

“MONETA VIRTUALE COME STRUMENTO FINANZIARIO?”

Per affrontare il tema di cui al titolo, occorre sicuramente partire da cosa si intende per moneta virtuale.

La moneta virtuale è sempre stata vista in contrapposizione alla moneta legale, quindi come una sorta di moneta privata: da questo punto di vista la creazione di una moneta privata è un fenomeno che è sempre esistito: la moneta privata nasce nel momento in cui un individuo decide di contrassegnare un tondello di metallo con un sigillo che garantisce il peso del pezzo e la qualità della lega. Ciò avviene nel mondo greco, intorno al VII secolo A.C., ad opera di alcuni mercanti e alcuni santuari, che avevano all'epoca funzione di banche. Il privato è libero o meno di accettare la garanzia, di accordare o meno la sua fiducia; ma se accorda questa fiducia, se accetta la garanzia rappresentata dal marchio, è dispensato dal ricorrere ogni volta, in occasione di ogni pagamento, alla verifica del titolo e del peso, alla bilancia ed alla pietra di paragone e quindi accetta che quella moneta possa essere usata come corrispettivo della vendita di beni; si passa così dalla permuta alla vendita.

La moneta pubblica nasce poi con l'intervento dello Stato, cambia praticamente il soggetto emittente: solo lo Stato può emettere moneta, da qui anche la cd. teoria statalista, in base alla quale solo lo Stato può attribuire alla moneta il potere liberatorio delle obbligazioni pecuniarie (corso legale) con l'impossibilità per il creditore di rifiutarla come mezzo di pagamento (corso forzoso).

Vengono quindi in considerazione l'art.1277 c.c. secondo cui “i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale. Se la somma dovuta era determinata in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, questo deve farsi in moneta legale ragguagliata per valore alla prima.”, e l'art. 1278 cod.civ. (“Se la somma dovuta è determinata in una moneta non avente corso legale nello Stato, il debitore ha facoltà

di pagare in moneta legale, al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per il pagamento.”)

Non c'è quindi da meravigliarsi se alcuni economisti quale Keynes, che aveva proposto di creare una moneta detta Bancor per consentire agli stati europei di regolare i propri saldi attivi e passivi, siano tornati all'idea di moneta privata; e dall'idea di moneta privata a quella di moneta virtuale il passo è breve, visto che entrambi i tipi di moneta non sono emessi dallo Stato e che quest'ultima presenta un indubbio vantaggio di facilità di circolazione; e così, Canada e Cina stanno sperimentando tipi di pagamento con monete virtuali, così come l'Uruguay; a Cipro le tasse universitarie si pagano in bitcoin, in Svizzera sono ammessi pagamenti in bitcoin e pare che il bitcoin sia diventata la moneta ufficiale dello Stato di El Salvador.

Passiamo ora in maniera specifica dalla moneta virtuale alle criptovalute, il nome dato alle stesse non è casuale: anche se si ritiene che il vocabolo criptovaluta o criptomoneta sia l'italianizzazione del termine inglese cryptocurrency e si riferisca ad una rappresentazione digitale di valore basata sulla crittografia e che l'etimologia del vocabolo derivi dalla fusione di cryptography ("crittografia" e currency ("valuta"), a chi ha studiato al liceo classico piace più pensare che il termine "cripto" sia derivato dal greco e quindi voglia dire "nascosto", quindi valuta nascosta, che non si vede e che può essere usata solo conoscendo un determinato codice informatico; è, inoltre, una moneta che viene generata e scambiata solo per via telematica ed emessa da soggetti privati (Fauceglia, su Contratto e Impresa 2020, 3).

Certamente, la più nota delle criptovalute è il bitcoin, anche se attualmente pare stia prendendo piede altra criptovaluta di nome Monero; il Bitcoin è stato ideato nel 2008 da Satoshi Nakamoto (nome che in realtà pare celare uno pseudonimo) anche se già negli anni precedenti vi erano stati studi e tentativi d'introduzione della moneta virtuale; il primo a pervenire ad un'ideazione vera e propria di criptovaluta fu Wei Dai in una mailing list del 1998, e poi ancora Nick Szabo nel 2005, si parlava allora di

bitgold, ma non si era riusciti a capire come evitare un doppio pagamento con la stessa moneta.

Per comprendere la natura del bitcoin, bisogna considerare che lo sviluppo del commercio on line ha portato ad una progressiva smaterializzazione dei pagamenti, che avvengono ormai prevalentemente tramite bonifici, carte di credito, ricariche paypal, e che hanno quindi trovato il loro naturale sviluppo nella creazione di sistemi di pagamento basati esclusivamente sullo scambio di informazioni digitali: in questi sistemi di pagamento gli utenti si scambiano una catena (chain) di informazioni digitali, che rappresentano tutti gli scambi che si sono verificati fino al momento di generazione della moneta (coin) da parte dell'utente.

Non bisogna però confondere la moneta elettronica, con cui viene identificato uno strumento di pagamento che incorpora in sé una somma di moneta avente valore legale, con la valuta virtuale: in sostanza la valuta virtuale è un registro di tutti gli scambi avvenuti fra gli utenti sino ad un determinato momento; una sorta di assegno girato un numero indeterminato di volte.

Naturalmente la bontà del pagamento ultimo è correlata alla correttezza e all'autenticità di tutte le "girate" precedenti, ed è con riguardo a questo aspetto che le monete virtuali presentano l'aspetto di maggiore novità rispetto sia alla moneta classica, sia ai titoli di credito sia ai pagamenti dematerializzati: è assente un'autorità controllante centralizzata che certifichi la genuinità di ogni scambio e quindi garantisca il valore della moneta virtuale al momento del suo utilizzo.

Il sistema di certificazione della valuta virtuale è invece autonomo ed è affidato a un software che, tramite il ben noto sistema della doppia chiave pubblica-privata, certifica l'avvenuta transazione attraverso un complesso processo informatico di crittografia, da cui appunto il nome criptovaluta; in particolare, le transazioni necessitano – previa disponibilità di un e-wallet in cui movimentare le stesse – di due "chiavi" (rappresentate da stringhe alfanumeriche): una privata, per l'invio di

criptovalute, e una pubblica (identificata dall'indirizzo associato al wallet), derivata dalla prima, per la ricezione delle medesime.

L'e-wallet o portafoglio elettronico è liberamente accessibile dal titolare, in possesso delle necessarie credenziali (la duplice chiave), in qualsiasi momento, senza bisogno dell'intervento dei terzi.

La transazione così criptata – e per questo certificata in modo univoco – costituisce un nuovo “blocchetto” di informazioni (block) che viene aggiunto alla catena di informazioni che l'hanno preceduta. Viene così allungata la blockchain, la catena di blocchetti di transazioni certificate che conferiscono valore alla moneta elettronica. A questo punto la valuta virtuale è pronta per essere “girata” al prossimo utilizzatore, che a sua volta ripeterà la medesima operazione e aggiungerà un nuovo block alla chain dei pagamenti, rendendola disponibile a sua volta per l'utilizzatore successivo. Sono quindi da subito evidenti i vantaggi della criptovaluta elettronica: assenza di un controllore centrale (e quindi di un monopolio economicamente rilevante) e possibilità di certificare le informazioni indipendentemente dall'identità dell'utilizzatore. Così come sono evidenti le sue criticità: da un lato l'anonimato degli utilizzatori favorisce l'impiego della moneta per scopi illeciti, dall'altro non essendo la moneta legata ad un valore stabile (come ad es. l'oro) può subire fluttuazioni importanti, al ribasso o al rialzo, poichè il suo valore è dato essenzialmente dalla domanda di transazioni elettroniche anonime in un dato momento storico.

Ma soprattutto è un sistema che, a differenza della moneta tradizionale, è limitato dalla lunghezza della blockchain che non può essere infinita. Infatti se per la moneta tradizionale vale il principio del “possesso vale titolo” ed è quindi irrilevante la legittimità della provenienza e la legittima continuità dei passaggi del valore da un soggetto all'altro, all'esatto contrario con la blockchain il valore è dato dalla certezza dell'identità (digitale) dei precedenti utilizzatori e dalla legittimità delle iscrizioni delle transazioni precedenti nel registro digitale. (vedi articolo dei prof. Rapuano e Cardillo,

“Le criptovalute tra evasione fiscale e reati internazionali” in Diritto e Pratica Tributaria 1, 2019).

Come viene generato il bitcoin? La rete Bitcoin crea e distribuisce in maniera completamente casuale un certo ammontare di monete all'incirca sei volte l'ora ai client (intendendosi per client in una rete informatica, ogni computer collegato al server e in grado di scambiare dati con esso) che prendono parte alla rete in modo attivo, ovvero che contribuiscono tramite la propria potenza di calcolo alla gestione e alla sicurezza della rete stessa.

L'attività di generazione di bitcoin viene spesso definita come "mining", un termine analogo al gold mining (estrazione di oro); ogni utente che partecipa alla rete Bitcoin possiede un portafoglio che contiene un numero arbitrario di coppie di chiavi crittografiche. Le chiavi pubbliche, o "indirizzi bitcoin", fungono da punti d'invio o ricezione per tutti i pagamenti. Il possesso di bitcoin implica che un utente può spendere solo i bitcoin associati con uno specifico indirizzo. La corrispondente chiave privata serve ad apporre una firma digitale a ogni transazione facendo in modo che sia autorizzato al pagamento solo l'utente proprietario di quella moneta. La rete verifica la firma utilizzando la chiave pubblica.

Se la chiave privata viene smarrita, la rete Bitcoin non potrà riconoscere in alcun altro modo la proprietà del denaro: la relativa somma di denaro sarà inutilizzabile da chiunque e, quindi, da considerarsi persa in modo irrimediabile. Casi di perdita patrimoniale per smarrimento della chiave privata si sono già verificati nei primi anni di operatività della criptovaluta: ad esempio, nel 2013 un utente ha lamentato la perdita di 7.500 bitcoin, all'epoca del valore di 7,5 milioni di dollari, per essersi accidentalmente sbarazzato di un hard disk che conteneva la sua chiave privata, ed anche recentemente circolava su internet la notizia che un utente avesse già effettuato un certo numero di tentativi relativamente alla chiave e che gliene restasse solo uno prima di perdere un consistente patrimonio.

La società che svolge l'attività di intermediazione in ambito di Bitcoin, se riceve l'ordine di acquistare, riceve una somma di denaro dal cliente a titolo di anticipo e, una volta effettuato l'acquisto di bitcoin, provvede a registrare nel wallet del cliente i codici relativi ai bitcoin acquistati; se riceve l'ordine di vendere, la società preleva dal wallet del cliente i bitcoin e gli accredita la somma concordata non appena avviene il completamento effettivo della vendita.

La creazione del bitcoin avviene tramite processi elaborati da computer che devono disporre di una notevole potenza, e quindi di elettricità che porta alla creazione di carbonio dannoso per l'ambiente; per questo motivo la Cina (notizia di questi giorni) si sta ritirando dalla creazione dei bitcoin ed è così stata superata dagli Stati Uniti, e lo stesso Elon Musk, nel maggio 2021, ha affermato che Tesla non avrebbe più accettato pagamenti in bitcoin a causa dell'elevato inquinamento di carbonio prodotto dalla transazione, aggiungendo che il carbonio, tra tutte, è la fonte di energia più dannosa per l'ambiente, provocando così un crollo nel valore dei Bitcoin; anche la Banca Centrale Europea ha definito, in un suo comunicato ufficiale, che l'inquinamento da carbonio che provoca il bitcoin è "esorbitante".

In uno studio accademico pubblicato nel 2018 su Nature è stato stimato che l'anidride carbonica prodotta dal solo Bitcoin causerà un aumento della temperatura globale di oltre 2 gradi Celsius in meno di 3 decenni.

Ma passiamo ora ai primi problemi in chiave giuridica: che cosa sono le monete virtuali? Vi è una definizione nella direttiva 2018/843/UE del 30 maggio 2018 (in modifica della c.d. IV direttiva antiriciclaggio), secondo cui costituiscono valute virtuali «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente»; notiamo subito come la definizione venga fatta prevalentemente "in negativo", specificando che cosa non è

una moneta virtuale, e l'unico aspetto delineato "in positivo" è quello che può essere usata come mezzo di scambio; il che farebbe pensare ad una vera e propria moneta. Parte della dottrina però non la vede così: qualifica infatti le monete virtuali come beni immateriali, in quanto prive di qualsiasi supporto fisico, disciplinati quindi dall'art. 810 cod.civ. ("Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti"), che quindi non solo possono essere oggetto di proprietà e di possesso, ma comportano una tutela in termini penalistici conseguenti alla commissione di reati, dal furto in avanti.

Secondo questa teoria, le criptovalute sono pertanto beni digitali che si generano e si scambiano esclusivamente per via telematica: sono, in particolare, rappresentazioni digitali di valore, non emesse da banche centrali, ma da soggetti privati che operano sul web; esse possono essere custodite su sistemi informatici in appositi portafogli digitali (e-wallets) e trasferite o negoziate elettronicamente.

Sono, quindi, beni digitali perché – essendo formati da una serie di bit – non sono materialmente detenute dall'utente ma sono oggetto di un potere di disposizione, in quanto movimentate attraverso un portafoglio elettronico (c.d. e-wallet, ossia un conto personale), al quale si accede inserendo le credenziali.

Oltre a questo orientamento, che riconduce le criptovalute a beni immateriali ex art. 810 c.c. (Faucegna, Il deposito e la restituzione di criptovalute, in *Contratti*, 2019, 6, p. 661 s.); ve ne è un altro che le riconduce alla categoria dei prodotti finanziari (cfr. Annunziata, La disciplina delle trading venues nell'era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology, in *Orizzonti dir. comm.*, 2018, p. 102; Passaretta, Bitcoin: il leading case italiano, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 476 ss.).

Quest'ultima qualificazione punta a valorizzare la componente della "riserva di valore" che, almeno in parte, può caratterizzare le criptovalute e consente a queste ultime di svolgere una funzione di investimento. Sulla "impercettibile" (blurred) differenza tra valute virtuali di pagamento (invero: di strumenti di pagamento) e valute virtuali d'investimento (invero: strumenti finanziari), v. Boreiko, Ferrarini e

Giudici, Blockchain Startups and Prospectus Regulation, in European Business Organization Law Review, 2019, 20, par. 6. La distinzione tra le due tesi è ben delineata in De Luca e Passaretta, Le valute virtuali: tra nuovi strumenti di pagamento e forme alternative d'investimento, in Società 2020, 5, pag. 566.

Ma vi è anche chi sostiene, facendosi forte della definizione contenuta nella direttiva di cui abbiamo parlato prima, che si tratti di monete vere e proprie, con argomenti letterali che escluderebbero che le criptovalute possano essere considerate beni ai sensi dell'art. 810 c.c. perché: a) l'art. 810 c.c. prevede un numero chiuso di beni; b) i beni sono solo cose che possono formare oggetto di diritti e le cose sono, per loro natura, corporali; c) l'art. 1, comma 2, lett. qq), D.Lgs. n. 231/2007, e l'art. 1, lett. d), Dir. 2018/843/UE riconoscono loro espressamente la funzione di mezzo di scambio, osservando che le monete virtuali possono essere scambiate con beni esattamente come avviene per la moneta reale; inoltre, la Corte di Giustizia europea ha espresso favore per la tesi monetaria, quantomeno in relazione all'applicazione della Dir. 2006/112/CE (Dir. IVA) alle operazioni di cambio moneta legale/valuta virtuale, in quanto qualifica la valuta virtuale come mezzo di pagamento contrattuale.

Secondo la Corte del Lussemburgo, l'art. 135, par. 1, lett. e), Dir. IVA va interpretato nel senso che le prestazioni di servizi, che consistono nel cambio di valuta tradizionale contro unità di valuta virtuale e viceversa, costituiscono operazioni esenti dalla disposizione, posto che la disciplina va applicata solo alla cessione di beni; anche le posizioni assunte da alcune autorità di vigilanza (in particolare inglese e francese) sembrerebbero orientarsi verso una visione monetaria del fenomeno (De Luca e Passaretta in Le società, 2020, 5, pag. 566, nel commento alla sentenza del TAR Lazio di cui oltre)

Il caso trattato dalla Corte Europea riguardava l'interrogazione di un cittadino svedese, nei confronti della Commissione tributaria svedese, che voleva avviare un'attività di cambiavalute (valuta avente corso legale versus valuta virtuale e viceversa); vista la lacuna legislativa, nell'intento di non incappare in ingenti sanzioni

fiscali e servendosi del sito internet della propria società, il cittadino svedese ha richiesto un parere preliminare alla Commissione tributaria svedese per sapere se sull'operazione di acquisto e vendita di valuta virtuale fosse dovuta l'iva. Nel proprio parere, la Commissione stabiliva che il servizio di cambiavalute effettuato a titolo oneroso, sarebbe stato considerato un'operazione esente ai fini iva, poiché rientrante nell'ipotesi prevista dal capo 3 art. 9 della legge svedese sull'iva. Tale decisione è stata impugnata dinanzi alla Corte Suprema amministrativa svedese, che nutriva dei dubbi circa la riconducibilità delle operazioni di cambiavalute nelle ipotesi di esenzione previste dall'art. 135, Paragrafo 1, della Direttiva iva.

Vista la difficoltà del caso, la Corte Suprema amministrativa svedese ha deciso di sospendere il procedimento al fine di sottoporre alla Corte di Giustizia europea le questioni pregiudiziali del caso. La Corte di Giustizia si è espressa attraverso la sentenza del 22 ottobre 2015, causa C-264/14 con la quale ha stabilito che, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, lett. c) della Direttiva iva, costituiscono prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso le operazioni di cambiavalute, effettuate a fronte del pagamento di una somma corrispondente al margine costituito dalla differenza tra il prezzo al quale l'operatore è interessato ad acquistare valute e il prezzo al quale le vende ai suoi clienti. Conseguentemente le operazioni di cambiavalute oggetto del processo principale, ai sensi dell'art. 135, paragrafo 1, lett. e) della già citata Direttiva, costituiscono operazioni esenti dall'Imposta sul Valore Aggiunto.

A tal proposito, la Corte di Giustizia Europea specifica che le esenzioni previste dall'art. 135, paragrafo 1, lett. e) della Direttiva iva servono a volte a porre rimedio alle difficoltà relative alla determinazione della base imponibile e all'ammontare dell'iva detraibile che sorgono al momento dell'effettuazione di operazioni finanziarie. Dunque, le operazioni che coinvolgono valute virtuali costituiscono operazioni finanziarie perché la valuta virtuale è accettata dalle parti della transazione quale mezzo di pagamento alternativo ai mezzi tradizionali e solo in quanto tale.

La differenza di opinioni riguardo alle criptovalute sussiste anche nella nostra giurisprudenza: non sono monete per il Tribunale di Firenze (19 dicembre 2018, in Contratti, 2019, n.6) lo sono per la Corte di appello di Brescia (sez.I, decr. 24 ottobre 2018 in Società, 2019 n.1, pag.26), non lo sono per il Tribunale di Verona che aveva qualificato “strumenti finanziari” alcune valute virtuali acquistate su una piattaforma di scambio, così come non lo sono per TAR Lazio del 27 gennaio 2020 n.1077, in Le Società n.5/2020, pag.566.

Particolarmente interessante è quest’ultima sentenza, nella quale il T.A.R.Lazio, nel valutare la legittimità di un provvedimento dell’Agenzia delle Entrate, che esige di indicare come da inserire nel quadro RW, tra i redditi finanziari di provenienza estera, anche le valute virtuali, aderisce alla tesi che queste debbano ricondursi ai beni ai sensi dell’art. 810 c.c.

Il TAR rileva infatti come il riconoscimento della moneta elettronica (meglio però sarebbe stato parlare di moneta virtuale) come “bene giuridico” corrisponderebbe - secondo la dottrina che se ne è occupata - a quanto risulterebbe essere stato riconosciuto in altri ordinamenti (vengono portati ad esempio il sistema vigente negli USA, ove la moneta virtuale viene considerata tassabile come “proprietà”; quello canadese, dove lo scambio di moneta virtuale è trattato come una permuta; il sistema anglosassone nel quale la valuta virtuale è considerata rappresentativa di un credito).

Si aggiunge che l’impiego della valuta virtuale dovrebbe essere accostato alla categoria degli strumenti finanziari. Tale qualificazione punta a valorizzare la componente di “riserva di valore”, che almeno in parte, può caratterizzare le criptomonete e che consente di attribuire a queste ultime una finalità d’investimento; per riserva di valore intendendosi la capacità dell’oggetto (la valuta) da una parte di conservare il suo valore nel tempo; e dall’altra, proprio in forza di questo motivo, di essere tenuta per un uso futuro senza il pericolo di “deteriorarsi”.

Tale impostazione si porrebbe anche a protezione dei consumatori e dell'integrità dei mercati (in questo senso, Tribunale Civile di Verona sopra richiamato, sentenza n. 195 del 24 gennaio 2017, che ha ritenuto applicabile alle fattispecie in esame il Codice del Consumo ed il regolamento CONSOB n. 18592 del 26 giugno 2013).

In favore di tale impostazione militerebbe la circostanza che la nozione di "prodotto finanziario" appare astrattamente capace di abbracciare ogni strumento idoneo alla raccolta del risparmio, comunque denominato o rappresentato, purché rappresentativo di un impiego di capitale (e dunque troverebbe applicazione la nozione di cui alla lettera u) dell'art. 1 del d.lgs. n. 58/1998 TUF, secondo cui sono: "u) "prodotti finanziari": gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari").

L'art. 1, comma 2, del TUF, secondo cui "i mezzi di pagamento non sono strumenti finanziari", osterebbe così alla equiparazione generale ed astratta delle criptovalute agli strumenti finanziari, ma non alla riconduzione a tale nozione di quelle operazioni che risultino connotate da utilizzo di capitale, assunzione di un rischio connesso al suo impiego ed aspettativa di un rendimento di natura finanziaria (in questo senso viene richiamato l'orientamento della CONSOB sotteso a più recenti delibere, evidenziate in dottrina, come la nr. 19866/2017, avente ad oggetto la sospensione dell'attività pubblicitaria per l'acquisto di pacchetti di estrazione di criptovalute; 20207/2017, divieto dell'offerta di portafogli di investimento in criptomonete; 20720/2018 e 20742/2018, ordine di porre termine alla violazione dell'art. 18 del TUF).

Sul piano normativo sono poi intervenuti il d.lgs. n. 90 del 2017 e la dir. 2018/843/UE del 30 maggio 2018, che accolgono, invero, una formale definizione della moneta elettronica come "mezzo di scambio" (art. 1, comma 2, lett. qq) del d.lgs. n. 231/2007, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 90/2017).

Nel testo risultante dalle modifiche apportate all'art. 1 del d.lgs. 231/2007 dal D.Lgs. 4 ottobre 2019, n. 125 viene definita (lett. qq) "valuta virtuale: la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita 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 o *per finalità di investimento* e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente"; Interessante notare che alla lettera (s) del citato decreto legislativo vengono invece definiti, quali "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".

Analogamente, come si è detto, la Dir. 2018/ 843/UE (Dir. antiriciclaggio), all'art. 1, lett. d), definisce le valute virtuali - espressione prescelta dal legislatore nazionale ed europeo - "una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente"

Il decreto sopra citato ha introdotto nel sistema legislativo italiano il concetto di "valuta virtuale" e di "prestatore di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale" (lett. ff: sono "prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale: 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"); il decreto è entrato in vigore il 14 luglio 2017 ed è, attualmente, l'unica normativa che definisce chiaramente queste due figure.

Come si nota, al contrario della Direttiva antiriciclaggio, la norma nazionale non stabilisce uno status monetario, ma aggiunge la (possibile) finalità di investimento correlato all'utilizzo delle valute virtuali.

A me sembra quindi chiaro l'intento del legislatore, visto che l'inciso "per finalità di investimento" è stato introdotto dal D.Lgs. n.125/2019, quindi si vuole andare verso la direzione di ritenere le monete virtuali quale possibili strumenti finanziari.

Secondo il TAR Lazio, "la nozione di cui alla lett. "qq" sopra riportata, non si limita a qualificare la moneta elettronica quale "mezzo di scambio", ma contempla espressamente la possibilità che tramite il suo impiego si compiano operazioni di "acquisto beni e servizi" oppure "finalità di investimento", recependo quella caratteristica duttile delle "rappresentazioni digitali di valori" già avvertita in dottrina - come si è visto prima - che consente a queste ultime di veicolare più tipologie di operazioni e scambi.

Merita di essere ricordata anche la sentenza del Tribunale di Verona, che aveva qualificato "strumenti finanziari" alcune valute virtuali acquistate su una piattaforma di scambio (Trib. Verona 24 gennaio 2017, in Banca, borsa, tit.cred., II, 2017, 476ss., con nota critica di M.Passaretta, Bitcoin: il leading case italiano)

Il Tribunale sposa quindi la tesi dottrina secondo la quale caratteri distintivi dell'investimento di tipo finanziario sono: a) un impiego di capitali, riconducibile generalmente al danaro o, più in generale, a un capitale proprio che può corrispondere anche a una valuta virtuale; b) una aspettativa di rendimento; c) un rischio proprio dell'attività prescelta, direttamente correlato all'impiego di capitali.

Caratteri questi che ben potrebbero identificarsi nelle valute virtuali, in quanto il soggetto interessato all'investimento per ottenerlo: a) ha erogato una somma di danaro, b) con l'aspettativa di ottenere un rendimento, non necessariamente corrispondente all'apporto patrimoniale maggiorato rispetto a quello investito e c) ha assunto su di sé un rischio connesso al capitale investito.

Ne consegue che la valuta virtuale, quando assume la funzione, e cioè la causa concreta, di strumento d'investimento e, quindi, di prodotto finanziario, va disciplinata con le norme in tema di intermediazione finanziaria (art. 94 ss. T.U.F.), le quali garantiscono attraverso una disciplina unitaria di diritto speciale la tutela dell'investimento; pertanto, chi eroga detti servizi è tenuto ad un innalzamento degli obblighi informativi verso il consumatore, al fine di consentire allo stesso di conoscere i contenuti dell'operazione economico-contrattuale e di maturare una scelta negoziale meditata

Si tenga presente che l'art.1, comma1, lett.t), T.U.F. definisce "offerta al pubblico" "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"; e che l'art. 1, comma 2, T.U.F., prevede che "si intende qualsiasi strumento riportato nella Sezione C dell'Allegato I. Gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari".

Veniamo ora all'aspetto più propriamente penalistico, partendo dalla considerazione che l'art.1, comma 2, lett.qq), D.Lgs.n.231/2007 ricalca la definizione offerta dalla Banca d'Italia nella sua Comunicazione del 30 gennaio 2015 avente ad oggetto proprio le valute virtuali, quando la UIF (Unità di Informazione Finanziaria) ne segnalava l'indice di anomalia, allo scopo di prevenire l'utilizzo del sistema economico-finanziario a fini di riciclaggio e finanziamento del terrorismo. Già in tale occasione, l'Unità di Informazione Finanziaria invitava i destinatari del D.Lgs. 231/2007 a individuare le operatività connesse con valute virtuali, rilevandone gli eventuali elementi di sospetto.

Pensiamo anche a vittime di possibili vicende di natura estorsiva, legate alla diffusione di malware (art. 635 bis c.p.), che consentono l'intrusione informatica e il

sequestro di dati (art. 615 ter c.p.) sbloccati a fronte di un riscatto in bitcoin (art. 629 c.p.), difficilmente rintracciabile.

Vista la natura appunto "nascosta", è chiaro infatti che le criptovalute possono essere usate per la commissione del reato di riciclaggio (art. 648 bis cod.pen.: "Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo; ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa"): si veda sul punto Cass. 26835/2021 in cui i proventi di attività di favoreggiamento della prostituzione venivano destinate verso verso società estere ritenute operanti nel campo delle "criptovalute"; è chiaro, infatti, che l'anonimato degli utenti e la non tracciabilità dei capitali impiegati rendono molto difficoltoso per le forze dell'ordine identificare uno schema di riciclaggio abituale.

E' stato poi evidenziato come realmente esista un collegamento tra Bitcoin ed estremisti islamici: nel 2015, Ali Shukri Amin, uno studente diciassettenne statunitense, e' stato condannato a undici anni e sette mesi di reclusione per aver incitato altri giovani ad unirsi all'Isis sia attraverso Twitter sia tramite un blog personale. Lo studente stesso si e' dichiarato colpevole davanti a un tribunale federale per aver fornito istruzioni su come utilizzare bitcoin per occultare l'invio di fondi ai jihadisti.

Si deve poi ritenere che le attività di emissione di valuta virtuale, conversione di moneta legale in valute virtuali e viceversa e gestione dei relativi schemi operativi potrebbero concretizzare, nell'ordinamento nazionale, la violazione di disposizioni normative, penalmente sanzionate, che riservano l'esercizio della relativa attività ai soli soggetti legittimati (artt. 130, 131 T.U.B. per l'attività bancaria e l'attività di raccolta del risparmio; art.131 ter T.U.B. per la prestazione di servizi di pagamento; art. 166 T.U.F. per la prestazione di servizi di investimento); tant'è che vi è uno studio della Consob, riportato nel Sole 24 ore del 3 gennaio 2020, relativo alla

creazione di un quadro organico che permetta di investire nel mondo delle criptovalute, indirizzato quindi sulle offerte pubbliche e sugli operatori abilitati.

Le norme sopra richiamate sono applicabili anche all'exchanger, considerato il suo obbligo di registrazione in una apposita sezione del registro dei cambiavalute (art. 17-bis d.lgs. 141/2010-Attività di cambiavalute).

Si intende per exchanger il soggetto che gestisce la piattaforma exchange, che è la piattaforma tecnologica che permette di scambiare questo prodotto finanziario, la cui funzione, quindi, è quella di poter permettere di effettuare l'acquisto e la vendita delle criptovalute e di realizzare un profitto.

Certo, la inclusione dei "prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale" tra i cc.dd. soggetti obbligati (art. 3, comma 5, lett. i), D.Lgs. n. 231/07) e la relativa imposizione di iscriversi in apposito registro tenuto presso l'OAM - Organismo competente in via esclusiva ed autonoma per la gestione degli Elenchi degli Agenti in attività finanziaria e dei Mediatori creditizi.- con relativo obbligo di comunicazione al Ministero Economia e Finanze (art.17 bis, comma 8 bis,D.Lgs. n. 141/2010) determina per l'exchanger la potenziale integrazione dell'illecito amministrativo per l'esercizio abusivo ex art.17 bis, comma 5, D.Lgs. n. 141/2010 e, in caso di violazione degli obblighi antiriciclaggio, la contestazione di una o più fattispecie penali positivizzate all'art.55,D.Lgs.n.231/2007 (oltre al corredo degli illeciti amministrativi di cui agli artt. 56 ss.,D.Lgs.n.231/2007).

Sotto altro aspetto, si osserva che con la IV e la V Direttiva UE Antiriciclaggio, recepite rispettivamente con il d.lgs. n. 90/2017 e con il d.lgs. n. 125/2019, sono stati previsti specifici obblighi nei confronti dell'exchanger (cambiavalute di bitcoin et similia, definiti come ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da, ovvero in, valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e

compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute, art. 1, comma 2, lett. ff, d.lgs. n. 231/2007) e del wallet provider (gestori di portafogli virtuali, definiti come ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali, art. 1, comma 2, lett. ff bis)), entrambi inseriti nella categoria "altri operatori non finanziari".

E veniamo così alla sentenza della Corte di Cassazione n. 26807/2020, di cui sono stato relatore, nel quale il caso era il seguente: Il Tribunale del riesame aveva confermato il decreto di sequestro preventivo della somma di 206.442,32 euro e di beni ulteriori come cellulari, dispositivi elettronici e carte abilitanti al prelievo di denaro, a carico di un soggetto indagato, oltre che di riciclaggio e di indebito utilizzo di carte di credito e pagamento, del reato di cui all'art. 166, comma 1, lett. c), dlgs. n. 58/1998, che punisce con la multa fino a 10.000 euro chi, senza esserne abilitato offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza (prodotti finanziari o) strumenti finanziari o servizi o attività di investimento.

Il ricorrente eccepiva la violazione dell'art. 1 comma 2 e dell'art. 166 comma 1 lett. C) D. lgs. 58/98 (TUF), in quanto l'attività di cambiavalute virtuale era stata definita dal D.Lgs. 90/17, delineando per i cambiavalute uno stato proprio e sottraendoli quindi al perimetro applicativo della normativa in materia di strumenti finanziari in quanto le valute virtuali non erano considerati prodotti da investimento, ma mezzi di pagamento (l'art. 1 comma 2 TUE prevede che "gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari"); tale scelta era perfettamente coerente con l'ordinamento comunitario e, in particolare, con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza pregiudiziale del 22 ottobre 2016 avente ad oggetto proprio le operazioni di cambio della valuta virtuale bitcoin contro valuta tradizionale, nella quale era stato chiarito che i bitcoin non avevano altre finalità oltre a quella di mezzo di pagamento; a fronte di tali dati era un fuor d'opera quanto affermato dal Tribunale,

secondo cui i bitcoin costituiscono uno strumento finanziario, anche se lo stesso Tribunale sembrava perfettamente consapevole della assoluta incongruità della valutazione giuridica offerta, laddove compiva un generico ed impreciso riferimento ad "atti comunitari e provvedimenti Consob" e sovvertiva la gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, ritenendo una decisione della Corte di Giustizia UE ed un decreto legislativo minusvalenti rispetto ad un parere della Banca Centrale Europea o ad un parere della Consob o ancora ad una direttiva comunitaria priva di effetto per i cittadini perché non ancora recepita dall'ordinamento interno.

La Corte ha sostenuto l'infondatezza del motivo di ricorso, perché tale censura non si confrontava con la motivazione contenuta a pag.13 dell'ordinanza impugnata, ove si sottolineava che la vendita di bitcoin veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, tanto che sul sito ove veniva pubblicizzata si davano informazioni idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa, affermando che "chi ha scommesso in bitcoin in due anni ha guadagnato più del 97%"; trattavasi pertanto di attività soggetta agli adempimenti di cui agli artt. 91 e seguenti TUF ("La CONSOB esercita i poteri previsti dalla presente parte avendo riguardo alla tutela degli investitori nonché all'efficienza e alla trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali"), la cui omissione integra la sussistenza del reato di cui all'art. 166 comma 1 lett.c) TUF (che punisce chiunque offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza, prodotti finanziari o strumenti finanziari o servizi o attività di investimento).

In uno dei commenti alla sentenza, e precisamente quello pubblicato su De Iure, dopo aver premesso le definizioni normative di cui abbiamo parlato prima e la sentenza della Corte di Giustizia, si richiama quell'orientamento dottrinario secondo il quale l'impostazione del giudice comunitario non tiene in considerazione che la moneta, persegue tre finalità: a) essere mezzo di scambio; b) essere espressione di un valore (unità di conto); c) conservare nel tempo il proprio potere d'acquisto

(riserva di valore), e che le valute virtuali non soddisferebbero, congiuntamente, i requisiti monetari illustrati, vista la incapacità, o comunque scarsa propensione, di alcune valute virtuali a essere impiegate come mezzo di scambio, avendo invece attitudine a fungere da strumento d'investimento negoziabile in mercati secondari. Queste valute virtuali non costituirebbero un affidabile numeratore (unità di conto), data l'instabilità di valore che ne condiziona anche il potere d'acquisto.

Al contrario la valuta virtuale può essere utilizzata in forma d'investimento quando la speculazione consista nella conversione della prima in moneta legale e viceversa, in base al rapporto di cambio monetale legale/valuta virtuale praticato su piattaforme di scambio online.

A tale scopo si deve ribadire che l'art. 1, comma 1, lett. t), T.U.F. definisce offerta al pubblico 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, tenendo anche presente anche che l'art. 67-ter del codice del consumo prevede che per servizio finanziario deve intendersi qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale.

In conclusione, quindi, è sbagliato attribuire al bitcoin o a qualsiasi criptovaluta la natura di moneta virtuale o di strumento finanziario, ma quello che conta è l'uso che se ne fa; per fare un esempio, se si va a fare la spesa al supermercato e si paga in bitcoin, è chiaro che in quel caso il bitcoin svolge la stessa funzione della moneta; ma se, come nel caso esaminato dalla Cassazione esame, si promuove la vendita di bitcoin come investimento, magnificando la capacità di raddoppiare il suo valore in poco tempo e quindi di essere comprato a 100 e venduto a 200 euro, si sta proponendo un vero e proprio investimento, e quindi il bitcoin ha natura di strumento finanziario.

Non è pertanto la natura in sé della criptovaluta a determinare la sua natura (se bene o moneta), ma l'uso che ne viene fatto, che determina pertanto anche il regime giuridico applicabile.

Giuseppe Coscioni