



Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo

Sostituto Procuratore Nazionale Antonio Laudati
Via Giulia, 52 - 00186 Roma - ☎ 06 68282303 - ☎ 0668282246
✉ segr.laudati.dna@giustizia.it

Id 46427/21

AL PROCURATORE NAZIONALE AGGIUNTO

Maria Vittoria De Simone

Oggetto: Dossier 36/2021/SSD. Atto del governo sottoposto a parere parlamentare nr. 286

In data 24 settembre 2021, venerdì, alle ore 12.00, è pervenuto allo scrivente –senza alcun allegato- il dossier indicato in oggetto, con la indicazione “ redazione di un elaborato da inviare al Procuratore nazionale entro le ore 11.00 del 28 settembre 2021”.

Tenuto conto del tempo a disposizione, si rassegnano le seguenti osservazioni.

In data 5 agosto 2021 è stato approvato da parte del Consiglio dei Ministri uno schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale, la quale «stabilisce norme minime relative alla definizione dei reati e alle sanzioni in materia di riciclaggio».

Come si evince dalla relazione illustrativa, la necessità di adeguamento alla succitata direttiva si impone anche e soprattutto alla luce «della avvenuta comunicazione da parte della Commissione europea dell'avvio, nei confronti della Repubblica italiana di una procedura di infrazione ex articolo 258 T.F.U.E. (2021/0055) per mancato recepimento

della direttiva predetta», il cui termine finale di recepimento era stato fissato al 3 dicembre 2020.

Il nostro ordinamento risulta già allineato a quanto prescritto nella direttiva.

L'intervento normativo che è oggetto della presente relazione introduce, comunque, alcune necessarie misure per conformare la normativa interna alle previsioni della Direttiva, al fine di evitare eventuali incongruenze.

Le definizioni di riciclaggio restano quelle già presenti nel nostro ordinamento, visto che si è ritenuto opportunamente di non introdurre una specifica norma contenente definizioni.

Rispetto all'articolo 6 della direttiva, si sono resi necessari unicamente interventi puntuali su disposizioni preesistenti. Infatti l'introduzione delle circostanze di cui al paragrafo 2 è meramente facoltativa e la circostanza aggravante di cui alla lett- a) è già prevista nel nostro ordinamento nell'articolo 61 n. 7 cod. pen.; sotto altro profilo, anche a prescindere dall'esistenza nel nostro ordinamento delle aggravanti di cui agli articoli 61-bis e 416-bis.1, l'introduzione della circostanza aggravante di cui al paragrafo 1, lett. a) non è apparsa necessaria, tenuto conto della seconda parte del considerando 15 della direttiva ("Gli Stati membri non dovrebbero avere l'obbligo di prevedere tali circostanze aggravanti allorché, nel diritto nazionale, i reati ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio o i reati commessi da una persona fisica che agisce in quanto soggetto obbligato nell'esercizio della sua attività professionale sono punibili come reato distinto e possono comportare sanzioni più severe.") e della attuale previsione nell'ordinamento nazionale di fattispecie di reato associativo, tra cui quelle dell'art. 416 c.p. e dell'art. 416 bis c.p.

Dunque, nel caso di delitto di riciclaggio commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale sarebbe comunque configurabile un concorso di reati, tale da determinare una pena in concreto più alta rispetto a quella irrogabile per il solo delitto di riciclaggio.

L'aggravante già esistente consente di aumentare la pena se il reato è stato commesso nell'esercizio di un'attività professionale, anche se l'autore non è soggetto obbligato nei sensi di cui sopra e presenta, quindi, un più ampio margine di operatività rispetto a quello previsto dalla direttiva.

Per ragioni di adeguatezza e proporzionalità del trattamento sanzionatorio è stata riformulata all'articolo 648 (e, per richiamo, all'articolo 648-ter cod. pen.) la circostanza attenuante della particolare tenuità del fatto, sì da prevederne una incidenza differenziata nel caso in cui il reato presupposto sia una contravvenzione; per le stesse ragioni di adeguatezza e proporzionalità è stata anche aumentata la pena pecuniaria (da 516 a 1000 euro) nel caso di reato presupposto di matrice delittuosa, in modo da consentire un discostamento adeguato della pena.

Sempre per ragioni di omogeneità e proporzionalità del trattamento sanzionatorio del delitto di autoriciclaggio rispetto al delitto di riciclaggio è stata prevista una circostanza attenuante comune (in luogo di quella ad efficacia speciale già esistente) nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengano da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni.

L'intervento normativo in esame ha costituito l'occasione per sostituire nell'articolo 648-ter. I cod. pen. il riferimento all'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni (abrogato dall'articolo 7 del decreto legislativo n. 21/2018) con il riferimento all'articolo 416 bis. I c. p. (in linea con quanto previsto dal successivo articolo 8 del decreto legislativo medesimo).

Per ciò che concerne le modifiche elencate all'interno dello schema oggetto della presente relazione, occorre anzitutto dare atto della necessità di ampliamento dell'ambito dei *predicate crimes* dei "reati di riciclaggio" di cui all'art. 3 della direttiva suddetta, alla luce della natura maggiormente circoscritta della nozione di reato presupposto fatta propria dal legislatore interno.

In particolare, tale modifica si impone in considerazione dell'ampiezza della nozione di "attività criminosa", che viene estesa dall'art. 2, par.1 della direttiva de qua a «qualsiasi

tipo di coinvolgimento criminale nella commissione di un qualsiasi reato punibile, conformemente al diritto nazionale, con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata massima superiore a un anno ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, di un qualsiasi reato punibile con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi».

Ciò premesso, occorre sottolineare, alla luce della vigente disciplina interna, che l'ambito dei reati presupposto delle fattispecie di cui agli artt. 648 c.p. (ricettazione) e 648-ter c.p. (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita), ricomprende, allo stato, solo i delitti e non anche le contravvenzioni.

Maggiormente ristretto appare, per contro, il novero dei reati presupposto dei delitti di riciclaggio e autoriciclaggio, delimitato ai soli delitti non colposi, con conseguente esclusione non solo delle contravvenzioni, ma anche dei delitti colposi.

Pertanto, la modifica in parola determina un ampliamento della categoria dei *predicate crimes* delle fattispecie da ultimo citate, attraverso la soppressione dell'inciso «non colposo» all'interno del primo comma degli artt. 648-bis e 648-ter.1. c.p., con ciò determinando un allineamento a quanto già previsto per i delitti di cui agli artt. 648 e 648-ter c.p.

Con riferimento alle contravvenzioni, viene introdotta in relazione a ciascuna delle quattro fattispecie citate, la previsione di un'apposita e meno rigorosa disciplina sanzionatoria correlata alla minore gravità del reato presupposto, ossia la contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi.

Inoltre, «sostituendo la parola “delitto” con la parola “reato”, nell'ultimo comma dell'articolo 648 cod. pen., la configurabilità del delitto di ricettazione indipendentemente dalla sussistenza di una causa di non punibilità dell'autore del delitto presupposto o di una causa di improcedibilità di tale delitto già prevista dall'ultimo comma dell'art. 648 cod. pen. richiamata dalle disposizioni di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 cod. pen., è stata ampliata per ricomprendere i casi in cui il reato presupposto sia una contravvenzione.

Per ciò che concerne il delitto di ricettazione, un'ulteriore modifica è quella che concerne la circostanza attenuante della particolare tenuità del fatto, e che va a incidere sul quantum della diminuzione a seconda della tipologia di reato presupposto (delitto o contravvenzione). A tal proposito, al fine di discostare adeguatamente il trattamento sanzionatorio riservato all'una e altra tipologia di reato, viene contemplato un proporzionale aumento della pena pecuniaria (da 516 a 1000 euro) prevista per la fattispecie presupposta di matrice delittuosa. Infine, viene inserita all'interno dell'art 648 c.p. una circostanza aggravante per l'ipotesi in cui il fatto sia commesso nell'esercizio di un'attività professionale, in conformità al disposto di cui all'art. 6 della citata direttiva .

Al fine di garantire la omogeneità del trattamento sanzionatorio è stata prevista una circostanza attenuante comune per le ipotesi in cui il denaro, i beni o le utilità provengano da delitto per il quale è stabilita una pena inferiore nel massimo a cinque anni.

Sulla base della modifica legislativa proposta possono essere formulate ulteriori considerazioni.

Quanto agli elementi costitutivi dei reati

La direttiva n. 1673, nel delimitare all'art. 3 la figura del reato attraverso la descrizione delle azioni che devono costituire riciclaggio, specifica testualmente che tali condotte devono essere poste in atto intenzionalmente ed essere caratterizzate dalla consapevolezza della provenienza dei beni da attività criminosa: conoscenza della provenienza illecita e coscienza e volontà sono dunque indicati espressamente come elementi della condotta (riciclaggio consapevole).

L'accento sulla necessaria intenzionalità della condotta e sulla consapevolezza della provenienza dei beni da illecito è contenuto a chiare lettere anche nel considerando n. 13 della direttiva, che aggiunge anche l'indicazione di criteri esemplificativi di massima per valutare la sussistenza dell'elemento soggettivo alla luce del caso concreto.

D'altra parte, al comma 2 dello stesso art. 3 la direttiva prevede la sola facoltà - ma non l'obbligo - per gli stati membri di emanare norme punitive in relazione a condotte dell'autore che sospetti o debba essere a conoscenza della provenienza dei beni da attività criminosa, ossia in presenza di colpa o dolo.

È lasciata quindi alla discrezionalità dei singoli stati membri la scelta di adottare politiche criminali di maggiore severità nel considerare reato il riciclaggio anche se commesso con leggerezza o negligenza grave.

L'ordinamento italiano rispetta le indicazioni delle direttive europee attraverso la previsione un doppio binario sanzionatorio, che vede da una parte un coefficiente di consapevolezza e colpevolezza per le violazioni penali in materia di riciclaggio, e, dall'altra, un concetto di conoscibilità che prescinde dall'accertamento del dolo o della colpa per le violazioni amministrative.

Da questo punto di vista, la scelta del legislatore italiano è certamente rigorosa se solo si considera che nel nostro paese le sanzioni più gravi e frequenti che possono colpire gli autori delle violazioni della normativa antiriciclaggio ex d.lgs. 231/2007 sono di tipo amministrativo (artt. 56-69 d.lgs. 231/2007) e, dunque, già esenti ex lege dalla necessità di dimostrazione dell'elemento soggettivo doloso o colposo.

L'art. 3 della legge 24 novembre 1981 n. 689, infatti, prevede la punibilità dell'azione od omissione, sia essa dolosa o colposa, purché cosciente e volontaria [salvo, comunque, l'onere della prova in capo all'incolpato circa la mancanza di colpa in concreto.

Tuttavia, alla luce dell'espresso riferimento alla consapevolezza della condotta, contenuto all'art. 3 comma 1 e nel considerando n. 13 della direttiva n.1673, appare oggi maturo e necessario un adeguamento della descrizione legislativa delle fattispecie penali di riciclaggio ex art. 648 bis e reimpiego ex art. 648 ter c.p.

In un'ottica di maggior rispetto del principio di legalità, tassatività e colpevolezza che anima il diritto penale, appare auspicabile un adeguamento della descrizione normativa della fattispecie penale di cui all'art. 648 bis e ter c.p., che veda l'inserimento nel testo dell'art. 648 bis c.p.(riciclaggio) e dell'art.648 ter (reimpiego) dell'avverbio "consapevolmente" prima della descrizione della condotta, in modo da garantire una maggiore importanza all'elemento soggettivo della condotta, che andrebbe accertato in termini rigorosi.

Ciò consentirebbe di neutralizzare il rischio di perseguire condotte caratterizzate da trascuratezza o leggerezza in un quadro di adempimenti preventivi sempre più diffusi e pressanti per i destinatari delle norme antiriciclaggio, pur senza sconfinare in un inaccettabile recupero di quel dolo specifico che originariamente era previsto dall'articolo 648 bis nella formulazione antecedente alla riforma del 1990.

Si eviterebbe, in questo modo, la tentazione di contestare non già la conoscenza della provenienza illecita ma piuttosto la sua "conoscibilità", utilizzando quindi un criterio che prescinde dall'accertamento del dolo ed entra pericolosamente nel campo della colpa.

L'aggiunta di questa specificazione, peraltro, non darebbe luogo a problemi neppure per la configurabilità in concreto del dolo eventuale, atteso che per l'accertamento di questa modalità di manifestazione dell'elemento soggettivo è essenziale soprattutto il momento volitivo, che contrassegna l'adesione del soggetto al fatto.

Del resto, il legislatore italiano non è nuovo, nei tempi recenti, all'utilizzo di tale tecnica normativa: si legga, per esempio, l'attuale formulazione della fattispecie di reato di false comunicazioni sociali ex art. 2621 c.c. a seguito della novella legislativa 2015, con l'inserimento dell'avverbio "consapevolmente" nella descrizione della condotta di esposizione dei fatti falsi, proprio nell'intento di richiedere la consapevolezza piena del soggetto agente.

Quanto alle valutazioni processuali del reato presupposto:

La definizione di riciclaggio contenuta nell'art. 3 della direttiva 1673 prevede al comma 3 che la condanna per questo reato debba intervenire a prescindere dall'esistenza di condanne precedenti (lett. a) e dalla determinazione di tutti gli elementi fattuali o circostanze relative (lett. b). Oltre a questo, alla lettera c) si specifica che il reato presupposto possa essere costituito anche dalla condotta posta in essere in altro stato membro o terzo a condizione che la condotta commessa costituisca attività criminosa se posta in essere nel territorio

nazionale (e gli Stati membri possono esigere che tale condotta costituisca reato anche nello Stato membro o terzo).

Nel nostro ordinamento è la giurisprudenza di legittimità ad affermare -ormai in modo consolidato- che non è necessario che il reato presupposto del riciclaggio sia accertato con sentenza definitiva né che sia totalmente determinato nei suoi elementi costitutivi, compresa l'identità del soggetto passivo, essendo sufficiente la prova logica della provenienza delittuosa delle utilità oggetto delle operazioni compiute.

Appare opportuno, quindi, un ulteriore aggiornamento del testo dell'art. 648 bis c.p. - questa volta in senso più severo - con l'inserimento esplicito di tali caratteristiche del reato presupposto nella descrizione della fattispecie criminale, ovvero della espressa indicazione "di non necessario od integrale accertamento giudiziale, e commesso anche al di fuori del territorio dello Stato, purché costituente attività criminosa anche nello Stato italiano".

In questo modo l'adeguamento alla direttiva potrebbe essere assicurato evitando il rischio di creazioni giurisprudenziali di fattispecie penalmente rilevanti, con il pieno rispetto dei principi di legalità e tassatività tipici del nostro diritto penale.

Quanto all'accertamento transnazionale

Significativa appare la modifica del quarto comma dell'articolo 9 c.p. (delitto comune del cittadino all'estero) con il quale il catalogo dei reati per i quali non è necessaria la richiesta del Ministro di Giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa viene esteso anche ai delitti di cui all'articolo 648 e 648 ter.1

La direttiva n. 1673, all'art. 10 e nei considerando n. 1 e 9, - nell'ottica di favorire la cooperazione transfrontaliera tra le autorità competenti nella lotta al riciclaggio - regola anche la giurisdizione ed il *locus commissi delicti*, allo scopo di evitare che il riciclatore possa usufruire della legislazione più favorevole di un altro Stato o della sua minore collaborazione informativa.

In particolare, l'art. 10 prevede due criteri alternativi -obbligatori per gli Stati membri- per stabilire la giurisdizione nazionale, ossia l'obbligo per lo Stato di radicare la propria competenza se alternativamente:

lett. a): il reato è commesso nel proprio territorio, anche solo in parte;

lett. b): l'autore del reato è un suo cittadino.

Dunque, dal raffronto con le norme in materia di giurisdizione vigenti nell'ordinamento italiano, emerge che i criteri di territorialità previsti dal codice penale italiano (artt. 6, 7, 8, 9 e 11 c.p.) vengono in parte estesi nella previsione della direttiva n.1673.

Infatti, se è certamente speculare al primo criterio obbligatorio di giurisdizione previsto dall'art. 10 co.1 della direttiva, la previsione dell'art. 6 codice penale in merito alla punibilità secondo la legge italiana dei reati commessi da chiunque in Italia (in tutto o in parte o anche in relazione all'evento), altrettanto non può dirsi nel caso in cui l'autore del reato sia un cittadino dello Stato ed il reato sia commesso all'estero, giacché l'art 10 lett. b della direttiva n. 1673 non pone limiti o condizioni alla giurisdizione interna nel caso in cui l'autore del reato di riciclaggio sia un cittadino dello stesso Stato membro.

Invece, l'articolo 7 del nostro codice penale radica la giurisdizione in Italia solo in caso di delitti gravi contro lo Stato o stabiliti da leggi speciali o convenzioni internazionali commessi da chiunque.

Dunque, da un parte, la direttiva 1673 pone un obbligo per gli Stati membri di radicare la propria giurisdizione interna nel caso in cui l'autore del reato di riciclaggio sia un cittadino dello stesso Stato membro, senza alcuna condizione (se non quella – implicita – che il reato sia commesso integralmente aldi fuori del territorio di quello Stato, e, quindi, non trovi applicazione, il criterio alternativo di giurisdizione previsto alla lettera a dell'art. 10 della direttiva); d'altra parte, nell'ordinamento italiano oggi vigente, secondo la previsione dell'art. 9 c.p., la giurisdizione italiana in caso di commissione del reato di riciclaggio interamente all'estero da parte di un cittadino italiano verrebbe radicata solo se questi si trova in Italia.

Le condizioni di procedibilità sopra richiamate, peraltro, delimitano e circoscrivono oggi allo stesso modo anche tutti i casi in cui l'ente (avente sede principale in Italia) si sia reso

corresponsabile dei medesimi delitti di riciclaggio, reimpiego ed autoriciclaggio richiamati dall'art. 25 octies del medesimo decreto. Il riferimento è l'art. 4 del d.lgs. 231/01 (Reati commessi all'estero).

Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto. 2. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro della giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo".

Infine, le contraddizioni aumentano se si considera che sarebbe, invece, punibile in Italia a norma dell'art. 7 c.p. il reato di riciclaggio commesso interamente all'estero dal cittadino italiano o dallo straniero avente le specifiche caratteristiche della transnazionalità, essendo applicabile in Italia la Convenzione e Protocollo ONU (cd. Convenzione di Palermo) del 2000 e 2001 sul crimine organizzato transnazionale, ratificata con L. n. 146/2006.

E' dunque difficilmente negabile l'inconciliabilità, nel caso di commissione da parte del cittadino italiano del reato di riciclaggio interamente all'estero, tra gli attuali criteri di giurisdizione previsti dagli art. 7 e ss. c.p. e gli obblighi incondizionati di stabilire la propria giurisdizione in caso di commissione del reato di riciclaggio da parte del cittadino dello Stato membro, sanciti dall'art. 10 lett. b) e 3 comma 5 della direttiva 1673.

Per l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi ed agli obblighi di giurisdizione e i tema di *locus commissi delicti* nell'ottica della cooperazione transfrontaliera tra le autorità competenti ed allo scopo di evitare che il riciclatore (o la persona giuridica che trae vantaggio dal reato) possa usufruire della legislazione più favorevole di un altro Stato o della sua minore collaborazione informativa, appare auspicabile una modifica del criterio di giurisdizione interna di cui all'art. 7 c.p. che veda l'aggiunta nel testo dell'art. 7 c.p. (reati commessi all'estero) dei delitti di riciclaggio (art. 648 bis c.p.), impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648 ter) e autoriciclaggio (art. 648 ter n. 1 c.p.).

Tale modifica, oltre che imposta dall'obbligo per gli stati membri di perseguire il proprio cittadino senza condizioni previsto dall'art. 10 della direttiva, sarebbe anche in linea con

l'esigenza di prescindere dai confini fisici tra le nazioni in un'ottica di effettività e concretezza della lotta al riciclaggio ed in conformità al progressivo abbandono nella legislazione internazionale del principio di territorialità a favore del principio di universalità.

Quanto alla problematica delle valute virtuali

La Direttiva parla esplicitamente di "valute virtuali" al considerando n. 6: "L'uso delle valute virtuali presenta nuovi rischi e sfide nella prospettiva della lotta al riciclaggio. Gli Stati membri dovrebbero garantire che tali rischi siano affrontati in modo adeguato". Fa poi seguito l'art. 2 che definisce i "beni" che possono formare oggetto di condotte di riciclaggio e intende per tali quelli: "di qualsiasi tipo, materiali o immateriali, mobili o immobili, tangibili o intangibili, e i documenti o gli strumenti giuridici in qualsiasi forma, compresa quella elettronica o digitale, che attestano il diritto di proprietà o altri diritti sui beni medesimi".

Come noto, valute virtuali, o cripto-valute, sono - di fatto - quei mezzi di pagamento elettronico, di tipo peer to peer, fondato sull'accettazione volontaria da parte degli operatori del mercato, che lo ricevono come corrispettivo per lo scambio di beni e servizi, riconoscendogli un valore di scambio in assenza di un obbligo di legge. Nate in una comunità di giocatori del poker on line, le valute virtuali si sono ampiamente sviluppate ed aumentate dinumero tramite la block-chain: la catena di piattaforme elettroniche tramite la quale le valute virtuali vengono trattate.

L'utilizzo delle cripto-valute nel commercio elettronico è di fatto molto limitato dalla necessità di questa accettazione volontaristica, mentre le stesse sono diventate sempre più oggetto di vere e proprie scommesse speculative. Si stima che a tutt'oggi ne siano in circolazione quasi diecimila per un valore complessivo che supera i 700 miliardi di dollari; entrambi i dati sono caratterizzati da amplissime oscillazioni a carattere temporale, anche nello stesso giorno.

Il bitcoin è quella più significativa, dal momento che da sola capitalizza oltre il 62 per cento del mercato.

Le valute virtuali hanno natura “puramente digitale”: sono infatti create, memorizzate e utilizzate su dispositivi elettronici nei quali sono conservate in conti personalizzati c.d. “portafogli elettronici” (e-wallet), come tali accessibili e trasferibili dal titolare in possesso delle relative credenziali, in qualsiasi momento e senza bisogno dell’intervento di terzi. Per utilizzarle occorre acquistarle da altro soggetto in cambio di valuta legale (fiat) – o di altra valuta digitale - ovvero accettarle, nei termini volontaristici sopra indicati, come corrispettivo per la vendita di beni e servizi, tramite piattaforme definite “exchange” che consentono lo scambio delle valute virtuali con le valute fiat al tasso di cambio aggiornato al valore di mercato.

Queste piattaforme o prestatori di servizi svolgono, sempre di fatto, un ruolo simile a quello di un intermediario finanziario.

Le loro caratteristiche di anonimato, non ufficialità, assenza di autorità di vigilanza – unitamente alle frequenti notizie di procedimenti giudiziari in Italia e all’estero in merito a utilizzi per scopi illeciti, tra cui il riciclaggio e perfino il finanziamento del terrorismo – hanno fatto sì che negli ultimi anni sia cresciuta l’esigenza di una loro regolamentazione a fini anti-money laundering e di contrasto all’abusivismo finanziario.

La nostra legislazione antiriciclaggio ha sviluppato negli ultimi anni una definizione ampia dei prestatori di servizi in valuta digitale o exchange, nonché di quelli di portafoglio elettronico o e-wallet : gli appartenenti a entrambe le categorie sono classificati come soggetti obbligati tra gli “altri operatori non finanziari”. Dopo essere stato il primo Paese in Europa ad imporre gli obblighi antiriciclaggio agli exchange, già in sede di recepimento ex d.lgs. 90/17 della quarta direttiva che ancora non li menzionava ed in prospettiva del testo allora conosciuto della quinta, poi emanata nel maggio del 2018, l’Italia ha successivamente ampliato la base e le caratteristiche dei prestatori di servizi in valute virtuali, mediante il d.lgs. 125/19 che ha recepito la direttiva n. 2018/843.

Molto opportunamente, al fine sia di verificare il rispetto degli obblighi di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo da parte dei prestatori di tali servizi digitali, sia di disciplinare le forme i profili di abusivismo, già il d.lgs. 90/17 ha considerato gli

exchange alla stregua di “cambiavalute virtuali”, imponendo loro obblighi di registrazione e assoggettandoli così alla vigilanza dell’Organismo Agenti e Mediatori - O.A.M.

Detti obblighi sono stati poi estesi dal d.lgs. 125/19 anche agli e-wallet . A tal fine il legislatore ha operato tramite la modifica della disciplina dell’attività tradizionale di cambiavalute, alla cui norma (art. 17-bis del d.lgs. n. 141/10) è stato aggiunto uno specifico comma che ne ha esteso le previsioni ai prestatori di servizi relativi all’utilizzo di valuta virtuale.

Veniva parimenti richiesta l’iscrizione di questi operatori in una “sezione speciale” del “registro dei cambiavalute”, dal 2015 tenuto dall’Organismo per la gestione degli elenchi degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, istituito dall’art. 128-undecies del Testo Unico Bancario. Sono già registrati presso l’OAM: gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi, i money-transfer, i cambia-valute tradizionali, gli operatori compro oro. Questa importante misura antiriciclaggio e di vigilanza nel campo dell’offerta di prestazioni, da considerare comunque a carattere finanziario, non è stata tuttavia sinora attuata.

Pur essendo ampiamente scaduto il termine previsto, non è stato, infatti, ancora emanato il decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze che avrebbe dovuto disciplinare le modalità e la tempistica con cui i prestatori di servizi relativi all’utilizzo di valuta virtuale dovranno comunicare al Ministero stesso la propria operatività sul territorio nazionale. Nel febbraio 2018 lo schema di detto decreto, che faceva seguito al d.lgs. 90/2017, era stato posto in pubblica consultazione come riferito agli exchange, senza che tuttavia ne seguisse l’emanazione.

Nuovamente, dal luglio 2020, si attende la pubblicazione del decreto, che dovrebbe ora anche prevedere le modalità e tempistiche di comunicazione a carico degli e-wallet.

Il termine originario era stato individuato dal d.lgs. 90/2017 nel 5 luglio 2019, poi prorogato al 5 luglio 2020 dal successivo d.lgs.125/2019 (“entro trentasei mesi dall’entrata in vigore” del d.lgs. 90/2017 ossia entro trentasei mesi dal 4 luglio 2017): un termine che non può più essere rimandato, sia per tutelare i prestatori di tali servizi che si sono correttamente iscritti al sistema di anagrafe dei segnalanti dell’Agenzia antiriciclaggio italiana, la Unità di

Informazione Finanziaria - UIF della Banca d'Italia, sia per combattere le forme di abusivismo finanziario del settore.

Si pone quindi il problema della definizione dei beni che possono costituire condotte di riciclaggio

Ampio dibattito ha tuttora ad oggetto il secondo tema affrontato dalla direttiva n. 1673, ossia quello dell'art. 2 sulla necessità di qualificare come beni oggetto delle condotte di riciclaggio, quelli "di qualsiasi tipo...materiali o immateriali, e i documenti o gli strumenti giuridici in qualsiasi forma, compresa quella elettronica o digitale, che attestano il diritto di proprietà o altri diritti sui beni medesimi".

Sinora le valute virtuali sono sempre state qualificate a seconda dell'angolo di prospettiva dei Regulators, delle agenzie fiscali o della giurisprudenza, e definite come rappresentazioni digitali di valore, mezzi di pagamento accettati in forma pattizia, divise estere, beni immateriali. Non vi è dubbio che – come autorevolmente osservato – le cripto-valute costituiscano materia nuova di "arduo inquadramento giuridico", dove la problematicità nell'individuazione dei caratteri identitari, abbia connotato gli stessi per lo più rimarcando cosa esse non sono, ossia la moneta legale.

Già nel 2014 l'European Banking Authority - EBA, in un parere sulle valute virtuali finalizzato a favorire la convergenza regolamentare a livello europeo, le definiva "rappresentazioni digitali di valore, non emesse da banche centrali o da altre autorità pubbliche, che possono essere accettate da persone fisiche o giuridiche come mezzo di pagamento e che possono essere trasferite, archiviate o negoziate elettronicamente", sottolineandone i rischi per gli utilizzatori, i partecipanti al mercato, gli intermediari e le autorità di regolamentazione, specie se utilizzate come strumenti di investimento .

Ancor prima della riforma antiriciclaggio, nella medesima linea si erano subito poste la Banca Centrale Europea [29] e la Banca d'Italia che, con la comunicazione del 30 gennaio 2015, in linea con l'EBA, tendeva a "scoraggiare" le banche e gli altri intermediari dall'acquistare, detenere o vendere valute virtuali, chiedendo al contempo ai vigilati di

avvertire di tale orientamento i propri clienti operanti nel settore, prima di intraprendere operazioni della specie .

I connotati delle valute virtuali – declinati in senso anzitutto negativo - che i Regulators avevano subito individuato, ossia la “rappresentazione digitale di valore”, la non emissione o garanzia da parte di banca centrale o ente pubblico, la mancanza di status giuridico o di moneta, nonché la loro accettazione su base pattizia come mezzo di scambio, sono tutti alla base della loro regolamentazione antiriciclaggio.

E' la definizione che finalmente ne dà la quinta direttiva: “una rappresentazione digitale di valore che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta 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”.

Se l'attenzione delle autorità di vigilanza e del legislatore antiriciclaggio è, per ovvi motivi, nell'ottica di rimarcare cosa le valute virtuali non sono, ossia valute a corso legale in primis, non lo stesso può dirsi sotto altri profili, quali la loro imponibilità fiscale o la valutazione della liceità della loro offerta finanziaria.

Per la relativa qualificazione sotto il profilo tributario, costituisce base fondamentale la sentenza emessa nel 2015 dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea - in tema di applicazione della direttiva sul sistema comune d'imposta sul valore aggiunto – che stabilisce che le esenzioni previste dall'articolo 135, paragrafo 1, lettera e) della direttiva IVA non possono applicarsi solo a “le operazioni relative alle sole valute tradizionali” in quanto “si risolverebbe nel privarla di parte dei suoi effetti”; le attività di cambio di bitcoin in moneta tradizionale e viceversa rientrano pertanto a pieno titolo tra le attività esenti dall'applicazione dell'Iva per le transazioni compiute all'interno del territorio europeo.

La sentenza aggiunge che la possibilità di inserire l'attività tra le cessioni di beni debba essere esclusa in quanto i bitcoin non sono da considerarsi un “bene materiale” nel senso fatto proprio dall'articolo 14 della direttiva in questione. La Corte afferma che, nel caso al suo esame, la moneta virtuale non trasferisce alcun diritto di proprietà e viene utilizzata unicamente per il cambio fra vari mezzi di pagamento che costituiscono prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso. Ne ha fatto seguito la Risoluzione dell'Agenzia delle

Entrate “Trattamento fiscale applicabile alle società che svolgono attività di servizi relative a monete virtuali” che, prendendo spunto dalla giurisprudenza europea, assimila le operazioni in cripto-valute a quelle in divise estere.

Da questa assimilazione, l’Agenzia fa discendere la conferma dell’esenzione IVA ma - riprendendo l’identificazione fatta dalla Corte dell’attività di intermediazione nella compravendita come una “prestazione di servizi” - ne fa al contempo derivare la tassazione diretta, a carico delle imprese, delle relative componenti reddituali nonché a carico delle persone fisiche, per le cessioni a termini, la tassazione delle plusvalenze come redditi diversi di natura finanziaria.

Nel tentativo giurisprudenziale di fornire una qualificazione giuridica della natura, fortemente tecnicistica, delle cripto-valute, la prima sentenza italiana sul tema è quella del Tribunale Civile di Verona su una richiesta di restituzione fatta dall’attore, per il denaro corrisposto ad una società di servizi informatici che avrebbe dovuto aprire un conto in bitcoin ma che, pur avendo ricevuto i soldi necessari in valuta legale, non aveva eseguito la sua prestazione.

Il Tribunale, facendo riferimento alla citata Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate ed al richiamo di questa alla sentenza della Corte di Giustizia Europea, definisce la criptovaluta come “uno strumento finanziario utilizzato per compiere una serie di particolari forme di transazioni online”, facendone discendere natura contrattuale alla loro vendita, in quanto qualificabile come “attività professionale di prestazione di servizi a titolo oneroso, svolta in favore di consumatori”, inquadrabile in una “offerta al pubblico di prodotti finanziari” o di “servizi di investimento in valori mobiliari”. Più specificamente: l’operazione on line di cambio valuta va inquadrata nella «offerta al pubblico di prodotti finanziari» ovvero in quella dei «servizi e attività di investimento in valori mobiliari», come regolamentati dal Testo Unico della Finanza (d.lgs. 58/1998).

Nel 2019 fa seguito una sentenza del Tribunale di Firenze, chiamato ad esprimersi sul fallimento di una piattaforma exchange online di scambio e deposito di criptovalute che erano state fatte sistematicamente confluire in unico e-wallet centrale, per cui non era più possibile distinguere quali cripto, gestite dalla piattaforma, appartenessero ai singoli utenti, se non sulla base della contabilità interna. La sentenza – dopo ampio excursus sulla

legislazione antiriciclaggio e sulla decisione della Corte di Giustizia Europea del 2015 – considera il bitcoin come “una digitalizzazione di valore” che può essere considerata un bene ai sensi dell’art. 810 del codice civile, un bene fungibile in quanto “unità monetaria simile alla valuta che tuttavia non è qualificata come moneta legale...un bene oggetto di trasferimenti e transazioni”. Si aggiunge che “la criptovaluta è sia consumabile, in ragione del suo uso (quando viene speso) sia fungibile...perché della stessa natura e della stessa quantità, in quanto appartenente allo stesso protocollo informatico, a soggetti alla medesima ratio di altri beni che permettono di effettuare pagamenti”. La asserita fungibilità della criptovaluta consente quindi al Tribunale di dichiarare il fallimento della società che gestiva l’exchange, considerando la natura negoziale di deposito irregolare del rapporto tra l’utente e il gestore della piattaforma e l’insolvenza dell’imprenditore.

Recentemente, la Cassazione penale, in un procedimento per riciclaggio, ha classificato le valute virtuali alla stregua di prodotti finanziari, assoggettando l’offerta della loro compravendita alle disposizioni del Testo Unico sulla Finanza - TUF. La Corte era chiamata ad esprimersi sul ricorso della difesa in tema di provvedimenti cautelari reali, dovendosi occupare degli aspetti di legittimità di un’ordinanza del Tribunale del riesame di Milano, che aveva confermato un decreto di sequestro preventivo di fondi e altri beni emesso dal giudice per le indagini preliminari a carico di un indagato che, in concorso con altri, era chiamato a rispondere dei reati di cui agli articoli: 648 bis c.p. “riciclaggio”, 166 comma 1) lett. c) “abusivismo” del TUF e 493 ter c.p. “indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento”.

La vicenda sottostante prendeva spunto da denunce per furti di identità digitali e truffe online nel settore delle vendite immobiliari; i denunciati dichiaravano che, una volta versato l’acconto, non erano riusciti a concludere l’acquisto, mentre nel frattempo i siti venivano chiusi e il denaro, dopo numerosi giri, sarebbe infine stato investito in bitcoin. Soffermandosi sulla valutazione dell’attività di compra-vendita di valute virtuali svolta dagli indagati, che l’ordinanza impugnata affermava essere stata svolta su apposito sito internet e pubblicizzata tramite l’omonima pagina del social network Facebook, la Cassazione considera correttamente motivata l’ordinanza impugnata, in quanto sottolinea che la vendita di bitcoin veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, tanto che sul sito ove veniva pubblicizzata si davano informazioni idonee a mettere i risparmiatori in

grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa, affermando che "chi ha scommesso in bitcoin in due anni ha guadagnato più del 97%". Tale attività deve essere perciò considerata come soggetta agli adempimenti previsti dal TUF, negli articoli 91 eseguenti, la cui omissione integra appunto la sussistenza del reato di abusivismo finanziario, di cui al successivo art. 166 comma 1, lett. c).

In proposito, dottrina e giurisprudenza hanno spesso considerato le valute virtuali nel novero dei beni di cui all'art. 810 c.c., per via della loro riconducibilità a un'essenza economico-finanziaria, intendendo per bene un'entità utile, cioè adatta a soddisfare un bisogno umano di appropriazione e di utilizzo e che, perciò, possa avere un valore. La riconducibilità a un'essenza economico-finanziaria è certamente compatibile con i tratti essenziali delle valute virtuali, che possono essere considerate come un bene giuridico, meritevole di tutela per gli interessi economici che sottende: tema di dibattito è se questo strumento tecnologico possa qualificarsi nella categoria dei "beni immateriali". Così si definiscono quei beni che non hanno materialità corporea e non sono quindi percepibili dai sensi umani: vi appartengono ad esempio le invenzioni e le opere dell'ingegno, gli strumenti finanziari, i diritti che possono essere oggetto di negoziazione, marchi e brevetti e – più recentemente – i programmi per elaboratore o software; tra i beni immateriali rientrano in dottrina anche i valori mobiliari e gli strumenti e i prodotti finanziari.

La recente sentenza della Suprema Corte che assoggetta agli adempimenti previsti dal TUF l'attività di offerta di compravendita delle valute virtuali - considerate come prodotti finanziari - è pertanto in linea con la dottrina sul tema. Proprio in tema di riciclaggio e quindi nell'ottica della direttiva penale, la Cassazione – pur senza fornire specifiche statuizioni - sembra considerare pacifico che i bitcoin o altre cripto-valute rientrino nella condotta materiale del reato, che considera denaro, beni o altre utilità.

La Suprema Corte si era già espressa sul reato di cui al 648 ter "Impiego di denaro, beni ed altre utilità di provenienza illecita", stabilendo che "la nozione di attività economica o finanziaria è desumibile dagli artt. 2082, 2135 e 2195 c.c. e fa riferimento non solo all'attività produttiva in senso stretto, ossia a quella diretta a creare nuovi beni o servizi, ma

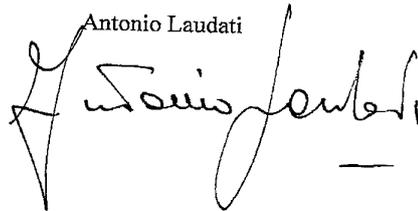
anche a quella di scambio e di distribuzione dei beni nel mercato del consumo, nonché ad ogni altra attività che possa rientrare in una di quelle elencate nelle menzionate norme del codice civile”.

Al fine, tuttavia, di non lasciare - per l'ennesima volta - il compito definitorio alla giurisprudenza in una materia così importante ed in presenza di una specifica richiesta che la direttiva penale n. 1673 (art. 2) fa agli stati dell'Unione, anche sulla qualificazione giuridica delle cripto-valute come “beni”, **sarebbe quanto mai opportuna una precisazione di carattere normativo in sede di emanazione del decreto legislativo di attuazione.**

Roma 27 settembre 2021 h. 16.30

Il Sostituto Procuratore Nazionale

Antonio Laudati

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Antonio Laudati', written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.