c), 56, comma 3, d. lgs. n. 231/2007); (ii) di *conservazione* dei dati, dei documenti e delle informazioni previste per l'adeguata verifica (cfr. artt. 31, 32, 57 d.lgs. n. 231/2007); (iii) di *segnalazione* delle operazioni sospette (cfr. artt. 35 e 58 d.lgs. n. 231/2007).

Monitoraggio fiscale.

Non sono questi i soli effetti additivi nella novella del 2017. In materia di **monitoraggio fiscale**, l'articolo 1, comma 1, del d.l. n. 167/1990 (come sostituito dall' art. 8, comma 7, lett. a), d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, in vigore dal 4/7/2017) onera proprio gli *exchangers*, quali operatori non finanziari di cui all'articolo 3, comma 5, lettera i), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 (al pari degli intermediari bancari e finanziari di cui all'articolo 3, comma 2, gli altri operatori finanziari di cui all'articolo 3, comma 3, lettere a) e d)) «*che intervengono, anche attraverso movimentazione di conti, nei trasferimenti da o verso l'estero di mezzi di pagamento di cui all'articolo 1, comma 2, lettera s), del*

“destinazione” alla “mera utilizzazione o al godimento personale”, situazione differente, anche sotto il profilo del corrispondente elemento soggettivo. Muovendo da tali premesse il giudice di legittimità ha ritenuto configurabile il reato di cui all'art. 648 ter1 cod. pen. anche al caso del gioco d'azzardo o delle scommesse laddove l'autore del delitto presupposto vi impieghi o sostituisca i proventi illeciti in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Ha infine, chiosato: «*Né pare rilevante, ai fini della integrazione del reato, il fatto che al gioco consegua o meno una qualche vincita. Infatti, il primo comma dell'art. 648 ter.1. cod.pen. incrimina, oltre alla condotta di chi “sostituisce” i proventi illeciti, anche quella di chi semplicemente li “impiega” in attività funzionali ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa (così configurando, ad avviso del Collegio, una ipotesi di reato a consumazione anticipata). Ma il caso che l'impiego speculativo del denaro possa portare a perdite anche totali del capitale investito non è certo una peculiarità del gioco d'azzardo o della scommessa (basti pensare al caso di qualunque impiego su valori, valute, merci, beni o servizi caratterizzato da elevata rischiosità). E comunque, quand'anche si ritenesse necessario (difformemente da quanto opina il Collegio), per la configurabilità dell'autoriciclaggio, il conseguimento di un qualche risultato economico rispetto alla provvista impiegata (e dunque, nel caso del gioco, la presenza di una vincita seppure parziale), nulla pare escludere che possa anche configurarsi la forma tentata del delitto di cui all'art. 648 ter.1 cod.pen. per le ipotesi nelle quali il denaro di provenienza delittuosa risultasse integralmente perduto.. Conseguentemente, attesa l'astratta natura speculativa dell'impiego nel settore del gioco d'azzardo o delle scommesse di denaro proveniente da delitto, laddove ricorra anche l'idoneità di siffatta destinazione rispetto al camuffamento della provenienza della provvista, la clausola di esclusione di cui al quarto comma dell'art. 648 ter1 cod.pen. non potrà dirsi operante; potranno invece beneficiare della clausola di esclusione in parola quelle residuali forme di gioco o scommessa che, per le caratteristiche intrinseche, non presentino, sotto il profilo oggettivo o soggettivo, i caratteri costitutivi, più volte richiamati, della fattispecie prevista dal primo comma dell'art. 648 ter.1 cod.pen.».*

*medesimo decreto*¹¹⁹ a trasmettere all'Agenzia delle entrate i dati di cui all'articolo 31, comma 2, del menzionato decreto¹²⁰, relativi alle predette operazioni, effettuate anche in valuta virtuale, di importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiano collegate per realizzare un'operazione frazionata e limitatamente alle operazioni eseguite per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali e di società semplici e associazioni equiparate ai sensi dell'articolo 5 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917»¹²¹.

Sembra di poter dire che, almeno ai fini della disciplina del monitoraggio fiscale e della normativa antiriciclaggio, la valuta virtuale viene in rilievo quale **mezzo di pagamento** (art. 1, comma 1, d.l. n. 167/1990) e segnatamente quale **strumento che permette di trasferire, movimentare o acquisire**, anche per via telematica, **fondi, valori o disponibilità finanziarie** (art. 1, comma 2, lett. s, d.lgs. n. 231/2007).

In base all'art. 2, comma 1, del d.l. n. 167/1990 (in vigore dal 4 luglio 2017) al fine di garantire la massima efficacia all'azione di controllo ai fini fiscali per la prevenzione e la repressione dei fenomeni di illecito trasferimento e detenzione di attività economiche e finanziarie all'estero, l'Unità centrale per il contrasto all'evasione fiscale (UCIFI) ed i reparti speciali della Guardia di Finanza possono richiedere - in deroga ad ogni vigente disposizione di legge, previa autorizzazione, rispettivamente, del direttore centrale accertamento dell'Agenzia delle entrate ovvero del Comandante generale della Guardia di finanza o autorità dallo stesso delegata - tra gli altri, agli *exchangers* (operatori non finanziari di cui all'articolo 3, comma 5, lettera i), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n.

119 Art. 1 comma 2, lett. s) d.lgs. n. 231/2007: **mezzi di pagamento**: il denaro contante, gli assegni bancari e postali, gli assegni circolari e gli altri assegni a essi assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accreditamento o di pagamento, le carte di credito e le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permetta di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie.

120 Art. 31. Obblighi di conservazione (In vigore dal 4 luglio 2017): «1. I soggetti obbligati conservano i documenti, i dati e le informazioni utili a prevenire, individuare o accertare eventuali attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo e a consentire lo svolgimento delle analisi effettuate, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, dalla UIF o da altra Autorità competente. 2. Per le finalità di cui al comma 1, i soggetti obbligati conservano copia dei documenti acquisiti in occasione dell'adeguata verifica della clientela e l'originale ovvero copia avente efficacia probatoria ai sensi della normativa vigente, delle scritture e registrazioni inerenti le operazioni. La documentazione conservata deve consentire, quanto meno, di ricostruire univocamente: a) la data di instaurazione del rapporto continuativo o del conferimento dell'incarico; b) i dati identificativi del cliente, del titolare effettivo e dell'esecutore e le informazioni sullo scopo e la natura del rapporto o della prestazione; c) la data, l'importo e la causale dell'operazione; d) i mezzi di pagamento utilizzati».

121 I dati relativi ai trasferimenti e alle movimentazioni oggetto di rilevazione ai sensi del comma 1 sono trasmessi all'Agenzia delle entrate con modalità e termini stabiliti con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate, anche a disposizione della Guardia di finanza con procedure informatiche. Con il medesimo provvedimento, la trasmissione può essere limitata per specifiche categorie di operazioni o causali.

231, e successive modificazioni), di fornire **evidenza**, entro i limiti di carattere oggettivo stabiliti dall'articolo 1, comma 1, del decreto, **delle operazioni intercorse con l'estero anche per masse di contribuenti e con riferimento ad uno specifico periodo temporale** nonché, con riferimento a specifiche operazioni con l'estero o rapporti ad esse collegate, **l'identità dei titolari effettivi** rilevata in applicazione dei criteri di cui all'articolo 1, comma 2, lettera pp), e all'articolo 20 del medesimo d.lgs. n. 231/2007¹²².

Per la violazione degli obblighi di trasmissione all'Agenzia delle entrate previsti dall'articolo 1, posti a carico degli intermediari, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria dal 10 al 25% dell'importo dell'operazione non segnalata (art. 5, comma 1, d.l. 167/1990, convertito con modificazione dalla legge 227/1990). **Il sistema del monitoraggio fiscale è, dunque, sprovvisto di presidi autonomi di natura penale.**

1.2. La normativa sul contrasto dell'abusivismo.

La problematica interferenza con le aree della riserva di attività ha costituito tematica costante nella riflessione sulle valute virtuali. Basti considerare che, già nel 2015, la Banca d'Italia ha rivolto specifica avvertenza ai propri vigilati richiamandone l'attenzione sul fatto che le concrete modalità di funzionamento degli schemi di valute virtuali potrebbero integrare la violazione di disposizioni normative, penalmente sanzionate, che riservano l'esercizio della relativa attività ai soli soggetti legittimati. Parimenti la comunicazione UIF del 28.5.2019 ha richiamato l'attenzione sull'utilizzo di *virtual asset* connesso con sospetti di abusivismo e con violazioni della disciplina in materia di: i) *offerta al pubblico di prodotti finanziari*, qualora siano *promessi rendimenti* periodici collegati all'operatività in *virtual asset*; ii) *prestazione di servizi di investimento*, laddove agli investitori sia offerta la possibilità di effettuare "operazioni regolate per differenza aventi come sottostante (anche) valute virtuali".

La situazione appare in parte "complicata" dal novellato art. 17 *bis*, comma 8 bis, della legge n. 141/2010 (ad opera del d.lgs. n. 90/2017), alla cui stregua le previsioni sull'**obbligo di registrazione** dei soggetti che esercitano professionalmente nei confronti del pubblico l'attività di cambiavalute, anche su base stagionale, e sulla **riserva di attività** si applicano, altresì, ai **prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale**, come definiti nell'articolo 1, comma 2, lettera ff), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, con iscrizione in sezione speciale del registro tenuto dall'Organismo degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, previsto dall'*articolo 128-undecies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385*. Il riferimento è inteso sia agli *exchangers* che ai *wallet providers*: l'art. 1, comma 2, lettera ff), citato, infatti, si riferisce ad

¹²² Con provvedimento congiunto del direttore dell'Agenzia delle entrate e del Comandante generale della Guardia di finanza sono stabiliti le modalità e i termini relativi alle richieste di cui al comma 1, lettere a) e b), al fine di assicurare il necessario coordinamento e di evitare duplicazioni.

«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**».

Per favorire l'efficiente iscrizione, con decreto¹²³ del Ministro dell'Economia e delle Finanze verranno stabilite le modalità e la tempistica con cui i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale sono tenuti a comunicare al predetto Ministero la propria operatività sul territorio nazionale.

Di rilievo, in tal senso, l'espressa previsione (art. 17 *bis*, comma 8-*bis*, d.lgs. n. 141/2010) per cui la comunicazione in discorso costituisce condizione essenziale per l'esercizio legale dell'attività da parte dei suddetti prestatori. Sembra anche di dover concludere che, per effetto del generico richiamo contenuto dall'art. 17 *bis* comma 8, d.lgs. n. 141/2010 alle precedenti disposizioni del medesimo articolo, ivi compresa quella di cui al comma 5, **l'esercizio abusivo dell'attività di cambia valute virtuali e di gestore dei portagli digitali troverà punizione in una semplice sanzione amministrativa (da 2.065 euro a 10.329 euro)** emanata dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Rimane aperta la problematica se esistano **norme speciali di natura penale** che possano venire in considerazione rispetto all'operatività dei prestatori di servizi per l'utilizzo delle valute virtuali¹²⁴.

L'**abusiva attività bancaria** (ex art. 131 d.lgs. n. 385/1993) e l'**abusiva attività finanziaria** (art. 132 d.lgs. n. 385/1993) non sembrano configurabili nella misura in cui gli operatori professionali in valute virtuali **non erogano finanziamenti**, secondo i contenuti dell'art. 106 del d.lgs. n. 385/1993 e dell'ulteriore esemplificazione operata con decreto ministeriale n. 53/2015¹²⁵.

¹²³ Con il decreto in via di elaborazione, del resto, verranno stabilite anche forme di cooperazione tra il Ministero dell'economia e delle finanze e le forze di polizia, idonee ad interdire l'erogazione dei servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale da parte dei prestatori che non ottemperino all'obbligo di comunicazione.

¹²⁴ Può convenirsi con L. D'AGOSTINO, *op. cit.*, in merito all'esclusione della disciplina dettata dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (c.d. **legge sul commercio**), che punisce come illecito amministrativo (art. 22) il mancato rispetto delle disposizioni concernenti il preventivo rilascio dell'autorizzazione o la comunicazione di inizio dell'attività. Si tratta di normativa che interessa soltanto gli esercenti il commercio all'ingrosso e al dettaglio in sede fissa e coloro che lo esercitano su aree pubbliche e non il **trading online**. Con il d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70, c.d. Codice del commercio elettronico (attuativo della direttiva 2000/31/CE), il Legislatore ha regolamentato la materia in termini liberali, così da favorire i **prestatori di servizi della società dell'informazione**. Quest'ultima definizione (cfr. art. 2, comma 1, lett. a) e b) comprende tutte "le attività economiche svolte in linea - on line", tra le quali rientrano le attività svolte dagli operatori professionali sul mercato delle valute virtuali. Secondo l'art. 6 ("Assenza di autorizzazione preventiva") "l'accesso all'attività di prestatore di un servizio della società dell'informazione e il suo esercizio non sono soggetti, in quanto tali, ad autorizzazione preventiva o ad altra misura di effetto equivalente". Osserva conclusivamente L. D'AGOSTINO, *op. cit.*, che nel quadro di disciplina del commercio elettronico, l'attività dei prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale non necessita di alcun provvedimento autorizzatorio.

¹²⁵ Decreto del MEF del 2 aprile 2015, n. 53 ("*Regolamento recante norme in materia di intermediari finanziari in attuazione degli articoli 106, comma 3, 112, comma 3, e 114 del TUB e 7-ter, comma 1-bis, della legge 30 aprile 1999, n. 130*"), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 105 dell'8 maggio 2015.

Il mancato riconoscimento del valore legale delle valute virtuali importa, parimenti, seri **ostacoli alla configurabilità delle ulteriori fattispecie di abusivismo** delineate dagli articoli 131 *bis* (abusiva emissione di moneta elettronica) e 131 *ter* (abusiva prestazione di servizi di pagamento) d.lgs. n. 385/1993¹²⁶.

La prima figura, in via di ipotesi, potrebbe ascrivere ai *miners*, ma, come visto, la valuta virtuale non è la **moneta elettronica** delineata dall'art. 1 comma 1, lett h-*ter*, d.lgs. n. 385/1993.

D'altro canto, la definizione di “**servizi di pagamento**”, offerta dall'art. 1, comma 1, lett. b) del d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 11 non mostra di riferirsi ad alcuna della attività svolte dai prestatori di servizi connessi all'utilizzo di moneta virtuale.¹²⁷

Come è stato osservato, infatti, «*alla base della circolazione delle virtual currencies vi è l'idea di una radicale “disintermediazione” della gestione, tale per cui le transazioni sono effettuare peer to peer tra gli utenti e vidimate “democraticamente” dalla rete. I servizi di pagamento permettono di depositare il contante su un “conto di pagamento” e di effettuare tutte le operazioni richieste per la gestione del conto*

126 Anche secondo la quinta direttiva europea antiriciclaggio «le valute virtuali non dovrebbero essere confuse con la **moneta elettronica** quale definita all'articolo 2, punto 2, della direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (1), con il più ampio concetto di «fondi» di cui all'articolo 4, punto 25, della direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio (2), con il **valore monetario utilizzato per eseguire operazioni di pagamento** di cui all'articolo 3, lettere k) e l), della direttiva (UE) 2015/2366, né con le **valute di gioco** che possono essere utilizzate esclusivamente all'interno di un determinato ambiente di gioco.

127 In Francia il 6 dicembre 2011 il *Tribunal de Commerce de Creteil* ha parificato la **conversione in bitcoin di valuta avente corso legale offerta da alcune piattaforme alla fornitura di un servizio di pagamento** e come tale soggetta ad autorizzazione e controllo da parte dell'Autorità di sorveglianza. Nel 2013 la **Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN)** statunitense, facente capo al Dipartimento del Tesoro, ha pubblicato un documento sulle monete virtuali (consultabile al link http://fincen.gov/statutes_regs/guidance/html/FIN-2013-G001.html, visto luglio 2015) ai sensi del quale l'attività di **conversione delle monete esercitata su alcune piattaforme costituisce attività di trasferimento di fondi necessitante autorizzazione e sottoposto ai requisiti del Bank Secrecy Act**. Come ricorda N. VARDI, *op. cit.*, in seguito a tale decisione la piattaforma Mt.Gox, sottoposta a provvedimenti di indagine, ha chiesto ed ottenuto una licenza di Money Service Business, come tale sottoposta a controlli antiriciclaggio e antiterrorismo. Più in dettaglio negli Stati Uniti la circolazione delle valute virtuali è regolata diversamente a livello nazionale, entro i limiti fissati dalla normativa federale. Tra le normative regionali più rigorose il c.d. BitLicense, approvato dal Dipartimento dei servizi finanziari dello Stato di New York nel 2014. Annota L. D'AGOSTINO, *op. cit.*, 20: «*il provvedimento detta disposizioni sulla protezione dell'utente/consumatore, reca misure contro il riciclaggio e fissa gli standards minimi di cybersecurity per la gestione di servizi connessi all'utilizzo di valuta virtuale. Per ottenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività è necessario che l'istante sia in possesso di requisiti patrimoniali minimi atti a garantirne la stabilità finanziaria. Tra i soggetti obbligati figurano i professionisti dell'intermediazione sul VCs market che svolgono attività di financial brokering o altre attività connesse; restano invece esclusi gli operatori professionali che “estraggono” valuta virtuale alimentando la potenza di calcolo della blockchain (attività di mining) e le persone fisiche che acquistano valuta virtuale ai fini meramente speculativi. Le società autorizzate sono tenute a precisi obblighi di disclosure nei confronti delle Autorità di vigilanza, nonché di informazione ai clienti sui rischi connessi all'utilizzo delle valute virtuali*». La BitLicense dello Stato di New York ha segnato un passo importante nel processo di regolamentazione del mercato delle valute virtuali. Resta discussa l'applicabilità delle norme del Codice di diritto federale che disciplinano la registrazione dei *money transmitting businesses* e puniscono con sanzioni penali molto gravose l'esercizio abusivo di tali attività economiche. Sul parallelismo tra gli elementi normativi delle fattispecie penali di abusivismo dell'ordinamento italiano (artt. 130 ss. TUB; 166 TUF) e quelle dell'ordinamento federale americano (§5330 US Code) cfr. ancora L. D'AGOSTINO, *op. cit.*, pp. 21-22.

medesimo. Sebbene le principali piattaforme di trading offrano servizi aggiuntivi di portafoglio digitale (e-wallet), mettendo a disposizione un software di gestione della valuta virtuale, tale attività non potrebbe in alcun modo essere paragonata alla gestione di un conto di pagamento.(...) Ne consegue l'impossibilità di inquadrare le virtual currencies tra gli “strumenti di pagamento”, definiti come “qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utilizzatore e il prestatore di servizi di pagamento e di cui l'utilizzatore di servizi si avvale per impartire un ordine di pagamento” (art. 1, comma 1, lett. s del D. Lgs. 11/2010)»¹²⁸.

Le considerazioni che precedono non risolvono ogni possibile fenomenologia delle attività concretamente svolte dai prestatori di servizi relativi alla valuta virtuale. Nell'esperienza storica è presente il caso di prestatori di servizi concernenti le valute virtuali che offrono remunerate **prestazioni di custodia, intermediazione nel trasferimento e gestione delle valute virtuali, al di fuori quindi di conti utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento**. I prestatori dei servizi, inoltre, potrebbero consentire la costituzione di depositi in moneta virtuale secondo precisi tassi di cambio, obbligandosi a riconvertirli a richiesta del depositante in moneta legale, all'esito di impieghi intermedi in valute virtuali convertibili ed in tempi diversi dal primo cambio. Attività che potrebbero integrare forme di raccolta del risparmio tra il pubblico con l'acquisizione di fondi in valuta avente corso legale, convertibili in moneta virtuale a sua volta ri-convertibili nei primi¹²⁹.

Più che l'ipotesi dell'abusivismo nella raccolta bancaria ex art. 130 d.lgs. n. 385/1993 la più probabile interferenza con il mondo della riserva di attività si profila sul fronte degli **investimenti finanziari atipici** (v. *supra*).

Qui l'attrazione della valuta virtuale all'interno della regolazione e supervisione dell'autorità pubblica non dipende dalla natura di essa ma dalla **correlazione, strutturale e dinamica, tra il suo acquisto e la dimensione finanziaria dell'operazione** che la contempla (**sollecitazione da parte di operatore professionale, capitale investito con attesa e promessa di rendimento, in condizione di aleatorietà**)¹³⁰.

In tal modo potrebbe venire in rilievo, anzitutto, la disciplina sul prospet-

128 D'AGOSTINO, *op. cit.*, e ulteriormente osserva «*Tale definizione, per quanto generica e flessibile, non soccorre nel caso in esame. L'utilizzo della tecnologia a registro diffuso fa venir meno la necessità di ricorrere ad un intermediario a cui impartire l'ordine di pagamento; la blockchain verifica l'autenticità e la validità della transazione tra soggetti privati che da sé – attraverso l'utilizzo delle chiavi crittografiche asimmetriche associate all'indirizzo di portafoglio – gestiscono i flussi di valuta virtuale. Inoltre, come si è detto pocanzi, le attività correlate all'utilizzo della valuta virtuale, non costituiscono “servizio di pagamento”, e dunque i loro esercenti non potranno figurare tra i relativi “prestatori”*».

129 Per un caso in cui la Cassazione ha ritenuto che l'emissione di alcuni tagliandi (moneta complementare) di valore nominale pari alla lira ma accettati dalla base associativa ad un valore doppio rispetto alla stessa, con la possibilità degli stessi di riconvertire i tagliandi sempre al valore doppio di quello iniziale (e correlativo obbligo dell'emittente) potrebbe integrare la violazione della disciplina di cui agli artt. 11, 106, 130, e 132 del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia cfr. Cass. pen., Sez. V. n. 16052/2002.

130 Chi nega la prospettabilità dell'abusivismo previsto dall'art. 166 del TUIF per lo più concentra le considerazioni sulla natura tipica degli strumenti finanziari, che per quanto detto sono solo una delle componenti del genus prodotti finanziari (cfr. D'AGOSTINO, *op. cit.*). In Germania secondo la BaFin (Autorità federale per la supervisione del settore finanziario) riconduce l'uso dei *bitcoins* all'interno dell'attività bancaria sottoposta a regolamentazione.

to, ivi compresa la componente di essa che fonda presidi penali. In base all'art. 173-bis TUIF (falso in prospetto) «*Chiunque, allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei prospetti richiesti per la offerta al pubblico di prodotti finanziari o l'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni od occulta dati o notizie in modo idoneo a indurre in errore i suddetti destinatari, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.*

Si tratta di un reato di pericolo, la cui consumazione prescinde dal danno per i destinatari. Per l'opinione che riconosce nella fattispecie penale gli elementi del reato di pericolo astratto, il bene giuridico si identifica nella salvaguardia delle modalità di funzionamento del mercato attraverso la tutela della trasparenza e dell'attendibilità dell'informativa ad esso rivolta. Per chi predilige la natura di pericolo concreto del reato, ad essere garantita è la consapevole e libera partecipazione dei risparmiatori al rischio intrinseco al mercato finanziario, con riconoscimento più marcato della tutela del patrimonio degli investitori. In ogni caso, l'investitore indotto in errore in investimenti sconvenienti è gravato dell'onere di dimostrare la relazione causale tra essi e le informazioni parziali o inesatte ricevute.

Si tratta di reato proprio poiché l'individuazione dei soggetti attivi è ricollegata all'identificazione di operazioni (offerta al pubblico di prodotti finanziari o ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, offerte pubbliche di acquisto o di scambio) disciplinate dagli artt. 94, 98-ter, 102 e 113 TUIF e dalla normativa secondaria emanata dalla Consob (Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24/02/1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti 1998, n. 58, adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14/05/1999 e successive modifiche).

L'art. 94 TUIF, in particolare, disciplina l'offerta al pubblico di strumenti finanziari comunitari e di prodotti finanziari diversi dalle quote o azioni di OICR aperti, onerando coloro che intendano effettuarla di pubblicar preventivamente un *prospetto*, del quale occorre dare preventiva comunicazione alla Consob (la quale, se è necessario per la tutela degli investitori, può esigere che l'emittente o l'offerente includa nel prospetto informazioni supplementari), attendendone l'approvazione. Il prospetto contiene, in una forma facilmente analizzabile e comprensibile, tutte le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dell'emittente e dei prodotti finanziari offerti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire ad un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale e finanziaria, sui risultati economici e sulle prospettive dell'emittente e degli eventuali

garanti, nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti. Inoltre, il prospetto contiene una *nota di sintesi* la quale, concisamente e con linguaggio non tecnico, fornisce le informazioni chiave nella lingua in cui il prospetto è stato in origine redatto. La nota di sintesi ed il prospetto contengono informazioni adeguate circa le *caratteristiche fondamentali dei prodotti finanziari* per aiutare gli investitori al momento di valutare se investire in essi. Qualunque fatto nuovo significativo, errore materiale o imprecisione relativi alle informazioni contenute nel prospetto che sia *atto ad influire sulla valutazione* dei prodotti finanziari e che sopravvenga o sia rilevato tra il momento in cui è approvato il prospetto e quello in cui è definitivamente chiusa l'offerta al pubblico deve essere menzionato in un supplemento del prospetto.

I comportamenti penalmente rilevanti si identificano, alternativamente: (i) nell'esposizione di *false informazioni* (ii); nell'*occultamento di dati o notizie*. Entrambe le condotte devono esprimersi nei prospetti e nei documenti indicati dalle norme richiamate, ivi compresi i supplementi volti a specificarne elementi di novità, inesattezze e imprecisioni influenti sul giudizio degli investitori. Le due tipologie di condotte devono essere connotate dalla *idoneità decettiva*, ovvero dall'attitudine ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni. Quest'ultima si ritiene debba essere riconosciuta secondo una valutazione che tenga conto delle particolarità del caso concreto e secondo prospettiva ex ante, avendo riguardo al testo pubblicato e conoscibile per gli investitori, concretante la consumazione del delitto. Nell'occultamento si riconosce un contegno commissivo, più che omissivo, connotato da profili di antagonismo e di ostacolo rispetto alla comprensione della verità, attraverso ingannevoli e subdole prospettazioni incomplete. Secondo l'opinione più persuasiva, anche le valutazioni possono essere interessate da tale idoneità ingannatoria. Si ponga mente al fatto, del resto, che la finalità dei documenti mira a identificare le premesse per favorire valutazioni preparate ed accorte di situazioni, risultati e prospettive di interesse e rilevanza economica per assumere le competenti decisioni. Ciò significa che anche una valutazione può costituire una informazione concretamente influente sulle decisioni degli investitori.

La fattispecie presuppone un dolo intenzionale (indirizzato ad ingannare i destinatari della documentazione rilevante) e specifico (orientato a conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto). E' dunque esclusa la configurabilità del dolo eventuale.

Inoltre il predetto inquadramento delle operazioni di investimento in prodotti finanziari potrebbe rendere significative le norme che incriminano l'*abusivismo* nei servizi e nelle attività di investimento. Sono le fattispecie prevista dall'**art. 166** del TUIF.

Come noto tre sono le forme di abusivismo finanziario. Esse si distinguono a seconda che abbiano riguardo: - alla prestazione di servizi ed attività di investimento; - all'attività di promotore finanziario e all'offerta fuori sede; - all'offerta di prodotti finanziari e dell'attività pubblicitaria relativa all'offerta al pubblico. In base all'art. 166, comma 1, TUIF, in particolare, è punito con la reclusione da uno a otto anni e con la multa da euro quattromila a euro diecimila chiunque, senza esservi abilitato ai sensi del presente decreto: a) svolge servizi o attività di investimento o di gestione collettiva del risparmio (cd. *abusiva prestazione di servizi ed attività di investimenti*¹³¹); b) offre in Italia quote o azioni di OICR; c) offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza, *prodotti finanziari* o *strumenti finanziari* o servizi o attività di investimento (c-bis) svolge servizi di comunicazione dati. Con la stessa pena è punito chiunque esercita l'attività di consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede senza essere iscritto nell'albo indicato dall'articolo 31 (art. 166, comma 2, TUIF).

Tali figure presentano carattere di specialità nella struttura del fatto tipico che difficilmente possono cedere il campo alla nuova ipotesi amministrativa delineata dall'art. 17-bis, comma 8 bis legge n 141/2010¹³². Presidio insufficiente, a ben vedere, se paragonato alle sanzioni dell'abusivismo bancario e finanziario¹³³.

Potrebbe ritenersi operante anche l'incriminazione della **confusione di patrimoni ex art. 168 TUIF**. In base a tale norma, *salvo che il fatto costituisca reato più grave, «chi, nell'esercizio di servizi o attività di investimento o di gestione collettiva del risparmio, ovvero nella custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide di un OICR, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viola le disposizioni concernenti la separazione patrimoniale arrecando danno agli investitori, è punito con l'arresto da uno) a tre anni e con l'ammenda da euro 5.164 a euro 103.291»*

Si dubita della configurabilità dei reati di abuso di mercato previsti dagli articoli 184 e 185 TUF. Sebbene l'art. 180 TUF ampli la nozione di «strumenti finanziari» prevista ai fini del titolo I-bis del TUF¹³⁴ le condotte di abuso di in-

131 Art. 1, comma 5 TUIF: «Per «servizi e attività di investimento» si intendono i seguenti, quando hanno per oggetto strumenti finanziari: a) negoziazione per conto proprio; b) esecuzione di ordini per conto dei clienti; c) assunzione a fermo e/o collocamento sulla base di un impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente; c-bis) collocamento senza impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente; d) gestione di portafogli; e) ricezione e trasmissione di ordini; f) consulenza in materia di investimenti; g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione; g-bis) gestione di sistemi organizzati di negoziazione.

132 Tale confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle si impone alla stregua del criterio di specialità ex art. 15 c.p., operante in caso di convergenza di norme ed in presenza di un rapporto di continenza tra esse (Sez. U, sentenza n. 1235 del 28/10/2010 Cc., dep. 19/01/2011, Rv. 248864).

133 Svolge questa valutazione critica anche L. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 18.

134 Art. 180 TUF: «1. Ai fini del presente titolo si intendono per: a) «strumenti finanziari»: 1) gli strumenti

formazione privilegiata e di manipolazione del mercato rilevano penalmente in quanto abbiano quale oggetto «*strumenti finanziari ammessi o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o in un sistema multilaterale di negoziazione italiano, o a strumenti finanziari negoziati su un sistema organizzato di negoziazione italiano*». Con l'espressione «mercato regolamentato» si indica un «*sistema multilaterale amministrato e/o gestito da un gestore del mercato, che consente o facilita l'incanto, al suo interno e in base alle sue regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti relativi a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione conformemente alle sue regole e/o ai suoi sistemi, e che è autorizzato e funziona regolarmente e conformemente alla parte III*»; il «sistema organizzato di negoziazione» è un «*sistema multilaterale diverso da un mercato regolamentato o da un sistema multilaterale di negoziazione che consente l'interazione tra interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a obbligazioni, strumenti finanziari strutturati, quote di emissioni e strumenti derivati, in modo da dare luogo a contratti conformemente alla parte II e alla parte III*». I luoghi ove le valute virtuali risultano scambiate, anche prescindere dalla loro natura di strumenti finanziari, non rientrano in tali nozioni¹³⁵.

finanziari di cui all'articolo 1, comma 2, ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea; 2) gli strumenti finanziari di cui all'articolo 1, comma 2, ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un sistema multilaterale di negoziazione italiano o di altro Paese dell'Unione europea; 2-bis) gli strumenti finanziari negoziati su un sistema organizzato di negoziazione italiano o di altro Paese dell'Unione europea; 2-ter) gli strumenti finanziari non contemplati dai precedenti numeri, il cui prezzo o valore dipende dal prezzo o dal valore di uno strumento finanziario ivi menzionato, ovvero ha un effetto su tale prezzo o valore, compresi, non in via esclusiva, i credit default swap e i contratti differenziali».

135 In tal senso, M. DA ROLD, *Innovazione tecnologica ed implicazioni penalistiche. Le monete virtuali*, in *Giurisprudenza penale*, 2/2019.

1.3. La normativa fiscale: trattamento IVA ed ai fini delle imposte dirette; monitoraggio fiscale e regole valutarie.

- Trattamento a fini IVA.

Con riferimento al trattamento fiscale delle operazioni relative alle valute virtuali, agli **effetti dell'Iva** deve muoversi dalla sentenza 22 ottobre 2015, *Skatteverket contro Hedqvist*, causa C-264/14 della **Corte di Giustizia dell'Unione europea**¹³⁶.

La Corte europea ha riconosciuto che le operazioni che consistono nel *cam-bio di valuta tradizionale contro unità della valuta virtuale* (nella specie *bitcoins*), e *viceversa*, effettuate a fronte del pagamento di una somma corrispondente al margine costituito dalla differenza tra il prezzo di acquisto delle valute e quello di vendita praticato dall'operatore ai propri clienti, costituiscono prestazioni di servizio a titolo oneroso. Più precisamente, tali operazioni di commercializzazione delle valute virtuali rientrano tra le operazioni "*relative a divise, banconote e monete con valore liberatorio*" di cui all'articolo 135, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2006/112/CE¹³⁷. Pur riguardando operazioni relative a valute non tradizionali (e cioè diverse dalle monete con valore liberatorio in uno o più Paesi), si tratta di "*operazioni finanziarie in quanto tali valute siano state accettate dalle parti di una transazione quale mezzo di pagamento alternativo ai mezzi di pagamento legali e non abbiano altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento*". Nella misura in cui sussista tale funzione esclusiva della valuta virtuale quale mezzo di pagamento, le prestazioni di servizio in esame rientrano nella previsione di esenzione prevista dall'articolo 135, paragrafo 1, lettera

136 Offre una analisi completa e puntuale della pronuncia della Corte europea, della risoluzione *Risoluzione n. 72/E del 2 settembre 2016* e dei profili fiscali delle operazioni di acquisto e vendita di *bitcoins* G. COSTA, *Profili fiscali delle operazioni di acquisto e di vendita di Bitcoin, Giurisprudenza e attualità in materia tributaria*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 3/2017, 467. Altre analisi della risoluzione dell'agenzia sono offerte da S. CAPACCIOLI, *Regime impositivo delle monete virtuali: pochi luci e molte ombre*, in *Il fisco*, n. 37, 2016, p. 3538.

137 Prima della pronuncia, la Commissione europea, nell'ambito dei lavori del Comitato Iva, aveva esaminato le possibili qualificazioni dei *bitcoins*, anche in relazione al tipo di attività connesse al suo utilizzo. Da ultimo, la Commissione era giunta a ritenere che i *bitcoins* dovessero considerarsi come "*altro effetto commerciale*" ai sensi dell'art. 135, par. 1, lett. d) della Direttiva IVA che prevede l'esenzione per "*le operazioni, compresa la negoziazione, relative ai depositi di fondi, ai conti correnti, ai pagamenti, ai giroconti, ai crediti, agli assegni e ad altri effetti commerciali*". Come ricorda COSTA, op. cit., 474, era esclusa la riconducibilità alla successiva lettera e) perché, come sostiene la dottrina prevalente anche a livello internazionale: il *bitcoin* non assolve alle funzioni che le banche centrali, e, tra queste, la Banca centrale europea), attribuiscono alle divise nazionali (mezzo di scambio, unità di conto e riserva di valore. Secondo la CGUE, invece, Le esenzioni previste alla lett. d) non coprono il caso di specie, in quanto le operazioni ivi contemplate riguardano servizi o strumenti le cui modalità di funzionamento implicano un trasferimento di denaro (punto 40 della decisione) e il *bitcoin* non può essere considerato né come un conto corrente, un deposito di fondi, un pagamento o un versamento né un credito, un assegno o altro effetto commerciale, costituendo un mezzo di pagamento diretto tra gli operatori che l'accettano (punto 42).

e), della direttiva 2006/112/CE¹³⁸. Una soluzione non scontata come attestano i numerosi ordinamenti nazionali che, ai fini fiscali, assimilano *bitcoins* e beni immateriali¹³⁹.

L'**Agenzia delle Entrate** distingue tra i proventi di **esercita professionalmente attività di cambiavalute virtuali** e le *persone fisiche* che, al di fuori dell'attività di impresa, acquisiscano, cedano e detengano le criptovalute.

Nel *primo caso*, l'agenzia fiscale muove dal presupposto che l'attività di intermediazione nel cambio di valute tradizionali con valute virtuali svolta in modo professionale ed abituale costituisce è *rilevante agli effetti dell'Iva, dell'Ires e dell'Irap* (cfr. Risoluzione n. 72/E del 2 settembre 2016).

In particolare, ai fini del **trattamento Iva**, il **prestatore** che svolge l'attività di cessione e acquisto di valuta virtuale in cambio di valuta "tradizionale", traendone un compenso (pari al margine che scaturisce dalla differenza tra l'importo corrisposto dal cliente che intende acquistare/vendere *bitcoins* e la migliore quotazione reperita dal prestatore del servizio sul mercato), realizza una **prestazione di servizi esenti** ai sensi dell'articolo 10, primo comma, n. 3), del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (norma che indica le operazioni relative a valute estere aventi corso legale e a crediti in valute estere, eccettuati i biglietti e le monete da collezione e comprese le operazioni di copertura dei rischi di cambio). Tale orientamento sembra confermato dall'Agenzia delle Entrate con la risposta ad interpello n. 14/2018, relativa allo scambio tra *bitcoin* ed *ethereum* e valuta corrente, nonché nella risposta all'interpello n. 956-39/2018 della Direzione Regionale della Lombardia.

I casi concreti esaminati avevano quali riferimento compravendite di criptovaluta a fronte di valuta tradizionale (con margini realizzati in moneta a corso

138 Secondo la Corte, infatti, «*risulta che un'interpretazione di tale disposizione secondo la quale essa disciplina le operazioni relative alle sole valute tradizionali si risolverebbe nel privarla di parte dei suoi effetti. Nel procedimento principale, è pacifico che la valuta virtuale «bitcoin» non abbia altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento e che essa sia accettata a tal fine da alcuni operatori. Conseguentemente, si deve concludere che l'articolo 135, paragrafo 1, lettera e), della direttiva Iva disciplina anche le prestazioni di servizi come quelle oggetto del procedimento principale, 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 clienti*». Come ricorda G. COSTA, op. cit., 473, la decisione di applicare l'esenzione IVA prevista per le operazioni sulle divise ha avuto risalto sulla stampa americana: cfr. S. SCHECHNER, *En rules bitcoin is a currency, not a commodity - virtually*, in *The Wall street journal*, 22 October 2015; G. MOLINARO, *Sono tassabili le manifestazioni di capacità economica emergenti nelle operazioni relative a bitcoin?*, in *Il fisco*, n. 25, 2014, p. 2447.

139 Per una rassegna degli ordinamenti (tra cui USA, Estonia, Norvegia, Australia) che assimilano *bitcoin* ai beni di proprietà cfr. A. BAL, *Taxing virtual currency: challenges and solutions*, cit. ,p. 383 e A. MAGLIOCCO, *Bitcoin e tassazione, in Strumenti finanziari e fiscalità*, cit., pp. 34 e ss. Nel marzo 2014, l'*Internal Revenue Service* americana ha decretato, a soli fini fiscali, la natura giuridica dei Bitcoins assimilandola a quella della proprietà privata. Le imposte sul reddito per i cittadini americani sulle operazioni svolte in Bitcoin vengono applicate con riferimento al momento dell'operazione.

legale), e non di cambio tra diverse criptovalute. In realtà, alcune piattaforme operano solo tale ultimo genere di scambi ed i proventi non sono rappresentati dal differenziale tra il prezzo di acquisto della criptovaluta da parte dell'*exchanger* e il prezzo di rivendita ai propri clienti, bensì da una commissione di intermediazione, riscossa anch'essa direttamente in criptovaluta, pari ad una percentuale delle criptovalute scambiate sulla piattaforma in ciascuna singola transazione. Non è detto dunque che le indicazioni della CGUE siano pertinenti a tale fattispecie concreta.

In ogni caso, è bene rimarcare che dall'esenzione Iva non discende il venir meno dell'obbligo di registrazione delle operazioni nei libri contabili e fiscali e di successiva dichiarazione. Dal volume dei ricavi, inoltre derivano conseguenze in termini di facoltà o meno di adozione del regime di contabilità semplificata (indipendentemente dall'esenzione Iva). Inoltre, ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. d, del DPR n. 633/1972, per le operazioni permutative (cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate in corrispettivo di altre cessioni di beni o prestazioni di servizi) rileva ai fini Iva il corrispettivo determinato "dal valore normale dei beni e dei servizi che formano oggetto di ciascuna di esse".

Ove difetti una base imponibile IVA ed un correlativo debito di imposta, resta escluso il presupposto per ipotizzare reati fiscali dichiarativi (art. 4, 5 d.lgs. n. 74/2000) e di mancato versamento afferenti l'imposta indiretta (art. 10 ter d.lgs. n. 74/2000)

- Trattamento a fini delle imposte dirette.

Contribuente prestatore dei servizi remunerati

Ai fini della tassazione diretta il *prestatore dei servizi remunerati* relativi alle valute virtuali deve assoggettare ad **imposizione**, quale reddito di impresa, le componenti di reddito derivanti dall'attività di intermediazione nell'acquisto e nella vendita di valute virtuali, al netto dei relativi costi inerenti a detta attività¹⁴⁰. I margini di intermediazione, pertanto, rappresentano ricavi caratteristici dell'attività e contribuiscono alla base imponibile ai fini delle imposte sui redditi.

140 In seno alla citata risoluzione viene ulteriormente esemplificato: «Nella fattispecie in esame, in particolare, operativamente: - in caso di ordine di acquistare, il cliente anticipa le risorse finanziarie alla Società che, effettuato l'acquisto di bitcoin, provvede a registrare nel wallet ("borsellino") del cliente i codici relativi ai bitcoin acquistati; - in caso di ordine di vendere, la Società preleva dal cliente i bitcoin e gli accredita, successivamente al completamento effettivo della vendita, la somma convenuta. Il guadagno (o la perdita) di competenza della Società è rappresentato dalla differenza tra quanto anticipato dal cliente e quanto speso dalla Società per l'acquisto o tra quanto incassato dalla Società per la vendita e quanto riversato al cliente. Tale elemento di reddito - derivante dalla differenza (positiva o negativa) tra prezzi di acquisto sostenuti dall'istante e costi di acquisto a cui si è impegnato il cliente (nel caso in cui quest'ultimo abbia affidato alla Società l'incarico a comprare) o tra prezzi di vendita praticati dall'istante e ricavi di vendita garantiti al cliente (nel caso di affidamento di incarico a vendere) - è ascrivibile ai ricavi (o ai costi) caratteristici di esercizio dell'attività di intermediazione esercitata e, pertanto, contribuiscono quali elementi positivi (o negativi) alla formazione della materia imponibile soggetta ad ordinaria tassazione ai fini Ires (ed Irap)».

Con riferimento alla valuta virtuale che, a fine esercizio, si trova nella disponibilità (a titolo di proprietà) del prestatore del servizio di acquisto e vendita di moneta virtuale in moneta legale, l'Agenzia delle Entrate ritiene (cfr. Risoluzione n. 72/E/2016) che la stessa vada valutata secondo il cambio in vigore alla data di chiusura dell'esercizio, valutazione di rilievo fiscale ai sensi dell'art. 9 d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917. Occorre, quindi, far riferimento al **valore normale**, corrispondente alla quotazione della valuta virtuale al termine dell'esercizio, facendo riferimento alla media delle quotazioni ufficiali rinvenibili sulle piattaforme *on line*¹⁴¹.

Occorre rilevare, però, che, diversamente dai casi affrontati dai giudici europei e da quelli considerati dall'Amministrazione Finanziaria, le commissioni applicate da alcune piattaforme su ciascuna transazione di cambio tra criptovalute possono essere riscosse direttamente in criptovaluta. Ciò pone l'interrogativo sulla rilevanza fiscale dei proventi non convertiti in moneta avente corso legale. Problematica affine a quella relativa alla rilevanza di tali proventi ai fini del superamento delle soglie di fallibilità. Deve riconoscersi che immaginare una sospensione dell'imposizione urterebbe un sentimento di equità contributiva perché rimetterebbe al contribuente di celare la manifestazione di una capacità contributiva latente ma non meno reale, posta la convertibilità - diretta o indiretta - della valuta virtuale.

In ogni caso, l'art. 9 del TUIR prevede che «*i corrispettivi, i proventi, le spese e gli oneri in valuta estera sono valutati secondo il cambio del giorno in cui sono stati percepiti o sostenuti o del giorno antecedente più prossimo e, in mancanza, secondo il cambio del mese in cui sono stati percepiti o sostenuti; quelli in natura sono valutati in base al valore normale dei beni e dei servizi da cui sono costituiti*». Il correlato art. 110, comma 2, del TUIR dispone che «*per la determinazione del valore normale dei beni e dei servizi e, con riferimento alla data in cui si considerano conseguiti o sostenuti, per la valutazione dei corrispettivi, proventi, spese e oneri in natura o in valuta estera, si applicano, quando non è diversamente disposto, le disposizioni dell'articolo 9; tuttavia i corrispettivi, i proventi, le spese e gli oneri in valuta estera, percepiti o effettivamente sostenuti in data precedente, si valutano con riferimento a tale data. [...] Per le imprese che intrattengono in modo sistematico rapporti in valuta estera è consentita la*

141 Come ricorda G. COSTA, *op. cit.*, p. 487, S. CAPACCIOLI (*Regime impositivo delle monete virtuali: poche luci e molte ombre*, cit., p. 3539) sostiene che i principi contabili nazionali ed internazionali precludono la possibilità di considerare i *bitcoins* quale valuta. Si imporrebbe il rinvio ai Principi contabili nazionali OIC 7 e OIC 8 concernenti, rispettivamente, la contabilizzazione dei certificati verdi e delle quote di emissione di gas effetto serra (con valutazione prevista ex art. 2426, n. 9 per titoli e partecipazioni che non costituiscono immobilizzazioni, i.e. costo di acquisto o, se minore, il valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato; per quest'ultimo si ripropone il problema della rilevazione ufficiale esistendo solo siti che forniscono quotazioni officiose di mercato basate su medie sulle quali non esisto consenso). A. MAGLIOCCO, A., *Bitcoin e tassazione*, cit., p. 30, ammette l'utilizzabilità degli usi commerciali previsti nelle clausole contrattuali.

tenuta della contabilità plurimonetaria con l'applicazione del cambio utilizzato nel bilancio in base ai corretti principi contabili ai saldi dei relativi conti».

Contribuente miner

In merito al regime fiscale dei **compensi dei miners** ricevuti in monete virtuali per l'estrazione di *bitcoins*, possono distinguere due evenienze: in caso di *organizzazione delle risorse* necessarie alla loro produzione, il loro controvalore in euro corrisponde a *reddito d'impresa* abituale (art. 55 TUIR), con possibilità di *dedurre i costi* inerenti a tale attività; in caso di *reddito d'impresa occasionale*, il loro controvalore va incluso tra i *redditi diversi* (art. 67 TUIR), in cui i *ricavi* sono tassati al *lordo* dei costi sostenuti.

Potendosi configurare una base imponibile ai fini delle imposte sul reddito ed un correlativo debito di imposta, possono configurarsi, al ricorrere degli altri elementi costitutivi, i **reati fiscali connessi alle dichiarazioni rilevanti ai fini delle imposte dirette** (artt. 2, 3, 4 d.lgs. n. 74/2000) ovvero quelli omissivi (art. 5 d.lgs. n. 74/2000).

Contribuente user

Quanto, poi, alla tassazione ai fini delle imposte sul reddito dei **clienti** del prestatore professionale dei servizi, quali persone fisiche che detengono le valute virtuali al di fuori dell'attività d'impresa, l'Agenzia delle Entrate aveva ritenuto in origine che le **operazioni a pronti** (acquisti e vendite) di valuta virtuale **non** generassero **redditi imponibili**, mancando la finalità speculativa e venendo in rilievo i principi generali che regolano le operazioni su valute tradizionali. Neppure il prestatore professionale, pertanto, sarebbe tenuto ad adempimenti quale sostituto d'imposta.

Naturalmente l'impostazione implica che non si consideri la valuta virtuale quale **investimento finanziario** né i portafogli delle valute virtuali quali **conti correnti o depositi di valute estere**. In tal caso, infatti, l'articolo 67, comma 1, lett. *c-ter*, 1 ter, TUIR considera **redditi diversi** le plusvalenze realizzate attraverso la cessione a titolo oneroso o il prelievo da depositi e conti correnti di valute estere o, nel caso di specie, di valute virtuali¹⁴².

Come rileva l'Ufficio Consulenza della Divisione Contribuenti dell'Agenzia delle Entrate nella risposta all'interpello n. 956-39/2018, « **le cessioni a pronti**

142 E. FERRARI, op. cit. osserva: «Per quanto riguarda nello specifico la cessione onerosa, anche a pronti, dei valori depositati presso un conto corrente in valuta estera, rileva osservare che il cambio di valuta (da Bitcoin ad euro ad esempio) rappresenta effettivamente una cessione a titolo oneroso, come anche l'utilizzo della moneta virtuale per operazioni di acquisto di beni o servizi configura una forma di prelievo di tale valuta, e quindi concretizzano momenti impositivi di una eventuale plusvalenza, ma solo qualora il valore complessivo dei depositi e dei conti correnti in valuta (o criptovaluta nel caso di specie) abbia complessivamente superato consecutivamente, per sette giorni lavorativi, un valore corrispondente ad euro 51.645,69 valutati al tasso di cambio vigente al 1 gennaio dell'anno di riferimento».

di valuta virtuale non danno origine a **redditi imponibili** mancando la finalità speculativa salvo generare un **reddito diverso qualora la valuta ceduta derivi da prelievi da portafogli elettronici (*wallet*)**, per i quali la **giacenza media superi un controvalore di euro 51.645,69 per almeno sette giorni lavorativi continui nel periodo d'imposta**, ai sensi dell'articolo 67, comma 1, lettera *c-ter*, del testo unico delle imposte sui redditi approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), e del comma 1-ter del medesimo articolo.

Per cessione a pronti si intende una transazione in cui si ha lo scambio immediato di una valuta contro una valuta differente. Il valore in euro della giacenza media in valuta virtuale va calcolato secondo il cambio di riferimento all'inizio del periodo di imposta, e cioè al 1° gennaio dell'anno in cui si verifica il presupposto di tassazione (cfr. circolare 24 giugno 1998, n. 165). Resta inteso che, qualora non risulti integrata la condizione precedentemente individuata, non si rendono deducibili neppure le minusvalenze eventualmente realizzate.

Tenuto conto che manca un prezzo ufficiale giornaliero cui fare riferimento per il rapporto di cambio tra la valuta virtuale e l'euro all'inizio del periodo di imposta, il contribuente può utilizzare il **rapporto di cambio** al 1° gennaio rilevato sul sito dove ha acquistato la valuta virtuale o, in mancanza, quello rilevato sul sito dove effettua la maggior parte delle operazioni. Detta **giacenza media va verificata rispetto all'insieme dei *wallet* detenuti dal contribuente** indipendentemente dalla tipologia dei *wallet* (*paper, hardware, desktop, mobile, web*).

Ai fini della eventuale tassazione del reddito diverso occorre, dunque, verificare se la conversione di bitcoin con altra valuta virtuale (oppure da valute virtuali in euro) avviene per effetto di una cessione a termine oppure se la giacenza media del *wallet* abbia superato il controvalore in euro di 51.645,69 per almeno sette giorni lavorativi continui nel periodo d'imposta.

Ai fini della **determinazione di un'eventuale plusvalenza derivante dal prelievo dal wallet**, che abbia superato la predetta giacenza media, si deve **utilizzare il costo di acquisto e agli effetti della determinazione delle plusvalenze/minusvalenze si considerano cedute per prime le valute acquisite in data più recente** (cfr. articolo 67, comma 1-bis, del TUIR). Inoltre, in caso di **bitcoin ricevuti "a titolo gratuito"**, il **costo iniziale da considerare è quello sostenuto dal donante**, ai sensi del comma 6 dell'articolo 68 del TUIR.

Per quanto riguarda, i **redditi derivanti dalle operazioni realizzate sul mercato FOREX e da *Contract for Difference* (CFD) aventi ad oggetto valute virtuali**, si ritiene che gli stessi costituiscano **redditi diversi** ai sensi dell'articolo 67, comma 1, lettera *c-quater*, del TUIR.

Tali redditi, se percepiti da parte di un soggetto persona fisica al di fuori dell'esercizio di attività d'impresa, sono soggetti ad **imposta sostitutiva** a norma dell'articolo 5 del decreto legislativo 21 novembre 1997, n. 461 (cfr. risoluzione n. 102/E del 25 ottobre 2011). Ai sensi dell'articolo 68, comma 8, del

TUIR, i suddetti redditi sono costituiti dal risultato che si ottiene facendo la somma algebrica dei differenziali positivi o negativi nonché degli altri proventi od oneri, percepiti o sostenuti, in relazione a ciascuno dei rapporti. I redditi diversi di natura finanziaria in questione devono essere **indicati nel quadro RT della Modello Redditi - Persone Fisiche e sono soggetti ad imposta sostitutiva con aliquota del 26 per cento**».

Ciò farebbe propendere, peraltro, per la rilevanza fiscale delle plusvalenze realizzate anche da operazioni di cambio tra criptovalute (sempre in caso di prelievi da portafogli elettronici con giacenza media continuativamente superiore ad € 51.645,69 per almeno sette giorni lavorativi). Con tale ultimo orientamento dell'Amministrazione Finanziaria sull'imponibilità delle plusvalenze, appare superata la precedente indicazione fornita (cfr. risoluzione 72/E/2016) sull'assenza di adempimenti dell'*exchanger* quale sostituto di imposta (in quanto soggetto intervenuto nelle operazioni da cui sono derivati redditi diversi di natura finanziaria).

L'assimilazione delle valute virtuali alle valute estere non è rimasta immune da critiche¹⁴³, ma in recente risposta ad interpello ex art. 11, legge n. 212/2000 (interpello n. 956-39/2018) l'agenzia fiscale ha ribadito l'impostazione. Nell'occasione è stato rimarcato come la nuova previsione dell'art. 1, comma 2, lett. qq) del d.lgs. n. 231/2007 costituisca il riconoscimento normativo che l'utilizzo delle valute virtuali rappresenta uno *strumento di pagamento alternativo* a quelli tradizionalmente utilizzati nello scambio di beni e servizi.

Inoltre, l'agenzia fiscale ha anche rilevato che in alcuni siti è possibile effettuare negoziazioni di *bitcoins* che consentono di eseguire anche contratti per differenza (*Contract for Difference*), contratto finanziario derivato riconducibile all'art. 1, comma 4, del TUF; tale norma richiama tra i contratti finanziari per differenza i contratti di acquisto e vendita di valuta, estranei a transazioni commerciali e regolati per differenza, anche mediante operazioni di rinnovo automatico (c.d. "*roll-over*").

Ove si volesse optare per una qualificazione della valuta virtuale quale **bene immateriale**, l'attività di scambio potrebbe essere ricondotta ad attività di **baratto** ovvero di **vendita occasionale**, fiscalmente rilevante ai sensi dell'art. 67,

143 Con riferimento alla tassazione in capo alle persone fisiche, S. CAPACCIOLI (*Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015, p. 190), ritiene non conferente il riferimento all'art. 67, comma 1, lett. c-ter), e comma 1 ter TUIR non potendosi assimilare le valute virtuali (prive di corso legale) alle valute estere e non sussistendo un rapporto di conto corrente; le valute virtuali sarebbero assimilabili ai titoli non rappresentativi di merce. A. MAGLIOCCO, *op. cit.*, 30, ritiene che i proventi conseguiti da persone fisiche non imprenditrici per effetto dell'incremento di valore dei *bitcoins* configurino *capital gain* rientranti nella norma di chiusura di cui all'art. 67, comma 1, c-quinquies del TUIR (redditi diversi nella forma di «*plusvalenze ed altri proventi, diversi da quelli precedentemente indicati, realizzati mediante cessione a titolo oneroso ovvero chiusura di rapporti produttivi di redditi di capitale e mediante cessione a titolo oneroso ovvero rimborso di crediti pecuniari o di strumenti finanziari, nonché quelli realizzati mediante rapporti attraverso cui possono essere conseguiti differenziali positivi e negativi in dipendenza di un evento incerto*»).

comma 1, lett. i, TUIR (*redditi diversi derivanti da attività commerciali non esercitate abitualmente*), la relativa plusvalenza (art. 71, comma 2, TUIR) determinandosi nella differenza tra il valore di cessione e le spese sostenute per l'acquisto e la produzione del bene¹⁴⁴.

- Monitoraggio fiscale e regole valutarie.

Quanto alle normative prossime a quella tributaria, quali quella sul **monitoraggio fiscale** (d.l. 28/06/1990, n. 167 in tema di rilevazione a fini fiscali di taluni trasferimenti da e per l'estero di denaro, titoli e valori), in materia **valutaria** (d.lgs. 19/11/2008, n. 195, contenente modifiche ed integrazioni alla normativa in materia valutaria in attuazione del regolamento CE n. 1889/2005) e sul **monitoraggio antiriciclaggio** (art 49 d.lgs. n. 231/2007), la loro applicabilità è seriamente incisa dalle premesse qualificatorie sulla natura giuridica della valuta virtuale.

Parificare la valuta virtuale al **denaro contante** importerebbe limiti al suo utilizzo e al suo trasferimento (cfr. art. 49 d.lgs. n. 231/2007) e obblighi di dichiarazione all'Agenzia delle Dogane dei movimenti transfrontalieri nella Comunità europea o in uscita da essa in caso di trasferimenti transfrontaliero di controvalore superiore a 10.000 euro (cfr. art. 3 d.lgs. n. 195/2008), ma non la sottoposizione al monitoraggio fiscale previsto dal d.l. n. 167/1990 per gli investimenti e le attività all'estero¹⁴⁵. In realtà si tratta di equiparazione sfornita di base legale, posto il carattere non solutorio (almeno non in termini forzosi) della prima.

Come si anticipava, il d.lgs. n. 90/2017 ha provveduto ad estendere agli *exchangers* i doveri attivi e passivi funzionali al monitoraggio fiscale, nei termini descritti dagli artt. 1 e 2 d.lgs. n. 167/1990. In particolare, sono stati estesi

144 Osserva in argomento E. FERRARI, *op. cit.*, che tale inquadramento è quello offerto negli Stati Uniti ed in Canada alle criptovalute, assimilate alle *commodities* ovvero a beni merce, divenendo tassabile la differenza tra prezzo di vendita e prezzo di acquisto della valuta-merce (commodity). Nota, ulteriormente, l'Autore: «*Su tale qualificazione del Bitcoin, e per estensione di tutte le criptovalute sembra convergere anche il mercato, a seguito dell'emissione nella prima metà di dicembre 2017 dei primi futures negoziati sul CME (Chicago Mercantile Exchange); il fatto che siano stati emessi questa particolare tipologia di prodotti finanziari derivati e che l'approvazione di una tale operazione abbia ricevuto l'approvazione dell' U.S. Commodity Futures Trading Commission non fa altro che rafforzare tale affermazione. Quest'evento comunque, oltre a confermare la teoria secondo la quale le criptovalute siano da assimilare a beni fungibili (commodities), evidenzia l'estrema volatilità e immaturità di questo strumento; è bastata di fatti meno di una settimana di negoziazioni operate da esperti del settore (i futures infatti non sono monetine da acquistare con il proprio smartphone) su strumenti legati al Bitcoin per farne crollare il valore di mercato di circa il 40%>>».*

145 Ai sensi dell'art. 4 d.l. n. 167/1990 tale monitoraggio, infatti, è previsto per le persone fisiche, gli enti non commerciali e le società semplici ed equiparate ai sensi dell' articolo 5 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, residenti in Italia che, nel periodo d'imposta, detengono investimenti all'estero ovvero attività estere di natura finanziaria, suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia.

gli obblighi di monitoraggio fiscale, ordinariamente previsti per gli intermediari bancari e finanziari, altresì ai soggetti (c.d. “operatori non finanziari”) che intervengono, anche attraverso movimentazione di “conti”, nei trasferimenti da o verso l'estero di mezzi di pagamento effettuate anche in valuta virtuale, di importo pari o superiore a 15.000 euro. L'art. 5 dell'innovato d.l. n. 167/1990 prevede che la violazione degli obblighi di trasmissione all'Agenzia delle Entrate previsti dall'articolo 1 del medesimo d.l. n. 167/1990, posti a carico degli intermediari, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria dal 10 al 25 per cento dell'importo dell'operazione non segnalata. La norma sembra assumere ad esclusivo riferimento gli *exchangers* che si iscriveranno nell'apposita sezione dell'albo dei cambiavalute (cfr. art. 17 *bis*, comma 8 bis, della legge n. 141/2010). Situazione che renderà ancor più irrazionale la previsione che ricollega una sanzione amministrativa mite alle attività degli *exchangers* abusivi (da 2.065 euro a 10.329 euro) ed una potenzialmente molto alta (fino al 25% dell'importo dell'operazione non segnalata) per le omissioni nella trasmissione all'Agenzia delle Entrate dei dati di interesse per il monitoraggio fiscale da parte degli *exchangers* iscritti. Irrazionalità che si manifesterà, naturalmente, nel momento in cui il sistema previsto con la novella del 2017 entrerà a regime, con la pubblicazione del decreto ministeriale ex art. 17 *bis* d.l. n. 141/2010.

L'agenzia delle entrate nella risposta al quesito n. 956-39/2018 ha ricordato che, ai sensi dell'articolo 4 del decreto legge n. 167 del 1990, è previsto l'**obbligo di compilazione del quadro RW della Modello Redditi - Persone Fisiche**, da parte delle persone fisiche residenti nel territorio dello Stato (ed il riferimento si intende esteso agli **enti non commerciali, alle società semplici e soggetti equiparati residenti in Italia**) che, nel periodo d'imposta, detengono investimenti all'estero e attività estere di natura finanziaria suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia, tra le quali le valute estere. Come chiarito dalla circolare 23 dicembre 2013, n. 38/E (paragrafo 1.3.1.) sono soggette al medesimo obbligo anche le attività finanziarie estere detenute in Italia al di fuori del circuito degli intermediari residenti.

Poiché alle valute virtuali l'agenzia fiscale italiana applica i principi generali che regolano le operazioni aventi ad oggetto valute tradizionali, anche le valute virtuali sono ritenute oggetto del *dovere di comunicazione attraverso il citato quadro RW*, indicando alla colonna 3 (“codice individuazione bene”) il codice 14 – “Altre attività estere di natura finanziaria”.

Il controvalore in euro della valuta virtuale detenuta al 31 dicembre del periodo di riferimento deve essere determinato al cambio indicato a tale data sul sito dove il contribuente ha acquistato la valuta virtuale. Negli anni successivi, il contribuente dovrà indicare il controvalore detenuto alla fine di ciascun anno o alla data di vendita nel caso di valuta virtuale vendute in corso d'anno.

L'agenzia fiscale non specifica se l'obbligo sia limitato al caso di piattaforme

di cambiavalute situate all'estero, come per vero sembra imprescindibile. Non è neppure esplicitato se tra gli intermediari residenti si debbano ritenere inclusi i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, intesi quali soggetti che forniscono 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, ai sensi dell'art. 1, c. 2, lett. ff, D. Lgs. 231/2007.

In via generale la normativa sul monitoraggio fiscale mira a dare attuazione al principio della *world wide taxation* (art. 3, comma 1, TUIR) ed a favorire la conoscenza da parte delle autorità fiscali domestiche delle attività estere suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia. Sennonché le criptovalute sono a-territoriali, non potendosi considerare detenute all'estero, ma nemmeno in Italia, salvo il deposito presso intermediari. In tal senso sarebbe opportuno estendere espressamente la normativa sul monitoraggio anche alle valute virtuali possedute sul web¹⁴⁶.

Sul fronte delle **sanzioni** rispetto ai doveri del monitoraggio fiscale, la riscrittura completa dell'articolo 5 del d.l. 167/1990 ha comportato la rimodulazione delle sanzioni per l'omessa compilazione del quadro RW. Ai sensi dell'articolo 5, comma 2, d.l. 167/1990, per l'omessa indicazione nel quadro RW delle attività detenute all'estero la misura della **sanzione varia ora dal 3% al 15%, senza più la possibilità di disporre la confisca** e qualora la dichiarazione comprensiva del quadro RW venga presentata entro i 90 giorni dallo spirare del termine di presentazione del modello UNICO è ora possibile versare la sola sanzione di 258 euro. Nel caso in cui le attività interessate siano detenute in Stati o territori considerati a fiscalità privilegiata, si ha invece un inasprimento delle sanzioni: la sanzione in tal caso raddoppia e varia dal **6 al 30% degli importi non dichiarati**. **Il microcosmo della normativa sul monitoraggio ha perso, dunque, qualsiasi presidio penale interno, al di fuori delle sanzioni scaturenti da altri settori dell'ordinamento.**

146 L'Agenzia delle Entrate ha precisato che *le valute virtuali non sono soggette all'imposta sul valore dei prodotti finanziari, dei conti correnti e dei libretti di risparmio detenuti all'estero dalle persone fisiche residenti nel territorio dello Stato* (c.d. **IVAFE**, istituita dall'articolo 19 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e successive modificazioni), in quanto imposta che *si applica esclusivamente ai depositi e conti correnti di natura “bancaria”* (cfr. circolare 2 luglio 2012, n. 28/E).

1.4. La contabilizzazione e la rappresentazione in bilancio della valuta virtuale.

Le criptovalute rientrano nella definizione di **asset** proposta dall'*IFRS Conceptual Framework*. E' tale, infatti, «una risorsa controllata dall'entità come risultato di eventi passati e dai quali sono attesi dei benefici economici futuri che affluiranno all'impresa». Anche il principio di prevalenza della sostanza sulla forma conforta la necessità di considerare le valute virtuali quale attivo e non certo costo.

A fronte di questa prima certezza, però, appare arduo incasellare le criptovalute in una delle specifiche voci dell'attivo del soggetto che le detiene. I principi contabili nazionali ed internazionali non ne offrono una specifica considerazione e non **contengono indicazioni per la loro indicazione** e valutazione¹⁴⁷.

Problematica è la loro assimilabilità a beni che producono una qualche forma di utilità pluriennale e, dunque, alle **immobilizzazioni immateriali atipiche**, dovendosi escludere l'iscrizione alla voce B) I 7 dello stato patrimoniale.

In seno all'**attivo circolante, le valute virtuali**, non essendo emesse né garantite da governi o da Stato, **non** integrano la definizione di **cassa** dello IAS 7 (*Statement of cash flow*), che comprende *cash on hand* e depositi a vista.

Infatti, il detentore di criptovaluta non può richiedere denaro in cambio - salvo che in limitati casi - ma può realizzarne il valore/investimento vendendola ad un altro soggetto o impiegandola per comprare beni e servizi.

Non è possibile considerarle neppure **cash equivalent** («*investimenti a breve termine, altamente liquidi che risultano pronti per essere convertiti in un ammontare conosciuto e che sono soggetti ad insignificanti rischi di cambiamento del loro valore*»), rimarcando la loro facoltà d'essere vendute per cassa, con alto livello di liquidabilità. In senso contrario alla loro riconducibilità alle disponibilità liquide (secondo lo IAS 7.7) milita il fatto che il loro valore è assai volatile e che sono soggette a continuo rischio di non liquidabilità afferente a mercati non regolamentati.

Si potrebbero considerare **credito**, quale remunerazione informatizzata, ma ne resta dubbia, con la convertibilità, l'esigibilità.

¹⁴⁷ Come ricorda G. COSTA, *op. cit.*, p. 487, S. CAPACCIOLI (*Regime impositivo delle monete virtuali: poche luci e molte ombre*, cit., p. 3539) sostiene che i principi contabili nazionali ed internazionali precludono la possibilità di considerare i *bitcoins* quale valuta. Si imporrebbe il rinvio ai Principi contabili nazionali OIC 7 e OIC 8 concernenti, rispettivamente, la contabilizzazione dei certificati verdi e delle quote di emissione di gas effetto serra (con valutazione prevista ex art. 2426, n. 9 per titoli e partecipazioni che non costituiscono immobilizzazioni, i.e. costo di acquisto o, se minore, il valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato; per quest'ultimo si ripropone il problema della rilevazione ufficiale esistendo solo siti che forniscono quotazioni ufficioso di mercato basate su medie sulle quali non esisto consenso). A. MAGLIOCCO, A., *Bitcoin e tassazione*, cit., p. 30, ammette l'utilizzabilità degli usi commerciali previsti nelle clausole contrattuali.

Potendo essere utilizzate per comprare beni e servizi, si potrebbe considerarle **financial asset**, da misurare al **fair value** con variazioni rilevate a conto economico.

Senonché non vi è esatta corrispondenza con la definizione contenuta nello IAS 32 (Strumenti finanziari: esposizione nel bilancio) che definisce un'attività finanziaria «*qualsiasi attività che sia: a) disponibilità liquide; b) uno strumento rappresentativo di capitale di un'altra entità; c) un diritto contrattuale a ricevere disponibilità liquide o un'altra attività finanziaria da un'altra entità...*». Le criptovalute non attribuiscono, infatti, diritto contrattuale di ricevere denaro o altri *financial asset* e non danno neppure il diritto ad interessenze nel capitale di chi ha emesso le criptovalute. Inoltre, nel caso delle criptovalute non vi è alcuna controparte e un'attività in criptovalute non è correlata a una corrispondente passività per un'altra entità e potrebbero ritenersi non soddisfatte le condizioni necessarie previste dallo IAS 39.14 e dallo IAS 32.11.

A bene vedere, però, appare innegabile che la ragione della detenzione delle valute virtuali per gli **utilizzatori o gestori di sistemi di pagamento** sia sovente proprio coerente con quella di un investimento (guadagnare rendimenti in caso di futuri aumenti del loro valore) e ciò potrebbe autorizzare a rappresentarle ai sensi dello IAS 32 quali attività finanziarie, con valutazione a norma dell'IFRS 9. La rilevazione iniziale, a norma dell'IFRS 9 (IAS 39.43), deve essere effettuata al *fair value* alla data di acquisizione. Ad ogni fine anno, poi, le criptovalute saranno rideterminate in bilancio al loro *fair value* alla data di chiusura dell'esercizio. In tal modo, al termine di ogni periodo di rendicontazione finanziaria, le criptovalute si rifletteranno nella situazione patrimoniale - economica - finanziaria al fair value e gli eventuali aumenti o diminuzioni del valore rispetto alla prima iscrizione saranno riconosciuti come utili o perdite nel Conto Economico. In caso di rivendita di criptovalute, l'utile (perdita) rilevato sulla cessione sarà costituito dalla differenza rispetto all'ultimo *fair value* indicato sullo Stato Patrimoniale.

Fuori dei casi di commercianti, *exchangers* e *miners* (che potranno considerare le criptovalute quali magazzino, v. infra) le criptovalute potrebbero dunque essere indicate in bilancio, in particolare, quale Attivo circolante, "Attività Finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni" nella voce C) III 6) "Altri titoli".

Nel documento OIC n. 20 del 16.09.2005 vengono enucleati i principi per la valutazione dei "titoli, partecipazioni ed azioni proprie che non costituiscono immobilizzazioni": essi devono essere valutati al **minore fra costo e valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato**. Secondo l'art. 2426, al

punto 9, c.c. «le rimanenze, i titoli e le attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni sono iscritti al **costo di acquisto o di produzione**, calcolato secondo il n. 1), ovvero al **valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato**, se minore; tale minor valore non può essere mantenuto nei successivi bilanci se ne sono venuti meno i motivi. I costi di distribuzione non possono essere computati nel costo di produzione» con costo calcolato a norma del punto 10: «Il costo dei beni fungibili può essere calcolato col metodo della media ponderata o con quelli «primo entrato, primo uscito» o «ultimo entrato, primo uscito»».

Il codice civile non definisce né «il valore desumibile dall'andamento del mercato» né la metodologia applicativa per il calcolo del costo. Per il valore di mercato, visti i rischi di possibile non liquidabilità, occorrerà prendere il valore della chiusura di esercizio ed indicare in Nota Integrativa le variazioni successive. Ciò in relazione del fatto che un vero e proprio mercato non c'è, tale per cui l'andamento del mercato richiesto dalla norma deve essere letto alla luce dei principi di prudenza e competenza.

Non avendo una forma fisica, anche lo IAS 38 (**Attività immateriali**) sembrerebbe convenientemente applicabile alla fattispecie; secondo il principio è tale «un'attività non monetaria, identificabile, priva di consistenza fisica».

Le criptovalute sono identificabili in quanto le unità individuali (o porzioni) di esse possono essere vendute o scambiate per acquisire beni o servizi. Inoltre non hanno una forma fisica. Lo IAS 38 richiede che un'attività immateriale venga inizialmente rilevata al **costo** e successivamente permette la scelta tra il modello del costo ed il modello del costo rivalutato. Quest'ultimo presuppone l'esistenza di un mercato attivo per gli *intangible asset*: se per i bitcoins potrebbe esserci un mercato attivo, per le altre criptovalute potrebbe non esserci. Nel caso in cui si adotti il modello del costo rivalutato, bisogna considerare che le variazioni di **fair value** vanno registrate nel conto economico complessivo.

In senso contrario alla possibilità di considerare le valute virtuali quale attività immateriale in conformità allo IAS 38 milita il fatto che la ricorrenza delle prime due condizioni (identificabilità e controllo da parte dell'entità), non esime dalla necessità della terza: l'attività non è in grado in sé stessa di generare un beneficio futuro se non quello della sua vendita. Secondo lo IAS 38.17 l'attività debba generare ricavi, minori costi o altri benefici che risultano dall'utilizzo della risorsa da parte dell'impresa, mentre la criptovaluta può dare come beneficio solamente l'incasso della sua vendita o i beni e servizi ricevuti in cambio.

In alcuni casi le criptovalute potrebbero anche essere ricomprese tra le **rimanenze**, quali asset detenuti per la vendita nel normale svolgimento dell'attività

(si pensi ai **commercianti**, agli **exchangers** ed ai **minatori**). La forma fisica, infatti, non è requisito imprescindibile delle rimanenze secondo la definizione emergente dallo IAS 2 - Rimanenze.

Lo IAS 2 prevede che le rimanenze siano **valutate al minore tra il costo ed il valore di netto realizzo, quale prezzo di vendita stimato nel normale svolgimento dell'attività al netto dei costi stimati di completamento, nonché di quelli stimati necessari per realizzare la vendita** (IAS 2, paragrafo 9).

Lo IAS 2 definisce i costi come «*tutti i costi di acquisto, i costi di trasformazione e gli altri costi sostenuti per portare le rimanenze nel luogo e nelle condizioni attuali*». Usando questa definizione, un miner dovrebbe registrare le sue scorte di criptovalute al costo della loro estrazione nonché di eventuali costi di energia elettrica e di altri costi di produzione. I rivenditori e gli exchangers dovrebbero utilizzare il costo di acquisto quale valore di carico. A fine anno, le criptovalute in carico dovranno essere riparametrate al minore tra il costo ed il valore netto di realizzo (quindi al prezzo di mercato), con la conseguenza che l'utile (o perdita) si manifesterà esclusivamente con la vendita a terzi.

Ove sussista il «normale svolgimento dell'attività», ma l'entità che detiene le criptovalute sia un commodity broker trader (dove le commodity sono le criptovalute) che valuta le sue rimanenze al fair value al netto dei costi di vendita, non sembra si possa applicare lo IAS 2 per valutare tali rimanenze.

Sotto il profilo dei **presidi penali**, la necessità di una rappresentazione in bilancio rende ipotizzabile l'integrazione dei reati di false comunicazioni sociali ex art. 2621 e 2622 c.c. o di bancarotta societaria da false comunicazioni sociali. Occorre però considerare che l'assenza di principi contabili nella materia, renderà assai problematico contrastare per questa via valutazioni incongrue o sottostimate.

Il reato di false comunicazioni sociali, previsto dall'art. 2621 cod. civ. (come il reato di bancarotta fraudolenta impropria, di cui all'art. 223, secondo comma, n. 1, R.D. 16 marzo 1942 n. 267, da reato societario di false comunicazioni sociali), previsto dall'art. 2621 cod. civ. nel testo modificato dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, infatti, è configurabile in relazione alla esposizione in bilancio di enunciati valutativi, se l'agente, in presenza di **criteri di valutazione** normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, se ne discosti consapevolmente e senza fornire adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni (Cass. Sez. U, Sentenza n. 22474 del 31/03/2016 Ud., dep. 27/05/2016, Rv. 266803; Sez. 5, Sentenza n. 46689 del 30/06/2016 Ud., dep. 08/11/2016, Rv. 268672

6.5. La normativa civilistica sulle obbligazioni pecuniarie.

Si discute se alle valute virtuali sia applicabile la **normativa civilistica** in tema di **obbligazioni pecuniarie**¹⁴⁸.

Ove le criptovalute vengano ricondotte nella più generica categoria di **bene giuridico**¹⁴⁹ ex art. 810 c.c. potrebbe dubitarsi che esse possano costituire prezzo di una compravendita; infatti, un'obbligazione pecuniaria, ai sensi dell'art. 1277 c.c., deve essere estinta «*con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale*». In tal caso, ad una transazione che prevedesse il pagamento di un corrispettivo in criptovaluta sarebbe giocoforza riconnettere la causa concreta della permuta.

Non manca una diversa opinione che ammette una vendita pattuita tra le parti con un prezzo da corrisponderci in **moneta non avente corso legale**, quali le valute virtuali¹⁵⁰. L'art. 1277 c.c., infatti, ammette l'ipotesi di un prezzo determinato in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, situazione in cui il pagamento deve «*farsi in moneta legale ragguagliata per valore alla prima*». L'art. 1278 c.c., inoltre, prevede la liceità di un debito pecuniario in moneta non avente corso legale, facendo salva la facoltà del debitore di pagare in moneta legale, al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per il pagamento; infine, l'art. 1279 c.c. prevede che le parti possano obbligarsi al pagamento mediante monete non aventi corso legale (c.d. clausola "effettiva") prevedendo che la disposizione dell'art. 1278 c.c. «*non si applica, se la moneta non avente corso legale nello Stato è indicata con la clausola «effettivo» o altra equivalente, salvo che alla scadenza dell'obbligazione non sia possibile procurarsi tale moneta*».

Qualche **criticità** emerge nell'utilizzo della valute virtuali quali **prezzo di cessioni immobiliari** rispetto agli obblighi di indicazione analitica dei mezzi di pagamento. Come noto, in base all'art. 35, comma 22, del D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni nella legge n. 248/2006, all'atto della cessione dell'immobile, anche se assoggettata ad IVA, le parti hanno l'obbligo di rendere apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà recante l'**indicazio-**

148 Nell'ordinamento italiano il valore legale della moneta si basa sugli artt. 1277, 1278 e 1279 c.c., nonché sull'art. 693 c.p. Il principio del corso legale della moneta si fonda sugli artt. 128 del Trattato di funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e 16 del protocollo allegato n. 4 (Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea), in virtù dei quali le banconote emesse dalla Banca centrale europea e dalle banche centrali nazionali costituiscono le uniche aventi corso legale nell'Unione. La portata e gli effetti del corso legale delle banconote e delle monete in euro sono disciplinati dalla Raccomandazione della Commissione n. 2010/191/UE, del 22 marzo 2010.

149 Qualunque cosa materiale ed immateriale, in senso giuridico, idonea a soddisfare un'utilità o una necessità dell'uomo, un interesse giuridicamente apprezzabile, di natura patrimoniale)

150 G. O. MANNELLA, *E' possibile utilizzare Bitcoin per pagare il prezzo d una compravendita?*, in *Quotidiano giuridico*, 7.5.2018.

ne analitica delle modalità di pagamento del corrispettivo. Inoltre, in caso di omessa, incompleta o mendace indicazione di tali dati, si applica la **sanzione amministrativa da 500 euro a 10.000 euro** e, ai fini dell'imposta di registro, i **beni trasferiti sono assoggettati a rettifica di valore** ai sensi dell'articolo 52, comma 1, del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, di cui al *decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131*, e successive modificazioni.

Gli ostacoli provengono, ancora una volta, dallo pseudo-anonimato degli utenti che si celano dietro le chiavi crittografate (pubbliche e private) utilizzate per compiere la transazione. L'obbligo di legge ricordato potrà essere adempiuto solo con grande difficoltà laddove si utilizzi quale mezzo di pagamento la valuta virtuale; infatti, se in termini informatici è possibile risalire alla transazione, identificando le chiavi (private e pubbliche) utilizzate per perfezionarla, tale indagine non permette al notaio di identificare il titolare effettivo delle chiavi e, in ultima analisi, di tracciare la provenienza del denaro impiegato nella compravendita.

E' stato ipotizzata la possibilità di indicare in atto le chiavi pubbliche utilizzate nella transazione e gli estremi identificativi di quest'ultima, ma si tratterà di indicazioni che non consentiranno di risalire ai reali titolari dei *wallett* impiegati nella transazione. Neppure l'indicazione delle chiavi private dà certezze legali sulla titolarità dei relativi conti virtuali e non sarebbe verosimile metterebbe a disposizione di chiunque l'unico e solo strumento necessario per poter disporre della relativa valuta virtuale.

1.6. Reati comuni contro i detentori di valute virtuali

Oltre a quanto illustrato, merita rammentare che le aggressioni predatorie realizzate negli ambienti informatici delle valute virtuali (si pensi in primo luogo ai cd. *wallet* presso i quali sono custodite) appaiono contrastabili con ulteriori strumenti del diritto penale, affinati con la proliferazione dei *cybercrimes*. All'interno del cyberspazio, luogo di interazione tra uomo e macchina, vengono in rilievo «*flussi di informazioni digitali, che, spostandosi attraverso reti tra loro collegate, sfuggono alla ordinaria qualificazione delle cose e a una netta distinzione tra una dimensione soggettiva e una dimensione oggettiva*»¹⁵¹.

Senza pretesa di completezza, le fattispecie incriminatrici sondabili per vestire in termini penali i fenomeni intrusivi e predatori sono quelle previste dagli artt. 494 c.p., 615-ter, 615-quater, 640 e 640-ter c.p., alcune delle quali in rapporto di vicendevoles esclusione.

151 SCUDIERI, *Un caso di hacking: luoghi reali e luoghi virtuali tra diritto e informatica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, 7, 414.

L'art. 494 c.p. («Sostituzione di persona») reprime la condotta di colui che «*al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici*». La norma identifica come reato in sé il **furto di identità**, a differenza di altre legislazioni nelle quali tale fenomeno è invece elemento costitutivo di diversi reati¹⁵². La Corte di Cassazione ha riconosciuto che tale reato sussiste anche ove realizzato nell'ambiente della "Rete". Integra la sostituzione di persona penalmente rilevante, infatti, anche «*la condotta di colui che crei ed utilizzi un "account" di posta elettronica, attribuendosi falsamente le generalità di un diverso soggetto, inducendo in errore gli utenti della rete "internet" nei confronti dei quali le false generalità siano declinate e con il fine di arrecare danno al soggetto le cui generalità siano state abusivamente spese, subdolamente incluso in una corrispondenza idonea a lederne l'immagine e la dignità* (Cass.Pen., Sez. V, n. 46674 del 08/11/2007 Ud., dep. 14/12/2007, Adinolfi, Rv. n. 238504)», o con il fine di far ricadere sul soggetto inconsapevole «*l'inadempimento delle obbligazioni conseguenti all'avvenuto acquisto di beni mediante la partecipazione ad aste in rete*» (Cass.Pen., Sez. III, Sentenza n. 12479 del 15/12/2011 Ud., dep. 03/04/2012, Armellini, Rv. 252227).

Non manca chi contesta la riconducibilità dell'uso (e dell'abuso) della cd. "identità virtuale" agli elementi tipici della fattispecie penale in esame, connotata dalla forma vincolata commissiva e dall'imprescindibile ricorrenza dell'induzione in errore di taluno. Solo un'interpretazione estensiva e, si lamenta, "forzata" dei requisiti della norma permetterebbe di ricomprendere fra gli attributi identificativi anche i codici utenti, le *passwords* o i numeri di conto corrente, quali mezzi essenziali e necessari degli scambi interpersonali, mentre l'ulteriore elemento (l'induzione in errore di taluno) non sarebbe compatibile né applicabile all'esecuzione automatizzata di richieste inoltrate ai sistemi informatici¹⁵³.

Inoltre, l'accesso non autorizzato ad un sistema informatico¹⁵⁴ o telematico

152 CAJANI, *La tutela penale dell'identità digitale alla luce delle novità introdotte dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93*, in Cassazione Penale, fasc.3, 2014, pag. 1094B.

153 FLOR, *Phishing, Identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, p. 907 ss.

154 Sono state qualificate come sistema informatico «*le carte di credito che sono idonee a trasmettere dati elettronici nel momento in cui si connettono all'apparecchiatura Pos*» (Cass. Fer, n. 43755/2012). In assenza di una puntuale classificazione legislativa, è stata la giurisprudenza a fornire una definizione tendenzialmente valida per tutte le fattispecie incriminatrici, che fanno riferimento all'espressione «sistema informatico». Deve ritenersi «**sistema informatico**», secondo la ricorrente espressione utilizzata nella l. n. 547/1993, **un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso butilizzazione (anche parziale) di tecnologie informatiche, che sono caratterizzate - per mezzo di un'attività di «codificazione» e «decodificazione» - dalla «registrazione» o «memorizzazione», per mezzo di impulsi elettronici, su supporti adeguati, di «dati», cioè di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuata attraverso simboli (bit), in combinazione diverse, e dalla elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare «informazioni**,

protetto da misure di sicurezza (tale può essere considerata una piattaforma virtuale di *trading*, ovvero i portafogli digitali su di essa ospitati o quelli memorizzati su dispositivi privati) è condotta, in astratto, pienamente riconducibile alla **fattispecie prevista dall'art. 615-ter c.p.**¹⁵⁵. Del resto, «*sotto il profilo letterale, non avendo specificato, la disposizione, qualità, natura o efficacia che devono avere le misure protettive, limitandosi a prevederne la presenza quale requisito essenziale del fatto, appare non esservi alcun dubbio sulla funzione pro-tettiva delle abilitazioni necessarie per accedere a sistemi informatici, quali i nomi o i codici utente, i pin, le parole chiave o le password riservate*». Si può affermare, almeno sotto il profilo oggettivo, la sussistenza del reato in diretta considerazione nell'ipotesi in cui «*l'agente, dopo aver digitato o utilizzato i «privilegi» o le «abilitazioni» collegate all'altrui «identità virtuale», raggiunga un «primo livello» di contatto o connessione con il sistema (di pertinenza del titolare), che corrisponde di fatto all'ottenimento del collegamento a seguito della verifica del profilo «digitale» usato*»¹⁵⁶.

Altra fattispecie penale applicabile è quella delineata dall'art. 615-quater c.p. (**detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici**) che punisce anche chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, si procura abusivamente, in qualsiasi modo, codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o tele-

costituite da un insieme più o meno vasto di dati organizzati secondo una logica che consenta loro di esprimere un particolare significato per l'utente. Un normale personal computer assurge al rango di sistema informatico allorché si caratterizza per l'impiego di periferiche, per l'interconnessione (anche potenziale) con altri dispositivi elettronici, per la pluralità dei pacchetti applicativi installati, per la molteplicità dei dati trattati e per le funzioni complessivamente svolte. Per individuare la categoria delle apparecchiature oggetto di tutela, è necessario che i singoli sistemi utilizzino, in tutto o in parte, tecnologie elettroniche che trattano e rappresentano informazioni attraverso simboli numerici elementari denominati «bit» che, organizzati in opportune combinazioni, vengono sottoposti ad elaborazione automatica.

155 Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 17325/2015, hanno rimarcato che l'art. 615-ter c.p. è stato introdotto nel nostro ordinamento in attuazione della Raccomandazione del Consiglio di Europa del 1989 per assicurare una protezione all'ambiente informatico o telematico che contiene dati personali che devono rimanere riservati e conservati al riparo da ingerenze ed intrusioni altrui e rappresenta un luogo inviolabile, delimitato da confini virtuali, paragonabile allo spazio privato dove si svolgono le attività domestiche. Per questo la fattispecie è stata inserita tra i delitti contro la inviolabilità del domicilio, che deve essere inteso come luogo, anche virtuale, dove l'individuo esplica liberamente la sua personalità in tutte le sue dimensioni e manifestazioni. Con la previsione dell'art. 615-ter il legislatore ha assicurato la protezione del domicilio informatico quale spazio ideale in cui sono contenuti i dati informatici di pertinenza della persona ad esso estendendo la tutela della riservatezza della sfera individuale, quale bene costituzionalmente protetto. In realtà, la fattispecie offre una tutela anticipata ad una pluralità di beni giuridici e di interessi eterogenei e non si limita a preservare solamente i contenuti personalissimi dei dati raccolti nei sistemi informatici protetti, ma offre una tutela più ampia che si concreta nello *jus excludendi alios* quale che sia il contenuto dei dati racchiusi in esso, purché attinenti alla sfera di pensiero all'attività lavorativa e non, dell'utente con la conseguenza che **la tutela della legge si estende anche gli aspetti economico patrimoniale dei dati** sia che il titolare dello *jus excludendi* sia una persona fisica sia che si tratti di una persona giuridica privata o pubblica o di un altro ente (cfr. anche Cass. IV n. 3067/1999).

156 FLOR, *Phishing e profili penali*, op. cit.

matico. Tali, infatti, devono considerarsi il nome utente e la password di accesso a sistemi di *home banking* acquisiti dal titolare in modo fraudolento, condotta naturalmente comprensiva di quella abusiva tipizzata in seno alla norma penale.

Inoltre, l'esistenza del danno patrimoniale persuade dell'impossibilità di confinare le condotte in analisi entro i confini dei reati passati in rassegna, anche se non mancano contrasti interpretativi sulla configurabilità della **truffa** comune ex art. 640 c.p. o di quella **informatica ex art. 640-ter c.p.** Dissidio lenito dall'introduzione (ad opera del d.l. 14 agosto 2013 n. 93, convertito con modificazioni dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119) in seno al terzo comma dell' art. 640-ter c.p. (alla cui stregua «*la pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 600 a euro 3.000 se il fatto è commesso con furto o indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti*») di una nuova aggravante ad effetto speciale, che importa altresì la procedibilità di ufficio, volta a presidiare con maggiore severità le evenienze di furto di identità digitale.

L'applicabilità astratta del reato di truffa comune al fenomeno muove dalla presupposto che gli artifici, i raggiri e l'induzione in errore ben possono essere realizzati tramite l'utilizzo di mezzi tecnologici tali da ingenerare l'errore, l'atto di disposizione patrimoniale ed il conseguente danno e profitto ingiusto. Il contenuto della mail, l'eventuale link di indirizzamento alla pagina web non autentica e la struttura grafica di quest'ultima e le informazioni mendaci in essa proposte «creano indubbiamente nel destinatario una falsa rappresentazione della realtà, inducendolo in errore e creando un motivo dell'agire fondato su una falsa convinzione, cui è da ricondurre il nesso causale tra la condotta e gli eventi naturalistici ad essa collegati».

L'atto di disposizione patrimoniale da parte del soggetto ingannato - requisito implicito ed essenziale della fattispecie penale in esame, a necessaria cooperazione della vittima - pone limiti consistenti alla sussumibilità nella figura della truffa comune della più parte dei casi di *phishing attacks*. Infatti, tale atto (negoziale o meno, commissivo o omissivo) non è riconoscibile nel comportamento "autolesivo del correntista" che comunica le credenziali di accesso al sistema di home banking (ritenuto comportamento privo di legame funzionale di rilievo causale con atti di disposizione patrimoniale e con gli ulteriori eventi di danno e profitto), non effettuando la vittima un bonifico a favore del *phisher*, ma provvedendovi direttamente quest'ultimo, attraverso i dati riservati conseguiti in maniera fraudolenta (così Flor, op. cit.).

In tempi più recenti, è così prevalsa l'opinione che riconosce nella condotta, immediatamente successiva alla induzione in errore, dell'utilizzo delle credenziali indebitamente acquisite dal correntista un «intervento non autorizzato su

informazioni contenute in un sistema informatico». L'accesso all'account bancario del cliente da parte del *phisher* attraverso i dati carpiti integra intervento all'interno del sistema informatico dell'istituto di credito senza averne alcun titolo ed ove importi la sottrazione o comunque la manomissione dei valori rinvenuti all'interno realizza gli estremi del reato dell' art. 640-ter c.p.¹⁵⁷.

Anche la Corte regolatrice è ormai orientata a ritenere che integra il reato di frode informatica, e non soltanto quello di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, l'introduzione nel sistema informatico delle Poste italiane S.p.A. mediante l'abusiva utilizzazione dei codici di accesso personale di un correntista e il trasferimento fraudolento, in proprio favore, di somme di denaro depositate sul conto corrente del predetto (Cass. Pen., Sez. II, Sentenza n. 9891 del 24/02/2011 Ud., dep. 11/03/2011, De La Parra Marti, Rv. 249675). Secondo la Corte di legittimità, l'utilizzazione della password - illecitamente ottenuta - per entrare nel sistema informatico di home banking del correntista (protetto da misure di sicurezza costituite, appunto, dai dati di accesso personali) e messo a sua disposizione dalle Poste Italiane, impiegata per stornare fondi dal conto corrente, concreta appieno un intervento (ordine di bonifico) senza diritto sui dati e/o informazioni (in particolare, sul saldo attivo del conto corrente) contenuti nel suddetto sistema informatico, integrando l'ipotesi criminosa di cui all' art. 640-ter c.p. in concorso con l' art. 615-ter c.p. «atteso che i suddetti reati hanno diversi presupposti giuridici e, quindi, ben possono concorrere (in terminis Cass. 2672/2003 riv 227816; Cass. 1727/2008 riv 242938)».

L'introduzione del **terzo comma dell'articolo 640-ter c.p.** sembra aver risolto per via normativa il dissidio, ammettendo esplicitamente la possibilità che il fatto sia «commesso con furto o indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti».

Tale disposizione, per vero, non ha mancato di ingenerare seri problemi di delimitazione con la fattispecie ex art. 494 c.p., come detto, estesa attraverso il risultato esegetico preferito dai giudici di legittimità alla dimensione virtuale del "mondo on line". Ed infatti, la clausola di riserva innestata nell' art. 494 c.p. («se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica») è stata tradizionalmente intesa come riprova del concorso materiale tra tale fattispecie e la truffa comune (cfr. Cass. Pen., Sez. II, Sentenza n. 35443 del 06/07/2007 Ud., dep. 24/09/2007, Ferraloro, Rv. 237957; Cass. Pen. Sez. VI, Sentenza n. 9470 del 05/11/2009 Ud., dep. 10/03/2010, Sighinolfi Rv. 246400) attesa la diversità dei beni giuridici, tutelando l'uno la fede pubblica ed il secondo il patrimonio. In proposto, senza affermare la perfetta sovrapposibilità tra le condotte, non manca l'opinione che ritiene più corretta - nella maggior parte dei casi concreta-

157 BOVINO, *Phishing: aspetti legali*, in www.anti-phishing.it.

mente ipotizzabili - la tesi di un concorso formale tra reati, attribuendo così la natura di reato complesso alla nuova previsione dell' art. 640-ter, comma 3, c.p. (così Cajani, op. cit.)

Può rilevarsi, ancora, la configurabilità di altre fattispecie comuni, come nel caso del **furto**. La configurabilità di tale reato è intuitiva nel caso in cui le cripto-valute siano custodite in supporti fisici. L'oggetto materiale della condotta di furto è la cosa mobile altrui, ovvero tutto ciò che è diverso dalla persona umana vivente, ivi compresa, per espresso richiamo normativo, l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico, caratterizzato dalla possibilità per il soggetto di appropriarsene e/o impossessarsene.

In tale prospettiva la dottrina prevalente ha ritenuto ammissibile il furto dei programmi utilizzati per il funzionamento dei **computer** anche solo tramite collegamento telematico, senza l'appropriazione del supporto magnetico (CD o *floppy*) e non ha richiesto che l'oggetto materiale presenti un valore economico-patrimoniale, essendo sufficiente che rivesta per il soggetto passivo un interesse riconosciuto rilevante dai consociati. Per le energie, perché possano ritenersi dotate di valore economico occorre che delle stesse sia possibile il controllo e il dominio esclusivo.

La giurisprudenza ha confermato che per "cosa mobile" deve intendersi *qualsiasi entità di cui sia possibile la fisica detenzione, sottrazione, impossessamento o appropriazione e che sia in grado di spostarsi autonomamente ovvero di essere trasportata da un luogo a un altro*, compresa quella che, pur non mobile originariamente, sia resa tale mediante l'avulsione o l'enucleazione dal complesso immobiliare di cui faceva parte¹⁵⁸.

In giurisprudenza sembrava prevalere l'orientamento che esclude la configurabilità della fattispecie ex art. 624 c.p. per i **dati informatici**. Questi non erano ritenuti equiparabili né agli oggetti materiali, né alle energie, perché insuscettibili di impossessamento e di fruizione autonoma, in condizioni separate rispetto allo strumento che li contiene. Così, se era pacificamente ipotizzabile il furto di materiale informatico - ossia dei supporti nei quali si trovino allocati i dati - oltre che del computer o dei programmi utili per il funzionamento di tali macchinari, non era ammesso quello dei dati informatici in quanto tali. La Corte di Cassazione¹⁵⁹ aveva ritenuto insussistente il reato di furto nel caso di semplice *copiatura non autorizzata di "files"* contenuti in un supporto informatico altrui, non comportando tale attività la perdita del possesso della "res" da parte del legittimo detentore¹⁶⁰. In proposito, è dubitabile che le cripto-valute

158 Cass., Sez. IV, 24.11.2016-13.2.2017, n. 6617; C., Sez. II, 11.5.2010.

159 Cass. Sez. IV, n. 44840/2010; Id., n. 3449 /2003.

160 Tale interpretazione trovava conforto dalla Relazione al disegno di legge n. 2733 (con il quale si è introdotta nel codice penale una disciplina di contrasto della criminalità informatica) che aveva espressamente precisato che la condotta di sottrazione di dati, programmi, informazioni di tal genere non è riconducibile alla

siano suscettibili di un vero e proprio possesso di ordine materiale/ fisico, essendo «movimentate» attraverso un conto personalizzato noto come «portafoglio elettronico» che è un software salvato ed utilizzato su un terminale informatico (*computer o smartphone*) ed associato, come anticipato, alle chiavi digitali asimetriche. I *files* contenuti negli *e-wallet* sono semplicemente delle copie delle blockchain e, pertanto, non coincidono con le cripto-valute. Queste, infatti, esistono nelle registrazioni della rete *peer to peer*: soltanto attraverso la chiave digitale privata è possibile accedere alle cripto-valute accreditate sul proprio indirizzo elettronico e disporne trasferendole ad altri indirizzi¹⁶¹. Recentemente, però, rispetto alla condotta di un avvocato che, dopo aver comunicato la propria volontà di recedere da uno studio associato, si era impossessato di alcuni *files*, cancellandoli dal server dello studio, al fine di impedire agli altri colleghi dello studio un effettivo controllo sulle reciproche spettanze è stato riconosciuto che integra il delitto di furto tale appropriazione in quanto finalizzata a trarre profitto.¹⁶² Il precedente potrebbe essere richiamato anche rispetto alla sottrazione che dati informatici collegati alle criptovalute.

1.7. Falso nummario: un'impraticabilità momentanea?

Poiché le valute virtuali non sono attualmente monete aventi corso legale nel territorio dello Stato o di altro Stato straniero non sono configurabili le fattispecie di **falso c.d. nummario**. Il riferimento è alle **diverse fattispecie incriminatrici** (artt. 453-461 c.p.) riconducibili a **due tipologie fondamentali** di condotte: la falsificazione (art. 453, comma 1, nn. 1 e 2, 455, comma 1, prima parte, 458 c.p.) e, *latu sensu*, la ricettazione (artt. 453, comma 1, n. 3 e 4, 454, comma 1, seconda parte, 455 c.p.). Segue una logica in parte distinta la fattispecie, di nuovo conio, dell'art.453, comma 2 c.p. (fabbricazione indebita di quantitativi di monete in eccesso rispetto alle prescrizioni)¹⁶³ e la spendita di monete falsificate ricevute

norma incriminatrice sul furto, in quanto i dati e le informazioni non sono comprese nel concetto, pur ampio, di "cosa mobile" in essa previsto; ed ha ritenuto altresì «non necessaria la creazione di una nuova ipotesi di reato osservando che la sottrazione di dati, quando non si estenda ai supporti materiali su cui i dati sono impressi (nel qual caso si configura con evidenza il reato di furto), altro non è che una "presa di conoscenza" di notizie, ossia un fatto intellettuale rientrante, se del caso, nelle previsioni concernenti la violazione dei segreti. Ciò, ovviamente, a parte la punibilità ad altro titolo delle condotte strumentali, quali ad esempio, quelle di violazione di domicilio (art. 614 c.p.), eccetera».

161 G.FINOCCHIARO, *Le cripto-valute come elementi patrimoniali assoggettabili alle pretese esecutive dei creditori*, in Rivista di diritto processuale, 172019, 93

162 Cass., Sez. V, n. 32383/15.

163 Il d.lgs. n. 125/2016 ha attuato la direttiva n. 2014/62/UE sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI, aggiungendo all'art. 453, comma 2, c.p. un'ulteriore condotta penalmente rilevante, è integrata dalla indebita fabbricazione di quantitativi di monete in eccesso rispetto alle prescrizioni, da parte di chi sia legalmente autorizzato alla produzione, commessa con abuso degli strumenti o dei materiali nella disponibilità dell'autore del reato.

in buona fede (art. 457 c.p.). In ogni caso, ai fini che interessano, è rilevante il fatto che oggetto materiale dei falsi nummari sono solo le «*monete nazionali o straniere, aventi corso legale nello Stato o fuori*»¹⁶⁴.

Il **corso legale** corrisponde alla funzione, conferita dallo Stato, di qualsiasi specie metallica di costituire **mezzo di pagamento** per il valore legalmente attribuitole, con **efficacia liberatoria e solutoria ex lege** (non dunque su base consensuale) nei confronti del ricevente. All'efficacia solutoria *legale* di ogni obbligazione pecuniaria consegue l'**impossibilità per il creditore di rifiutarla ove offerta per adempiere un debito** (c.d. *corso forzoso*)¹⁶⁵.

In base all'art. 458, comma 1, c.p.: «*agli effetti della legge penale, sono parificate alle monete, le carte di pubblico credito*». Il secondo comma dell'art. 458 c.p. le identifica in «*quelle che hanno corso legale come moneta, le carte e cedole al portatore emesse dai Governi, e tutte le altre aventi corso legale emesse da istituti a ciò autorizzati*»¹⁶⁶.

164 La **moneta** è un disco di metallo, eventualmente provvisto di valore intrinseco (ove coniato con lega metallica pregiata), recante impressi particolari segni o impronte mediante i quali lo Stato ne garantisce l'autenticità e la provenienza da istituti autorizzati a coniarla. Il **valore nominale o convenzionale** della moneta è rappresentato dal diritto di credito verso l'emittente che essa incorpora.

165 Si tratta di due requisiti (*mezzo di pagamento ed efficacia liberatoria*) cumulativi che finiscono per riconnettere alla moneta l'obbligo di riceverla quale mezzo di pagamento (corso forzoso) per la sua riconosciuta efficacia estintiva dell'obbligazione. Sono pertanto esclusi dalla tutela penale tutti gli altri valori (anche ove idonei a svolgere, di fatto, la funzione di mezzo di pagamento) qualora non siano imposti dallo Stato come mezzo di pagamento con efficacia liberatoria. Nell'ordinamento italiano il valore legale della moneta si basa sugli artt. 1277, 1278 e 1279 c.c., nonché sull'art. 693 c.p. (che punisce con la sanzione amministrativa fino a 30 euro chiunque rifiuta di ricevere, per il loro valore, monete aventi corso legale nello Stato). Il principio del corso legale della moneta si fonda, inoltre, sugli artt. 128 del **Trattato di funzionamento dell'Unione europea** (TFUE) e 16 del **protocollo allegato n. 4** (Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea), in virtù dei quali le banconote emesse dalla Banca centrale europea e dalle banche centrali nazionali costituiscono le uniche aventi corso legale nell'Unione. La portata e gli effetti del corso legale delle banconote e delle monete in euro sono disciplinati dalla **Raccomandazione della Commissione n. 2010/191/UE, del 22 marzo 2010**. Se la moneta ha corso legale quando lo Stato che la conia le attribuisca la specifica funzione di mezzo di pagamento con efficacia liberatoria è anche vero che la conserva fintanto che un atto autoritativo di diritto pubblico non ponga espressamente la moneta fuori corso. Il requisito del corso legale non viene meno con il semplice ritiro della moneta, permanendo finché sia consentita la sua circolazione nei rapporti economici fra i privati e, quindi, sussista la possibilità che questa sia accettata come mezzo di pagamento; e questo anche quando, trattandosi di coniazione su metallo pregiato, il valore intrinseco della materia prima venga a superare il valore nominale della moneta che, a seguito del ritiro, può essere anche venuto meno. Per la lira, pur essendo stato introdotto dal 1 marzo del 2002 l'euro nel sistema monetario come valuta ufficiale della Repubblica Italiana, la vecchia moneta ha conservato la qualifica di corso legale sino al 2012, fino a quella data essendo stata consentita la possibilità della sua conversione in euro.

166 Le carte aventi corso legale come monete sono le **banconote ed i biglietti di Stato** (la c.d. carta moneta). Non è richiesta la loro falsificazione mediante l'utilizzo della carta filigranata (salvo la tematica del falso grossolano). Le carte e le cedole al portatore emesse dai governi sono i titoli di credito al portatore privi di corso legale e produttivi di interessi creati dallo Stato e degli Enti autorizzati (come la Banca d'Italia) con un atto ad efficacia normativa: si pensi alle cartelle di rendita al portatore, ai buoni del tesoro al portatore (titoli rap-

La tutela penale assiste le **monete straniere aventi corso legale nel territorio nazionale** come quelle che hanno detto corso legale **in qualunque altro Stato**¹⁶⁷. L'equiparazione alla moneta nazionale delle monete straniere consegue dalla Convenzione per la repressione del falso nummario, firmata a Ginevra il 29 aprile del 1929 e ratificata dall'Italia con il r.d. 20.6.1935 n. 1518. Occorre riflettere, in tal senso, sul fatto che da questa clausola, in caso di riconoscimento del corso legale in uno Stato riconosciuto delle criptomonete, potrebbe dunque scaturirne un indiretto riconoscimento anche nel nostro Stato.

presentativi del debito pubblico) e alle relative cedole. Le obbligazioni Iri, poiché emesse da istituto di diritto pubblico a ciò autorizzato, rientrano nella dizione delle carte di pubblico credito ai sensi dell'art. 458, comma 2, in quanto sono titoli al portatore e quindi parificabili alla moneta. La categoria residuale comprende, infine, «*tutte le altre carte aventi corso legale emesse da istituti a ciò autorizzati*». **Si tratta di categoria divenuta superflua dopo che è venuta meno la rilevanza del «corso commerciale»** della moneta, non esistendo più alcuna altra carta di istituti autorizzati che non sia carta-valore. L'elencazione della legge è tassativa; non rientrano tra le carte di pubblico credito i titoli nominativi, i titoli non emessi da un governo (tranne il caso di istituto autorizzato) ma dalle banche (si pensi agli assegni circolari) o dalle società di capitali e quelli emessi da governi non riconosciuti dallo Stato italiano. Non integra il reato di falso nummario, dunque, l'attività di creazione di monete o di carte di pubblico credito non realmente esistenti, né mai esistite nella storia dei rapporti economici, finanziari e commerciali.

167 Laddove il corso legale difetti, il fatto non può integrare i falsi nummari ex artt. 453 e ss c.p. ma altre ipotesi di reato (si pensi alla truffa o alla frode nell'esercizio del commercio, ove presenti gli altri requisiti). E' questo il caso della falsificazione, dell'uso o della spendita di una moneta pregiata da collezione, carente di corso legale, ma provvista di valore numismatico e di scambio ma anche rilevante. L'essenza dell'antigiuridicità del falso nummario, infatti, presuppone a concreta utilizzabilità della moneta contraffatta a fini di scambio commerciale.

6. Conclusioni: regolare o non regolare?

Con la Risoluzione del 26 maggio 2016 sulle valute virtuali (2016/2007(INI)) il Parlamento europeo ha offerto un ampio quadro delle *opportunità*¹⁶⁸ e dei *rischi*¹⁶⁹ legati alle valute virtuali e alla DLT (*distributed ledger technology*) nel panorama tecnologico in rapida evoluzione dei pagamenti. Passando dall'analisi alla proposta non sembra risolto il dissidio tra necessità di *rafforzare la capacità normativa di fronteggiare i rischi* - specie ove l'utilizzo di alcune applicazioni basate sulla DLT assuma un'importanza sistemica - con un *quadro giuridico solido al passo con le innovazioni e quella di evitare una regolamentazione precoce* inadatta ad una realtà ancora in evoluzione, che finisca per trasmettere al pubblico un messaggio errato sui vantaggi o sulla sicurezza delle monete virtuali. Dissidio irrisolto rivelato anche dall'invito ad adottare un approccio normativo proporzionato a livello di UE, in modo da non soffocare l'innovazione o aggiungere costi superflui in questa fase iniziale, pur affrontando seriamente i problemi di ordine normativo che potrebbero sorgere con l'uso diffuso delle valute virtuali e della DLT.

Nel 2017 il Parlamento Europeo ha varato una nuova Risoluzione¹⁷⁰ che ha

168 Tra essi la riduzione dei costi di transazione e dei costi operativi dei pagamenti, la riduzione del costo di accesso ai finanziamenti anche in assenza di un conto bancario tradizionale, il potenziamento della resilienza e, in funzione dell'architettura del sistema, della velocità dei sistemi di pagamento e degli scambi di beni e servizi, l'istituzione di sistemi che combinino la facilità di utilizzo, costi di transazione e operativi ridotti e un elevato grado di riservatezza, senza però l'anonimato totale, l'impiego di tali sistemi per sviluppare soluzioni sicure di micropagamento *online* che rispettino la riservatezza individuale, la possibilità di prevedere la fusione di diversi tipi di meccanismi di pagamento tradizionali e innovativi, dalle carte di credito alle soluzioni mobili, in un'unica applicazione sicura e di facile impiego.

169 Tra essi, l'assenza di strutture di *governance* flessibili ma resilienti e affidabili o di una definizione di tali strutture, l'elevata volatilità delle valute virtuali e il rischio di bolle speculative, nonché l'assenza di forme tradizionali di vigilanza regolamentare, garanzia e tutela, la capacità a volte limitata dei regolatori nell'ambito delle nuove tecnologie, che può ostacolare la definizione tempestiva di garanzie adeguate volte ad assicurare il funzionamento corretto e affidabile delle applicazioni basate sulla DLT qualora esse si sviluppino in misura tale da acquisire un'importanza sistemica, o anche prima che ciò avvenga, l'incertezza giuridica che circonda le nuove applicazioni basate sulla DLT, il consumo energetico di alcune valute virtuali, mancanza di documenti tecnici sufficientemente trasparenti e di facile consultazione riguardanti il funzionamento di valute virtuali specifiche e di altri sistemi basati sulla DLT, potenziali fonti di instabilità finanziaria che potrebbero essere associate a prodotti derivati a causa di una scarsa comprensione delle caratteristiche delle valute virtuali, potenziali limitazioni nel lungo termine per quanto riguarda l'efficacia della politica monetaria qualora sistemi privati di valute virtuali fossero ampiamente utilizzati come sostituti della valuta a corso legale ufficiale, le possibilità di transazioni sul "mercato nero", riciclaggio di denaro, finanziamento di attività terroristiche¹, frode ed evasione fiscale e altre attività criminali basate sulla "pseudonimia" e i "servizi misti" offerti da alcuni dei servizi in questione e la natura decentrata di alcune valute virtuali, senza dimenticare che la tracciabilità delle transazioni in contante tende a essere ancora più limitata;

170 Parlamento Europeo, *Tecnologia finanziaria: influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario*, n. P8_TA-PROV(2017)0211, 17 maggio 2017

ribadito la necessità di un equilibrio tra legislazione, regolamentazione e vigilanza, da un lato, e gli incentivi per una protezione innovativa di consumatori e investitori e la stabilità finanziaria, dall'altro. La normativa dovrebbe assicurare condizioni di parità tra gli operatori, migliorando la facilità di accesso sul mercato e impedendo l'arbitraggio regolamentare tra gli Stati membri e tra gli statuti giuridici, attenendosi ad approccio basato sui rischi, in condizioni di neutralità tecnologica e di uniformità delle norme, a parità di servizi e di rischi, indipendentemente dal tipo di entità giuridica o di ubicazione nell'Unione Europea.

Non sfugge al Parlamento europeo il potenziale impatto delle valute virtuali sui sistemi finanziari e, in particolare, sulla possibile "minaccia" delle valute virtuali private al monopolio delle banche centrali sull'emissione monetaria¹⁷¹.

La delicata condizione di equilibrio (o di attendismo) resta anche nella valutazione della Commissione europea, orientata ad evitare un approccio regolamentare prima del 2019.

Anche la Direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo e Del Consiglio del 30 maggio 2018 non ha mancato di richiamare ai fini dell'antiriciclaggio e del contrasto del finanziamento del terrorismo (AML/CFT), le autorità competenti a potenziare la propria capacità di monitorare, attraverso i soggetti obbligati, l'uso delle valute virtuali, in modo da consentire un approccio equilibrato e proporzionale, salvaguardando i progressi tecnici e l'elevato livello di trasparenza raggiunto in materia di finanziamenti alternativi e imprenditorialità sociale.

La speranza è che le ragioni dell'inerzia normativa dei regolatori europei non vengano abusate da coloro che individuano nel settore una zona franca, quale area incontrollata di azioni predatorie oltre che di accumulo e nascondimento di capitali illeciti.

171 Cfr. Parlamento europeo, *Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead*, *Monetary Dialogue* July 2018

Bibliografia essenziale

- G. P. ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle "criptovalute" (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in Archivio Penale, 2018/1
- G. ARANGÜENA, *Bitcoin: una sfida*, in «Diritto mercato tecnologia», gennaio/marzo 2014
- R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II), fasc. 1, 1 febbraio 2017, 27
- S. CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015
- G. COSTA, *Profili fiscali delle operazioni di acquisto e di vendita di Bitcoin*, *Giurisprudenza e attualità in materia tributaria*, in Rivista dei Dottori Commercialisti, 3/2017
- L. D'AGOSTINO, *Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 90/2017*, in Rivista di Diritto Bancario, 1/2018
- M. DA ROLD, *Innovazione tecnologica ed implicazioni penalistiche. Le monete virtuali*, in Giurisprudenza penale, 2/2019.
- E. FERRARI, *Bitcoin e criptovalute: la moneta virtuale tra fisco e antiriciclaggio*, in Fisco, 2018, 861
- G. FINOCCHIARO, *Le cripto-valute come elementi patrimoniali assoggettabili alle pretese esecutive dei creditori*, in Rivista di diritto processuale, 1/2019
- G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, Dir. Inf., 2015, 415
- G.L. GRECO, *Valute virtuali e valute complementari, tra sviluppo tecnologico e incertezze regolamentari*, Rivista di Diritto bancario, 3/19
- P. IEMMA - N. CUPPINI, *La Qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute diffidenze*, in diritto bancario.it, marzo 2018
- L. LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento, Focus sulle valute virtuali*, in Analisi Giuridica dell'Economia, 1/2015, 201

- R. LUCEV e F. BONCOMPAGNI, *Criptovaluta e profili di rischio penale nell'attività degli exchanger*, in Giurisprudenza Penale, 2018, 3
- D. MAJORANA, *Disciplina giuridica e fiscale delle criptovalute: sfida la legislatore dal web*, in Corriere Tributario n. 8 del 2018, p. 630
- M. MANCINI, *Valute Virtuali e Bitcoin*, in Analisi Giuridica dell'Economia, 1/2015, 117
- F. MURINO, *il conferimento di token e di criptovalute nelle s.r.l.*, in Società, 2019
- G. O. MANNELLA, *E' possibile utilizzare Bitcoin per pagare il prezzo d una compravendita?*, in Quotidiano giuridico, 7.5.2018
- N. PASSARELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio*, in www.sicurezzanazionale.gov, 15 novembre 2016
- M. PASSARETTA, *Bitcoin: il Leading Case italiano*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.4, 2017, pag. 471
- M.L. PERUGINI, C. MAIOLI, *Bitcoin tra moneta virtuale e commodity finanziaria*, 2014, in [http:// papers.ssrn.com/sol3/papers.cfxn?abstract_id=2526207](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfxn?abstract_id=2526207)
- A. PLATEROTI, *Banche centrali, guerra ai Bitcoin*, in Il Sole 24 Ore, 24 febbraio 2017
- N. VARDI, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin*, Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II), fasc. 3, 2015, 443

La deontologia del Commercialista
nelle procedure concorsuali.
di **Giorgio Luchetta**¹

* * *

Nel ringraziare gli organizzatori del convegno² per l'opportunità di approfondire l'interessante tema della deontologia professionale applicata al complesso campo delle procedure concorsuali non posso fare a meno di evidenziare, in prima battuta, come la deontologia debba intendersi nella sua accezione di etica applicata alle concrete situazioni che il professionista incontra nell'esercizio della sua attività: lungi dall'essere mera speculazione teorica, le norme deontologiche rappresentano piuttosto un efficace strumento di orientamento del comportamento del Commercialista laddove, come questo è il caso, delicati e complessi appaiono i compiti che tale professionista è chiamato a svolgere nella sua attività.

Mi preme evidenziare, subito, che il Codice Deontologico, nell'enunciare i principi etici fondamentali cui ispirare l'esercizio dell'attività professionale, indica innanzitutto che *“il professionista ha il dovere e la responsabilità di agire nell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione”* e che *“soltanto nell'interesse pubblico egli potrà soddisfare le esigenze del proprio cliente”*. In effetti l'**interesse pubblico al corretto esercizio della professione**, inteso come l'insieme dei benefici che la collettività riceve dalle prestazioni fornite dai professionisti, costituisce uno dei capisaldi della normativa deontologica perché inquadra perfettamente la valenza generale della Professione quale soggetto che concorre alla tutela della correttezza dei comportamenti economici nel mercato.

Tale principio - fondamentale nell'esercizio di qualsiasi professione intellettuale - lo diviene ancor di più laddove, come accade nelle procedure concorsuali, il Commercialista, in qualità di curatore, è chiamato a collaborare con l'autorità giudiziaria nella realizzazione di una procedura che sia corretta e coerente con le finalità stabilite dalla legge.

In tal senso potremmo dire che l'interesse pubblico al corretto esercizio della

¹ Consigliere Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili Delegato alla Deontologia

² ndr. Convegno “Il Potere & la Corruzione” tenutosi a Rimini, Sala Manzoni, nelle giornate del 23-24 novembre 2018 - 10° evento sulla trasparenza, organizzato da AIDC - Sezione Rimini

professione in questo caso viene conseguito attraverso una gestione da parte del curatore che, sotto la direzione dell'autorità giudiziaria, realizzi le finalità proprie della procedura, vale a dire l'interesse al maggior realizzo possibile da parte di coloro che vantano un diritto di credito nei confronti della procedura.

Sarà mia cura, dunque, illustrare di seguito le regole etiche fondamentali dirette a orientare il comportamento di ogni buon professionista allorché venga chiamato a svolgere tale ruolo, svolgendo alcune altre considerazioni in riferimento agli ulteriori incarichi professionali rinvenibili nell'ambito dell'attuale disciplina della crisi e dell'insolvenza.

Profili deontologici dell'incarico di curatore fallimentare

In tema di curatela è utile, innanzitutto, ricordare che, seppur gli interventi di riforma hanno fortemente valorizzato i profili privatistici della procedura d'insolvenza, questa risulta essere ancora connotata da una forte componente pubblicistica.

Tale profilo pubblicistico peraltro si riflette nella individuazione, in capo al professionista-curatore, di determinate responsabilità, finanche di tipo penale.

Partiamo dal dato normativo. Apro qui una parentesi solo per ricordare che il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza contenuto nel D.lgs. n. 14/2019, che ha riformato la disciplina delle procedure concorsuali, entrerà in vigore, salvo talune disposizioni già vigenti, nell'agosto del 2020. Attualmente, dunque, trovano ancora applicazione le regole contenute nel Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (cd. Legge fallimentare); pertanto nel declinare i temi oggetto del mio intervento farò riferimento alle disposizioni di entrambi i provvedimenti.

L'art. 30 della L. fall. come anche il più recente art. 127 del Decreto legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019 (cd. Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa) attribuiscono espressamente al curatore la qualifica di pubblico ufficiale³.

Come noto, tale qualifica ha subito una evoluzione che ha visto spostare via via l'attenzione dal ruolo formale del soggetto (tradizionalmente inquadrato

³ Vd. art. 30 l. fall.:

“Qualità di pubblico ufficiale.

Il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale.”.

Con riferimento a tale qualifica si evidenzia che l'art. 357 cod.pen. prevede che *“Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa”* precisando altresì che *“Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.*

all'interno dell'amministrazione pubblica) alla sua funzione. In tal senso la giurisprudenza ha chiarito⁴ che *“per la definizione di pubblico ufficiale è irrilevante la qualifica formale del soggetto essendo tale non solo colui che è chiamato direttamente ad esplicare da solo o in collaborazione con altri mansioni proprie dell'autorità, ma anche colui che è chiamato a svolgere attività pur non immediatamente rivolte ai fini dell'ufficio, ma aventi carattere accessorio, sussidiario purché attinenti all'attuazione dei fini medesimi.”.* In altri termini può assumere la qualifica di 'pubblico ufficiale' non solo il soggetto che sia dipendente pubblico, ma anche un lavoratore dipendente ovvero, come nel caso che in questa sede interessa, un privato professionista incaricato dello svolgimento di compiti che sono espressione di un pubblico potere.

In effetti il professionista che svolge l'attività di curatore è chiamato a rivestire una funzione particolarmente rilevante nella tutela di interessi generali inerenti non solo il corretto esercizio della professione ma anche la tutela del mercato e di una sana economia (attraverso la corretta gestione di procedure dirette al soddisfacimento di coloro che hanno ricevuto un danno dall'insolvenza dell'imprenditore, nonché alla salvaguardia delle realtà produttive).

In conseguenza di ciò, il curatore, oltre a essere assoggettato a specifiche ipotesi di responsabilità penale connesse alla suddetta qualifica (si pensi ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione quali ad es. peculato, concussione, corruzione, etc.) è assoggettato ad una responsabilità disciplinare interna alla procedura. L'articolo 37 della legge fallimentare come anche il più recente art. 134 del citato Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa prevede, infatti, che il tribunale possa, in ogni momento, su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d'ufficio, revocare il curatore con decreto motivato.

A tale responsabilità si affianca la rilevanza, sotto il profilo disciplinare, di ogni condotta tenuta dal curatore-professionista che configuri una violazione delle norme deontologiche professionali stabilite dall'Ordine professionale di appartenenza.

L'attività del curatore, svolta da un privato nell'ambito della propria attività professionale in qualità di pubblico ufficiale, ha, dunque, una duplice natura per la quale si rende possibile profilare, in capo a quest'ultimo, non solo una responsabilità disciplinare propria della procedura d'insolvenza (responsabilità che, come già evidenziato, può comportare, come estrema conseguenza, la revoca dell'incarico) ma anche una responsabilità disciplinare nell'ambito dell'Ordine professionale di appartenenza.

⁴ Cass. Pen. Sez. VI, sent. n. 10581 del 10 dicembre 1983.

A conferma di ciò la Cassazione con la sentenza n. 15030 del 15 luglio 2005 ha avuto modo di evidenziare che *“il curatore, pur non svolgendo attività di libero professionista, e cioè attività che abbia la sua fonte in un contratto d’opera professionale privatistico, certamente svolge un’attività che rientra a pieno titolo tra quelle riservate per legge alla sua professione. Conseguenza di ciò è che, accanto ad una responsabilità disciplinare interna alla procedura fallimentare a carico del curatore ... lo stesso è soggetto ad una responsabilità disciplinare da parte del suo Ordine, nel caso di infrazioni disciplinari ..., mentre ciò non sarebbe concepibile se l’attività di curatore non costituisse, anche una forma di esplicazione dell’attività professionale propria della professione al cui albo è iscritto il professionista.”*

Ciò premesso, mi preme svolgere, in questa sede, alcune considerazioni proprio con riguardo a tale specifico profilo di responsabilità, quella disciplinare, individuata in capo al curatore in quanto soggetto iscritto nell’albo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili e dunque assoggettato alla normativa deontologica prevista dalla nostra Professione.

Ora, con riferimento alla deontologia professionale dei Commercialisti, si deve evidenziare che nel nostro codice deontologico non sono riscontrabili norme specificamente destinate ai casi di espletamento dell’incarico di curatela in quanto il Codice deontologico adottato dalla nostra categoria ha un approccio *cd. principle based*, ossia è caratterizzato dall’enunciazione di principi generali valevoli per ogni tipologia di incarico espletato; pertanto la correttezza della condotta del professionista-curatore deve essere definita alla luce dei principi generali di probità, dignità e decoro ivi presenti.

Proporrò pertanto di seguito una breve rassegna di tali principi e doveri declinandoli secondo la specifica attività che oggi interessa approfondire in modo da meglio inquadrare la figura del curatore nel contesto in cui l’ordinamento giuridico l’ha istituita.

Sotto il profilo deontologico il commercialista è assoggettato, innanzitutto, al dovere di integrità e obiettività previsti, rispettivamente, dagli **articoli 6 e 7** del codice deontologico. In quanto curatore, vale a dire preposto, ai sensi dell’articolo 31 della legge fallimentare nonché dell’art. 128 del Codice della crisi e insolvenza dell’impresa, alla amministrazione (nonché conservazione e custodia) del patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale sotto la vigilanza del Giudice Delegato al fine di realizzare la tutela dei creditori, il professionista è chiamato ad agire con assoluta correttezza e imparzialità di giudizio, in modo da indirizzare la propria attività unicamente verso la ricerca della verità. Il rispetto

del dovere di obiettività, inteso come imparzialità e realismo nonché assenza di pregiudizi e interessi capaci di influenzare il giudizio del professionista, implica per il commercialista il dovere di agire nell’esclusivo interesse della procedura.

Come può osservarsi, dunque, obiettività e integrità professionale sono i principi preminenti alla base della condotta professionale. Peraltro l’obiettività (in quanto atteggiamento mentale) non può essere soggetta a verifica esterna, e, d’altra parte, l’integrità non può venire valutata in anticipo. Pertanto il principale modo in cui il commercialista può dimostrare ai terzi che la sua prestazione professionale è compiuta secondo tali principi è di comportarsi, di fatto e agli occhi di terzi, in modo obiettivo, imparziale e indipendente. Possiamo dunque dire che il **dovere di indipendenza**, disciplinato dall’**art. 9** del Codice, appare essere strettamente connesso ai principi di obiettività e integrità; anzi potremo meglio dire che ne costituisce la principale misura.

Il rispetto del principio di indipendenza implica, per il professionista, il dovere di evitare di assumere qualsiasi interesse di qualsiasi natura nell’ambito della procedura in cui opera in qualità di curatore. A iniziare dagli interessi di natura economica: è doveroso sottolineare, infatti, come al curatore spetti esclusivamente il compenso liquidato dall’autorità giudiziaria mentre non gli è consentito in alcun modo accettare, sotto qualsiasi forma, altra retribuzione ovvero altro compenso da parte di soggetto diverso dal tribunale. Allo stesso modo il professionista-curatore non deve assumere interessi personali nella procedura: ad esempio non può concorrere all’acquisto dei beni rientranti nel patrimonio fallimentare (neanche per interposta persona) nonché svolgere attività di assistenza di soggetti terzi aventi in oggetto l’acquisto dei suddetti beni. E’ di tutta evidenza che tali divieti assolvono allo scopo di prevenire situazioni di conflitto di interessi che possano pregiudicare il corretto conseguimento di ricchezza da destinare al soddisfacimento dei creditori concorrenti.

Sempre con riferimento al dovere di indipendenza, è opportuno evidenziare che, ai sensi del comma 5 del citato articolo 9, il Commercialista deve evitare che *“dalle circostanze un terzo possa presumere la mancanza di indipendenza; a tal fine il professionista dovrà essere libero da qualsiasi legame di ordine personale, professionale o economico che possa essere interpretato come suscettibile di influenzare la sua integrità o la sua obiettività”*. In altri termini il rispetto dei principi e dei doveri deontologici non deve soltanto sussistere ma deve anche apparire, ossia deve essere percepito e percepibile all’esterno, nella comune considerazione di coloro che sono a contatto con la procedura.

Il rispetto del profilo dell’indipendenza formale non è di poco conto nell’ambito dello svolgimento dell’incarico professionale, perché ha a che fare con la

percezione pubblica di una soglia oltre la quale l'indipendenza può essere messa in discussione da un terzo ragionevole e informato.

Pertanto il Commercialista che si appresti ad assumere l'incarico di curatela è chiamato a valutare il rischio di compromissione della propria indipendenza in considerazione di tutte le circostanze, soggettive ovvero oggettive, concretamente emergenti nella specifica situazione e che possono costituire minacce o rischi per la sua obiettività.

In concreto, pertanto, ad integrazione e specificazione di quanto già previsto dalla legge che:

- all'art. 358 del Codice della crisi e insolvenza dell'impresa dispone espressamente il divieto di nomina a curatore per il coniuge, coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, il convivente di fatto, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con la procedura
- all'art. 125 del Codice della crisi e insolvenza dell'impresa, per effetto del rinvio operato all'art. 35, co. 4-*bis* del D.lgs. n. 159/2011 vieta di assumere l'ufficio di curatore ai soggetti legati da rapporto di coniugio, unione civile o convivenza di fatto, parentela entro il terzo grado o affinità entro il secondo grado con magistrati addetti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il magistrato che conferisce l'incarico, nonché coloro i quali hanno con tali magistrati un rapporto di assidua frequentazione (intendendo per "frequentazione assidua" quella derivante da una relazione sentimentale o da un rapporto di amicizia stabilmente protrattosi nel tempo e connotato da reciproca confidenza, nonché il rapporto di frequentazione tra commensali abituali)

la norma deontologica impone al Commercialista di effettuare comunque, in occasione dell'assunzione dell'incarico di curatore, una valutazione del rischio di compromissione dell'indipendenza con riferimento al caso concreto, valutando, ad esempio, l'eventuale presenza degli ulteriori rapporti, non espressamente individuati dal legislatore, che potrebbero generare una minaccia alla sua indipendenza e obiettività di giudizio. Il Commercialista è, in questi casi, tenuto a considerare tali circostanze al fine di valutare se sia o meno doveroso astenersi dall'assumere l'incarico.

Proseguendo nella rassegna dei principi deontologici generali dobbiamo certamente fare un riferimento al dovere di competenza e diligenza professionale. Alla luce dell'**articolo 8** del codice deontologico, che impone al professionista di svolgere la sua attività con **competenza, diligenza** e mantenendo adeguato il **livello di qualità della prestazione** erogata, si può affermare che, in qualità di

curatore, cui spetta il compito di compiere gli atti di concreta amministrazione del patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale sotto la vigilanza del Giudice Delegato e del comitato dei creditori, il Commercialista dovrà avere una preparazione tecnica particolarmente qualificata in materia non solo di economia aziendale, di contabilità ma anche di diritto societario nonché adeguata conoscenza delle varie fasi della procedura.

Il mantenimento della competenza peraltro si concretizza, per i commercialisti, anche attraverso l'obbligo deontologico di formazione professionale continua.

Come noto, l'obbligo di formazione professionale costituisce, innanzitutto, un obbligo di legge introdotto per i commercialisti ben prima della costituzione dell'albo dei curatori previsto dall'art. 356 del Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa. Peraltro tale obbligo appare più intenso e incisivo del mero obbligo di aggiornamento biennale previsto dalla citata disposizione. In tale ambito, le norme deontologiche intervengono (come sempre a integrare il dettato normativo) evidenziando come l'obbligo di formazione continua al quale il Commercialista è assoggettato per legge è diretto ad assicurare (attraverso l'espletamento di un monte ore minimo di attività formativa periodica) il mantenimento di un adeguato livello di competenze tecniche economico-giuridiche e che l'assolvimento di tale monte minimo di ore, in ogni caso, non esonera il professionista dalle ulteriori attività formative, con particolare riferimento ai settori di specializzazione e a quelli di attività prevalenti, laddove tale ulteriore attività formativa si renda necessaria dalla natura dello specifico incarico professionale in concreto assunto.

Sotto questo profilo, mi si consenta di dire, che l'iscrizione nell'Albo professionale appare garantire, in modo più stringente ed efficace, la sussistenza, in capo al soggetto che assume l'incarico di curatela, della doverosa e adeguata competenza e perizia.

Sotto il profilo della diligenza, gli artt. 136 del Codice della crisi e dell'insolvenza come anche l'art. 38 L. fall. prescrivono il dovere per il curatore di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico; in questo senso, è ormai opinione condivisa, che si richieda al curatore di compiere i doveri inerenti il suo ufficio con la diligenza non ordinaria del buon padre di famiglia (art. 1176, 1° co., cod. civ.) ma con una diligenza che, dovendosi applicare ad un incarico tecnicamente complesso, sia professionalmente qualificata (art. 1176, 2° comma, cod.civ.).

Sotto il profilo deontologico, costituisce una diretta e specifica applicazione del dovere di diligenza professionale, l'obbligo, a carico del Commercialista:

- di dedicare a ciascuna questione esaminata la cura e il tempo necessari, al fine di acquisire una sufficiente certezza prima di effettuare le attività inerenti l'incarico professionale;
- di dotarsi di una organizzazione materiale e personale adeguata e coerente con le necessità imposte dalla tipologia dell'incarico.

In tal senso è opportuno evidenziare che, per espressa previsione deontologica, il Commercialista-curatore dovrà assicurare il rispetto del dovere di competenza e diligenza anche da parte dei propri collaboratori che lo assistano nella procedura fallimentare (ad esempio in qualità di coadiutori e delegati).

Proseguendo nella rassegna, il Commercialista-curatore è chiamato, ai sensi dell'articolo 10 del Codice deontologico, a garantire il doveroso **riserbo e riservatezza** sulle informazioni relative all'incarico salvo che egli abbia il diritto o il dovere di comunicarle in conformità alla legge. Tale principio accorre ad integrare il precetto di legge che già dispone a carico del professionista precisi obblighi di mantenimento della riservatezza e segreto professionale.

Si tratta di un profilo rilevante e delicato: si pensi, ad esempio, all'obbligo del debitore assoggettato alla procedura di liquidazione giudiziale di consegnare al curatore la corrispondenza di ogni genere, inclusa quella elettronica, riguardante i rapporti compresi nel fallimento; in tal caso il dovere di riservatezza che grava sul curatore costituisce l'unica garanzia alla privacy del fallito. La norma deontologica, in tale ambito, aiuta a inquadrare il precetto di legge in modo più chiaro e a meglio circostanziarlo, prevedendo in particolare:

- il divieto di utilizzare le informazioni acquisite nello svolgimento dell'incarico professionale per ottenere vantaggi personali o di terzi;
- un preciso obbligo di vigilanza da parte del Commercialista sui propri collaboratori, dipendenti e tirocinanti in riferimento al rispetto del dovere di riserbo e riservatezza sulle informazioni inerenti l'incarico di curatela.

Non ultimo appare il **dovere di comportamento professionale** (di cui all'articolo 11 del Codice deontologico) cui il Commercialista deve improntare il proprio operato. Tale dovere impone al professionista di agire in modo da assicurare la conformità della sua condotta all'onore, dignità e decoro della Professione, astenendosi dal compiere qualsiasi azione che possa arrecare discredito al prestigio dell'Ordine professionale cui appartiene.

Declinando tale principio in riferimento allo specifico incarico di curatore, potremmo ad esempio individuare la commissione di un illecito disciplinare da parte del Commercialista-curatore che sollecitasse all'autorità giudiziaria l'affidamento di altri incarichi di curatela.

Esaurita la breve disamina dei **principi deontologici generali**, mi preme sottolineare che il Codice deontologico dispone ulteriori norme che possono ancora utilmente soccorrerci nel delicato compito di delineare, in capo al Commercialista, il comportamento eticamente più corretto nell'espletare l'incarico di curatore.

In effetti il Codice deontologico individua una serie di norme, improntate ai citati principi generali, per regolare i rapporti professionali del Commercialista in ogni suo ambito.

Ad esempio sono previste alcune importanti norme in riferimento alla condotta che il professionista deve tenere nei **rapporti con l'autorità giudiziaria**: in particolare questi deve comportarsi con rispetto delle pubbliche funzioni, senza assumere atteggiamenti in contrasto con la propria dignità professionale e all'insegna del reciproco rispetto. Tale precetto appare particolarmente significativo laddove il Commercialista assolva all'incarico di curatore, considerato il delicato equilibrio, nel rapporto tra questi e il giudice delegato, in ordine alla individuazione delle rispettive attribuzioni, competenze e, conseguentemente dei doveri (anche in vista della valutazione delle rispettive responsabilità). In altri termini, il Commercialista, chiamato a svolgere l'incarico di curatore, non deve confondere la propria funzione con quella del giudice delegato, rispettando i diversi ambiti di competenza.

Non meno rilevante appare la norma che regola i **rapporti con le altre professioni**, che impone al Commercialista di comportarsi con reciproco rispetto e salvaguardando sempre le specifiche competenze. Tale precetto deontologico appare, infatti, di ausilio nell'orientare il commercialista che, in qualità di curatore, abbia rapporti con iscritti in altri albi professionali.

Il mancato rispetto di tutti i precetti sopraindicati da parte del Commercialista-curatore, anche laddove il suo comportamento non provochi un danno alla procedura, sarà sempre rilevante ai fini della individuazione di un illecito disciplinare. In tal senso il Commercialista sarà comunque oggetto di specifico intervento da parte del giudice disciplinare che è appunto chiamato ad accertare la responsabilità disciplinare del professionista.

L'esercizio dell'azione disciplinare, volta a rimediare alla violazione dei precetti deontologici posti a salvaguardia del corretto esercizio professionale, e dunque di posizioni ed interessi non strettamente particolari ma di valenza generale, consente oggi di affermare che la presenza di un quadro normativo deontologico di riferimento per il curatore concorre, sia pure indirettamente, a garantire anche quei valori a protezione dei quali la disciplina della crisi e insolvenza si pone, a beneficio dei soggetti coinvolti e, in ultima analisi, della collettività intera.

Altri incarichi nell'ambito delle procedure concorsuali

Come già evidenziato in premessa, nell'ambito delle procedure concorsuali molteplici sono i ruoli che il commercialista, in qualità di esperto interprete di accadimenti aziendali, può essere chiamato a rivestire, in aggiunta a quello, già commentato, di curatore.

A partire dalle molteplici attestazioni che può rendere in tale ambito.

Ad esempio il Commercialista **può essere chiamato a redigere la relazione giurata di stima di cui, rispettivamente, agli artt. 124 L. fall. e all'art. 87 del Codice della crisi e insolvenza dell'impresa e di cui 160 della L. fall.** (si tratta della relazione giurata di stima rispettivamente, resa nell'ambito rispettivamente del concordato fallimentare e del concordato preventivo).

Come è noto, lo scopo della relazione di stima di cui ai citati articoli è di informare i creditori e l'autorità giudiziaria sul valore di mercato, effettivamente ricavabile a prezzi di realizzo con la liquidazione coattiva fallimentare, dei beni e dei diritti del debitore sui quali sussiste una causa di prelazione a favore dei creditori.

Ora, in riferimento a tale specifico ruolo, in aggiunta a quanto già osservato sui principi deontologici generali, mi pare opportuno effettuare alcune precisazioni in particolare sul **dovere di competenza e diligenza** che grava sul Commercialista impegnato in tale specifica prestazione professionale.

In effetti tale dovere impone al Commercialista di svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione secondo quanto richiesto dalla prassi professionale e dai principi di comportamento approvati dal Consiglio Nazionale. Agirà dunque in modo corretto il Commercialista che, nell'effettuare la relazione estimativa sopraindicata, si avvarrà delle indicazioni fornite dal Consiglio Nazionale in riferimento, ad esempio, al contenuto della relazione e ai criteri di valutazione a tal fine utilizzati. Sarà concreta applicazione del dovere di diligenza, inoltre, il comportamento del Commercialista-stimatore che, laddove la concreta valutazione dei singoli beni dovesse investire professionalità tecniche specifiche, si avvalga, a sua volta, delle prestazioni professionali di ingegneri, architetti, geometri, ecc. di volta in volta da individuarsi in relazione alla natura del bene da stimare (terreni edificabili, fabbricati a destinazione speciale, programmi software, ecc.); ferma restando, in ogni caso, la responsabilità in capo al Commercialista per le valutazioni oggetto di giuramento.

Particolare attenzione merita, altresì, il ruolo del **Commercialista chiamato ad operare nell'ambito della composizione negoziale delle situazioni di crisi dell'impresa**. In effetti la riformata disciplina del concordato preventivo insieme con gli istituti degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall* e

art. 68 del Codice della crisi e insolvenza e del piano di risanamento stragiudiziale attestato di cui all'art. 67, terzo comma, *lett. d)*, ha portato alla ribalta il ruolo del professionista che, con la sua competenza e professionalità, nonché indipendenza è chiamato a fornire un contributo giuridico-aziendalistico decisivo per il superamento delle difficoltà economiche e finanziarie che coinvolgono l'imprenditore.

Tale accrescimento del ruolo del professionista comporta, di conseguenza, anche un rafforzamento dei relativi doveri deontologici. In particolare sotto il profilo della **competenza professionale**, il Commercialista, nell'occuparsi delle ristrutturazioni dei debiti aziendali nonché del risanamento dell'esposizione debitoria, dovrà poter contare:

- sia su una solida preparazione giuridica, al fine di individuare le soluzioni che meglio si conciliano con la crisi dell'impresa
- sia su adeguate competenze in materia aziendalistica, allo scopo di poter valutare l'aleatorietà di tutti gli strumenti in suo possesso e l'impatto delle varie alternative possibili al fine di superare le difficoltà in cui l'imprenditore può venirsi a trovare.

La responsabilità disciplinare

Prima di concludere, mi preme di svolgere ancora qualche riflessione sugli effetti della violazione delle citate norme deontologiche.

Come già evidenziato, i precetti deontologici assumono, nell'Ordinamento professionale, valenza di norme cogenti che comportano, in presenza di una loro violazione, il nascere in capo all'iscritto all'Ordine, di una specifica responsabilità di tipo disciplinare. In tal senso, è appena il caso di ricordare che le norme deontologiche non sono 'fuori' dall'Ordinamento giuridico professionale ma sono in esso contenute e di esso fanno parte. Come anche affermato dalla Cassazione con la sentenza n. 26810 del 20 dicembre 2007, tali precetti hanno natura di **norme giuridiche integrative del precetto legislativo**; pertanto la loro violazione determina in capo all'iscritto nell'Albo una responsabilità di natura disciplinare, il cui accertamento è rimesso al giudice disciplinare, chiamato a valutarne la condotta e a individuare, tra le sanzioni previste dall'ordinamento professionale, quella adeguata da applicare alla concreta fattispecie.

Per quanto riguarda l'Ordinamento professionale dei Commercialisti, tale impianto trova conferma nell'art. 49, co. 1, del decreto legislativo n. 139 del 28 giugno 2005 – recante Costituzione dell'Ordine dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili a norma dell'art. 2 della Legge 24 febbraio 2005 n. 34 –, che prevede espressamente che *“Il procedimento disciplinare nei confronti dell'i-*

scritto all'Albo è volto ad accertare la sussistenza della responsabilità disciplinare dell'incolpato per le azioni od omissioni che integrino violazione di norme di legge e regolamenti, del codice deontologico, o che siano comunque ritenute in contrasto con i doveri generali di dignità, probità e decoro, a tutela dell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione". In tal senso il Consiglio nazionale (ai sensi dell'art. 29, co. 1, lett. c) del citato decreto) ha il compito di adottare e aggiornare il codice deontologico della professione nonché di disciplinare, con propri regolamenti, l'esercizio della funzione disciplinare sia a livello nazionale che territoriale. Parimenti l'art. 50, co. 6, del medesimo provvedimento stabilisce una responsabilità disciplinare per fatti, ascrivibili al professionista, che seppur non riguardanti l'attività professionale si riflettano comunque sulla reputazione professionale o compromettano l'immagine e la dignità della categoria; l'articolo 52, infine, individua le sanzioni (censura, sospensione fino a due anni e la radiazione dall'Albo professionale) da applicare, rimettendo al giudice disciplinare (artt. 49 e ss del D.lgs. n. 139/2005) la valutazione del singolo caso e la comminazione della sanzione adeguata.

Come può osservarsi, dunque, l'Ordinamento professionale non solo vincola, attraverso i precetti deontologici, il Commercialista che assuma incarichi nell'ambito di procedure concorsuali in merito ad una condotta improntata a principi di lealtà, correttezza, obiettività, competenza, diligenza e riservatezza ma provvede ad individuare:

- sia l'apparato sanzionatorio all'interno del quale individuare la sanzione adeguata da comminare nel caso di violazione del precetto deontologico
- sia il soggetto preposto a dare avvio all'azione disciplinare.

In altri termini potremmo così riassumere:

- il comportamento del Commercialista che rivesta un qualsiasi ruolo nell'ambito di una procedura concorsuale, laddove sia qualificabile come illecito disciplinare, è attenzionato dall'Ordinamento professionale al fine di rimediare a quel disvalore etico-giuridico che la violazione del precetto deontologico ha determinato a tutela del decoro della Professione stessa;
- la responsabilità che ne consegue, come detto di tipo disciplinare, ha una propria autonomia rispetto ad altri profili di responsabilità (ad esempio, responsabilità civile, responsabilità penale, etc.); tuttavia, insieme ad esse concorre, attraverso la repressione di condotte che si caratterizzano in abusi e mancanze commessi nell'espletamento dell'incarico assunto, alla tutela di interessi di valenza generale riconducibili, nello specifico, al corretto esercizio della professione e dunque, in ultima analisi, alla tutela della correttezza dei comportamenti dei professionisti in qualità di operatori economici sul mercato.

Conclusioni

Mi piace concludere questo breve intervento ribadendo con forza che, lungi dal costituire una mera speculazione teorica, le norme deontologiche assumono una valenza fondamentale per inquadrare correttamente il ruolo svolto dal Commercialista nell'ambito delle procedure concorsuali, sia perché concorrono ad assicurare il contributo di competenze tecniche e professionali che tale Professione fornisce nello svolgimento degli incarichi all'interno di tali procedure, sia perché contribuiscono a contrastare quei comportamenti che, costituendo un disvalore etico e giuridico, ostacolano la corretta realizzazione della procedura, a tutela della correttezza dei comportamenti economici e del mercato.

