Penale Sent. Sez. 2 Num. 44378 Anno 2022
Presidente: DIOTALLEVI GIOVANNI
Relatore: COSCIONI GIUSEPPE
Data Udienza: 26/10/2022

SENTENZA

sul ricorso proposto da:
PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI BRESCIA
nei confronti di:

avverso l'ordinanza del 09/11/2021 del TRIB. LIBERTA' di BRESCIA

ttarsi il ricorso;

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 9 novembre 2021 il Tribunale di Brescia, in funzione di giudice del riesame, confermava l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Brescia nella parte in cui aveva rigettato la richiesta del Pubblico Ministero di disporre il sequestro preventivo del wallet contenente 30 bitcoin asseritamente oggetto del delitto di cui all'art. 648 ter 1 cod.pen., per il quale era indagato l per difetto del *fumus commissi delicti* in relazione alla sussistenza del delitto presupposto descritto al capo b) della provvisoria incolpazione (art. 131 d.lgs. 385/93).

1.1 Avverso l'ordinanza del Tribunale ricorro per Cassazione il Pubblico Ministero, eccependo che l'ordinanza aveva ritenuto erroneamente insussistente il reato di esercizio abusivo dell'attività finanziaria; premette che i giudici avevano ritenuto che quanto alla fattispecie di cui all'art. 166 TUF era necessario stabilire se la condotta addebitata a integrasse "offerta di servizio o attività di investimento", come descritta dal comma 5 dell'art. 1 TUF, ritenendo che tale dimostrazione circa la riconducibilità del progetto LWF, come descritto nel White Paper della LWF in atti ad attività di esercizio di attività finanziaria non era raggiunta in assenza di ulteriori indagini, anche di natura tecnica; in realtà, erroneamente i giudici avevano ricondotto esclusivamente all'ipotesi tipizzata di cui all'art. 1 comma 5 TUF le condotte sussumibili nell'esercizio dell'attività finanziaria, così automaticamente escludendo l'attività Initial Coin Offering (ICO), alla quale era riconducibile la contestazione, come risultava dalla semplice lettura del White Paper, da cui si poteva agevolmente rilevare come il progetto venisse pubblicizzato come un'offerta di investimento.

Come già evidenziato nell'atto di appello, la Guardia di Finanza aveva evidenziato come il White Paper fosse un documento fondamentale per l'avvio di una Initial Coin Offering, finalizzato a descrivere ai potenziali investitori il progetto relativo alla creazione di nuove start-up ed iniziative da avviare nel mondo virtuale ed i suoi aspetti tecnici-finanziari-economici, per cui non vi era necessità di svolgere ulteriori accertamenti; pertanto, i 30 BTC oggetto della richiesta di sequestro probatorio integravano profitto del delitto di cui all'art. 166 TUF prima e di cui all'art. 648 ter 1 cod.pen. poi, per il quale era prevista la confisca obbligatoria ex art. 648 quater cod.pen.

1.2 Il Pubblico Ministero eccepisce l'erronea applicazione della legge penale con riguardo all'art. 640 cod.pen. ed all'art. 125 comma 3 cod.proc.pen. e l'assenza di motivazione sul punto: sebbene si desse atto del fatto che il Pubblico Ministero ritenesse in subordine che la condotta di Melis fosse sussumibile nel delitto di truffa e che i 30 BTC ne fossero il profitto illecitamente sottratto ai risparmiatori/investitori, il giudice non aveva esposto le ragioni per le quali la richiesta andava

rigettata; la società promotrice del progetto (LWF Ltd) era "esterovestita" e formalmente intestata ad una testa di legno, ma di fatto nella disponibilità del solo I .

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.Il ricorso è fondato.

1.1 Appare opportuno chiarire qualche concetto sulla moneta virtuale che, nella direttiva 2018/843/UE del 30 maggio 2018 (in modifica della c.d. IV direttiva antiriciclaggio), viene definita come "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"; la ratio della norma vuole evidentemente disciplinare i rapporti tra moneta virtuale e moneta corrente, senza però correttamente definire il fenomeno (disciplinando "in negativo" le caratteristiche della moneta virtuale); il considerando n. 10 della Dir. antiriciclaggio dimostra l'assunto in quanto afferma che "sebbene le valute virtuali possano essere spesso utilizzate come mezzo di pagamento, potrebbero essere usate anche per altri scopi e avere impiego più ampio, ad esempio come mezzo di scambio, di investimento, come prodotti di riserva di valore o essere utilizzate in casinò online. L'obiettivo della presente direttiva è coprire tutti i possibili usi delle valute virtuali".

La definizione che ne dà il legislatore italiano si rinviene nell'art. 1 del d.lgs. 231/2007 come modificato dal D.Lgs. 4 ottobre 2019, n. 125 dove la moneta virtuale viene definita (lett. qq) "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"; si nota subito che tale definizione aggiunge, rispetto a quella del legislatore comunitario, espressamente la finalità di investimento.

Passando ai soggetti che operano nell'ambito delle valute virtuali, si deve rilevare che per exchanger si intende il soggetto che gestisce le piattaforme exchange, intendendosi per exchange 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; sono stati inclusi i "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): 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".

Con riguardo all'uso della moneta virtuale come mezzo di scambio o strumento finanziario, questa Corte ha precisato (Sez. 2, Sentenza n. 26807 del 17/09/2020, De Rosa, Rv. 279590) che ove la vendita di bitcoin venga reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, si ha una 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.

Nel caso in esame, la ricostruzione dei fatti come contenuta nell'ordinanza impugnata porta alla conclusione che l'attività posta in essere da Melis integri l'ipotesi di cui all'art. 166 D. lgs. n. 58/1998, lett. c), che punisce appunto 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": infatti, la raccolta di fondi aveva avuto come scopo la creazione di una piattaforma decentralizzata di servizi logistici, e a chi aveva contribuito erano stati corrisposti in cambio LWF Coin, che costituivano titoli per l'utilizzo dei servizi della piattaforma.

Merita di essere richiamata, a questo punto, 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), facendo propria la tesi (richiamata anche dal Pubblico Ministero in ricorso) 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 tutti presenti nel caso in esame, in quanto i soggetti interessati all'investimento per ottenerlo: a) hanno erogato capitali (sotto la forma di bitcoin); b) con l'aspettativa di ottenere un rendimento, costituito dalla corresponsione di altre monete virtuali che avrebbero permesso la partecipazione alla piattaforma, dal valore variabile a seconda del momento dell'acquisto e che avrebbe acquistato maggior valore se il progetto relativo alla piattaforma avesse avuto successo; c) hanno assunto su di sé un rischio connesso al capitale investito.

Ne consegue che la valuta virtuale deve essere considerata strumento di investimento perché consiste in un prodotto finanziario, per cui deve essere 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".

La motivazione del Tribunale secondo cui non sussisterebbero indizi del reato di cui all'art. 166 co.1 d.lgs.58/1998 perché non risulterebbero specifici accertamenti tali da ritenere configurata una "offerta di servizio o attività di investimento" è quindi contraddittoria con i fatti come riassunti nell'ordinanza, ed integra violazione di legge (e precisamente, dell'art. 166 TUF sopra richiamato), a nulla rilevando che i soggetti che hanno conferito il capitale non abbiano

presentato denunce; anzi, proprio il rischio assunto, di cui erano consapevoli, rafforza la conclusione che l'operazione posta in essere costituisse un vero e proprio investimento; nessuna motivazione è poi contenuta relativamente all'ipotesi di truffa contestata al capo d)

L'ordinanza impugnata deve quindi essere annullata con rinvio al Tribunale di Brescia per nuovo esame.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale di Brescia competente ai sensi dell'art. 324 comma 5 c.p.p.

Così deciso il 26/10/2022