

CAPITOLO I. INTRODUZIONE

Sulla natura giuridica delle criptovalute

L'avanzamento tecnologico dei mezzi digitali sta rapidamente trasformando in modo radicale la società odierna, soprattutto a seguito dei periodi di *lockdown* dovuti alla pandemia da COVID-19. Basti pensare al denaro contante, sempre meno utilizzato e destinato a scomparire nel giro di qualche anno in favore dei pagamenti digitali. In quest'ottica una delle innovazioni principali sono le criptovalute di cui la più nota è *bitcoin*, oltre che quella con la maggior capitalizzazione di mercato. A tale successo ha contribuito parzialmente anche il sostegno mediatico da parte del visionario imprenditore Elon Musk, uno degli uomini più ricchi del pianeta¹. Le criptovalute possono essere considerate come strumenti digitali rappresentanti un valore economico che utilizzano un sistema di crittografia per garantire un elevato livello di protezione alle transazioni. Per questo vengono definite valute 'nascoste', dato che sono visibili solo conoscendo un determinato codice informatico². Quest'ultimo consiste in due chiavi d'accesso di

1 Elon Musk è CEO di Tesla, CTO di SpaceX e cofondatore e CEO di Neuralink. Andrea Walton, *Chi è Elon Musk*, Inside Over, 10 Settembre 2020, in <https://it.insideover.com/schede/economia/chi-e-elon-musk.html>.

2 CONSOB, *Le criptovalute: che cosa sono e quali rischi si corrono*, in <https://www.consob.it/web/investor-education/criptovalute>.

cui una pubblica e una privata: quella pubblica è una sorta di indirizzo che serve ad identificare sulla piattaforma online i portafogli digitali per inviare o ricevere denaro. Invece la chiave d'accesso privata rappresenta la firma digitale necessaria per autorizzare le transazioni, poiché solo chi la possiede può accedere al conto e quindi confermare qualsiasi tipo di operazione. Per comprendere il meccanismo sin qui descritto, può essere utile pensare alla chiave d'accesso pubblica come ad un conto corrente bancario mentre quella privata come al suo pin³. Questo sistema crittografico è alla base della tecnologia *Blockchain*, ossia una struttura digitale formata da una catena di blocchi contenenti i dati sulle operazioni effettuate⁴. In questo modo si crea un registro elettronico che consiste in un libro mastro in grado di conservare in ordine cronologico la contabilità dei trasferimenti. Con questa tecnologia, le transazioni vengono effettuate attraverso le reti *peer-to-peer* (P2P) che permettono di connettere tra di loro i dispositivi tecnologici senza passare da un server centrale⁵. Inoltre nessuna autorità o istituto controlla le operazioni e non è necessaria la presenza di intermediari tradizionali come le banche. Per questi motivi è necessaria un'analisi approfondita sulla regolamentazione delle

3 Criptoinvestire, *CRITTOGRAFIA. La sicurezza delle blockchain*, in <https://www.criptoinvestire.com/come-funziona-la-crittografia-nelle-blockchain.html>.

4 Gian Luca Comandini, *Da Zero alla Luna. La Blockchain: quando, come, perché sta cambiando il mondo*, Flaccovio Dario Editore, 2020.

5 A differenza della reti internet tradizionali dove l'utente deve collegarsi ad un server centrale per comunicare con altri utenti, come nel caso di whatsapp. Criptoaluta.it, *Blockchain: cos'è e come funziona (guida alla rivoluzione)*, in <https://www.criptoaluta.it/blockchain>.

criptovalute. Per stabilire quale disciplina applicare, occorre qualificarne la natura giuridica ma su questo manca una normativa specifica che indichi una strada univoca. A causa di tale lacuna, si sono formate molte opinioni contrastanti sulla questione. Avendo come funzione principale quella di mezzo di pagamento, la soluzione maggiormente accolta è di considerare le criptovalute come '*valute virtuali*', rientrando nella definizione data dall'Opinione dell'Autorità Bancaria Europea del 4 Luglio 2014 secondo cui le valute virtuali sono <<rappresentazioni digitali di valore che non sono emesse da una banca centrale o autorità pubblica né sono necessariamente collegate a una valuta avente corso legale, ma che vengono utilizzate da una persona fisica o giuridica come mezzo di scambio e che possono essere trasferite, archiviate e negoziate elettronicamente>>⁶. Da qui si denotano due caratteristiche importanti delle valte virtuali: la non emissione da parte di un'autorità pubblica e la loro funzione di mezzo di scambio. La nozione dell'EBA è stata ripresa da Banca d'Italia con la Comunicazione del 30 Gennaio 2015 riguardante le peculiarità delle valute virtuali e i possibili rischi derivanti dal loro utilizzo. Inoltre, nella Comunicazione viene affermato che <<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

6 EBA/Op/2014/08. European Banking Authority, *Opinion on "virtual currencies"*, 4 Luglio 2014, in <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>.

utilizzate per acquistare beni o servizi solo se il venditore è disponibile ad accettarle>>⁷. Dunque, nonostante la loro funzione di metodo di pagamento, le valute virtuali non hanno corso legale⁸ e non possono rientrare nella definizione di moneta elettronica data dalla Direttiva UE 2009/110/CE, attuata in Italia con il D.lgs n.45 del 16 Aprile 2012⁹. Alle valute virtuali non risulta applicabile neanche la Direttiva UE 2015/2366 del 25 novembre 2015 sulle prestazioni di servizi di pagamento, che vengono elencate in <<una lista tassativa di attività commerciali, in cui non rientrano quelle svolte dai prestatori di servizi di moneta virtuale, poiché la direttiva in argomento individua un sistema intermediato da banche o altri soggetti autorizzati e basati su monete con corso legale>>¹⁰. Seguendo la linea dettata dalla nozione di valute virtuali dell'EBA, la prima regolamentazione su di esse si ha a livello comunitario con la Direttiva UE n.843 del 30 Maggio 2018¹¹,

7 Banca d'Italia, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"*, 30 Gennaio 2015, in https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/avvertenza-valute-virtuali/AVVERTENZA_VALUTE_VIRTUALI.pdf.

8 Le criptovalute non hanno corso legale in nessuno stato del mondo ad eccezione di El Salvador, che dal 7 Settembre 2021 riconosce *Bitcoin* come valuta legale insieme al dollaro. Alessandra Caparello, *Criptovalute: El Salvador primo paese al mondo ad adottare Bitcoin come valuta legale*, 7 Settembre 2021, in https://www.finanza.com/Finanza/Notizie_Mondo/Sud_America/notizia/Criptovalute_El_Salvador_primo_paese_al_mondo_ad_adottare_B-536870.

9 La moneta elettronica è *"il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso dietro ricevimento di fondi per effettuare operazioni di pagamento"*. Direttiva UE 2009/110/CE, 16 Settembre 2009, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0110&from=EL>.

10 Marco Accardo, *Valute virtuali e normativa antiriciclaggio*, 18 Giugno 2021, in <https://www.diritto.it/valute-virtuali-e-normativa-antiriciclaggio/>.

11 Direttiva UE 843/2018 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 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=HU>

che modifica la Direttiva UE 2015/849¹². Tuttavia ciò avviene nell'ambito di una modifica sul tema dell'antiriciclaggio, mentre invece sarebbe opportuno costruire un quadro normativo specifico sulla questione. Sino a qui è stato mostrato come le criptovalute siano considerate valute virtuali, ma in realtà tale termine non sarebbe corretto *a priori* dato che non hanno valore legale. Inoltre tale definizione risulta riduttiva in quanto le criptovalute sono uno strumento estremamente unico ed eclettico. Infatti, oltre alla funzione di mezzo di pagamento, rappresentano anche un mezzo finanziario per investimenti sull'andamento del loro valore in borsa. Sotto questa prospettiva, il problema si pone in riferimento all'art. 1 comma 2 del Testo Unico della Finanza, in cui è affermato che gli strumenti finanziari non sono strumenti di pagamento¹³. Dunque le criptovalute possono rientrare solo in una di queste due categorie o in nessuna. Un'interpretazione che considera le criptovalute come strumento finanziario si ha con la sentenza n. 195 del 24 Gennaio 2017 del Tribunale di Verona , il primo orientamento giurisprudenziale in Italia ad occuparsi di criptovalute¹⁴. Il caso in questione nasce dalla citazione in giudizio di una

12 Ciò viene recepito in Italia con i D.lgs n. 90 e n. 92 del 25 Maggio 2017, in seguito modificati con il D.lgs n. 125 del 4 Ottobre 2019. Marco Accardo, Op cit.

13 Il TUF, noto anche come “Legge Draghi”, è la principale fonte normativa in materia finanziaria. Fu emanato con il D.lgs n.58 del 24 Febbraio 1998. Federico Parmeggiani, *TUF (Testo Unico Sulla finanza)*, Dizionario di Economia e Finanza, 2012, in https://www.treccani.it/enciclopedia/tuf_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/.

14 Tribunale di Verona, sez.II Civile, sentenza n.195 del 24 Gennaio 2017. Qui il testo della sentenza: <http://www.molegale.it/wp-content/uploads/2018/01/sentenza-195-del-2017-Tribunale-di-Verona.pdf>.

società di servizi informatici che avrebbe dovuto aprire un conto in *bitcoin* ma in realtà non lo ha mai fatto, pur avendo ricevuto dal cliente i soldi in euro necessari all'apertura¹⁵. Nella sentenza il giudice afferma che il cambio da euro (la nostra moneta avente corso legale) in criptovalute è da intendersi come un servizio finanziario a titolo oneroso della società, in quanto *bitcoin* è uno strumento finanziario a tutti gli effetti. Sulla base di ciò, la società ha violato gli <<obblighi legali di forma e di informativa precontrattuale>> (diritto di recesso, art. 67 duodecies del Codice del Consumo – D.lgs. 6 Settembre 2005) e non ha adempiuto agli impegni presi nel contratto stipulato a distanza (requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, ex art. 50 del Codice del Consumo). Tenuto conto di questo, il giudice stabilisce che il contratto è nullo e la società è tenuta al risarcimento delle somme acquisite in quanto il cliente ha il diritto di essere informato in modo trasparente sulle modalità riguardanti il servizio operato dalla società¹⁶. Tuttavia all'interno della sentenza manca un fondamento logico che giustifichi l'argomentazione che porta a definire *bitcoin* come uno strumento finanziario¹⁷. Una soluzione preferibile sarebbe quella di inserire *bitcoin* nella macrocategoria dei prodotti

15 Calogero Boccadutri, *Le criptovalute secondo la legge*, 8 Gennaio 2018, in <https://www.boccadutri.com/it/le-criptovalute-secondo-la-legge/>.

16 *Ibid.*

17 Dott. Edoardo Esposito, *Antiriciclaggio e criptovalute*, Master universitario di II livello in diritto penale dell'impresa, Anno accademico 2018/2019, in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/01/Paper-antiriciclaggio-e-criptovalute.pdf>.

finanziari, che contiene non solo la categoria '*a numero chiuso*' degli strumenti finanziari ma anche qualsiasi tipo di investimento di natura finanziaria. Dunque in quest'ottica si fa riferimento all'art.1 comma 1. lett u) del TUF, con la disciplina che ne consegue (<<in particolare, la normativa in materia di sollecitazione del pubblico risparmio ai sensi degli artt. 94 e ss. del TUF e le regole riguardanti la promozione e il collocamento a distanza di prodotti finanziari ex art. 32 del TUF e relative disposizioni attuative>>)¹⁸. Di questo avviso è la Sentenza n. 26807 del 25 Settembre 2020¹⁹ con cui la Cassazione Penale ha compiuto un giudizio di legittimità nell'ambito di un procedimento penale per abusivismo finanziario²⁰. Il procedimento inizia con un'ordinanza del Giudice per le Indagini Preliminari che prevede un sequestro preventivo nei confronti dell'indagato, accusato di aver promosso <<in modo spinto>> l'acquisto di *bitcoin* sul suo sito web e aver ottenuto in questo modo il denaro dai clienti. In seguito al giudizio di riesame del Tribunale di Milano che conferma l'ordinanza, l'imputato decide infine di presentare

18 Paolo Iemma e Nadia Cuppini, Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, *La qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute differenze*, 8 Marzo 2018, in <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/fintech/la-qualificazione-giuridica-delle-criptovalute-affermazioni-sicure-e-caute-diffidenze#:~:text=lgs.-,n.,in%20valute%20aventi%20corso%20legale%E2%80%9D>.

19 Corte di Cassazione, sez.II Penale, sentenza n.26807 17-25 Settembre 2020. Qui il testo della sentenza: <https://dirittodiinternet.it/wp-content/uploads/2021/01/Corte-di-Cassazione-sezione-II-penale-25-settembre-2020-n.-26807.pdf>.

20 Nicola Mainieri, *La Cassazione penale esamina le valute virtuali sotto il profilo del Testo Unico della Finanza – le precedenti qualificazioni e i richiami della Direttiva penale sulla lotta al riciclaggio mediante l'uso del penale (n. 2018/1673 UE)*, in https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/10/Mainieri_gp_2020_10.pdf.

ricorso in terzo grado di giudizio rivolgendosi alla Corte di cassazione. Quest'ultima ha rigettato il ricorso, in particolare il motivo con cui veniva sostenuto che le valute virtuali sono mezzi di pagamento, e dunque sottratte alla normativa in materia di strumenti finanziari. Nella sentenza viene affermato che attraverso il suo sito web l'imputato non si sarebbe limitato all'acquisto ed alla cessione di *bitcoin* ma avrebbe agito attivamente affinché fossero aperti dei conti correnti²¹. Dato che in questo caso specifico tale criptovaluta è utilizzata come prodotto finanziario, l'attività di sollecitamento all'acquisto di *bitcoin* è soggetta agli adempimenti del TUF, la cui omissione come in questo caso integra il reato di abusivismo finanziario (ex art. 166 comma 1 lett. c del TUF). Va tuttavia precisato che la Corte di cassazione non dice espressamente che *bitcoin* sia sempre un prodotto finanziario, poiché la conclusione alla quale giunge è legata in modo indissolubile al caso specifico in questione e alla condotta dell'indagato²². Un'altra presa di posizione sulla natura giuridica delle criptovalute si ha con la Sentenza n. 18 del 21 Gennaio 2019 del Tribunale di Firenze²³, con cui viene dichiarata fallita una società che gestiva una piattaforma digitale di scambio e deposito di criptovalute, poiché non era

21 Avv. Valentina Guerrisi e Dr.ssa Asia Vozzella, *Vendita di bitcoin sul web e abusivismo finanziario : nota a Cassazione Penale, Sez. II, 25.09.2020, n.26807*, 15 Novembre 2020, in <https://www.devita.law/vendita-di-bitcoin-sul-web-e-abusivismo-finanziario-nota-a-cassazione-penale-sez-ii-25-9-2020-n-26807/>.

22 *Ibid.*

23 Tribunale di Firenze, sez. Fallimentare, sentenza n.18 del 21 Gennaio 2019. Qui il testo della sentenza: https://www.coinlex.it/wp-content/uploads/2019/01/Sentenza_Fallimento_Bitgrail.pdf.