

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a dark green one on the right containing 'N'.

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

1/2021

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, Manfredi Bontempelli, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce María Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Uberti, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2021 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

EMERGENZA COVID E SISTEMA PENALE	Fatti <i>extra ordinem</i>. L'interpretazione giudiziale al tempo del Covid-19 <i>Hechos extra ordinem. La interpretación judicial en tiempos del Covid-19</i> <i>Extra Ordinem Facts. Judicial Interpretation in the Covid-19 Era</i> Damiano Canale	1
<i>EMERGENCIA COVID</i> <i>Y DERECHO PENAL</i>		
<i>COVID HEALTH CRISIS AND CRIMINAL JUSTICE SYSTEM</i>	Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico <i>Necesidades y modelos de limitación de responsabilidad en el contexto del derecho penal pandémico</i> <i>Needs and Models for Limiting Responsibility in the Context of Pandemic Criminal Law</i> Emmanuele Penco	16
	Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore “vincibile” di derivazione europea <i>Impago de impuestos a causa de la pandemia: en busca de una eximente por fuerza mayor “vencible” de origen europeo</i> <i>Failure to Pay Taxes Due to Covid-19: Looking for a European Force Majeure Exemption</i> Samuel Bolis	38
QUESTIONI DI PARTE SPECIALE	“Peculato dell'albergatore”: tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, <i>tertium datur</i> l'amnistia? <i>Peculado cometido por el hotelero: entre modificaciones mediatas reales o aparentes y sucesión impropia, ¿tertium datur la amnistía?</i> <i>Embezzlement of Public Funds by the Hotel Owner: Between Change And Chronological Succession of Criminal and Administrative-Punitive Laws, Tertium Datur Amnesty?</i> Giuseppe Amarelli	52
<i>TEMAS DE PARTE ESPECIAL</i> <i>GENERAL PART TOPICS</i>		
	Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza <i>El escudo de cristal: la reforma del abuso de funciones y la reaparición de la tentación “neutralizadora” de la jurisprudencia</i> <i>The Crystal Shield: the Reformed Abuse of Office and the Reemerging ‘Neutralization’ Temptation by the Courts</i> Andrea Merlo	75

<p>Una proposta per l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni quale reato di mano propria.</p> <p><i>Una propuesta para el ejercicio arbitrario del propio derecho como delito de propia mano.</i></p> <p><i>The Crime of Arbitrary Exercise of One's Rights as 'Own Hand' Offence</i></p> <p>Gennaro Mastrangelo</p>	90
<p>Il concetto di "stato di bisogno" nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro</p> <p><i>El concepto de "estado de necesidad" en el delito de intermediación ilícita y explotación laboral</i></p> <p><i>The Notion of "State of Need" in the Crime of Illegal Intermediation in the Job Market and Workers' Exploitation</i></p> <p>Sofia Braschi</p>	113
<p>La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo <i>Stealthbing</i> davanti al giudice penale</p> <p><i>La extracción fraudulenta del condón como agresión sexual.</i></p> <p><i>La posible relevancia criminal del llamado "Stealthbing"</i></p> <p><i>Fraudulently Taking of the Condom as Sexual Assault.</i></p> <p><i>The Potential Criminal Relevance of the So-Called 'Stealthbing'</i></p> <p>Paolo Caroli - Julia Geneuss</p>	136
<p>Criptovalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio</p> <p><i>Criptomonedas y derecho penal en la prevención y represión del blanqueo de capitales</i></p> <p><i>Cryptocurrencies and Criminal Law. Preventing and Punishing Money Laundering</i></p> <p>Marta Giuca</p>	150
<p>La "moralità" dell'ergastolo c.d. "ostativo" per i fatti di mafia</p> <p><i>La moralidad de la prisión permanente revisable por delitos mafiosos</i></p> <p><i>The Morality of "Ergastolo Ostativo" for Mafia Crimes</i></p> <p>Licia Siracusa</p>	192
<p>La «disciplina del minuscolo»: la Corte costituzionale alle prese con la ragionevolezza del divieto assoluto di scambiare oggetti per detenuti al 41 bis</p> <p><i>La "disciplina de lo minúsculo": el Tribunal Constitucional se enfrenta a la razonabilidad de la prohibición absoluta de intercambiar objetos que tienen las personas condenadas al alero del artículo 41 bis.</i></p> <p><i>The "Rules on Micron": the Constitutional Court on the Reasonableness of the Strict Prohibition of Exchanging Objects Among Detainees Under 41 bis</i></p> <p>Alessandro Tesauro</p>	219

CRIMINALITÀ
ORGANIZZATA E
TRATTAMENTO
PENITENZIARIO

CRIMINALIDAD
ORGANIZADA Y
TRATAMIENTO
PENITENCIARIO

ORGANIZED CRIME AND
IMPRISONMENT

<p>DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE</p> <p><i>DERECHO PENAL INTERNACIONAL</i></p> <p><i>INTERNATIONAL CRIMINAL LAW</i></p>	<p>Politiche anti-migratorie e responsabilità dei vertici politico-istituzionali per crimini contro l'umanità</p> <p><i>Políticas anti-migratorias y responsabilidad de los líderes político-institucionales por crímenes de lesa humanidad</i></p> <p><i>Anti-Migration Policies and Responsibility of the Leadership for Crimes Against Humanity</i></p> <p>Dora Tarantino</p>	<p>239</p>
<p>RICERCA E DIDATTICA NEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>INVESTIGACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL</i></p> <p><i>RESEARCH AND TEACHING IN THE FIELD OF CRIMINAL LAW</i></p>	<p>La ricerca e l'insegnamento in materia penale: riflessioni sul modello statunitense e sulla sua influenza sul sistema italiano</p> <p><i>Investigación y enseñanza en materia penal: reflexiones sobre el modelo estadounidense y su influencia en el sistema italiano</i></p> <p><i>Research and Teaching in the Field of Criminal Law: Reflections on the U.S. Model and Its Influence on the Italian System</i></p> <p>Alessandro Corda</p>	<p>267</p>
<p>IL FOCUS SU...</p> <p><i>EL ENFOQUE EN</i></p> <p><i>FOCUS ON...</i></p>	<p>La responsabilità da reati ambientali degli enti collettivi: profili dogmatici e tecniche di prevenzione</p> <p><i>La responsabilidad por delitos ambientales de las personas jurídicas: cuestiones dogmáticas y técnica de prevención</i></p> <p><i>Corporate Criminal Liability for Environmental Crimes: Theoretical Profiles and Compliance Policies</i></p> <p>Emanuele Birritteri</p>	<p>290</p>
	<p>La legittima difesa domiciliare all'esame di vent'anni di giurisprudenza di legittimità</p> <p><i>La legítima defensa en el domicilio examinada a la luz de veinte años de "jurisprudencia de legitimidad"</i></p> <p><i>Self Defence in the Home Evaluated in the Light of Twenty Years of Supreme Court of Cassation Case-Law</i></p> <p>Lucrezia Rossi</p>	<p>315</p>
	<p>La metamorfosi della 'confisca in casi particolari': dalla criminalità organizzata alla legislazione penal-tributaria</p> <p><i>La metamorfosis del "comiso en casos particulares": desde el crimen organizado hasta la legislación penal-tributaria</i></p> <p><i>The Metamorphosis of 'Confiscation in Special Cases': From the Organized Crime to the Tax Criminal Legislation</i></p> <p>Davide Attanasio</p>	<p>332</p>

QUESTIONI DI PARTE SPECIALE

TEMAS DE PARTE ESPECIAL

GENERAL PART TOPICS

- 52 **“Peculato dell'albergatore”:** tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, *tertium datur* l'amnistia?
Peculado cometido por el hotelero: entre modificaciones mediatas reales o aparentes y sucesión impropia, ¿tertium datur la amnistía?
Embezzlement of Public Funds by the Hotel Owner: Between Change And Chronological Succession of Criminal and Administrative-Punitive Laws, Tertium Datur Amnesty?
Giuseppe Amarelli
- 75 **Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza**
El escudo de cristal: la reforma del abuso de funciones y la reaparición de la tentación “neutralizadora” de la jurisprudencia
The Crystal Shield: the Reformed Abuse of Office and the Reemerging ‘Neutralization’ Temptation by the Courts
Andrea Merlo
- 90 **Una proposta per l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni quale reato di mano propria.**
Una propuesta para el ejercicio arbitrario del propio derecho como delito de propia mano.
The Crime of Arbitrary Exercise of One's Rights as ‘Own Hand’ Offence
Gennaro Mastrangelo
- 113 **Il concetto di “stato di bisogno” nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro**
El concepto de “estado de necesidad” en el delito de intermediación ilícita y explotación laboral
The Notion of “State of Need” in the Crime of Illegal Intermediation in the Job Market and Workers' Exploitation
Sofia Braschi
- 136 **La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo *Stealththing* davanti al giudice penale**
La extracción fraudulenta del condón como agresión sexual. La posible relevancia criminal del llamado “Stealththing”
Fraudulently Taking of the Condom as Sexual Assault. The Potential Criminal Relevance of the So-Called ‘Stealththing’
Paolo Caroli - Julia Geneuss
- 150 **Criptovalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio**
Criptomonedas y derecho penal en la prevención y represión del blanqueo de capitales
Cryptocurrencies and Criminal Law. Preventing and Punishing Money Laundering
Marta Giuca

Criptovalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio

Criptomonedas y derecho penal en la prevención y represión del blanqueo de capitales

Cryptocurrencies and Criminal Law. Preventing and Punishing Money Laundering

MARTA GIUCA

Dottoranda di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Catania
 marta.giuca@phd.unict.it

RICICLAGGIO

LAVADO DE ACTIVOS

MONEY LAUNDERING

ABSTRACTS

Il contributo analizza i profili di rilevanza penale delle operazioni aventi ad oggetto le criptovalute, con particolare riferimento al delitto di riciclaggio. Nella prima parte ci si sofferma brevemente sulla qualificazione giuridica delle criptovalute nell'ordinamento statunitense e in quello europeo. La seconda parte è dedicata alla disciplina italiana in tema di prevenzione del riciclaggio, analizzata anche in chiave comparata alla luce della legislazione di Malta, soffermandosi in particolare sulle fattispecie penali previste dal D.lgs. 231/2007. Infine, l'ultima parte individua alcuni punti di criticità in tema di concorso dei soggetti obbligati al rispetto della normativa antiriciclaggio nel delitto di cui all'art. 648 bis c.p., soffermandosi in particolare sul concorso omissivo e sulle questioni concernenti la possibilità di individuare una posizione di garanzia in capo ai soggetti obbligati e il divieto di *bis in idem*.

El presente artículo se centra en la relevancia penal de las transacciones con criptomonedas, con especial referencia al delito de blanqueo de capitales. La primera parte examina brevemente la calificación jurídica de las criptomonedas en el sistema estadounidense y europeo. La segunda parte analiza la legislación italiana en materia de prevención del blanqueo de capitales, examinada también en comparación con la legislación maltesa, concentrándose en particular en los casos penales previstos por el Decreto Legislativo 231/2007. Al final, en la última parte se destacan algunos puntos críticos sobre el tema del concurso de personas obligadas al cumplimiento de la normativa antiblanqueo en el delito contemplado por el Artículo 648 bis del Código Penal, centrándose en particular en la complicidad omisiva y en las cuestiones relativas a la posibilidad de identificar una posición de garantía para las personas obligadas y a la prohibición del *bis in idem*.

The paper analyses the relevance of cryptocurrency activities from a criminal law perspective, focusing on money laundering. The first part briefly examines the legal framework of cryptocurrencies in the US and in the European systems. The second part illustrates the Italian legislation on the prevention of money laundering, provides a comparison with the one of the State of Malta, and examines the conducts punished by D.lgs 231/2007. The last part highlights some critical aspects concerning the conduct of the subject persons under the anti-money laundering regulation that ultimately contribute to the crime of art. 648 bis of criminal code through acts of omission, focusing on the existence of a duty to act and on the principle of *ne bis in idem*.

SOMMARIO

1. Le ragioni dell'indagine – 2. Gli “invisibili”: oggetto e autore dei reati contro il patrimonio nell'era delle criptovalute – 2.1 L'oggetto. I problemi relativi alla natura giuridica delle criptovalute – 2.1.1 La qualificazione delle criptovalute nel sistema statunitense – 2.1.2 La qualificazione nel diritto dell'Unione Europea – 2.2 Un autore “invisibile”? – 3. La tutela contro i rischi di riciclaggio: l'ottica preventiva – 3.1 Cenni sulla regolamentazione maltese – 3.2 La disciplina della prevenzione del riciclaggio in Italia – 3.2.1 I soggetti obbligati. Il d.lgs. 125/2019 e l'estensione degli obblighi ai *wallet providers*. – 3.2.2. Gli obblighi antiriciclaggio. – 3.3. Prevenzione e responsabilità penale: le fattispecie di cui all'art. 55 D.lgs. 231/2007. – 4. Problematiche connesse al concorso nel delitto di riciclaggio. – 4.1. Condotta attiva: concorso materiale di reati o concorso apparente di norme? – 4.2. Il concorso mediante omissione. Obblighi antiriciclaggio e posizione di garanzia. – 4.2.1. Responsabilità omissiva e divieto di *bis in idem*. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Le ragioni dell'indagine

T trattare oggi di criptovalute in materia penale è argomento nuovo e all'avanguardia, nonostante esse siano ormai diffuse da più di un decennio¹. Il rischio, in un contesto in cui il diritto insegue il progresso, è che ogni proposta di regolazione possa apparire come anacronistica ove non tempestiva. Il sistema delle criptovalute, difatti, è in costante crescita e evoluzione². Di conseguenza, la sfida posta al legislatore consiste nel creare un apparato normativo che sia al contempo generico e puntuale. L'ossimoro si spiega, da un lato, tenendo a mente i vari tipi di criptovalute oggi esistenti, che rendono necessaria una disciplina che sia rivolta al *genus* e non alle singole *species* di monete virtuali. Dall'altro lato, l'apparato normativo necessita di puntualità, nel senso di precisione e certezza normativa. E ciò per un duplice scopo, l'uno che ha riguardo all'interesse pubblico alla prevenzione di condotte criminose aventi ad oggetto le criptovalute, l'altro che risponde all'esigenza che la legge penale soddisfi i requisiti di chiarezza, accessibilità e riconoscibilità da parte dei consociati, tutti espressione del più generale principio di tassatività, al fine di orientare le scelte d'azione dei singoli.

L'intervento del legislatore penale in tema di criptovalute è reso urgente dal loro sempre più frequente impiego, in sostituzione al denaro contante, anche per fini illeciti³. A titolo di esempio, basti pensare che le valute virtuali possono costituire il mezzo per garantire un sostegno finanziario ai gruppi terroristici, trattandosi di spostamenti di denaro che sfuggono ai comuni controlli cui sono sottoposti gli istituti di credito⁴. Inoltre, le criptovalute si prestano a essere mezzo di scambio per traffici illeciti, quali il commercio di materiale pedopornografico e di sostanze stupefacenti.

Tali operazioni avvengono soprattutto nel *dark web* e nel *deep web*, dove sono facilitate dalla difficoltà dei controlli da parte delle autorità. Di recente, l'importanza dei mercati del *dark web* è stata confermata nel corso del periodo di *lockdown* conseguente alla pandemia da Covid-19, che ha visto una diminuzione degli illeciti “di strada” ma un incremento del crimine commesso via internet⁵, che potremmo definire *smart-crime*, dato il ricorso a strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività criminosa.

¹ Prendendo come riferimento la nota criptovaluta Bitcoin, essa nasce nel 2008, quando Satoshi Nakamoto ne teorizzò il sistema, NAKAMOTO (2008). Cfr. anche la Comunicazione della UIF, l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, *Utilizzo anomalo di valute virtuali*, 2019, che esordisce osservando che “Da circa un decennio sul mercato digitale sono presenti diverse valute virtuali, impiegate per l'acquisto di beni e servizi, per finalità speculative o di gioco”, disponibile sul sito www.uif.bancaditalia.it.

² Per una panoramica sulle criptovalute più popolari tra quelle esistenti si rinvia al sito web www.coinmarketcap.com/it.

³ Nel rapporto annuale 2018 della UIF, l'Unità di Informazione Finanziaria, a p. 49 sono riportati i dati relativi alle segnalazioni sospette connesse all'impiego di valute virtuali. Si evidenzia un andamento crescente: le segnalazioni erano solo due nel 2013 e sono giunte a quattrocentonovantanove nel 2018. Il rapporto, pubblicato nel maggio 2019, è disponibile online: <https://uif.bancaditalia.it/publicazioni/rapporto-annuale/2019/index.html>.

⁴ Questo è quanto si legge anche nel rapporto dell'Europol dell'anno 2018, *l'Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2018*, p. 13 e p. 53. In particolare si riferisce che l'associazione terroristica ISIS ha scoperto i vantaggi correlati all'uso di bitcoin già nel 2014. Tuttavia, solo nel 2017 sono state avviate campagne di raccolta fondi attraverso bitcoin e Zcash. Ciononostante, citando lo studio effettuato dal *Center for a New American Security*, *Terrorist use of Virtual Currencies: Containing the Potential Threat*, 2017, si afferma che la principale via di finanziamento resta quella correlata al sistema bancario. Ciò è confermato anche dalla UIF, nel Rapporto annuale 2018, *cit.* A p. 50 si legge che solo in quindici casi le segnalazioni pervenute erano correlate al finanziamento di attività terroristiche.

⁵ Il tema è stato affrontato dal settimanale *L'Espresso* del 19 aprile 2020, nell'articolo di F. Marconi e G. Tizian, *Contagio criminale*. Oggetto di scambio, oltre a sostanze stupefacenti, sono anche stati i presidi sanitari anticontagio, quali le mascherine, oltre ai medicinali in via di sperimentazione per combattere in Covid-19, per i quali il prezzo era fissato in bitcoin.

Ma va notato che le valute virtuali costituiscono il prodotto o il profitto non solo dei crimini “di strada”, ma altresì dei *cybercrimes*, basti pensare ai *ransomware attacks*⁶ connessi alle *cyberextortions*.

La moneta virtuale, inoltre, favorisce il fenomeno del riciclaggio e la criminalità organizzata⁷. Le criptovalute vengono coinvolte nel processo di *placement*, allorché la valuta reale derivante da reato venga convertita in quella virtuale.

Si assiste, poi, a casi di furto di criptovalute⁸: la diffusione dell’uso di criptovalute ha reso gli utilizzatori delle stesse e coloro che erogano i relativi servizi vittime degli attacchi cui solitamente erano destinatari i fornitori di servizi finanziari⁹.

Le valute virtuali, pertanto, hanno fatto acquisire ai tradizionali reati contro il patrimonio una nuova veste in punto di pericolosità, difficoltà di prevenzione e diffusione¹⁰. In altri termini, esse sono in grado di rendere i reati contro il patrimonio reati cibernetici poiché commessi nel “*cyberspace*”¹¹.

È chiaro, dunque, che le valute virtuali rappresentino un settore emergente foriero di rischi connessi all’impiego per fini illeciti. Ciò spiega il motivo della nostra indagine.

Nel presente lavoro si tenterà di illustrare brevemente il funzionamento delle criptovalute, soffermandosi sulle caratteristiche che ne hanno favorito l’utilizzo per la commissione di reati.

Successivamente, si analizzerà la risposta legislativa a tale fenomeno, soffermandosi sulla disciplina di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. Verrà quindi condotta una comparazione con la legislazione di Malta, in quanto Stato membro che ha recepito la V direttiva antiriciclaggio e ha adottato una normativa che si estende a una categoria di soggetti particolarmente ampia, normativa che, per la sua completezza, ben può costituire un modello per futuri interventi dal parte del legislatore italiano. A seguire, ci si soffermerà sulle fattispecie incriminatrici contenute nel d.lgs. 231/2007 e sul loro rapporto col delitto di riciclaggio. La riflessione avviata con riferimento alle criptovalute si sposterà su temi più classici, quali i requisiti necessari per l’individuazione della posizione di garanzia nei reati omissivi, con particolare riferimento agli obblighi imposti dalla normativa antiriciclaggio, nonché il rapporto tra sanzioni penali e amministrative alla luce del divieto di *bis in idem*.

La vastità dei tipi di criptovalute esistenti ci induce a circoscrivere le riflessioni attinenti al loro funzionamento alla categoria dei bitcoin, atteso che essa si conferma la tipologia di moneta virtuale attualmente più diffusa¹² e pertanto anche più studiata.

Le osservazioni in tema di diritto penale si presentano invece estensibili anche a altre categorie di monete virtuali, posto che, come prima evidenziato, la legislazione esistente si rivolge al *genus* ed è pertanto idonea a ricomprendere ogni tipo di criptovaluta.

2. Gli “invisibili”: oggetto e autore dei reati contro il patrimonio nell’era delle criptovalute

Osservando il fenomeno bitcoin, è emerso che il 26% degli *users* e il 46% delle transazioni

⁶ Il termine *ransomware* deriva dalla crasi delle parole *malware*, cioè programma malevolo, e *ransom*, riscatto. Esso indica un virus che può cifrare dati informatici, negare l’accesso agli stessi o a un sistema informatico.

⁷ Le potenzialità criminali dell’impiego delle criptovalute sono state evidenziate dalla Direzione Nazionale Antimafia nella relazione annuale pubblicata nel luglio 2019. Per una sintesi dei contenuti, si rinvia all’articolo di LUDOVICO (2019), pubblicato sul quotidiano *IlSole24Ore*, 11 agosto 2019. Sul tema criptovalute e riciclaggio si veda anche STURZO (2018), p. 19 ss.

⁸ Il tema del furto di criptovalute è affrontato in S. CAPACCIOLI (2015), p. 248.

⁹ Nel report annuale dell’Europol, l’*Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2018*, si sottolinea che l’incremento dell’uso delle criptovalute ha portato gli utilizzatori delle stesse e gli *exchanges* a divenire vittime di attacchi da parte di hackers, di furti e di estorsioni. In particolare, si menziona il furto subito dall’*exchange* giapponese Coincheck, al quale sono stati sottratti NEM tokens per un valore di 500.000.000 di dollari, nonché il furto ai danni della società italiana BitGrail per un ammontare di 195.000.000 di dollari. IOCTA 2018, p. 8, p. 52, p. 58 disponibile sul sito www.europol.europa.eu.

¹⁰ Queste sono le caratteristiche della criminalità informatica a seguito del passaggio dai *computer crime*, reati informatici, ai *cybercrime*, reati cibernetici, che si è avuto a seguito dell’apertura di Internet a un pubblico indistinto, creando così una rete globale. Per approfondimenti sull’argomento, si rinvia a PICOTTI (2019), p. 47; sulle attività illecite finalizzate a ripulire i capitali attraverso la rete, cioè il *cyberlaundering*, quale fenomeno emblematico del *cybercrime*, SIMONCINI (2015), pp. 897-915; PICOTTI (2018), pp. 590-619.

¹¹ In dottrina si è soliti riferirsi a tali reati come reati cibernetici “in senso ampio”, poiché la rete rappresenta una eventuale o compatibile modalità attinente alla condotta costitutiva del fatto di reato. PICOTTI (2019), p. 68.

¹² Che il bitcoin sia la prima moneta per i pagamenti realizzati sul *darknet* ovvero per il commercio illegale è quanto affermato dal sostituto procuratore presso la Direzione Nazionale Antimafia Francesco Polino nella relazione annuale, come riportato in un articolo de *ilSole24Ore* dal titolo *Criptovalute, allarme dell’Antimafia* del 7 agosto 2019, p. 5.

in bitcoin sono associati a attività illecite¹³.

L'impiego dei bitcoin per fini criminali si spiega, a nostro avviso, alla luce di tre fattori. In primo luogo, la novità del fenomeno, che rende la moneta virtuale espressione di un progresso che il legislatore deve ancora conoscere, studiare e disciplinare. In secondo luogo, l'assenza di un'autorità che emetta le criptovalute e quindi di un modello centralizzato. In terzo luogo, il funzionamento stesso di tale criptovaluta, basato su un sistema di anonimato quasi totale che rende difficile risalire alla reale identità degli *users*.

Il carattere virtuale della moneta la rende poi priva di una consistenza materiale e fisica, di talché di essa non vi è traccia nel mondo reale.

Restringendo l'analisi ai reati contro il patrimonio, ciò comporta che, per via del carattere virtuale, da un lato, e dell'anonimato, dall'altro, l'oggetto materiale e gli autori di tali reati diventano "invisibili".

2.1.

L'oggetto. I problemi relativi alla natura giuridica delle criptovalute

Sofferamoci in prima battuta sulle valute virtuali e sulle criptovalute¹⁴ come oggetto materiale del delinquere, interrogandoci sulla loro riconducibilità entro la nozione di patrimonio.

Con particolare riferimento ai bitcoin, in taluni contesti essi vengono accettati come mezzi di pagamento, assolvendo in tal caso la stessa funzione della moneta. L'equivalenza con il più antico strumento di scambio è tuttavia solo funzionale e non è universalmente accettata. Anzi, si conviene nell'escludere la natura monetaria ai fini contabili delle criptovalute, non essendo esse ordinari mezzi di pagamento¹⁵.

Nonostante le difficoltà che si riscontrano nello stabilire la natura giuridica tanto dei bitcoin che delle altre criptovalute, essi si presentano come beni suscettibili di valutazione economica. Ne consegue che le criptovalute concorrono a costituire il patrimonio inteso nella accezione economico-giuridica accolta dalla dottrina contemporanea. Secondo tale concezione, la nozione penalistica di patrimonio è caratterizzata tanto dalla effettiva rilevanza economica del bene, quanto dalla dimensione giuridico-formale dello stesso¹⁶. Per l'effetto, anche a voler escludere l'equivalenza funzionale tra criptovalute e moneta reale, la rilevanza economica delle prime non è messa in discussione.

In tale prospettiva, è possibile affermare che se, da un lato, la rilevanza economica delle criptovalute è oggi evidente, dall'altro, il potere vantato sulle criptovalute dal loro titolare è qualificabile come diritto soggettivo. E ciò ai fini del diritto penale è sufficiente, non essendo richiesto individuare le caratteristiche di tale diritto in termini di diritto assoluto o relativo¹⁷.

Da quanto detto, emerge che la questione controversa non attiene tanto alla qualificazione

¹³ FOLEY *et al.* (2019) p. 1800. Nello studio si legge che nell'aprile 2017 circa 27 milioni di utenti in possesso di bitcoin ne facevano uso per finalità illecite, per un totale di circa 37 milioni di transazioni con un valore annuale di circa 76 miliardi di dollari. Gli autori osservano, tuttavia, che l'impiego di bitcoin per attività criminali è diminuito dal 2016, sebbene la quantità di bitcoin in circolazione sia andata aumentando. Ciò è comprensibile ove si pensi, da un lato, alla maggiore attenzione rivolta a questo tipo di criptovaluta da parte delle autorità nazionali a seguito della sua diffusione e, dall'altro, alla comparsa di altre criptovalute i cui caratteri più opachi le rendono maggiormente idonee a essere impiegate per finalità criminali.

¹⁴ Le criptovalute sono un tipo di valute virtuali che si avvale di un sistema crittografico per validare le operazioni di acquisto e trasferimento, cfr. HUGHES e MIDDLEBROOK (2015), p. 504. La ragione per la quale alla base della tecnologia della *blockchain* ci sia un sistema criptato è da rinvenire nell'esigenza di proteggere la moneta digitale dal rischio di contraffazione. Come è stato notato, si tratta di un espediente pensato appositamente per una moneta da noi definita "invisibile" che richiama le speculari abilità tipografiche o metallurgiche che bisogna possedere per replicare una moneta "fisica". ESPOSITO (2018), p. 456.

¹⁵ Di recente, nel mese di giugno del 2019, l'Ifrs Interpretations Committee (Ic), che interpreta i principi contabili internazionali – su richiesta dello Iasb (International Accounting Standards Board) – si è espressa in merito al trattamento contabile da riservare alle criptovalute. Ha dunque escluso che i crypto-asset possano avere natura monetaria e che possano dunque essere contabilizzati tra le disponibilità liquide o tra gli strumenti finanziari. Ciò in quanto le valute virtuali non assolvono la funzione tradizionale della moneta, non essendo utilizzate universalmente come mezzo di pagamento; peraltro alle stesse non si agganca alcun diritto o obbligo contrattuale, requisito necessario per la classificazione come strumenti finanziari. La soluzione è tuttavia in contrasto con le posizioni assunte ai fini fiscali dalle autorità nazionali e europee. In particolare, nella risoluzione 72/E/2016 e nella risposta n. 14/2018 dell'Agenzia delle Entrate, le criptovalute sono state assimilate alle valute estere ai fini fiscali, seguendo la soluzione fornita dalla CGUE nella sentenza 22 ottobre 2015, nella causa C-264/14. Si veda in proposito CANCELLIERE, TARDINI (2019) *Il sole 24 ore* 7 agosto 2019.

¹⁶ FIANDACA, MUSCO (2012a) p. 25.

¹⁷ In questo modo, anche ai fini della concezione giuridica di patrimonio, che identifica lo stesso con la somma dei diritti soggettivi patrimoniali facenti capo a una persona, senza dare rilievo al valore economico, può affermarsi che il titolare di criptovalute vanta su di esse un diritto soggettivo. FIANDACA, MUSCO (2012a) p. 24. Non sorgerebbero difficoltà nell'inquadrare le criptovalute entro la categoria di patrimonio neanche aderendo alla concezione giuridico-funzionale-personalistica proposta da MANTOVANI (2018), p. 21.

della relazione giuridica che si instaura tra le criptovalute e il loro titolare, quanto alla natura stessa delle prime.

Oggi le criptovalute ricevono nei vari ordinamenti una qualificazione che varia a seconda del settore in cui vengono impiegate.

La risposta dei legislatori dei vari Paesi è dunque diversificata tanto nei rapporti con gli altri ordinamenti, quanto nelle branche dello stesso ordinamento interno.

2.1.1. *La qualificazione delle criptovalute nel sistema statunitense*

Volgendo lo sguardo alla disciplina statunitense, si nota che manca una regolamentazione a livello federale.

La varietà del quadro legislativo impone di demandare a altra sede l'analisi puntuale della normativa già vigente o in fase di attuazione nei singoli Stati¹⁸.

Per esigenze di sintesi, ci limitiamo a osservare che alcuni Stati hanno provveduto a sottoporre lo svolgimento di attività professionali connesse all'uso di criptovalute a una autorizzazione preventiva.

In generale, l'attività dei prestatori di servizi finanziari è sottoposta alla preventiva autorizzazione. Tra i servizi finanziari sono incluse le operazioni di *money transmission*.

I servizi connessi all'uso di criptovalute sono stati inseriti tra le operazioni di *money transmission* da parte di alcuni Stati. È questo il caso dell'*Uniform Money Services Act* dello Stato di Washington, ove si legge: “*Money transmission*” means receiving money or its equivalent value (equivalent value includes virtual currency) to transmit, deliver, or instruct to be delivered to another location, inside or outside the United States, by any means including but not limited to by wire, facsimile, or electronic transfer¹⁹. Il legislatore precisa, pertanto, che tra le operazioni di “*money transmission*” rientrano anche quelle compiute con valute virtuali, che sono considerate beni dal valore “equivalente” alla moneta. Conseguentemente, coloro che offrono servizi aventi ad oggetto valute virtuali, devono essere muniti di una apposita licenza rilasciata dalle competenti autorità²⁰.

Come detto, la regolamentazione delle criptovalute a livello federale non è ancora compiuta.

Nel 2017 la *Uniform Law Commission* (ULC) ha adottato l'*Uniform Regulation of Virtual-Currency Business Act* (URVCBA), il cui scopo è armonizzare le discipline dei singoli Stati che regolamentano i servizi connessi all'uso di valute virtuali. Esula dalle finalità dell'URVCBA la disciplina delle valute virtuali stesse²¹, le quali, pertanto, non vengono qualificate giuridicamente.

Ciò ha favorito una diversa qualificazione delle valute virtuali a seconda dei contesti in cui vengono in rilievo²². In particolare, le Agenzie, nei loro settori di competenza, hanno preso posizione in merito al fenomeno dei servizi di Fintech, cioè i servizi legati all'ambito bancario e finanziario gestiti tramite soluzioni tecnologiche che comportano un ridotto coinvolgimento umano, tra cui rientrano anche le cripto-attività.

Così, l'*Office of the Comptroller of the Currency* (OCC), il *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB), la *Securities and Exchange Commission* (SEC) e la *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC) hanno creato degli uffici al loro interno al fine di regolamentare le attività connesse a industrie fintech nei rispettivi settori²³.

L'esigenza di qualificare giuridicamente le valute virtuali è stata avvertita dalla *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC), la quale regola il mercato degli strumenti derivati, vigila sull'integrità dei mercati al fine di arginare fenomeni di manipolazione o abuso del mercato e

¹⁸ Una sintesi dei testi legislativi in fase di attuazione o già adottati dai singoli Stati è fornita da WERTS (2019).

¹⁹ *Uniform money services Act*, Wash. Rev. Code ann. § 19.230.010 “Definitions” (18).

²⁰ *Uniform money services Act*, Wash. Rev. Code, 19.230.030 “Money transmitter license required”.

²¹ Nella prefazione dell'URVCBA si legge “*The purpose of this act is to create a statutory structure for regulating the “virtual currency business activity” of persons offering services or products to residents of enacting states. This act does not regulate virtual currency as such and should not be interpreted as doing so*”. L'intero provvedimento è disponibile online sul sito della *Uniform Law Commission*: www.uniformlaws.org.

²² Parla di “punto di frizione” in tema di regolamentazione delle criptovalute S. J. HUGHES, (2019), p. 43. Il contributo analizza i tentativi di regolamentazione del fenomeno da parte delle autorità statunitensi e dei vari Stati, in assenza di una legislazione federale in materia.

²³ *Regulating the future*, in US Fintech Special Feature, August/September 2019, p. 53, pdf disponibile online: www.lw.com/thoughtLeadership/iftr-us-fintech-special-feature-regulating-the-future.

eventuali condotte fraudolente, disponendo inoltre di poteri di accusa²⁴.

Nell'esercizio di tali poteri, è stata instaurata una controversia dalla Commissione nei confronti di due soggetti accusati di aver tenuto condotte fraudolente ai danni di consumatori ai quali offrivano un servizio in cambio di pagamenti in valute virtuali, tra cui i bitcoin. Il servizio non veniva poi erogato e qualsiasi contatto con il cliente veniva invece interrotto. La Commissione denunciava²⁵ la violazione del *Commodity Exchange Act*, sul presupposto che le valute virtuali del tipo bitcoin rientrerebbero tra le *commodities*, cioè tra i beni fungibili offerti in un mercato, per i quali non assume rilevanza il soggetto che li produce²⁶. Pertanto, valgono per esse le regole del *Commodity Exchange Act* e sono sottoposte al controllo della Commissione.

La Corte distrettuale adita qualificava espressamente i bitcoin come *commodities*, in quanto costituiscono oggetto di scambio, fungono da riserva di valore e sono adoperate quale mezzo di pagamento in alternativa al denaro in alcune transazioni²⁷.

Qualificare i bitcoin come *commodities* sembra oggi piuttosto pacifico.

Ci si è altresì interrogati sulla possibilità di considerare i bitcoin come *securities* e sottoposti alla vigilanza della *Securities and Exchange Commission* (SEC). Di recente, le dichiarazioni di alcuni componenti dell'Agenzia²⁸ hanno smentito la natura di *security* riferita ai bitcoin, sicché tale criptovaluta non sarebbe sottoposta al controllo della SEC.

Nondimeno, ciò non esclude che valute virtuali diverse dai *bitcoin* possano essere considerate delle *securities*²⁹. Ciò conferma che l'individuazione delle *securities* non è mai aprioristica, ma viene effettuata caso per caso, attraverso il noto test di *Howey*. Tale verifica impone di constatare la contestuale presenza dei criteri indicati nel caso *Securities and Exchange Commission v. W.J. Howey Co.*³⁰, dal quale il test prende il nome. È quindi qualificabile come *security*: (1) An investment of money; (2) In a common enterprise; (3) With the expectation of profits; (4) Solely from the efforts of others. L'approccio casistico richiede una presa di posizione della SEC con riguardo alle singole valute virtuali, atteso che ognuna presenta caratteristiche diverse che potrebbero determinare o, per contro, escludere la natura di *security*.

Ai fini fiscali, basti qui ricordare che le valute virtuali vengono considerate *property*³¹.

2.1.2. *La qualificazione nel diritto dell'Unione Europea e nell'ordinamento italiano*

Passando all'analisi della normativa eurounitaria, le valute virtuali sono state definite giuridicamente con la quinta direttiva anticiclaggio 2018/843 del 30 maggio 2018 del Parlamento Europeo e del Consiglio³². Il vantaggio rispetto alla legislazione statunitense sta nell'esistenza di una definizione unica per gli Stati membri, circostanza, quest'ultima, che agevola l'attività di chi si accinge a operare nell'ambito delle criptovalute.

La nozione di valute virtuali attualmente vigente esclude definitivamente la sovrappo-

²⁴ www.cftc.gov/About/CFTCorganization/index.htm.

²⁵ L'atto della Commissione è disponibile online: www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfdmcomplaint011818.pdf.

²⁶ PIAZZA (2017), p. 535, nonché INVESTOPEDIA, <https://www.investopedia.com/terms/c/commodity.asp>.

²⁷ Sugli argomenti posti a sostegno di tale tesi dalla adita Corte, si rinvia al provvedimento emesso in data 6 marzo 2018 *Preliminary Injunction Order against Patrick K. McDonnell and His Company CabbageTech, Corp. d/b/a Coin Drop Markets*, p. 17 ss., consultabile al link <https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr7702-18>.

²⁸ Intervista di SEC Chairman Jay Clayton rilasciata alla CNBC in data 6 giugno 2018, disponibile su cnbc.com.

²⁹ Questo è quanto dichiarato dal presidente della SEC Chairman Jay Clayton nel corso dell'audizione dinanzi alla *Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs* del Senato Federale, in data 6 Febbraio 2018: "While there are cryptocurrencies that, at least as currently designed, promoted and used, do not appear to be securities, simply calling something a "currency" or a currency-based product does not mean that it is not a security. To this point I would note that many products labeled as cryptocurrencies or related assets are increasingly being promoted as investment opportunities that rely on the efforts of others, with their utility as an efficient medium for commercial exchange being a distinct secondary characteristic. As discussed in more detail below, if a cryptocurrency, or a product with its value tied to one or more cryptocurrencies, is a security, its promoters cannot make offers or sales unless they comply with the registration and other requirements under our federal securities laws". Il testo integrale dell'intervento è disponibile online nel sito della SEC: www.sec.gov/news/testimony/testimony-virtual-currencies-oversight-role-us-securities-and-exchange-commission.

³⁰ 328 U.S. 293 (1946).

³¹ US Internal Revenue Agency, Notice 2014-2021, in VALENTE (2018), p. 547.

³² Va brevemente ricordato che l'art. 83 TFUE prevede una "competenza penale indiretta" dell'UE in determinate materie, tra cui figura proprio quella del riciclaggio di denaro, nelle quali il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire "norme minime" deliberando mediante direttive. Sulla competenza penale "indiretta" dell'UE, cfr. GRASSO (2011), p. 2326, nonché SICURELLA (2011), p. 2625 ss. Sulla nozione di valuta virtuale, una chiara sintesi dell'evoluzione registratasi in ambito europeo a è esposta da VALENTE (2018), p. 544; per un'analisi della normativa UE in tema di anticiclaggio e criptovalute, si veda INGRAO (2019).

bilità delle stesse con la moneta elettronica, gli strumenti di pagamento o gli strumenti finanziari³³, come precedentemente notato da quanti si erano interessati all'argomento³⁴ e come sostenuto anche dalla Banca Centrale Europea già nel 2012³⁵.

Così, nella V Direttiva antiriciclaggio si legge che la valuta virtuale è “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”³⁶.

La definizione di “valuta virtuale” era presente nel nostro ordinamento già prima dell'emanazione della direttiva 2018/843.

Invero, in attuazione della IV direttiva antiriciclaggio, direttiva UE del Parlamento Europeo e del Consiglio 2015/849, il legislatore nazionale era intervenuto sulla disciplina interna sulla prevenzione del riciclaggio con il d.lgs. n. 231, del 21 novembre 2007, a sua volta adottato in attuazione della direttiva 2005/60/CE.

Orbene, in sede di recepimento della IV direttiva antiriciclaggio, l'art. 1 del d.lgs. 90/2017 aveva modificato l'art. 1, comma 2, lett. qq, d.lgs. n. 231 del 2007, introducendo la definizione di “valuta virtuale”, nonostante tale definizione mancasse nella direttiva del 2015.

L'art. 1, comma 2, lett. qq, d.lgs. n. 231 del 2007, nel testo successivo alla modifica del 2017, così definiva la valuta virtuale: «la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi, trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente».

Successivamente si avrà modo di constatare che la definizione introdotta dal legislatore italiano del 2017 era in parte sovrapponibile a quella contenuta nella V direttiva antiriciclaggio del 2018.

Invero, la fonte sovranazionale effettua due ulteriori precisazioni laddove specifica che la valuta virtuale non è *garantita* da una banca centrale o da un ente pubblico, nonché laddove esclude espressamente lo status giuridico di valuta o moneta.

La definizione di valuta virtuale nel nostro ordinamento interno è stata aggiornata con il recente il d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, con il quale è stata recepita la V direttiva antiriciclaggio.

A seguito di tali modifiche, sono state introdotte le due espressioni “né garantita” e “o per finalità di investimento”, cosicché la definizione attualmente vigente nel nostro ordinamento è la seguente: “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”.

La definizione appare in grado di comprendere la moltitudine di valute virtuali attualmente esistenti.

Il legislatore italiano effettua un'ulteriore precisazione rispetto alla definizione contenuta della V direttiva antiriciclaggio, poiché comprende tra le valute virtuali la rappresentazione digitale di valore utilizzata anche *per finalità di investimento*. In tal modo, il legislatore nazio-

³³ Nella specie, al considerando numero 10, si afferma “Le valute virtuali non dovrebbero essere confuse con la moneta elettronica quale definita all'articolo 2, punto 2, della direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (1), con il più ampio concetto di «fondi» di cui all'articolo 4, punto 25, della direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio (2), con il valore monetario utilizzato per eseguire operazioni di pagamento di cui all'articolo 3, lettere k) e l), della direttiva (UE) 2015/2366, né con le valute di gioco che possono essere utilizzate esclusivamente all'interno di un determinato ambiente di gioco. 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”.

³⁴ CAPACCIOLI (2015), p. 105 ss; MACCHIAVELLO (2018), p. 95. In particolare, si esclude la qualificazione come moneta elettronica, espressione che invece si riferisce a un “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 ai sensi dell'articolo 4, punto 5), della direttiva 2007/64/CE e che sia accettato da persone fisiche o giuridiche diverse dall'emittente di moneta elettronica”, come definito all'art. 2 (2) dir. 2009/110/CE. La CGUE, nella causa C-264/14 del 22.10.2015, ha escluso che i bitcoin possano essere qualificati come “bene materiale” ai sensi dell'art. 14 della direttiva IVA, in quanto la sua unica finalità è quella di mezzo di pagamento, v. PICOTTI (2018), pp. 601, nota 19.

³⁵ European Central Bank, *Virtual Currency Schemes* (2012), ove, a p. 13, la valuta virtuale viene definita in questi termini: “a virtual currency is a type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community”.

³⁶ La definizione è contenuta all'art. 3 della direttiva (UE) 2015/849, cui l'ultima direttiva ha aggiunto il n. 18, ove è riportata la nozione sopra fornita.

nale prende atto dell'impiego che nella prassi viene fatto delle valute virtuali: esse non si limitano a essere utilizzate negli scambi e nelle transazioni commerciali, ma sono divenute degli strumenti di investimento, in grado di garantire un profitto³⁷. La definizione del legislatore italiano supera le critiche che erano state mosse alla definizione contenuta nella V direttiva antiriciclaggio³⁸, che restringeva la nozione di valute virtuali solo a quelle utilizzate come mezzo di scambio, creando così un vuoto legislativo.

A fronte di quanto prima osservato con riguardo al sistema statunitense, si noti che la volontà del legislatore italiano di far confluire tra le valute virtuali quelle rappresentazioni digitali di valori acquistate anche solo con una finalità di investimento sembrerebbe confermare che talune valute virtuali possano anche essere delle *securities*, laddove esse consistano in degli strumenti acquistati con una finalità di investimento.

In tal modo è reso più agevole all'interprete italiano comprendere perché non a tutte le valute virtuali possa essere riconosciuta la natura giuridica di *security* e essere sottoposte al controllo della SEC. Difatti, se rientrano tra le valute virtuali le rappresentazioni digitali di valore aventi tanto una finalità di scambio, quanto una finalità di investimento, solo queste ultime rientrano tra le *securities*, di talché è ragionevole la scelta degli esponenti della SEC di non ritenere in modo aprioristico tutte le valute virtuali delle *securities*, ma procedere a una valutazione caso per caso.

2.2. Un autore "invisibile"?

Il tentativo di regolare le valute virtuali consente di stabilire un ordine normativo in questo settore, ma non elimina i rischi a esso connessi e dovuti soprattutto all'assenza di intermediari e di controlli statali. E in ciò sta la principale differenza con la moneta avente corso legale: le valute virtuali del tipo Bitcoin non sono emesse da un ente centralizzato che svolge un'attività di vigilanza e controllo sulle operazioni eseguite³⁹. La tecnologia denominata *permissionless distributed ledger technology* ha dato attuazione a un sistema decentrato, in cui le operazioni in bitcoin avvengono seguendo un protocollo elettronico gestito in modo decentrato. Le transazioni vengono validate dai *miners*⁴⁰, mentre l'effettiva identità dei rispettivi autori rimane incerta, in quanto ancorata a un sistema di pseudonimato⁴¹. Ecco l'autore "invisibile" dei reati contro il patrimonio aventi per oggetto o strumento le valute virtuali.

È noto che la rete Bitcoin non garantisce un totale anonimato, perciò si è soliti descrivere il fenomeno come pseudonimato o pseudo-anonimato. E invero, gli scambi sono tracciabili poiché le transazioni vengono registrate nella *blockchain*⁴². Tuttavia a essere noto è il solo indirizzo bitcoin del titolare⁴³, consistente in una chiave pubblica, conoscibile da chiunque, mentre quella privata, alla prima associata, rimane segreta. Resta ignota così la vera identità del titolare dell'indirizzo, seppure sia possibile risalire a tutta la cronologia delle transazioni effettuate una

³⁷ In questo senso si esprime anche la giurisprudenza, cfr. Cass. pen. sez. II, n. 26807/2020, *Guida al diritto* 2020, 49, 105, ove si afferma che le valute virtuali sono prodotti finanziari laddove la vendita sia reclamizzata come una proposta di investimento; ciò determina la sottoposizione di tale attività agli adempimenti di cui al d.lgs. 58/1998 (TUF), con conseguente possibilità di integrazione del reato di abusivismo finanziario di cui all'art. 166 TUF.

³⁸ HOUBEN, SNYERS (2018), p. 74, www.europarl.europa.eu/supporting-analyses

³⁹ Come ben spiegato da PICOTTI (2018), pp. 600-601. Nondimeno, l'affermazione non può essere estesa in modo generico a tutte le valute virtuali. Tra queste ve ne sono alcune gestite in modo centralizzato, come i Second Life "Linden dollars", PerfectMoney, WebMoney "WM units" e World of Warcraft gold. Per converso, Bitcoin, Litecoin e Ripple si caratterizzano per essere valute virtuali che si inseriscono in un sistema decentrato, FATF REPORT *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, June 2014, p. 5, consultabile online: www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf.

⁴⁰ Nel corso di un acquisto tramite bitcoin il sistema richiede di verificare la transazione e lo spostamento dei bitcoin da un portafoglio a un altro. La verifica viene effettuata per il tramite di algoritmi, calcolabili in origine da qualunque hardware. Oggi, tuttavia, non è più sufficiente scaricare il programma di *mining* per eseguire la verifica, atteso che l'incremento del numero di bitcoin ha reso tale attività più complessa. Sono sorte così forme di collaborazione tra i *miners*, che effettuano le relative verifiche unendo la potenza dei loro computers. Per il lavoro svolto i *miners* ricevono una ricompensa consistente nei bitcoin che vengono creati nel corso della procedura di controllo. Ciò spiega il nome *miners*, cioè minatori: costoro tramite il loro operato portano a termine l'"estrazione" di nuove valute. Per una chiara esposizione del funzionamento dei bitcoin, si rinvia a MANCINI (2016), p. 115.

⁴¹ ACCINNI (2018a), p. 5.

⁴² Si tratta di un registro di tutte le transazioni in bitcoin ordinate in modo cronologico e pubblico, attraverso il quale è possibile verificare le operazioni effettuate e scongiurare i fenomeni di c.d. *double spendig*, cioè l'impiego degli stessi bitcoin per transazioni con differenti destinatari nello stesso momento. Cfr. MANCINI (2016), p. 114.

⁴³ L'indirizzo bitcoin svolge la stessa funzione di un indirizzo e-mail ed è l'unica informazione che occorre fornire per essere pagati tramite bitcoin. MANCINI (2016), p. 113.

volta che esse siano transitate nella *blockchain*. L'identificazione dell'utente anonimo potrà avvenire attraverso tecniche di *digital forensic* che richiedono uno sforzo investigativo nuovo, ma non inattuabile⁴⁴.

Preme tuttavia rammentare che, al fine di aumentare il grado di anonimato, è possibile avvalersi di software *anonymizer*, quali TOR⁴⁵, o di appositi servizi, quali quello di *mixing*, che rendono più difficoltosa la tracciabilità degli scambi⁴⁶.

Il problema legato all'identificazione del soggetto cui è imputabile la transazione, dunque, permane.

3. La tutela contro i rischi di riciclaggio: l'ottica preventiva

In questo contesto, a essere fisicamente individuabili sono i prestatori del servizio di cambiavalute e di portafoglio digitale. A costoro non compete la caratteristica della "invisibilità", poiché l'essere "visibili" è il primo requisito per poter prestare il loro servizio.

Essendo questi individuabili nell'ambito delle transazioni con bitcoin o con valute virtuali in genere, è sul loro operato che si è incentrata la legislazione di prevenzione nella lotta al riciclaggio.

L'idea che ha ispirato il legislatore europeo e nazionale è che le infiltrazioni di denaro sporco nell'economia possano essere ridotte ragionando non solo in un'ottica di repressione a posteriori, essendo indispensabile agire già in un'ottica preventiva⁴⁷.

La regolamentazione si è quindi incentrata sulla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo con una serie di direttive⁴⁸.

Come già anticipato, in attuazione della direttiva 2005/60/CE nel nostro ordinamento è stato emanato il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231⁴⁹.

Volgendo l'attenzione alla regolamentazione delle criptovalute negli altri Paesi dell'Unione, particolare interesse desta la legislazione maltese. Per questo, prima di passare all'esame del nostro diritto interno, tenteremo di analizzarne alcuni aspetti che a noi sembrano di particolare interesse, utili per un'eventuale revisione delle disposizioni attualmente vigenti nel nostro Paese in tema di criptovalute e cripto-attività.

3.1. Cenni sulla regolamentazione maltese

Nel recepire la normativa europea in tema di criptovalute il legislatore maltese ha agito con l'idea di attribuire a Malta un ruolo centrale nella regolazione delle *digital ledger technologies* e dei *digital assets*⁵⁰, introducendo una regolamentazione specifica per l'intero settore delle cripto-attività.

Nel 2018 sono stati adottati il *Virtual Financing Assets Act* (VFA Act), il *Malta Digital Innovation Authority Act* (MDIA), che ha istituito la relativa autorità, e l'*Innovative Technology Arrangements and Service Act* (ITAS). Garantendo certezza normativa, l'obiettivo perseguito è attirare gli investitori nel settore delle criptovalute.

Con l'intervento normativo del 2018 sono state apportate delle modifiche anche alla legislazione antiriciclaggio, l'*Anti Money Laundering Act*.

Il *Virtual Financing Assets Act* si prefigge il seguente obiettivo: "to regulate the field of

⁴⁴ È questo il caso di *Silk Road*, sito di commercio elettronico dove avvenivano transazioni illecite. Come spiega SICIGNANO (2019), a p. 53, il gestore del sito, nonostante l'anonimato del protocollo, è stato individuato e le indagini hanno consentito di rintracciare i movimenti in bitcoin da lui gestiti.

⁴⁵ È l'acronimo di *The Onion Router*. Si tratta di uno dei programmi che consentono di proteggere l'identità di chi ne fa uso, garantendo l'anonimato attraverso l'impiego di server denominati *onion router*. Il termine ne richiama il funzionamento a strati che ricorda la struttura dell'ortaggio da cui prende il nome.

⁴⁶ Sull'argomento si rinvia a CALZONE (2017), disponibile al sito www.sicurezza nazionale.gov.it.

⁴⁷ ZANCHETTI (1997), p. 216

⁴⁸ Per un esame sintetico delle direttive antiriciclaggio e della normativa nazionale di attuazione, si rinvia a GALMARINI *et al.* (2019), p. 36 ss. Per l'analisi della regolamentazione internazionale, si rinvia a ZONILE (2019), p. 137.

⁴⁹ Per un'attenta analisi della normativa, si rinvia a CASTALDO, NADDEO (2010), p. 253 ss.

⁵⁰ KAUL (2019), p.11. CAPONERA, GOLA (2019), p. 16 riportano un dato interessante: si stima che gli *exchangers* siano a livello globale, tra i 130-180, e il 26% della loro attività sarebbe localizzata a Malta, seconda a Hong Kong, che raccoglie invece il 30% del volume delle transazioni giornalieri.

Initial Virtual Financial Asset Offerings and Virtual Financial Assets”.

Per *Virtual financial asset* (VFA) si intende “any form of digital medium recordation that is used as a digital medium of exchange, unit of account, or store of value and that is not a) electronic money, b) financial instrument, c) virtual token”⁵¹. La categoria è individuata in negativo, cioè come categoria residuale.

I virtual financial assets (VFA), la moneta elettronica, gli strumenti finanziari e i token virtuali compongono, poi, la più generica categoria di *Digital Ledger Technology Asset*.

La scelta di una tecnica normativa ispirata a un *principle-based approach*⁵² è di particolare interesse in questo settore. Con essa, il legislatore rinuncia a fornire definizioni rigide, per adottare termini elastici che consentono di estendere l’ambito applicativo di una data norma. Questo è ciò che avviene con la definizione dei VFA, espressione che abbraccia tutto ciò che non rientra in categorie diverse. Tale criterio di normazione, in un ambito aperto all’evoluzione, assicura una certa neutralità tecnologica. Vedremo, invece, che diverso è stato l’approccio normativo scelto dal legislatore italiano, con non poche perplessità che tuttora permangono relativamente alla categoria dei soggetti obbligati.

Certamente una critica che si potrebbe muovere a una tecnica di normazione che rinuncia a fornire descrizioni rigide è l’incertezza che possa derivare da una terminologia troppo generica. Ebbene, a tal proposito, al fine di assicurare la certezza normativa, è stato istituito dalla Malta Financial Services Authority (MFSA) il “financial instrument test”, il quale viene adoperato per agevolare la classificazione dei *crypto assets* entro una data categoria⁵³. Si tratta di un test diverso dall’Howey test impiegato dalla SEC, poiché è basato su parametri oggettivi⁵⁴.

Le criptovalute rientrerebbero, pertanto, tra i VFA. La nuova normativa prevede che coloro i quali offrono servizi di VFA non possono operare senza previa licenza⁵⁵ rilasciata dalla competente autorità. Vedremo che in Italia, invece, vi è solo un obbligo di registrazione.

Il legislatore si occupa anche di elencare i possibili servizi di VFA, dedicando a ciò un’apposita sezione (Second Schedule)⁵⁶.

Vengono individuati ben otto tipi di attività tra le “VFA services”. Il servizio di *exchange* è espressamente menzionato al numero 8 dell’art. 2, Second Schedule. Con riguardo al servizio di *wallet provider*, a nostro avviso, esso rientrerebbe nell’attività individuata al numero 5, *Custodian or Nominee Services*, laddove il servizio di custodia ha ad oggetto o un *virtual financial asset*, ovvero le chiavi crittografiche private.

Come già anticipato, sono poi contemplati altri servizi, quali quelli di gestione di portfolio, consistente nelle operazioni di investimento del patrimonio virtuale di soggetti terzi. Inoltre, la terminologia generica, ispirata al principio di neutralità tecnologica, consente di ricomprendere entro i VFA services anche i servizi di *crypto-to-crypto exchanges* e di emissione di *initial VFA offerings*, oltre che altri servizi emergenti in tale ambito⁵⁷. Di conseguenza, la categoria risulta molto estesa e non limitata ai soli *currency exchanges* o ai *wallet providers*.

Tale dato è rilevante, poiché coloro i quali offrono i servizi di VFA sono considerati “subject persons” ai sensi della normativa antiriciclaggio. Quest’ultima consta del *Prevention of Money Laundering Act*, risalente all’anno 1994, e della più recente *Subsidiary Legislation 373.01, Prevention of Money Laundering and Funding of Terrorism Act* (PMLFTR), emendata con *Legal Notice 77 del 2019*.

In quest’ultimo provvedimento normativo si individuano i soggetti obbligati al rispetto della normativa antiriciclaggio, indicati come *subject persons*. Vi rientra “any legal or natural person carrying out either relevant financial business or relevant activity”. Tra i “relevant financial business” figurano le attività degli agenti di VFA⁵⁸, dei titolari di licenza per svolgere i servizi di VFA, e di coloro che si occupano di offerta al pubblico di VFA⁵⁹. La categoria dei

⁵¹ VFA Act, Part I, Preliminary, 2. (2)

⁵² BUTTIGIEG e EFTHYMIPOULOS (2019), p. 30.

⁵³ GAUCI *et al* (2020), *thelawreviews.com*.

⁵⁴ <https://www.mfsa.mt/fintech/virtual-financial-assets/guidance/financial-instrument-test/>. Per approfondimenti, si rinvia a BUTTIGIEG e EFTHYMIPOULOS (2019), p. 34.

⁵⁵ VFA Act, Part III, Licensing Requirements, 13 (1) “No person shall provide, or hold itself out as providing, a VFA service in or from within Malta unless such person is in possession of a valid licence granted under this Act by the competent authority”.

⁵⁶ VFA Act, Second Schedule, art. 2, VFA Services.

⁵⁷ BUTTIGIEG e EFTHYMIPOULOS (2019), p. 36, i quali precisano che la maggior parte dei servizi di *exchanges* oggi prevede lo scambio *crypto-to-crypto*, piuttosto che *fiat money-to-crypto*.

⁵⁸ Il VFA agent è un professionista che coadiuva l’attività del prestatore dei servizi di VFA e che svolge il ruolo di consulente legale per l’adempimento dei doveri imposti dalla legge. Cfr. VFA Act, Part I, Preliminary, 2, 7, 14.

⁵⁹ *Prevention of Money Laundering and Funding Terrorism Act*, pag. 8, rispettivamente lett. (l), (m), (n), disponibile alla pagina web www.mfsa.mt.

soggetti destinatari è quindi particolarmente ampia. È stato pertanto correttamente notato⁶⁰ che la normativa in esame conosce un ambito applicativo soggettivo più esteso rispetto a quanto richiesto dalla V direttiva antiriciclaggio, poiché si applica a tutti i service providers che operano nel settore delle cripto-attività, mentre la direttiva 2018/843 è diretta ai soli *cryptocurrency exchangers* e ai *custodian wallet providers*.

Come vedremo in seguito, la scelta del legislatore maltese avrebbe potuto essere imitata dal legislatore italiano in sede di attuazione della V direttiva antiriciclaggio. L'estensione della categoria dei destinatari consente, infatti, di evitare eventuali lacune normative dovute al sorgere di nuove figure che non rientrano né tra i cambiavalute né tra i prestatori dei servizi di portafoglio digitale, così scongiurando una rapida obsolescenza dell'apparato normativo.

La direttiva (UE) 2018/843 è del resto già superata dal nuovo testo della Raccomandazione n. 15 fornita dal GAFI del giugno 2019 e dal relativo Glossario allegato alle raccomandazioni. In esse sono richiamati servizi ulteriori a quello di conversione di valute virtuali in valute aventi corso forzoso e viceversa, in particolare: i servizi svolti professionalmente per realizzare cambi tra Virtual asset, trasferimenti degli stessi asset, l'attività di custodia o amministrazione di Virtual asset o di strumenti che ne consentono il controllo, nonché la partecipazione e la prestazione di servizi "finanziari" relativi all'offerta o alla vendita di Virtual asset (Initial Coin Offerings – ICOs)⁶¹. Si tratta di attività tutte contemplate dal VFA Act di Malta, che, pertanto, si conferma un testo all'avanguardia.

3.2.

La disciplina della prevenzione del riciclaggio in Italia

La prevenzione del riciclaggio, oltre che del terrorismo, è affidata in Italia alle regole contenute nel d.lgs. n. 231 del 21 novembre 2007. La normativa è stata modificata con il d.lgs. 90/2017, il quale ha recepito la IV direttiva antiriciclaggio, direttiva UE del Parlamento Europeo e del Consiglio 2015/849⁶², nonché, da ultimo, con il d.lgs. del 4 ottobre 2019, n. 125, che ha recepito la V direttiva antiriciclaggio.

In prima battuta, va sottolineato che la normativa in esame adotta una nozione di riciclaggio diversa da quella penalistica contemplata dall'art. 648 bis c.p.

Ai fini di cui al d.lgs. 231/2007 la condotta di riciclaggio presenta confini più ampi⁶³, che ricomprendono anche quella di autoriciclaggio, inserita nel codice penale solo nel 2014 come fattispecie di reato autonoma. Un'ulteriore differenza si riscontra con riguardo ai beni riciclati, i quali possono provenire da qualunque reato, sia esso delitto o contravvenzione, anche colposo. La nozione più ampia si spiega in ragione delle finalità preventive che la normativa si prefigge, diverse da quelle repressive proprie del sistema penale⁶⁴.

Il decreto legislativo in commento dà attuazione al principio dell'approccio basato sul rischio, o *risk based approach*, il cui scopo è individuare soggetti cui rimettere l'identificazione e la valutazione dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo connessi all'esercizio delle attività finanziarie e professionali da essi svolte⁶⁵. Questo schema operativo non è andato esente da critiche, soprattutto laddove decide di affidare il compito di "sentinelle" anche ai

justiceservic.org.

⁶⁰ GRECH e LAUDI (2019), p. 155.

⁶¹ *International standard on combating money laundering and the financing of terrorism and proliferation, the FATF Recommendation*, Vocabolo *Virtual asset service providers*, p. 127, disponibile al link: www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf

⁶² Per un commento al novellato impianto normativo, si rinvia a ACCINNI (2018b), pp. 1516 ss.

⁶³ La definizione è contenuta al comma 4 dell'art. 2 del d.lgs. 231/2007: "4. Ai fini di cui al comma 1, s'intende per riciclaggio: a) la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni; b) l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; c) l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; d) la partecipazione ad uno degli atti di cui alle lettere a), b) e c) l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l'esecuzione. 5. Il riciclaggio è considerato tale anche se le attività che hanno generato i beni da riciclare si sono svolte fuori dai confini nazionali. La conoscenza, l'intenzione o la finalità, che debbono costituire un elemento delle azioni di cui al comma 4 possono essere dedotte da circostanze di fatto obiettive".

⁶⁴ Per una riflessione più approfondita si rinvia a ROSSI (2018), p. 25 ss.

⁶⁵ Si rinvia a GALMARINI e SABA (2018) *dirittobancario.it*.

professionisti. È stato osservato che in questo modo il diritto penale si inserisce nei rapporti tra soggetti privati, un'area nella quale lo Stato non dovrebbe intervenire⁶⁶.

Tale critica non ci pare possa essere estesa ai prestatori di servizi di criptovalute, atteso che si tratta di una figura più prossima a quella degli intermediari finanziari piuttosto che a quella dei liberi professionisti.

3.2.1. *I soggetti obbligati. Il d.lgs. 125/2019 e l'estensione degli obblighi ai wallet providers*

Spostando l'attenzione sul tema delle criptovalute, è doveroso segnalare che con la riforma del 2017 il legislatore nazionale aveva anticipato quello europeo, introducendo tra i destinatari degli obblighi di collaborazione attiva anche i *currency exchanges*, cioè i prestatori dei servizi di cambiavalute, soggetti non contemplati dalla IV direttiva antiriciclaggio, ma solo dalla successiva V direttiva del 30 maggio 2018.

In tal modo, la riforma ha risposto ai fenomeni criminali compiuti con criptovalute seguendo una logica di prevenzione, valorizzando il ruolo di coloro i quali possono avere il controllo delle operazioni poste in essere con le valute virtuali. Tuttavia, tale riforma non è andata esente da critiche.

Facendo un paragone con la legislazione maltese, si nota che la tecnica di normazione utilizzata rinunciava all'impiego di termini generici e delimitava, in modo piuttosto rigido, i soggetti obbligati al rispetto della normativa.

Per questo è stato subito osservato che il legislatore del 2017 si era mostrato come un "precursore timido" per via dei "limiti genetici" della riforma⁶⁷. Nel novellare il d.lgs. 231/2007 non era stata contemplata la figura del *wallet provider*, e molte erano state le critiche sul punto mosse dalla dottrina⁶⁸.

Il dato legislativo sembrava inequivoco. Il precedente art. 1, comma 2, lett. ff) del d.lgs. 231/2007, dopo la modifica del 2017, definiva quali prestatori dei 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* (corsivo nostro) di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale". Il riferimento ai servizi di conservazione di valuta virtuale avrebbe potuto indirizzare l'interprete verso l'inclusione nella categoria dei prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale anche il *wallet provider*, il quale ha il compito di custodire le criptovalute attraverso la salvaguardia delle chiavi crittografiche private.

Nondimeno, la forzatura del dato letterale sarebbe stata vana, atteso che la stessa definizione non era utilizzata all'art. 3, come riformato nel 2017, che individua i soggetti obbligati. Difatti, il comma 5 indicava entro la categoria degli "altri operatori non finanziari", tenuti al rispetto degli obblighi di adeguata verifica, conservazione e segnalazione, solo i "prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, *limitatamente* (corsivo nostro) allo svolgimento dell'attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso". In presenza di un dato legislativo inequivoco, il divieto di analogia *in malam partem* escludeva il coinvolgimento del prestatore dei servizi di portafoglio digitale nell'applicazione della normativa antiriciclaggio. Come si spiegherà nel prosieguo, i soggetti obbligati vanno incontro a sanzioni penali e amministrative, pertanto l'applicazione analogica delle norme che li contemplano non poteva che essere esclusa.

La mancata menzione del prestatore dei servizi di portafoglio digitale entro la categoria dei soggetti obbligati non era di poco momento⁶⁹.

Come si è accennato in apertura, la criminalità che si avvale degli strumenti informatici e digitali è in crescente espansione. Non è quindi raro che provento di delitto siano già le stesse criptovalute anziché la moneta avente corso legale che viene poi impiegata per l'acquisto di

⁶⁶ AMODIO (2008), pp. 1051 ss.

⁶⁷ In questi termini NADDEO (2019), pp. 99 ss.

⁶⁸ Per tutti, oltre all'articolo di NADDEO (2019), pp. 99 ss., sopra citato, anche ACCINNI (2018a), p. 20 e INGRAO (2019), p. 154.

⁶⁹ Non va tuttavia tralasciato un dato, cioè la circostanza che la differenza tra *wallet* e *exchange* va sempre più sfumando, poiché il 52% dei *wallet* offre anche il servizio di *exchange*. Il dato è tratto da BELLINO (2018), p. 3. L'autore cita lo studio di HILEMAN e RAUCHS (2017) "Global cryptocurrency benchmarking study", 2017, p. 49.

bitcoin e, dunque, convertita.

Immaginiamo un'operazione criminale di *cyberextorsion*, ove il provento sia costituito da criptovalute trasferite dalla vittima ai suoi estorsori. Costoro potranno convertire le criptovalute ricevute in moneta *fiat*, o, in alternativa, spenderle impiegandole in operazioni di *layering* e successivamente reintegrare il capitale illecito ripulito nel circuito dell'economia legale, ma pur sempre virtuale. In questo secondo caso, è ben evidente che la figura del cambiavalute non avrà alcun ruolo, poiché l'iter criminale si svolge interamente sul piano digitale. Per contro, a essere coinvolto nell'operazione è il prestatore del servizio di portafoglio digitale, il *wallet provider*, il quale assisterà a movimenti di capitale che potrebbero destare sospetti. È verosimile che l'operazione di ripulitura coinvolga più portafogli digitali e, quindi, che siano coinvolti diversi prestatori del relativo servizio.

Non prevedendo il *wallet provider* tra i soggetti obbligati, tale operazione non sarebbe stata sottoposta alle verifiche richieste dalla normativa antiriciclaggio, di talché nessuna segnalazione sarebbe pervenuta alle autorità competenti.

La riforma della normativa antiriciclaggio avvenuta con il d.lgs 90/2017 risultava, pertanto, incompleta. L'esigenza di un nuovo intervento riformatore è stata resa ancor più evidente a seguito dell'adozione della V direttiva antiriciclaggio, la direttiva UE 2018/843, che ha previsto l'inserimento del prestatore dei servizi di portafoglio digitale tra i soggetti obbligati.

La direttiva è stata recepita con il recente d.lgs. del 4 ottobre 2019, n. 125⁷⁰, che, tra le altre modifiche, è intervenuta sull'art. 1 del d.lgs. 231/2007, sulle definizioni, e sull'art. 3, relativo ai soggetti obbligati.

In generale, va osservato che le nuove disposizioni si presentano più puntuali rispetto a quelle contenute nella direttiva cui si è data attuazione, che risultava imprecisa in più punti.

Così, per ciò che concerne i *wallet providers*, all'art. 1 è stata inserita la lettera ff-bis), nella quale è contenuta la definizione di prestatore di servizi di portafoglio digitale. È tale "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". La definizione è più ampia rispetto a quella contenuta nella direttiva UE 2018/843⁷¹. Nondimeno, essa appare ancora non esaustiva. Come già osservato⁷² con riferimento alla definizione contenuta nella direttiva trasposta, sembrerebbero essere inclusi in tale nozione solo i *custodian wallet providers*, i quali offrono il servizio di salvaguardia di chiavi crittografiche per conto dei clienti. Rimarrebbero escluse altre tipologie di servizi di portafoglio digitale, nella specie gli *hardware wallet providers* e i *software wallet providers*. In entrambi questi casi, difatti, il professionista si limita a fornire, rispettivamente, un hardware o un software che entra nella disponibilità del cliente. Questi, così, avrà la possibilità di custodire in modo privato le proprie chiavi. Non vi è un servizio di custodia per conto di terzi, poiché il cliente custodisce per conto proprio le chiavi crittografiche.

Di conseguenza, non tutti i professionisti che offrono servizi di portafoglio digitale rientrerebbero tra i soggetti obbligati. Ancora una volta torna utile il confronto con la legislazione di Malta, ove la categoria dei soggetti obbligati è ampia poiché estesa è la nozione di *virtual financial assets*, in quanto categoria residuale.

Al di là di tali critiche, va comunque osservato che la riforma del 2019 ha avuto anche altri pregi, oltre all'introduzione della figura del prestatore del servizio di portafoglio digitale tra i soggetti obbligati. In particolare, è stata estesa la definizione di prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale di cui alla lettera ff), poiché è stato aggiunto l'inciso "anche online" relativo alle modalità di fornitura del servizio. Inoltre, sempre all'interno della stessa lettera ff), è stata ampliata la nozione di attività di conversione svolta dai prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale. All'esito di tale integrazione, l'attività di conversione comprende non solo la conversione delle valute virtuali "da ovvero in valute aventi corso legale", ma anche la conversione delle stesse "in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali".

Anche in tal caso il legislatore italiano ha risposto alle critiche mosse alla V direttiva antiriciclaggio⁷³, la quale contemplava la sola attività di conversione da o in valute aventi corso

⁷⁰ CAPOLUPO (2019), p. 4053 ss.; FERRAIOLI (2019), p. 58 ss.; SICIGNANO (2020), pp. 146 ss.

⁷¹ Cfr. art. 1, n. 2), lett. d) dir. UE 2018/843: "prestatore di servizi di portafoglio digitale: un soggetto che fornisce servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali".

⁷² HOUBEN, SNYERS (2018), p. 78.

⁷³ HOUBEN, SNYERS (2018), p. 77.

legale, così escludendo tutti gli *exchanges* che effettuano operazioni di cambio solo tra valute virtuali, colmando un vuoto di tutela.

Si è poi aggiunta un'altra categoria di servizi erogabili, assieme a quelli, già previsti, di utilizzo, scambio, conservazione e conversione di valuta virtuale. Trattasi dei “*servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute*”.

La definizione risulta più ampia e in grado di comprendere servizi che non venivano presi in considerazione né dal d.lgs. 90/2017, né dalla successiva V direttiva antiriciclaggio.

Le modifiche appena esposte riguardano l'art. 1, sulle definizioni, ma esse hanno inciso anche sull'art. 3, ove si indicano i “*soggetti obbligati*”, cioè i destinatari delle disposizioni del d.lgs. 231/2007.

Nella categoria degli operatori non finanziari, di cui al comma 5, è stata inserita la lettera *i-bis*), che include tra i soggetti obbligati “*i prestatori di servizi di portafoglio digitale*”.

Anche la precedente lettera *i*) è stata investita dalla riforma. Come già sottolineato, essa individuava tra i soggetti obbligati i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valute virtuali, ma “*limitatamente allo svolgimento dell'attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso*”. Vi era cioè una asincronia tra la norma sulle definizioni, l'art. 1, comma 2, lett. f), che indicava i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, e la norma sui soggetti obbligati, l'art. 3, comma 5, lett. i), che individuava un sottoinsieme entro la più generale definizione dell'art. 1. Di conseguenza, come già sottolineato, era resa impossibile una estensione in via analogica degli obblighi antiriciclaggio ai *wallet providers*.

Ebbene, tale inciso è stato ora eliminato, di talché vi è una perfetta sovrapposizione tra la definizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. ff) e la categoria dei soggetti obbligati di cui all'art. 3, comma 5, lett. i).

All'esito dell'ultimo intervento di riforma, pertanto, la tutela preventiva con riferimento alle cripto-attività e ai fenomeni di riciclaggio risulta più effettiva. In questa sede ci si è limitati a esporre le modifiche che interessano la materia delle valute virtuali, in quanto afferenti al settore di nostra indagine.

È doveroso evidenziare che il legislatore del 2019 è intervenuto anche su altri punti del d.lgs. 231/2007. A titolo di esempio, basti qui citare le modifiche sui poteri ispettivi delle Autorità di vigilanza, di cui all'art. 7, che sono stati ampliati; è stato favorito lo scambio di informazioni tra le Autorità nazionali (art. 12) e si è intervenuto sulle modalità di esecuzione degli obblighi di adeguata verifica rafforzata della clientela, di cui all'art. 25.

Inoltre, di particolare importanza in punto di effettività della disciplina preventiva risulta il rafforzamento della cooperazione tra gli Stati membri, auspicata dalla V direttiva antiriciclaggio⁷⁴.

In particolare, sono stati aggiunti l'art. 13 bis, relativo alla cooperazione tra Unità di informazione finanziaria per l'Italia e altre FIU, e l'art. 13 ter, sulla cooperazione tra le autorità di vigilanza di settore degli Stati membri.

3.2.2. *Gli obblighi antiriciclaggio*

Il controllo dell'attività dei cambiavalute virtuali avviene, anzitutto, attraverso l'iscrizione obbligatoria in una sezione speciale del registro tenuto dall'Organismo di cui all'art. 128 *undecies* del d.lgs 385/1993 (Tub)⁷⁵. Si tratta di una previsione legislativa di cui la dottrina non

⁷⁴ Nella V direttiva antiriciclaggio, al sedicesimo considerando trattando delle FIU, si osserva quanto segue: “Gli Stati membri dovrebbero adoperarsi per garantire un approccio più efficiente e coordinato in relazione alle indagini finanziarie in materia di terrorismo, incluse quelle relative all'uso improprio delle valute virtuali. Le differenze attuali non dovrebbero tuttavia incidere sulle attività delle FIU, e in particolare sulla loro capacità di effettuare analisi preventive a sostegno di tutte le autorità responsabili delle attività di carattere informativo, investigativo e giudiziario e della cooperazione internazionale. Nell'esercizio dei propri compiti le unità di informazione finanziaria dovrebbero poter accedere alle informazioni ed essere in grado di scambiarle senza ostacoli, anche attraverso un'adeguata cooperazione con le autorità di contrasto. In tutti i casi di sospetta attività criminale e, in particolare, nei casi riguardanti il finanziamento del terrorismo, le informazioni dovrebbero circolare direttamente e rapidamente senza indebiti ritardi. Pertanto è essenziale rafforzare ulteriormente l'efficacia e l'efficienza delle FIU, chiarendone le competenze e la cooperazione”. A tal fine, sono in corso dei lavori presso la Commissione europea per l'istituzione di un meccanismo europeo di coordinamento e supporto delle FIU europee. Cfr. Relazione annuale della UIF, del maggio 2019, *cit.*, p. 103.

⁷⁵ In particolare, l'art. 8 del d.lgs 90/2017 all'art. 17 bis del d.lgs 241/2010 ha aggiunto il comma 8 bis, che così statuisce: «8-bis. Le previsioni di cui al presente articolo si applicano, altresì, ai prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, come definiti nell'articolo 1, comma 2, lettera ff), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni tenuti, in forza della presente

ha tardato a evidenziare il carattere velleitario, atteso il crescente aumento del numero degli operatori commerciali in tale settore⁷⁶.

L'obbligo di iscrizione è stato esteso anche ai prestatori dei servizi di portafoglio digitale dal d.lgs. 125/2019, che ha integrato il testo dell'art. 17 bis del d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141, che tale obbligo impone.

In quanto operatori non finanziari, gli *exchangers* e i *wallet providers* sono tenuti al rispetto degli obblighi di adeguata verifica del cliente e del titolare effettivo del rapporto che con essi si instaura, nei casi contemplati dall'art. 17 del d.lgs. 231/2007. Ai sensi del comma 2 di tale disposizione, la verifica della clientela deve essere sempre disposta quando vi sia un sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, ovvero quando vi siano dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati ottenuti al momento dell'identificazione.

Nell'ottica del *risk based approach*, laddove l'operatore ritenga che il rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo sia basso, potrà posticipare l'adempimento degli obblighi di adeguata verifica a un momento successivo all'instaurazione del rapporto, facendo applicazione di misure semplificate, come risulta dal combinato disposto degli artt. 18, comma 3, e 23. Diversamente, tali verifiche precedono il perfezionamento del rapporto contrattuale tra operatore e cliente, come stabilito dall'art. 18, comma 2. In presenza di un rischio particolarmente elevato, vigono gli obblighi di adeguata verifica rafforzata descritti all'art. 24.

Una serie di obblighi grava non solo sui soggetti indicati all'art. 3, ma anche, in modo speculare, sul cliente, il quale è tenuto a fornire per iscritto tutte le informazioni necessarie all'adempimento degli obblighi di adeguata verifica, come prescritto dall'art. 22.

Accanto agli obblighi di adeguata verifica, in capo all'operatore figurano altresì gli obblighi di conservazione, cui è dedicato il capo II del Titolo II, artt. 31 ss. Tali obblighi consistono nella custodia dei documenti, dei dati e delle informazioni utili a prevenire o accertare attività sospette.

Le operazioni sospette vanno segnalate alla UIF, l'Unità di Informazione Finanziaria, la quale agevola tale attività di segnalazione individuando degli indicatori di anomalia. Ai soggetti obbligati è fatto divieto di comunicare al cliente l'avvenuta segnalazione.

Al fine di adempiere gli obblighi di segnalazione, occorre effettuare una iscrizione ai sistemi di segnalazione della UIF. Nel rapporto della UIF relativo all'anno 2018, si segnala la richiesta di iscrizione da parte di quattro *exchangers* di valute virtuali all'esito dell'ampliamento delle categorie di segnalanti sancito dal d.lgs. 90/2017⁷⁷.

Infine è previsto all'art. 42 l'obbligo di astenersi dall'instaurare, eseguire o proseguire il rapporto col cliente su cui ricada il sospetto di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, allorché l'operatore obbligato sia oggettivamente impossibilitato a effettuare l'adeguata verifica richiesta dalla legge.

3.3.

Prevenzione e responsabilità penale: le fattispecie di cui all'art. 55 D.lgs. 231/2007

Passando all'analisi delle fattispecie volte a ostacolare i fenomeni di riciclaggio, si nota che il legislatore ha fatto ricorso alle sanzioni amministrative e a quelle penali.

Le sanzioni amministrative, descritte agli artt. 56 ss., si rivolgono a condotte omissive, consistenti nell'inosservanza degli obblighi sopra descritti⁷⁸.

Per contro, seguendo la concezione della sanzione penale come *extrema ratio*, l'art. 55 descrive fattispecie incriminatrici alla cui base vi è un divieto e non un comando cui si disobbedisce. La condotta è quindi sempre attiva.

Tale costruzione normativa costituisce una novità rispetto alla struttura originaria del d.lgs. 231/2007, frutto di una scelta del legislatore della riforma del 2017. In precedenza, difatti, la responsabilità penale era riservata a condotte omissive a soggettività ristretta, con l'effetto di anticipare la tutela in presenza di violazioni solo formali, non sempre connesse a un effettivo

disposizione, all'iscrizione in una sezione speciale del registro di cui al comma 1».

⁷⁶ In questo senso, PLANTAMURA (2019), p. 884.

⁷⁷ Rapporto annuale UIF, 2018, *cit.*, p. 15.

⁷⁸ Rispetto agli illeciti amministrativi una importante novità risiede nella previsione di uno specifico procedimento sanzionatorio disciplinato dall'art. 65, mentre il testo previgente rinviava al procedimento previsto dalla legge 689/1991.

rischio di riciclaggio⁷⁹. Pertanto, sorgevano dubbi sulla compatibilità della risposta sanzionatoria col principio di proporzionalità di cui all'art. 3 della Costituzione⁸⁰, oltre che col principio di offensività, atteso che si trattava di incriminazioni incentrate sulla violazione di obblighi formali posti da norme extrapenali, la cui osservanza non richiedeva un effettivo sospetto sulla natura della operazione o sul cliente⁸¹.

Per converso, le nuove sanzioni penali si incentrano su condotte lesive con riferimento alle quali è percepibile un'offesa. Le perplessità sollevate dalla precedente normativa appaiono pertanto superabili avuto riguardo al riformato art. 55.

Le condotte omissive previste dal previgente art. 55 sono state oggetto di un'opera di depenalizzazione, in quanto confluite nelle disposizioni di cui agli odierni artt. 56 e 57, che contemplano le sanzioni amministrative sull'inosservanza degli obblighi di adeguata verifica e di astensione, nonché degli obblighi di conservazione⁸².

L'art. 55 d.lgs. 231/2007 raccoglie al suo interno ben quattro fattispecie incriminatrici a soggettività ristretta, giacché i destinatari sono i soggetti obbligati, tra i quali rientrano, giova ribadirlo, anche i prestatori di servizi di cambiavalute e di portafoglio digitale. Si tratta di tre delitti e di una contravvenzione. Gli autori dei reati vengono individuati per via del riferimento agli obblighi di cui essi sono destinatari e che disattendono ponendo in essere comportamenti attivi, la cui gravità rispetto alla mera omissione giustifica l'operatività dello *ius terribile*⁸³.

La prima fattispecie sanziona la condotta di chi, essendo tenuto all'osservanza degli obblighi di adeguata verifica, falsifica i dati e le informazioni relative al cliente, allo scopo e alla natura del rapporto continuativo o della prestazione professionale e all'operazione. La sanzione è della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da euro 10.000 a euro 30.000. Alla stessa pena soggiace il soggetto obbligato che utilizzi i dati e le informazioni false.

È stato osservato che la condotta di falso appare realizzabile non solo quale falso ideologico, ma anche come falso materiale⁸⁴. Il soggetto obbligato, difatti, potrebbe falsificare il contenuto ideale del documento, ovvero alterarlo a seguito della sua formazione.

Quanto al trattamento sanzionatorio, l'equiparazione tra l'autore della falsificazione dei

⁷⁹ Rossi (2018), p. 25. Nello stesso senso, GIACOMETTI, FORMENTI (2017), p. 197.

⁸⁰ Per un'analisi delle precedenti fattispecie, si rinvia a SENATORE (2017), p. 90 ss.

⁸¹ È quanto osservato da PISTORELLI (2008), p. 2470, oltre che da PLANTAMURA (2011), p. 860.

⁸² E, difatti, il previgente art. 55 così statuiva: 1. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque contravviene alle disposizioni contenute nel Titolo II, Capo I, concernenti l'obbligo di identificazione, è punito con la multa da 2.600 a 13.000 euro.*

2. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, l'esecutore dell'operazione che omette di indicare le generalità del soggetto per conto del quale eventualmente esegue l'operazione o le indica false è punito con la reclusione da sei mesi a un anno e con la multa da 500 a 5.000 euro.*

3. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, l'esecutore dell'operazione che non fornisce informazioni sullo scopo e sulla natura prevista dal rapporto continuativo o dalla prestazione professionale o le fornisce false è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da 5.000 a 50.000 euro.*

4. *Chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la registrazione di cui all'articolo 36, ovvero la effettua in modo tardivo o incompleto è punito con la multa da 2.600 a 13.000 euro.*

5. *Chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la comunicazione di cui all'articolo 52, comma 2, è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro.*

6. *Qualora gli obblighi di identificazione e registrazione siano assolti avvalendosi di mezzi fraudolenti, idonei ad ostacolare l'individuazione del soggetto che ha effettuato l'operazione, la sanzione di cui ai commi 1, 2 e 4 è raddoppiata.*

7. *Qualora i soggetti di cui all'articolo 11, commi 1, lettera b), e 3, lettere c) e d), omettano di eseguire la comunicazione prevista dall'articolo 36, comma 4, o la eseguano tardivamente o in maniera incompleta, si applica la sanzione di cui al comma 4.*

8. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi, essendovi tenuto, viola i divieti di comunicazione di cui agli articoli 46, comma 1, e 48, comma 4, è punito con l'arresto da sei mesi a un anno o con l'ammenda da 5.000 a 50.000 euro.*

9 (...).

Orbene, la fattispecie di cui al c. 1 richiama genericamente gli obblighi di adeguata verifica, prima previsti dal Tit. II, Capo I, artt. 15 ss. La fattispecie speculare è l'odierno art. 56, cioè l'illecito amministrativo sull'inosservanza degli obblighi di adeguata verifica sempre contenuti nel Tit. II, Capo I (oggi artt. 17 ss). Quanto alla fattispecie omissiva di cui al c. 2, essa è riprodotta, seppur con qualche differenza linguistica, al c. 1 dell'odierno art. 56. Sempre il c. 1 del vigente art. 56 contiene la fattispecie di cui al previgente art. 55, c. 3, sulle omesse informazioni. Infine, l'inosservanza dell'obbligo di registrazione, prima contenuto nel c. 4 dell'art. 55, è oggi confluito nell'art. 57 e ha natura di illecito amministrativo. In particolare, l'obbligo di registrazione di cui al previgente art. 36 corrisponde agli odierni obblighi di conservazione, come dimostrato dalla sovrapponibilità del dispositivo del vecchio art. 36 con quello del vigente art. 31. Afferma l'avvenuta depenalizzazione anche SICIGNANO (2020), p. 157.

⁸³ La legge delega n. 170/2016, all'art. 15, lett. h) n. 1, dettava i criteri per la riformulazione delle disposizioni penali, individuando tra gli obiettivi la riduzione dell'area della responsabilità penale anche in relazione al rapporto con gli illeciti amministrativi e il divieto di *bis in idem*. Si affermava quindi la necessità di «limitare la previsione di fattispecie incriminatrici alle sole condotte di grave violazione degli obblighi di adeguata verifica e di conservazione dei documenti, perpetrate attraverso frode o falsificazione, e di violazione del divieto di comunicazione dell'avvenuta segnalazione, prevedendo sanzioni penali adeguate alla gravità della condotta e non eccedenti, nel massimo, tre anni di reclusione e 30.000 euro di multa».

⁸⁴ Rossi (2018), p. 25.

dati e colui che ne fa uso ha destato perplessità in dottrina⁸⁵. Secondo questa opinione, condizionale, sarebbe stato più rispondente ai principi di equità e proporzionalità graduare la pena tra chi è autore della falsificazione e chi si limita all'uso, seguendo lo schema dei delitti di falso presenti nel codice penale.

La fattispecie di cui al secondo comma, invece, postula che, nell'ambito degli obblighi di conservazione, il soggetto obbligato acquisisca o conservi dati falsi o informazioni non veritiere, ovvero si avvalga di mezzi fraudolenti al fine di pregiudicare la correttezza dell'attività di conservazione. Il dolo è specifico, di talché non è necessario che sia riscontrato l'effettivo pregiudizio all'attività di conservazione ai fini della contestazione dell'illecito. La pena è anche qui della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da 10.000 euro a 30.000 euro.

L'ultima ipotesi delittuosa sanziona con la medesima pena di cui alle fattispecie appena analizzate la condotta del cliente il quale, gravato dall'obbligo di fornire i dati e le informazioni necessarie ai fini dell'adeguata verifica della clientela, fornisce dati falsi o informazioni non veritiere. Solo per questa fattispecie è prevista la clausola di riserva, sicché essa non sarà contestabile ove "il fatto costituisca un più grave reato".

Pertanto, se il cliente fornisce dati e informazioni falsi e l'operatore fa uso degli stessi essendone consapevole, entrambi saranno ritenuti responsabili.

L'unica contravvenzione è quella descritta al comma 4, che incrimina la condotta di chi viola il divieto di comunicazione di cui agli artt. 39, comma 1 e 41, comma 3, prevedendo la sanzione dell'arresto da sei mesi a un anno e l'ammenda da euro 5.000 a euro 30.000.

L'art. 55, al comma 6, si occupa della confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato di cui al comma 5, nonché del profitto o del prodotto. Sul punto è stato osservato che la confisca di bitcoin non è operazione semplice⁸⁶. Il sistema di funzionamento dei bitcoin, poiché decentrato, è incompatibile con l'intervento di qualsivoglia autorità centrale.

Per effettuare il sequestro, l'autorità giudiziaria dovrebbe prima entrare in possesso della chiave privata per avere accesso al *wallet* in cui sono depositati i bitcoin. Tale operazione non è sempre agevole. In caso di buon esito, i bitcoin dovrebbero transitare in un nuovo *wallet* gestito dall'autorità investigativa⁸⁷, ciò per evitare che il titolare del *wallet*, il quale è a conoscenza della chiave privata, possa spostare la valuta virtuale in altro conto dopo il sequestro⁸⁸. Tuttavia, tale tipo di custodia delle criptovalute è esposta ai rischi di attacchi *hacker* finalizzati a impossessarsi delle criptovalute.

Per l'effetto, tanto in assenza delle chiavi di crittografia di un determinato *wallet*, quanto ai fini di maggiore sicurezza relativa all'attività di custodia, dovrà farsi ricorso al sequestro per equivalente, pure ammesso dalla norma ora in esame.

Tale tipo di sequestro consente, inoltre, di non esporre le criptovalute sequestrate al rischio di deprezzamento.

Come già notato, dalla lettura congiunta delle disposizioni relative agli illeciti penali e a quelli amministrativi sembra potersi escludere l'eventualità di un duplice procedimento, penale e amministrativo, a carico del medesimo soggetto.

Mettendo a confronto la fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 55 con l'illecito amministrativo previsto dall'art. 56, entrambi relativi agli obblighi di adeguata verifica, si nota che la mera inosservanza di tali obblighi sarà causa di responsabilità amministrativa. Per contro, affinché sia avviato un procedimento penale, è bensì necessario che i relativi obblighi siano disattesi, ma attraverso la condotta attiva di falsificazione o utilizzo di dati falsi.

Le stesse osservazioni valgono per gli obblighi di conservazione, per i quali l'analisi parallela va condotta tra la fattispecie di cui all'art. 55, comma 2 e l'art. 57 con riguardo all'illecito amministrativo.

Concludendo sul punto, i *currency exchangers* e, per l'effetto della recente riforma, i *wallet providers* che operano in Italia saranno tenuti al rispetto della normativa appena illustrata; conseguentemente, essi sono sottoposti agli obblighi di adeguata verifica, conservazione e segnalazione, che, se disattesi, daranno luogo a responsabilità amministrativa o penale.

Prima dell'estensione degli obblighi anche ai *wallet providers*, costoro non potevano essere

⁸⁵ È questa l'opinione di SENATORE (2017), p. 140.

⁸⁶ SICIGNANO (2019), p. 198.

⁸⁷ La creazione di un portafoglio giudiziario è avvenuta in occasione del procedimento prefallimentare a carico di una piattaforma di scambio italiana, BitGrail s.r.l., che, il 5 giugno 2018, in forza dei provvedimenti del Tribunale di Firenze, ha trasferito i bitcoin contenuti nei wallet sociali per via di un sequestro disposto dall'autorità giudiziaria.

⁸⁸ COSTABILE (2018), *agendadigitale.eu*.

destinatari di alcuna sanzione. Al più si sarebbe potuto ipotizzare un concorso del *wallet provider* nel reato posto in essere dall'*exchanger* allorché l'utente in possesso di valute virtuali le avesse convertite in valuta avente corso legale. Se nel corso di tale operazione di conversione l'*exchanger* avesse acquisito o conservato dati falsi o informazioni non veritiere sul cliente, sul titolare effettivo, sull'esecutore anche grazie all'aiuto del *wallet provider*, appariva verosimile che questi potesse rispondere a titolo di concorso nel reato proprio di mano propria di cui all'art. 55, comma 2. Fermo restando l'onere di dimostrare in giudizio la sussistenza della condotta agevolatrice e l'elemento soggettivo.

Una condotta agevolatrice avrebbe potuto realizzarsi in sede di obblighi di adeguata verifica rafforzata imposti dall'art. 24. Il comma 3 di tale articolo prevede che i soggetti obbligati debbano esaminare il contesto e le finalità di operazioni caratterizzate da importi insolitamente elevati. Ebbene, qualora tali operazioni fossero dirette alla conversione di valute virtuali in moneta avente corso legale e le valute fossero detenute da un *wallet provider* diverso da quello che svolge il servizio di *exchange*, questi avrebbe potuto richiedere le informazioni al *wallet provider*. In tale contesto, eventuali dichiarazioni false del prestatore del servizio di portafoglio digitale avrebbero determinato il concorso nel reato proprio di cui all'art. 55 d.lgs 231/2007 commesso dall'*exchanger* connivente, in quanto consapevole della falsità delle informazioni ricevute. Il concorso avrebbe poi potuto essere contestato al solo *wallet provider* laddove l'*exchanger* non fosse stato punibile per mancanza dell'elemento soggettivo⁸⁹.

Oggi tale ipotesi di concorso eventuale sarebbe contestabile con meno difficoltà, atteso che entrambi gli autori nell'esempio prospettato sarebbero titolari della qualifica per commettere il reato proprio, pertanto non sarebbe necessario invocare l'operatività dell'istituto del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio.

4. Problematiche connesse al concorso di persone nel delitto di riciclaggio

Come noto, la lotta al riciclaggio conosce due momenti: quello preventivo e quello sanzionatorio.

Finora ci si è occupati della normativa antiriciclaggio, notando le lacune che essa presenta con riguardo ai soggetti destinatari che operano nel settore delle cripto-attività.

Passeremo ora a trattare alcuni problemi che emergono quando i destinatari degli obblighi in materia di antiriciclaggio agevolino con la loro condotta le stesse attività di riciclaggio⁹⁰.

Come visto in apertura, tra le tecniche per anonimizzare il reato di origine criminosa vi è certamente il ricorso alle criptovalute. Giuridicamente ciò è possibile poiché l'oggetto del delitto di riciclaggio è individuato con un'espressione omnicomprensiva dal legislatore, con riferimento tanto agli oggetti che possono essere sostituiti, quanto con quelli che li possono sostituire⁹¹. Se l'oggetto del reato sono le criptovalute, le figure coinvolte saranno il *cryptocurrency exchanger* e, a seguito della recente riforma, anche il *wallet provider*⁹².

Il concorso dei soggetti obbligati al rispetto della normativa antiriciclaggio nel reato di cui all'art. 648 bis posto in essere dal cliente, tuttavia, solleva alcune perplessità.

Per chiarezza espositiva distinguiamo due ipotesi, l'una riguardante la condotta attiva del soggetto obbligato, l'altra quella omissiva.

⁸⁹ Nel caso di concorso nel reato proprio, il principio generale che si desume dal combinato disposto degli artt. 111, 112, ult.c. e 119 c. 2 è quello dell'irrelevanza della non punibilità di uno dei concorrenti (anche del concorrente qualificato) per mancanza di colpevolezza o imputabilità, cfr. GRASSO (2012), p. 270, par. 5.

⁹⁰ Il tema del riciclaggio e concorso di persone nel reato è affrontato da TRAVAGLINO (1996), p. 755, sotto una triplice prospettiva: a) concorso con il delitto di associazione mafiosa; b) rapporto con la normativa antiriciclaggio allora vigente, L. 197/1991; c) ipotesi di riciclaggio "imprenditoriale" attraverso strutture economiche originariamente sane.

⁹¹ PECORELLA (1991), p. 1227.

⁹² Ma va sottolineato che il *wallet provider*, già prima della riforma del 2019, avrebbe potuto andare incontro a responsabilità penale a titolo di concorso nel delitto di riciclaggio, come si avrà modo di osservare *infra*.

4.1.

Condotta attiva: concorso materiale di reati o concorso apparente di norme?

La condotta attiva avente un effetto agevolatore ben potrebbe consistere in una delle fattispecie incriminatrici descritte dall'art. 55 d.lgs. 231/2007.

In tale evenienza, si pone un problema di concorso apparente di norme, da risolvere con l'applicazione dei noti criteri⁹³.

Il criterio di specialità, di cui all'art. 15 c.p., conosce oggi un'applicazione prevalente rispetto agli altri criteri da parte della giurisprudenza maggioritaria⁹⁴. Esso impone un raffronto tra le fattispecie astratte, per effetto del quale è possibile affermare che tra i delitti previsti ai commi 1 e 2 dell'art. 55 e il delitto di riciclaggio vi sia una specialità bilaterale o reciproca⁹⁵.

Segnatamente, la condotta di falsificazione, nonché quella di utilizzo, di acquisizione o di conservazione di dati e informazioni falsi specificherebbero il contenuto della più generale formula "altre operazioni"⁹⁶ idonee a ostacolare la provenienza delittuosa, di cui all'art. 648 bis c.p.⁹⁷. Al contempo, la fattispecie di riciclaggio, postulando la commissione di un precedente reato non colposo, contempla un elemento ulteriore rispetto alle fattispecie previste dalla legislazione antiriciclaggio. La specialità è quindi reciproca, ma disomogenea, poiché, se, da un canto, si tratta di specialità per specificazione, dall'altro, si è dinanzi a un caso di specialità per aggiunta. In altri termini, vi è specialità reciproca per coincidenza tra fattispecie e elemento particolare⁹⁸, atteso che solo una delle ipotesi criminose di una fattispecie, nel nostro caso le "altre operazioni", integra anche l'altra e viceversa.

Non si è in grado di individuare la fattispecie generale e quella speciale, pertanto ci si troverebbe dinanzi a un caso di concorso formale di reati.

E ciò in quanto la specialità bilaterale o reciproca si muove in un contesto non identificabile con quello dell'art. 15 c.p.⁹⁹; di conseguenza, in applicazione di tale criterio, al soggetto obbligato, che integrando uno dei delitti previsti dall'art. 55 agevolati altresì il riciclaggio del cliente, sarà possibile contestare entrambe le fattispecie di reato.

La soluzione appena prospettata desta tuttavia delle perplessità, poiché si rischia di favorire una ipotesi di *bis in idem* sostanziale e di sottoporre il soggetto obbligato a un trattamento sanzionatorio più aspro rispetto a quello cui sarebbe destinato il cliente, al quale viene contestato il solo delitto di riciclaggio.

Lesigenza di una sanzione ispirata ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità non può che indurci a riflettere sulla necessità di circoscrivere la responsabilità penale del soggetto obbligato entro una sola fattispecie. A tal fine, può venire in ausilio il criterio valutativo dell'assorbimento o consunzione¹⁰⁰. Esso presuppone un'unità normativa, in quanto una delle norme

⁹³ Al riguardo, si registrano in dottrina due grandi impostazioni (FIANDACA e MUSCO (2012b), p. 679 ss.): l'impostazione pluralistica e quella monistica. La prima accoglie i criteri della specialità, della sussidiarietà e della consunzione (tra cui FIANDACA e MUSCO (2012b) p. 679 ss., MANTOVANI (2017), p. 463). Secondo l'impostazione monistica (tra gli altri, ANTOLISEI (1942), p. 209 ss.; DELITALA (1934), p. 104 ss.) invece, il criterio sarebbe, unico cioè quello di specialità.

⁹⁴ *ex multis*, Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668; Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, Rv. 248722; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248865; Sez. U, n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, Rv. 235962; Sez. U, n. 47164 del 20/12/2005, Marino, Rv. 232302, ove si osserva che i diversi criteri della sussidiarietà e della sussunzione sono da ritenersi tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità.

⁹⁵ Nell'ambito del criterio di specialità, si distingue la specialità in concreto, la specialità per aggiunta e per specificazione, la specialità reciproca o bilaterale, che a sua volta conosce, tra le sue diverse forme, quella della specialità reciproca per coincidenza tra sottofattispecie e della specialità reciproca per coincidenza tra fattispecie e elemento particolare (MANTOVANI (2017), pp. 464 e 465 in nota).

⁹⁶ Tale condotta, vista la formulazione generica, è considerata come "condotta di chiusura", volta a punire le residue forme di riciclaggio non riconducibili alla "sostituzione" e al "trasferimento". Per tutti, MANTOVANI (2018), p. 294.

⁹⁷ In questi termini SENATORE (2017), p. 141.

⁹⁸ È una delle classificazioni della specialità reciproca proposte da MANTOVANI (2017), p. 465. L'esempio riportato dall'autore è sul rapporto tra l'emissione di assegni a vuoto (depenalizzata) e la truffa. La prima fattispecie è specifica rispetto alla truffa poiché costituisce una *species* del *genus* "artifici o raggiri"; a sua volta, la truffa è specifica poiché richiede in più l'induzione in errore, il danno, l'ingiusto profitto. Allo stesso modo, le fattispecie di cui all'art. 55 d.lgs. 231/2007 specificano la condotta di "altre operazioni" del delitto di riciclaggio, ma quest'ultimo è speciale poiché richiede la commissione del reato presupposto non colposo.

⁹⁹ ROMANO (2004), p. 178.

¹⁰⁰ Come già evidenziato, la giurisprudenza maggioritaria propende per il solo criterio logico-giuridico di specialità. Nondimeno, il ricorso ai criteri valutativi è incoraggiato dalla dottrina. È stato osservato da FIANDACA e LEINERI (2017), p. 60, che i più recenti progetti di riforma del codice penale sembrano aver recepito la teoria pluralista. In particolare, nella relazione al progetto preliminare di riforma elaborato dalla Commissione Grosso si prende atto della convergenza di dottrina e giurisprudenza nel ritenere il solo principio di specialità inadeguato a rappresentare tutte le ipotesi di concorso apparente di norme. Per tali ragioni, la Commissione Grosso, recependo quanto già stabilito dal progetto Pagliaro, ha quindi previsto che "quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge, si applica quella che

concorrenti esaurisce l'intero significato delittuoso dell'accadimento¹⁰¹. Tale criterio, pertanto, si fonda su un apprezzamento di valore, piuttosto che su una relazione tra fattispecie astratte, e consentirebbe di ritenere assorbita la fattispecie prevista dalla legislazione antiriciclaggio nel più grave delitto codicistico.

In questo senso può osservarsi che le norme oggetto di raffronto si caratterizzano per la parziale sovrapposibilità del bene giuridico tutelato, cioè l'ordine pubblico economico. L'oggettività giuridica non è invece sovrapposibile con riferimento al patrimonio, che sembrerebbe essere presidiato dal solo delitto di riciclaggio¹⁰², così come anche il bene dell'amministrazione della giustizia, e non anche dalle fattispecie del d.lgs. 231/2007, mentre la fede pubblica è tutelata dalle sole fattispecie di falso. Ma, del resto, il presupposto per l'operatività del criterio di consunzione è la non necessaria omogeneità dei beni giuridici tutelati, poiché questo è uno degli aspetti della sussidiarietà tacita¹⁰³, la cui definizione oggi forse ancora più diffusa presuppone una relazione tra norme che tutelano medesimi beni o beni analoghi, seppur in differenti gradi di offesa¹⁰⁴.

Fatta tale premessa, si osserva che quando le due vicende, cioè, da un lato, uno dei reati di cui all'art. 55 d.lgs. 231/2007 e, dall'altro, il successivo delitto di riciclaggio, sono intimamente collegate e vi è una unità di disvalore oggettivo e soggettivo, la valutazione giuridica dovrà essere unitaria pur in presenza di una pluralità di fatti e di condotte¹⁰⁵. In altri termini, si sarebbe in presenza di una pluralità di condotte che si pongono tra loro in un rapporto di mezzo a fine, che induce a qualificare la violazione della normativa antiriciclaggio come un antefatto non punibile.

A tale esito dovrà giungersi a seguito della valutazione del disvalore globale del singolo accadimento concreto. Secondo un'impostazione che si condivide¹⁰⁶, tale valutazione dovrà essere effettuata tenendo conto della distanza tra i beni giuridici tutelati e della frequenza con la quale gli stessi interferiscono tra loro. Se l'interferenza tra i beni giuridici è rara o casuale, allora il fatto non si caratterizzerà per avere un disvalore globale unitario, ma le condotte dovranno essere tenute distinte, poiché non potrebbe essere colto quel rapporto di mezzo a fine. Il concorso tra norme, pertanto, sarebbe reale e non apparente. Per converso, allorché l'interferenza tra i beni giuridici è frequente e la distanza tra i beni si riduce, il concorso di norme sarà apparente.

Nel caso di cui ci si occupa la distanza tra i beni giuridici sembra essere ridotta: tanto le fattispecie di cui all'art. 55 d.lgs. 231/2007, quanto il delitto di riciclaggio, mirano a preservare l'ordine pubblico economico, con la particolarità che tale risultato è perseguito attraverso la tutela di beni giuridici ulteriori, la fede pubblica, nel primo caso, il patrimonio e l'amministrazione della giustizia, nell'altro. La parziale identità dei beni giuridici in gioco assottiglia la distanza tra l'oggettività giuridica delle fattispecie e rende la loro interferenza frequente e non casuale.

La condotta agevolatrice del soggetto obbligato parteciperebbe così del disvalore del successivo delitto di riciclaggio, sicché un'esigenza di giustizia materiale e di razionalità dell'ordinamento impone l'applicabilità della sola norma che prevede la pena più grave.

In conclusione, il concorso sarebbe escluso invocando il più generale principio del *ne bis in idem* sostanziale, che costituisce un principio di diritto positivo¹⁰⁷.

ne esprime per intero il disvalore, chiamando in questo modo l'interprete a valutare se in mancanza appunto della prima ipotesi di concorso apparente di norme, una delle disposizioni in gioco sia in grado di rappresentare nella sua interezza la o le offese realizzate dal fatto posto in essere".

¹⁰¹ BASSI (2011), p. 272.

¹⁰² La questione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di riciclaggio è dibattuta in dottrina, le cui posizioni oscillano tra la natura di reato monoffensivo, posto a tutela del solo patrimonio, e pluri-offensivo, presidiando anche l'ordine pubblico economico e l'amministrazione della giustizia, come si sostiene in questa sede. Per una sintesi delle posizioni dottrinali, si veda DELL'OSSO (2017), p. 2319.

¹⁰³ Queste ipotesi si distinguono dalla sussidiarietà c.d. espressa, fondata sulle clausole di riserva aventi carattere indeterminato, con le quali il legislatore evita che un dato fatto concreto intervenga a evitare una lacuna, impedendo che un dato fatto concreto sfugga a una sanzione. In questo senso, ROMANO (2004), p. 183. Sulla sussidiarietà espressa si veda anche FROSALI (1971), p. 429. Va tuttavia evidenziato che l'inquadramento delle clausole di riserva è problematico in dottrina, poiché, accanto a chi le riconduce entro il principio di sussidiarietà in forma espressa, vi è chi le considera espressione del principio di consunzione, mentre altri ritengono che esse escludano a monte il concorso apparente di norme, cosicché sarebbe improprio il richiamo ai criteri di sussidiarietà o consunzione. Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali, si veda, E. DOLCINI, G. MARINUCCI (2011), p. 276.

¹⁰⁴ ROMANO (2004), p. 183.

¹⁰⁵ ROMANO (2004), p. 186.

¹⁰⁶ ROMANO (2004), p. 187.

¹⁰⁷ I casi di *ne bis in idem* sostanziale sono osteggiati dall'impianto complessivo del codice penale e, in particolare, dalla lettura sistematica degli artt. 15, 84, 61 e 62 prima parte, 68, 131, 170, 301, 581 c.p. Tali norme costituiscono particolari espressioni del principio del *ne bis in idem*

I problemi posti dalla disciplina del concorso apparente di norme sono superati dal legislatore allorché la condotta contestata integri il reato disciplinato dall'art. 55, comma 4. Come già osservato, la norma contiene una clausola di riserva, per effetto della quale la contestazione della contravvenzione per violazione del divieto di comunicazione al cliente dell'avvenuta segnalazione potrà avvenire "salvo che il fatto costituisca più grave reato". Si tratta di una forma di sussidiarietà espressa¹⁰⁸, per effetto della quale, ove tale comportamento risulti agevolatore del delitto di riciclaggio, opererà l'istituto del concorso di persone nel reato, con conseguente responsabilità del cambiavalute o del *wallet provider* ai sensi degli articoli 110 e 648 bis c.p. Tuttavia, la prova della responsabilità sembra difficile da raggiungere sul piano della colpevolezza, dovendo l'accusa dimostrare il dolo del cambiavalute e del *wallet provider*.

A parte tale ipotesi, il concorso di tali soggetti nel delitto di riciclaggio potrà essere contestato solo per condotte non riconducibili all'osservanza degli obblighi di adeguata verifica e di conservazione.

A ben vedere, sembrerebbe arduo immaginare una condotta attiva agevolatrice che assuma connotati *extravaganti* rispetto al contenuto degli obblighi finalizzati alla prevenzione dei fenomeni di riciclaggio. Ogni comportamento dell'*exchanger* o del *wallet provider* volto a favorire l'operazione di ripulitura del denaro non potrà che culminare nella falsificazione dei dati e delle informazioni relative al cliente ovvero all'operazione, comportamento che è pertanto sussumibile entro la fattispecie del comma 1 dell'art. 55. Si presenterebbero, quindi, i problemi poco prima affrontati con riferimento al concorso di reati, che avrebbe come esito la contestazione del solo delitto di riciclaggio in applicazione del criterio di assorbimento.

Tuttavia, va tenuto presente che la complessità del sistema delle criptovalute determina una varietà delle dinamiche criminologiche, perciò c'è la possibilità che tali dinamiche si sostanzino anche in condotte agevolatrici diverse da quelle descritte dall'art. 55. Pertanto, deve ammettersi come possibile il contributo agevolatore all'operazione di riciclaggio del cliente da parte dell'*exchanger* o del *wallet provider* tramite condotta attiva atipica rispetto a quelle di cui all'art. 55. A titolo di esempio, si pensi al caso di coloro i quali prestano i servizi relativi alle valute virtuali nel *dark web*. Costoro svolgono una attività che sfugge al controllo delle autorità statali e, pertanto, si sottraggono volontariamente all'adempimento degli obblighi in materia di prevenzione del riciclaggio, nonostante rientrino tra i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di adeguata verifica e di conservazione. Difatti, il presupposto perché operi la normativa antiriciclaggio e i relativi obblighi è che tali soggetti operino *anche online*. Tuttavia, è pressoché improbabile che chi opera nel *dark web* si preoccupi di rispettare gli obblighi di adeguata verifica e comunicazione, così come non è immaginabile che tali soggetti registrino la loro attività come imposto dalla legge.

Laddove la loro condotta agevoli le operazioni di *money laundering*, potrebbe essere contestato il concorso nel delitto di riciclaggio, senza che si ponga il problema del rapporto con le fattispecie di cui all'art. 55 d.lgs. 231/2007.

In particolare, ciò è sostenibile laddove essi utilizzino dati e informazioni falsi relativi al cliente, allo scopo e alla natura del rapporto continuativo o della prestazione professionale e all'operazione, cioè per la fattispecie sanzionata dal comma 1, secondo periodo. Infatti, la norma sanziona tale condotta sul presupposto che essa sia posta in essere "in occasione dell'adempimento" degli obblighi di adeguata verifica. Pertanto, non vi rientrerebbe la condotta del prestatore di servizi di valuta digitale che operi nel *dark web*, poiché questi si sottrae volontariamente all'adempimento degli obblighi di adeguata verifica, di talché manca il presupposto fattuale richiesto dalla fattispecie. La conseguenza è che a essere contestato sarà il solo delitto di riciclaggio.

Una posizione diversa può essere sostenuta per i reati di cui al comma 1, primo periodo (cioè la condotta di falsificazione dei dati e delle informazioni) e comma 2 (cioè la condotta di acquisizione e conservazione di dati falsi o informazioni non veritiere). In entrambi i casi, il fatto non è posto in essere "in occasione dell'adempimento degli obblighi" prescritti dalla normativa antiriciclaggio. Così, a colui il quale opera nel *web* 'occulto', ove falsifichi i dati e le informazioni relative al cliente, come previsto dal comma 1, ovvero acquisisca o conservi dati falsi o informazioni non veritiere, potranno essere contestati i reati della legislazione speciale,

sostanziale, in quanto esprimono la comune esigenza di non imputare più volte lo stesso fatto all'autore. MANTOVANI (2017), p. 469 e p. 472. Secondo l'autore, le ipotesi di specialità reciproca non risolte dalla legge sarebbero risolvibili applicando il principio del *ne bis in idem*, che opera nella materia del concorso di norme, colmando le lacune legislative secondo il meccanismo della *analogia iuris*.

¹⁰⁸ Si veda *supra*, nota 103.

salvo ritenerli poi assorbiti dalla più grave fattispecie di riciclaggio.

A ritenere diversamente, cioè a voler escludere l'applicazione della normativa antiriciclaggio nei confronti di coloro i quali operano nel *dark web*, si correrebbe il rischio che le loro condotte restino impunte laddove non si dimostrino tutti gli elementi del delitto di riciclaggio di volta in volta commesso. Il problema si porrebbe, in particolare, per la prova del dolo, il quale non potrebbe essere desunto genericamente dal solo fatto che tali soggetti operino nel dark web, occorrendo, piuttosto, provare che il soggetto si sia rappresentato e abbia voluto tutti gli elementi del modello di reato in concreto posto in essere¹⁰⁹. Di conseguenza, bisognerà dimostrare per ogni operazione che il soggetto abbia deciso di operare nel *dark web* rappresentandosi e volendo compiere "altre operazioni" aventi per oggetto criptovalute provenienti da delitto non colposo, in modo da ostacolare la loro provenienza delittuosa.

4.2.

Il concorso mediante omissione. Obblighi di antiriciclaggio e posizione di garanzia

Passando all'analisi delle condotte omissive tenute dai cambiavalute o dai prestatori di servizi di portafoglio digitale che possano agevolare l'operazione di ripulitura del denaro sporco, ci si imbatte sul problema, discusso in dottrina, del concorso mediante omissione nel delitto di riciclaggio.

A tal fine, va brevemente premessa un'analisi delle condotte di riciclaggio.

La disposizione contempla, come già osservato, tre condotte alternative e, per questo, è stata definita norma mista alternativa o norma a più fattispecie¹¹⁰. Il riciclaggio è considerato un reato di mera condotta¹¹¹, più precisamente, di condotta pericolosa. Si tratterebbe di un reato di pericolo concreto, la cui pericolosità è rivelata dall'idoneità della condotta a ostacolare in concreto l'identificazione della provenienza delittuosa dell'oggetto del reato¹¹². Ciò perché, l'inciso "in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa" andrebbe riferito a tutte le condotte incriminate, piuttosto che essere considerato una specificazione relativa alle "altre operazioni"¹¹³.

Sempre in punto di tecnica di tipizzazione, taluni ritengono il riciclaggio un reato a forma vincolata¹¹⁴, mentre da altri si sostiene che si tratti di un reato a forma libera, quantomeno limitatamente alla terza condotta, cioè al "compimento di altre operazioni", il cui disvalore si polarizza sulla capacità dissimulativa dell'azione¹¹⁵. Anche la giurisprudenza si attesta in questo senso¹¹⁶.

Quanto detto rileva ai fini della configurabilità del reato nella forma omissiva attraverso il ricorso alla clausola di equivalenza, che "assimila" l'omissione alla commissione¹¹⁷, purché sussista un obbligo giuridico di impedire l'evento.

L'art. 40 cpv., cp. fonda la tipicità dell'omissione causale, dando rilievo penalistico a obblighi d'attivarsi che trovano fondamento in discipline extrapenal¹¹⁸ e che assumono la "funzione di perno della fattispecie"¹¹⁹.

¹⁰⁹ È, questa, l'opinione unanime in dottrina, che ripudia l'idea di circoscrivere l'oggetto del dolo al solo evento, così come indicato nell'art. 43 c. 1, estendendolo a tutti gli elementi – sia descrittivi sia normativi – del fatto tipico, desumendo tale regola dall'art. 47 c. 1 c.p. attraverso un ragionamento *a contrario*. In argomento, tra i tanti, CANESTRARI (2013), p. 97; MANTOVANI (2017), p. 308; FIANDACA e MUSCO (2012b), p. 361.

¹¹⁰ MEZZETTI (2013), p. 642.

¹¹¹ CASTALDO, NADDEO (2010), p. 136. In particolare, gli autori notano che l'assenza dell'evento è stata confermata dalla rielaborazione della formula ostantiva del reato in esame. La precedente formulazione, difatti, recitava "ovvero ostacola l'identificazione della loro provenienza dai delitti suddetti", sicché avrebbe potuto far ritenere l'ostacolo all'identificazione come evento del fatto di reato. A seguito della riforma del 1993, L. n. 328, la dottrina maggioritaria ritiene che l'espressione "in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa" si riferisca a una modalità di ciascuna condotta tipizzata, avvalorando la natura di reato di pericolo concreto del delitto di riciclaggio. Ritiene il riciclaggio un reato di mera condotta anche ZANCHETTI (1997), pp. 361 e 373; PLANTAMURA (2011), p. 871.

¹¹² CASTALDO, NADDEO (2010), p.137

¹¹³ In questo senso, CASTALDO, NADDEO (2010), p. 111; ZANCHETTI (1997), p.366 ss.; MEZZETTI (2013), p. 651; FAIELLA (2009), p. 278 ss.

¹¹⁴ PLANTAMURA (2011), p. 871.

¹¹⁵ DELL'OSSO (2017), p. 2322; TRAVAGLINO (1996), p. 755.

¹¹⁶ Cass. Pen., Sez. II, 19.6-14.10.2019, n. 42052; Sez. V, 17.4-17.5.2018, n. 21925; Sez. II, 27.4.2016, n. 29611

¹¹⁷ SGUBBI (1975), p. 80.

¹¹⁸ PULITANÒ (2015), p. 216-217.

¹¹⁹ GRASSO (1983), p. 184.

Come noto, nell'ambito della realizzazione monosoggettiva dell'illecito, l'equivalenza normativa dell'omissione all'agire causale è limitata ai reati con evento naturalistico e a forma libera, poiché, nel caso di condotta vincolata, le modalità di azione richieste risultano incompatibili con la realizzazione omissiva¹²⁰. Di conseguenza, il naturale campo di operatività della clausola di equivalenza si restringe alle fattispecie causalmente orientate, ove la condotta è causale alla produzione dell'evento, senza l'indicazione di particolari modalità dell'azione¹²¹.

Con riferimento al delitto di riciclaggio, il carattere vincolato delle condotte di sostituzione e trasferimento, assieme all'espressione "compie operazioni", sembrano precludere la rilevanza di condotte puramente omissive, essendo piuttosto richieste condotte attive non integrabili attraverso una mera inerzia¹²².

Fatta tale premessa, dobbiamo adesso soffermarci sulla questione di nostro interesse in questa sede, cioè la compartecipazione omissiva nel delitto di riciclaggio da parte dei prestatori di servizi in materia di criptovalute¹²³.

La problematica non può che prendere le mosse dalla affermazione per cui l'omissione del dovuto intervento impeditivo dà luogo a responsabilità concorsuale per effetto del combinato disposto degli artt. 40 cpv. e 110 c.p.¹²⁴. La prima norma integrerebbe la seconda, con l'effetto di tipizzare la condotta atipica del concorrente¹²⁵: l'evento sarà allora costituito dal reato commesso dal terzo¹²⁶.

A tal proposito, va osservato che, secondo un indirizzo prevalente in dottrina¹²⁷ e unanime in giurisprudenza¹²⁸, il meccanismo di conversione delle fattispecie attive in omissive di cui all'art. 40 cpv. c.p., a differenza di quanto accade nei reati monosoggettivi, opera pure a fronte di reati di mera condotta, ove nell'omittente sia ravvisabile l'obbligo giuridico di impedire il fatto altrui¹²⁹. Ben si comprende, allora, come l'elemento caratterizzante la compartecipazione mediante atti negativi sia la violazione di un obbligo giuridico da parte di chi tale azione omette¹³⁰. Ciò è in linea con l'idea per cui l'omissione impropria è una fattispecie di reato proprio, realizzabile esclusivamente da soggetti qualificati¹³¹.

Ma, tanto in caso di reati monosoggettivi realizzati in forma omissiva, quanto in caso di partecipazione negativa al reato, non ogni obbligo giuridico di attivarsi costituisce un obbligo di garanzia¹³². Quest'ultimo si caratterizza per la sua specialità, in quanto non riferito a tutti i

¹²⁰ GRASSO (1983), p. 137 e 154; FIANDACA (1979), pp. 34 e 38; SGUBBI (1975), p. 103.

¹²¹ FIANDACA e MUSCO (2012b), p. 596

¹²² ZANCHETTI (1997), p. 373 ss.; BARBIERA, CONTENTO (1991), p. 185 ss.; CASTALDO, NADDEO (2010), p. 136.

¹²³ Ma la dottrina ha precisato che, nell'ambito degli obblighi di collaborazione attiva, il comportamento dell'operatore finanziario debba essere considerato nel suo complesso. Così, si giunge a sostenere che la sua condotta "si sostanzi[a] in una azione costituita dalla operazione bancaria che egli va ad eseguire, e in una successiva, necessariamente conseguente omissione". Si tratterebbe cioè di una "progressione comportamentale, il cui solo atto finale risulta certamente omissivo". TRAVAGLINO (1996), p. 759. Traendo spunto da ciò, nota S. Faiella che solo la condotta del responsabile della dipendenza o dell'ufficio può essere tecnicamente considerata omissiva. Bisogna quindi scindere la posizione del "titolare" da quella del "primo obbligato" cioè l'impiegato, in capo al quale deve ravvisarsi un *agere in senso stretto*. FAIELLA (2009), p. 431.

¹²⁴ È questa l'opinione maggioritaria in dottrina e unanime in giurisprudenza, GRASSO (2012), sub. Art. 110, p. 187; ANTOLISEI (1991), p. 497; FIANDACA e MUSCO (2012b), p. 629.

¹²⁵ GRASSO (1983), p. 140 ss; BISORI (1997), p. 1340.

¹²⁶ La dottrina ha individuato un sostegno normativo a tale conclusione nell'art. 138 c.p.m.p., che, nel prevedere una figura specifica di omesso impedimento di reati militari, dispone che tale fattispecie non trovi applicazione se vi sono le condizioni affinché sussista una compartecipazione omissiva sulla base dell'art. 40 cpv., cp., cioè se vi è una posizione di garanzia volta all'impedimento di uno dei reati militari indicati dalla norma. Sul punto, si rinvia a GRASSO (1983), p. 140; BISORI (1997), p. 1342, il quale osserva che a tale conclusione si giunge dall'analisi anche dell'art. 57 c.p. Critica tale prospettiva RISCATO (1995), p. 1220.

¹²⁷ GRASSO (1983), p. 139 ss.; PAGLIARO (1993), p. 549; ROMANO (2004), sub. Art. 40, p. 379 e 381. Per contro, dubita dell'applicabilità del modello del concorso omissivo a fattispecie che non siano causali FIANDACA (1979), p. 181. Secondo l'autore, nelle fattispecie monosoggettive il giudizio di equivalenza ex art. 40 cpv. c.p. va rigorosamente limitato alle fattispecie causali pure. Tale regola varrebbe, pertanto, anche nel caso di realizzazione plurisoggettiva dell'azione. Conseguentemente, non sarebbe possibile una compartecipazione mediante omissione con riguardo ai reati di mera condotta o ai reati di evento a forma vincolata. Aderisce a tale impostazione anche RISCATO (1995), p. 1267 e ss.

¹²⁸ *ex multis*, Cassazione penale sez. I, 23/09/2013, n. 43273, così massimata "Il concorso omissivo è configurabile rispetto a tutti i reati: di evento e di mera condotta, a forma libera e vincolata, e ciò, essenzialmente, in base alla combinazione degli artt. 40 comma 2 e 110 c.p. (riconosciuto, nella specie, il concorso commissivo mediante omissione nei confronti di un carabiniere, in quanto non aveva provveduto al sequestro delle armi in possesso di 3 soggetti - ben sapendo che erano armati - e al conseguente arresto nella flagranza di reato)", fonte *Diritto & Giustizia* 2013, 23 ottobre. In dottrina, per tutti, MANTOVANI (2017), p. 517 per il quale "i tenaci argomenti, teorici e pratici" a favore della tesi del concorso omissivo rispetto a tutti i reati la rendono maggiormente valida e condivisibile.

¹²⁹ FAIELLA (2009), p. 431.

¹³⁰ ANTOLISEI (1991), p. 497.

¹³¹ GRASSO (1983), p. 257. Nota però l'A. che in dottrina è stata esclusa la presenza di un reato proprio laddove venga in considerazione un obbligo di carattere generale, non gravante specificamente su alcuni soggetti; tuttavia, secondo l'A., in presenza di una situazione di obbligo priva del carattere di specialità andrebbe esclusa a monte la posizione di garanzia, p. 257 nota 170.

¹³² GRASSO (1983), p. 183 ss.

beni di tutti i consociati¹³³.

Facendo ricorso a un criterio funzionale, si è soliti distinguere gli obblighi di garanzia in obblighi di protezione e di controllo di una fonte di pericolo¹³⁴. La dottrina ha individuato una terza categoria, rappresentata dagli obblighi di impedimento del reato altrui, così differenziando le posizioni di garanzia rilevanti in sede di concorso di persone nel reato e, più in particolare, in sede di partecipazione omissiva¹³⁵. Questo terzo tipo di posizioni di garanzia si caratterizza in quanto il garante è titolare di un potere giuridico che, se esercitato, impedirebbe il compimento di taluni reati da parte di terzi, ovvero ne neutralizzerebbe gli effetti¹³⁶. Manca, per contro, un potere di fatto sulla fonte di pericolo, cioè la signoria che contraddistingue le posizioni di controllo, entro le quali questo terzo gruppo di posizione di garanzia è stato tradizionalmente collocato prima che ne fosse valorizzata l'autonomia.

L'obbligo di garanzia, pertanto, sussiste se e in quanto vi sia un potere giuridico idoneo a impedire il fatto di reato altrui. Tale potere fonda la posizione di garanzia e ne segna i confini esterni¹³⁷, atteso che là dove cessa il potere viene meno l'obbligo di garanzia.

Valorizzando i poteri impeditivi che corrispondono all'obbligo di garanzia, in dottrina è stata tracciata la distinzione tra tale obbligo e l'obbligo di sorveglianza¹³⁸. A quest'ultimo non corrisponderebbero poteri di impedimento, poiché al soggetto è solo richiesto di vigilare sull'operato di terzi per conoscere l'eventuale commissione di illeciti e informarne il garante o il titolare dei beni¹³⁹. Si tratterebbe di un potere che, al più, potrebbe ostacolare il compimento di fatti di reato da parte di terzi, ma non impedirli del tutto¹⁴⁰, con la conseguenza che l'inservanza dell'obbligo di sorveglianza non dà luogo a responsabilità per omesso impedimento dell'evento, né il titolare dell'obbligo potrà rispondere a titolo di concorso omissivo nel reato commesso dal soggetto vigilato¹⁴¹. Diversamente opinando, si assisterebbe a una forma di responsabilità per fatto altrui, conseguenza evitabile solo ove la punibilità dell'omessa sorveglianza sia prevista da una norma di parte speciale¹⁴².

Fatte tali brevi premesse, possiamo a questo punto tentare di rispondere al quesito che ci siamo prima posti, cioè se i soggetti obbligati al rispetto della normativa antiriciclaggio siano titolari di una posizione di garanzia finalizzata all'impedimento del delitto di riciclaggio da parte di terzi.

La dottrina, sul punto, risulta divisa.

Valorizzando la circostanza che si tratta di poteri di comunicazione e non impeditivi, si esclude l'idoneità degli stessi a fondare la posizione di garanzia¹⁴³. Si osserva, in particolare, che tali poteri solo in parte riescono a interferire sulla condotta di terzi; di conseguenza, ritenendoli sufficienti ai fini dell'esistenza degli obblighi di garanzia, ci si espone al rischio di

¹³³ GRASSO (2012), *sub art. 110*, p. 189.

¹³⁴ GRASSO (1983), p. 293; PULITANÒ (2015), p. 221.

¹³⁵ GRASSO (1983), p. 293; PULITANÒ (2015), p. 221; BISORI (1997), p. 1372.

¹³⁶ GRASSO (1983), p. 294.

¹³⁷ GRASSO (2012), *sub art. 110*, p. 189.

¹³⁸ LEONCINI (1999); MANTOVANI (2004), p. 984; MANTOVANI (2017), p. 159. Tuttavia, si tratta di una posizione non accolta in modo unanime. È stato infatti osservato che anche gli obblighi di sorveglianza possono essere inquadrati nella categoria degli obblighi di garanzia, ma "a condizione che i poteri giuridici di cui è dotato l'obbligo consentano di neutralizzare la condotta illecita altrui (e di impedire quindi la commissione del reato) e che il reato realizzato sia volto alla protezione di quell'interesse tutelato attraverso le posizioni di garanzia", così GRASSO (2012), *sub art. 110*, p. 191.

¹³⁹ LEONCINI (1999), p. 412.

¹⁴⁰ La distinzione tra impedire e ostacolare il compimento di azioni illecite di terzi è stata valorizzata con riguardo alla posizione di garanzia dei sindaci delle società di capitali. È stato sostenuto che gli obblighi di controllo dei sindaci andrebbero inquadrati nella categoria dei meri obblighi di sorveglianza, diversi dagli obblighi di garanzia. I primi avrebbero il solo effetto di ostacolare il compimento degli illeciti da parte di terzi e non di impedirli. In tema di responsabilità dei sindaci, critica tale prospettiva GRASSO (2012), il quale, come già osservato *supra*, nota 138, ritiene che, in presenza di determinate condizioni, anche i poteri di sorveglianza possono avere carattere impeditivo. In particolare, osserva l'A. che l'obbligo in capo ai sindaci è sufficientemente circoscritto dagli artt. 2403 e 2407 c.c.; di conseguenza, i poteri giuridici di cui i sindaci sono dotati consentirebbero di neutralizzare la condotta illecita altrui. L'impostazione qui riferita non è seguita dalla giurisprudenza, la quale si pronuncia a favore della posizione di garanzia dei sindaci con riferimento agli obblighi di controllo dell'attività societaria, cfr. Cass. sez. V, 21 novembre 1989, n. 5927, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 271 ss.; più di recente, Cass. pen. Sez. V Sent., 11/05/2018, n. 44107 (rv. 274014-01). L'opinione della giurisprudenza è rimasta invariata anche a seguito della riforma delle società per azioni (d.lgs. 6/2003), che, pur confermando l'affidamento delle funzioni di controllo contabile a un revisore o a una società di revisione, ha specificato i doveri dei sindaci, pertanto l'ambito della responsabilità risulta oggi meglio definito in relazione a obblighi più specifici (Corte d'app. Milano, sez. II, 13.06.2005).

¹⁴¹ MANTOVANI (2004), p. 998.

¹⁴² Per tutti, MANTOVANI (2017), p. 159.

¹⁴³ In questo senso, MEZZETTI (2013), p. 653; con riferimento alla disciplina previgente, cioè al d.lgs. n. 197 del 1991, MANGIONE (2000), p. 1102 ss.

avallare una sorta di responsabilità di posizione¹⁴⁴.

È stato altresì osservato¹⁴⁵ che la disciplina che concerne l'agire dell'operatore è strutturata su aspetti di carattere formale, che non attribuiscono l'obbligo giuridico di impedire il reato, poiché si fermerebbero alla dimensione formale del rapporto, senza giungere all'essenza di esso. Il carattere formale sta in ciò che gli obblighi sono codificati e predeterminati in ordine all'*an* e al *quomodo* e devono essere rispettati in ogni caso, a prescindere dalla loro idoneità a impedire il fatto illecito.

I poteri dei soggetti obbligati, pertanto, potrebbero essere fatti confluire nella categoria sopra accennata degli obblighi di sorveglianza, con la conseguente esclusione della loro responsabilità penale anche a titolo di compartecipazione omissiva nel delitto di riciclaggio da parte del cliente.

Di diverso avviso risulta essere altra parte della dottrina, che individua nell'istituto della segnalazione di operazioni sospette una posizione di garanzia rilevante ai fini della fattispecie omissiva impropria¹⁴⁶.

In effetti, è pur vero che il potere di segnalazione delle operazioni sospette, di cui all'odierno art. 35 d.lgs. 231/2007, è un potere solo mediatamente impeditivo, in quanto si colloca al primo stadio di una catena causale, rappresentato dai poteri di natura sollecitatoria, finalizzati a stimolare l'intervento di poteri direttamente impeditivi. Questi ultimi, a ben vedere, fanno capo alla UIF, la quale trasmette l'informazione all'autorità giudiziaria, come emerge dal combinato disposto degli artt. 6, comma 4, lett. a) e h) e 8, comma 1, lett. a). Nondimeno, pur essendo un potere che precede quello impeditivo in senso proprio, esso sembrerebbe idoneo a fondare la posizione di garanzia, dal momento che il suo effetto è di avviare la catena causale che impedisce il verificarsi del fatto di reato. Grazie a tale concatenazione eziologica, il piano della prevenzione risulta essere effettivamente funzionale a quello successivo della repressione. In questo modo, il potere sollecitatorio si presenta come un effettivo potere giuridico di interferenza rispetto alla condotta¹⁴⁷, in assenza del quale non sarebbero attivati i poteri finali di inibizione.

Tale efficacia causale, del resto, è comprovata dall'avvertita esigenza, da parte del legislatore, di tutelare il segnalante, assicurando la riservatezza della sua identità, come previsto dall'art. 38. Ciò confermerebbe l'importanza del ruolo del segnalante ai fini dell'impedimento del reato di riciclaggio e la circostanza che il potere sollecitatorio persegua una finalità impeditiva, che risulta essere il risultato della collaborazione tra più soggetti.

A confermare la sussistenza di una posizione di garanzia, con riguardo al potere di segnalazione delle operazioni sospette, sovviene, dipoi, la clausola di riserva contenuta nell'art. 58. Il legislatore ritiene la sanzione amministrativa sussidiaria rispetto a altro illecito penale. Orbene, appare ragionevole che tale illecito sia costituito proprio dal delitto di riciclaggio, integrabile dal soggetto obbligato sia nella forma monosoggettiva, che plurisoggettiva e, quindi, anche attraverso un contributo omissivo riferito al mancato adempimento proprio dell'obbligo di segnalazione.

Oltre all'obbligo di segnalazione, una posizione di garanzia potrebbe essere individuata anche con riferimento agli obblighi di adeguata verifica e di conservazione. In entrambi i casi, si tratta di obblighi funzionali all'adempimento del successivo obbligo di segnalazione e, da ultimo, alla repressione del riciclaggio.

Con particolare riguardo agli obblighi di adeguata verifica, l'art. 17, c. 2 lett. a) prevede che i soggetti obbligati procedono, in ogni caso, all'adeguata verifica del cliente quando vi è un sospetto di riciclaggio. Ciò conferma, pertanto, quanto sopra evidenziato, cioè la strumentalità di tale obbligo alla successiva segnalazione dell'operazione da parte della UIF.

Quanto all'obbligo di conservazione, esso è funzionale non solo alla prevenzione del riciclaggio, ma anche all'individuazione e all'accertamento di "eventuali attività di riciclaggio", come espressamente previsto dall'art. 31, comma 1.

È da tale funzionalità causale che emerge il carattere sostanzialmente impeditivo di tali poteri rispetto alla condotta di riciclaggio e questa idoneità impeditiva fonda l'obbligo di garanzia. Siffatti poteri darebbero luogo a una posizione di garanzia che potremmo definire

¹⁴⁴ MANGIONE (2000), p. 1134.

¹⁴⁵ FAIELLA (2009), p. 433.

¹⁴⁶ PAGLIARO (2010), p. 507 e 512; ZANCHETTI (1997), p. 209 e 215; FLICK (1990), p. 1256; CENTONZE (2011), p. 1759; SORBELLO (2015), p. 437 ss.

¹⁴⁷ BISORI (1997), p. 1372.

complessa, poiché gravante non su un unico soggetto, ma su tutti coloro che intervengono nella catena causale e contribuiscono a attivare il procedimento preventivo, che consta di una serie di poteri impeditivi iniziali o intermedi di natura mediata, funzionali all'esercizio del potere impeditivo finale di carattere diretto.

Naturalmente, ritenere sussistente una posizione di garanzia non equivale a affermare la responsabilità penale in ogni caso di omissione. Occorrerà sempre verificare in concreto l'efficacia causale della condotta omissiva ai fini della produzione dell'evento, posto che "l'imposizione di un obbligo giuridico di agire non può rendere causale ciò che tale non è"¹⁴⁸. Difatti, l'obbligo giuridico si limita a fondare la tipicità dell'omissione causale, mentre non fonda la causalità dell'omissione¹⁴⁹.

A titolo di esempio, va ricordato che l'omessa segnalazione non sarà causa di responsabilità qualora il delitto di riciclaggio si sia già perfezionato. Infatti, ai sensi dell'art. 35, i soggetti obbligati sono tenuti a informare la UIF non solo quando nutrano il sospetto che delle operazioni di riciclaggio siano in corso, ma anche quando "siano [già] state compiute o tentate". Ebbene, un'eventuale omissione, in quest'ultimo caso, non potrà dar luogo a responsabilità a titolo di concorso omissivo, potendosi al più intravedere un margine applicativo per il delitto di favoreggiamento¹⁵⁰.

Per concludere sul punto, possiamo affermare che i poteri di cui sono titolari i soggetti obbligati sembrerebbero idonei a impedire l'evento se considerati in correlazione ai poteri dei soggetti che intervengono nella fase di accertamento del delitto, atteso che proprio i soggetti obbligati sono gli unici a poter sollecitare gli interventi necessari, poiché entrano in contatto con i potenziali riciclatori che si avvalgono del sistema finanziario per porre in essere le operazioni di ripulitura del denaro sporco.

Tale soluzione è stata sposata anche in giurisprudenza con riferimento alla posizione degli intermediari finanziari¹⁵¹ con riguardo all'obbligo di segnalazione e sembra estensibile senza resistenze anche alle altre categorie di soggetti obbligati, tra cui le società di *exchange* e i prestatori dei servizi di portafoglio digitale¹⁵².

Ma l'indagine sulla responsabilità dei soggetti obbligati non potrà arrestarsi all'accertamento di una posizione di garanzia e alla causalità dell'omissione nella realizzazione dell'evento. A questo punto, bisognerà lasciare il terreno della tipicità per approdare su quello della colpevolezza, poiché andrà provato il dolo del delitto di riciclaggio.

L'accertamento del dolo dovrà caratterizzarsi anche qui per la centralità della verifica psicologica, in quanto elemento che lo contraddistingue dalla colpa e dal carattere normativo di essa. In altri termini, fermo restando che per qualsiasi illecito rilevante ai fini penali, sia esso doloso o colposo, è richiesta la violazione di una regola di diligenza¹⁵³, il dolo non può comunque essere presunto dalla divergenza della condotta dell'agente dal comportamento diligente dell'agente modello¹⁵⁴. Nel caso della compartecipazione omissiva dolosa, far derivare dall'inadempimento degli obblighi di controllo e segnalazione la consapevolezza e la volizione del reato commesso da altri significa confondere il dolo con la colpa, poiché il rilievo penale della condotta dolosa si incentrerebbe non tanto sulla volontà del fatto lesivo (il riciclaggio, nel caso in esame), bensì sulla materiale inosservanza di regole cautelari e in essa si esaurirebbe¹⁵⁵.

Per contro, la penale responsabilità a titolo di dolo del soggetto obbligato richiede di provare la volontà di finalizzare eventuali omissioni al realizzarsi dell'illecito¹⁵⁶.

¹⁴⁸ PULITANÒ (2015), p. 216.

¹⁴⁹ PULITANÒ (2015), p. 216.

¹⁵⁰ La questione è affrontata in termini generali, tra gli altri, da ANTOLISEI (1991), p. 498. L'a. precisa che l'opera prestata posteriormente alla consumazione del reato non costituisce compartecipazione, a meno che essa sia stata promessa in precedenza e ciò abbia suscitato o rafforzato il proposito di delinquere.

¹⁵¹ Cass., pen., sez. II, n. 9472/2016, con riferimento all'omessa segnalazione che il direttore di una banca avrebbe dovuto indirizzare all'Ufficio Italiano Cambi, secondo la normativa allora vigente.

¹⁵² È questa l'opinione espressa da LUCEV e BONCOMPAGNI (2018), p. 4, i quali affermano che: "in linea con quanto stabilito dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento ad un direttore di banca che ha autorizzato operazioni sospette [Cass. pen. sez. III, n. 9472/2016] anche i rappresentanti della società di *exchange* che non dovessero segnalare operazioni sospette potrebbero astrattamente vedersi contestare un concorso nell'altrui reato di riciclaggio ex art. 648-bis c.p., dovendo in ogni caso essere provata la sussistenza dell'elemento psicologico del reato, ossia il dolo generico (quanto meno nella forma del dolo eventuale)".

¹⁵³ G. Marinucci (1991), p. 3 ss; EUSEBI (2000), pp. 1059 e 1060.

¹⁵⁴ EUSEBI (1987), p. 1080.

¹⁵⁵ EUSEBI (1987), p. 1083.

¹⁵⁶ Tale impostazione si instaura nel solco dell'idea secondo la quale nel dolo omissivo è comunque presente una decisione soggettivo-personale di non agire, ROMANO (2004), *sub* art. 43, pag. 440.

Inoltre, è stato sostenuto in dottrina che il grado di consapevolezza richiesto al soggetto obbligato sarebbe incompatibile col dolo eventuale. Infatti, “l’esercizio di un’attività utile ma pericolosa [qual è quella dei soggetti obbligati] può scivolare nella reazione penale solo nella misura in cui [il soggetto obbligato] ne elevi consapevolmente il grado di rischio oltre la soglia consentita, sfruttando per un vantaggio particolare – personale o di terzi – le proprie conoscenze e abilità personali al fine di riciclare i capitali illeciti”¹⁵⁷.

La complessità della questione rende impossibile ulteriori approfondimenti in questa sede. Tuttavia, basti qui osservare che, in generale, non tutti convergono verso l’ammissibilità della forma del dolo eventuale nei reati omissivi impropri¹⁵⁸. Allo stesso modo, al di là del concorso per omissione e per ragioni diverse, la dottrina è divisa sul ritenere compatibile la forma del dolo eventuale col delitto di riciclaggio quale fattispecie monosoggettiva¹⁵⁹, mentre la giurisprudenza tende ad ammetterlo¹⁶⁰.

4.2.1. *Responsabilità omissiva e divieto di bis in idem*

La normativa antiriciclaggio prevede, come già osservato, delle sanzioni amministrative. Con riguardo ai cambiavalute e ai prestatori di servizi di portafoglio digitale, gli illeciti amministrativi contestabili sono quelli previsti dagli artt. 56, 57 e 58 d.lgs. 231/2007¹⁶¹. L’omesso adempimento degli obblighi di adeguata verifica, di conservazione e di segnalazione è punito con una sanzione amministrativa, rispettivamente dall’art. 56, per gli obblighi di adeguata verifica, dall’art. 57, per gli obblighi di conservazione e dall’art. 58 per l’obbligo di segnalazione.

Ritenere sussistente la posizione di garanzia dei soggetti obbligati, con la conseguente responsabilità a titolo di compartecipazione negativa nel delitto di riciclaggio, pone il problema della sovrapposizione di sanzioni amministrative e penali.

Nondimeno, va nuovamente precisato che il problema del cumulo sanzionatorio si pone solo con riguardo ai primi due illeciti, cioè l’inosservanza degli obblighi di adeguata verifica e degli obblighi di conservazione. Difatti, l’art. 58, sull’inosservanza delle disposizioni relative all’obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, contiene la clausola di riserva, sicché la sanzione amministrativa non è applicabile quando il fatto costituisca reato.

Per contro, tale clausola manca nelle due norme precedenti. Così, se l’omissione integra uno degli illeciti amministrativi previsti dagli artt. 56 o 57 d.lgs. 231/2007, il risultato sarà un duplice procedimento a carico del medesimo soggetto, seppur uno di tipo amministrativo e l’altro di tipo penale. In modo artefatto, cioè per effetto delle norme sul concorso eventuale, si giungerebbe a un caso di doppio binario cumulativo.

Si pone, a questo punto, la questione della violazione del divieto di *bis in idem* sostanziale, per via del concorso tra illecito penale, integrato nella forma del concorso omissivo, e amministrativo.

L’accostamento delle sanzioni amministrative all’illecito penale non è argomento nuovo nel panorama italiano¹⁶². Già da tempo si era individuato un legame tra illecito penale e sanzioni amministrative - limitatamente alle sanzioni amministrative punitive, intese come pene

¹⁵⁷ MANGIONE (2000), p. 1135.

¹⁵⁸ Nel senso di escludere la compatibilità del dolo eventuale con la condotta omissiva, PAGLIARO (2000), p. 366 ss., EUSEBI (2000), p. 1094.

¹⁵⁹ La dottrina è divisa sulla compatibilità del riciclaggio con il dolo eventuale con riferimento alla provenienza da delitto del denaro o delle altre utilità. In senso negativo si pronunciano ZANCHETTI (1997), p. 417; CASTALDO, NADDEO (2010), p. 178; mentre tra le opinioni favorevoli si registrano quella di FLICK (1990), p. 1256; PECORELLA (1991), p. 1220. In giurisprudenza in senso favorevole si veda Cass, n. 8330/2013; in senso contrario Trib. Firenze, 10.10.1995, B., in *Il Fisco*, 1996, p. 1214..

¹⁶⁰ Cass., sez. II, n. 8330/2014, sez. V, n. 21925/2018, sez. II n. 36893/2018.

¹⁶¹ Restano per converso escluse le fattispecie di cui agli artt. 59 – 64, poiché i cambiavalute e i *wallet providers* non rientrano nel novero dei soggetti attivi di tali illeciti. Per approfondimenti si rinvia a SICIGNANO (2019), p. 201 ss.

¹⁶² Come notano PALIERO, TRAVI (1989), nota n. 30, i quali evidenziano che tanto il pensiero di A. Rocco, che quello di F. Cammeo convergono nel considerare ogni “pena” espressione di un fenomeno unitario riconducibile al diritto penale, secondo una concezione panpenalistica del sistema punitivo. CAMMEO (1911), pp. 241 ss.; Rocco (1913), 359 ss.

in senso stretto¹⁶³ - e si era negata la “ontologica diversità”¹⁶⁴ delle seconde rispetto al primo, giungendo al definitivo riconoscimento di un’omogeneità teleologica tra i due istituti¹⁶⁵, i quali, tuttavia, rimangono distinti sul piano della disciplina¹⁶⁶.

Volgendo lo sguardo al panorama europeo, l’illecito amministrativo punitivo rientra nella nozione convenzionale di *matière pénal*, elaborata in relazione all’art. 6 della Cedu. Tale nozione è stata sviluppata in modo autonomo rispetto alle tradizioni giuridiche dei singoli paesi e alla qualificazione formale data nell’ordinamento interno¹⁶⁷, seguendo ormai i ben noti criteri Engel¹⁶⁸ e dando centralità alle funzioni perseguite dalla sanzione¹⁶⁹. Questo concetto autonomo di *materia penale* ha avuto due implicazioni principali: in primo luogo, ha consentito l’estensione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 della CEDU anche a illeciti non qualificati come penali dagli ordinamenti nazionali e, in secondo luogo e per l’effetto, ha contribuito alla realizzazione di una generale opera di armonizzazione dei sistemi punitivi dei singoli ordinamenti nazionali attraverso l’estensione dei principi e dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione¹⁷⁰.

Va qui rammentato che la Corte di Giustizia Ue ha accolto l’interpretazione della Corte EDU relativa alla *matière pénal*, cosicché tale nozione costituisce l’esito di un orientamento comune alle due Corti¹⁷¹.

Pertanto, a monte, il problema diventa definitorio, poiché bisogna comprendere quando una certa sanzione sia riconducibile entro la nozione di *materia penale*. La difficoltà incontrata dall’interprete sta nel carattere “liquido” di tale nozione, che può mutare a seconda degli scopi e delle ragioni per cui viene invocata¹⁷².

Nella giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia UE, costituisce oramai *ius receptum* l’orientamento che riconduce entro la *materia penale* tutte le sanzioni aventi una

¹⁶³ PALIERO e TRAVI (1989) valorizzano la distinzione tra sanzioni amministrative in senso ampio e in senso stretto. Gli autori, in contrasto con l’orientamento prevalente nella giurisprudenza amministrativa, aderiscono alla nozione ristretta di sanzione amministrativa, intesa come pena, evidenziando che tale concezione trova conferma nelle scelte del legislatore della L. n. 689 del 1981. Per converso, la concezione più ampia, impiegata in giurisprudenza e fatta propria anche da altra parte della dottrina (TESAURO (1925), 90 ss., 107 ss), fa confluire entro il *genus* delle sanzioni amministrative, oltre quelle aventi un carattere affittivo, anche le sanzioni ripristinatorie e quelle risarcitorie, ritenendo sanzione amministrativa qualsiasi forma di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto. Secondo gli a., l’espressione ‘sanzioni amministrative ripristinatorie’ è impropria, giacché esse non presuppongono l’accertamento della responsabilità e, inoltre, possono non essere rivolte all’autore dell’infrazione o dell’abuso. Per questo, sarebbero più correttamente definite “misure amministrative di esecuzione”.

¹⁶⁴ È l’espressione adoperata da GRASSO (1989), p. 51, il quale accosta le sanzioni pecuniarie comunitarie all’illecito punitivo amministrativo, notando che le finalità preventive e il carattere repressivo delle prime non ne impone necessariamente l’iscrizione al campo delle sanzioni penali.

¹⁶⁵ L’affinità teleologica tra illecito penale e illecito amministrativo punitivo è evidenziata tanto da PALIERO e TRAVI (1989), quanto da GRASSO (1989), p. 52.

¹⁶⁶ La vera autonomia in punto di disciplina delle sanzioni amministrative si raggiunge in modo definitivo con l’approvazione della L. n. 689/1981. La sezione I del capo I di tale legge enuncia i principi generali applicabili alle sanzioni amministrative consistenti nel pagamento di una somma di denaro (art. 12). Tali principi rievocano su più punti i principi fondamentali del diritto penale e già nel corso dei lavori preparatori della legge di “Modifiche al sistema penale” si era sottolineata la necessità di estendere i principi propri dell’illecito penale alle sanzioni pecuniarie punitive. Per un approfondimento, si rimanda a GRASSO (1981), *La depenalizzazione e le sanzioni sostitutive nel disegno di legge “Modifiche al sistema penale”*, in *Quaderni della Giustizia*, 1981, fasc. 1, p. 50. Nondimeno, sarebbe errato giungere a una piena equiparazione tra i due tipi di illecito. Del resto, la differenza tra illeciti penali e amministrativi è stata a lungo rimarcata anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di principio di legalità (art. 1, L. 689/81). A tal proposito, basti ricordare che solo con la sent. n. 196 del 2010 la Consulta ha ritenuto applicabile il divieto di retroattività in *malam partem* sancito dall’art. 25, comma 2 Cost. anche alle sanzioni amministrative. In tempi più recenti, con la sent. n. 63 del 2019, è stato esteso il principio di retroattività favorevole, la cui base costituzionale è rintracciata nell’art. 3 Cost. e nell’art. 7 Cedu, richiamato nel nostro ordinamento attraverso l’art. 117 Cost. Questione attuale è, inoltre, quella relativa all’estensione della disciplina della successione di leggi nel tempo a seguito di depenalizzazione. È il tema della c.d. successione “impropria” di leggi penali e amministrative punitive, che rileva anche nel caso di specie per via della depenalizzazione attuata. Le problematiche connesse a tale argomento sono largamente approfondite da TIGANO (2019), n. 3, cui si rinvia. Va comunque notato che nel d.lgs. 231/2007, l’art. 69 prevede espressamente il principio di irretroattività sfavorevole, così fuggendo ogni dubbio sull’estensibilità di tale principio alle sanzioni amministrative ivi contenute.

¹⁶⁷ PALIERO (1985), p. 908.

¹⁶⁸ Sentenza dell’8 giugno 1976, Corte di Strasburgo, Sessione Plenaria, *Engel e Altri c. Paesi Bassi*, Ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 1977. Serie A, vol. 22, p. 36. Si tratta di tre criteri: (a) la qualificazione formale e nominale della disposizione sanzionatoria; (b) la reale natura sostanziale dell’illecito; (c) lo scopo – punitivo e general-preventivo, non solo riparatorio – e il grado di severità che la sanzione stessa in concreto raggiunge.

¹⁶⁹ Corte EDU, Plenaria, 21 febbraio 1984, *Öztürk contro Germania*, dove la Corte Edu fa riferimento al finalismo della sanzione per valutare il carattere punitivo delle *Ordnungswidrigkeiten* della Repubblica Federale di Germania, commentata da PALIERO (1985), p. 894 ss.

¹⁷⁰ MAUGERI (1999), p. 536.

¹⁷¹ Sentenza *Bonda*, EU:C:2012:319, punti 33-45., in cui la CGUE si è occupata della nozione di materia penale riconoscendo l’operatività del *ne bis in idem* a fronte della natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa comminata nel contesto di un procedimento amministrativo, nonché sentenza *Akerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 35. Cfr. NASCIBENE (2018), *penalecontemporaneo.it*.

¹⁷² MAZZACUVA (2017), p. 3.

portata affittiva sulla posizione dei soggetti come effetto voluto o necessario¹⁷³.

In una prospettiva interna, rientra nel concetto di materia penale anche l'illecito amministrativo punitivo, sebbene questo mantenga il suo carattere specifico e autonomo per via della diversa disciplina che discende dalla diversa qualificazione giuridica¹⁷⁴.

In questo modo, si è assistito a una progressiva estensione del quadro delle garanzie tradizionalmente penali agli illeciti amministrativi punitivi¹⁷⁵, giungendo anche a ricomprendere il divieto di *bis in idem* sostanziale. Difatti, il *ne bis in idem* è una delle garanzie che la Convenzione rende operanti quando venga in rilievo la *materia penale*¹⁷⁶, garanzia espressamente prevista dall'art. 4. Prot. 7 della CEDU¹⁷⁷ e, a livello eurounitario, dall'art. 50 della Carta di Nizza, la quale ultima "ha lo stesso valore giuridico dei trattati" e, pertanto, rientra nel diritto primario¹⁷⁸.

Posto che il divieto di *bis in idem* è riconosciuto tanto nel sistema della CEDU, quanto nel diritto europeo¹⁷⁹, la questione della concorrenza tra illecito amministrativo e illecito penale va affrontata alla luce degli insegnamenti che mutuiamo dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia Europea, ricordando che, a mente dell'art. 52, par. 3 CDFUE, i diritti garantiti dalla Carta di Nizza hanno lo stesso significato e la stessa portata dei corrispondenti diritti sanciti dalla Cedu.

In una prima fase la giurisprudenza della Corte EDU si era espressa in modo rigido, nel senso che ogni concorrenza tra giudizio penale e procedimento amministrativo sanzionatorio avente natura punitiva avrebbe sempre contrastato col divieto di *bis in idem* ove il fatto storico oggetto dei due procedimenti fosse stato il medesimo¹⁸⁰.

La prospettiva è stata rivista più di recente, atteso che i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto, a determinate condizioni, il sistema del cumulo dei procedimenti e delle sanzioni¹⁸¹. In particolare, la Corte Edu ha ritenuto che non vi è lesione del *ne bis in idem* se è dimostrato un nesso sufficientemente stretto sul piano sostanziale e temporale tra i due procedimenti (paralleli e non già consecutivi). Così, se è pur vero che l'art. 4, Prot. 7 della CEDU non esclude una duplice risposta sanzionatoria, è anche vero che le sanzioni frutto di un duplice

¹⁷³ MANES (2019), p. 995.

¹⁷⁴ PALIERO e TRAVI (1989), p. 354; MAUGERI (1999); MANES (2019), p. 998.

¹⁷⁵ L'argomento è affrontato in modo completo da MASERA (2018), cui si rinvia. In particolare, per le garanzie convenzionali, si vedano le pp. 89 – 108. In generale, a partire dalla sent. Jussila, si sostiene la graduazione delle garanzie, distinguendo un "nucleo duro" del diritto penale per il quale le garanzie sarebbero applicate in modo rigoroso, mentre le sanzioni estranee a questo nucleo duro, ma aventi natura convenzionalmente penale, le garanzie possono conoscere un'applicazione più attenuata. Sul punto, v. pag. 108-109. Questa impostazione trova riscontro nella dottrina italiana, in particolare, nella tesi dei cerchi concentrici di VIGANÒ (2017a), ripresa poi da MANES (2019), il quale colloca le misure punitive rientranti nella materia penale convenzionale in un "nucleo semiduro". Sulla stessa scia, la tesi di MAZZACUVA (2017), sulla nozione di materia penale "a geometria variabile".

¹⁷⁶ Si tratta delle garanzie individuali attraverso le quali si concretizza il principio di colpevolezza, attorno al quale è oggi costruito il diritto penale. Tali garanzie comprendono, oltre al divieto di *bis in idem*, tanto sostanziale, quanto processuale, anche i principi di accessibilità e prevedibilità del precetto penale, l'imputazione soggettiva dell'illecito, le garanzie processuali di cui all'art. 6 Cedu. Il tema è studiato in modo approfondito nella monografia di MAZZACUVA (2017). Sul *ne bis in idem* come principio costituzionale e europeo, si veda COSTANZO e TRUCCO (2015).

¹⁷⁷ Il Prot. 7 è stato adottato nel 1984 ed è entrato in vigore nel 1988, a distanza di circa quarant'anni dalla firma della Convenzione avvenuta a Roma, il 4 novembre 1950. Nel nostro ordinamento il principio di *ne bis in idem* è previsto nell'art. 649 c.p.p., mentre non compare nella Costituzione. Tuttavia esso è ritenuto un principio di civiltà giuridica dalla nota sent. Corte Cost. n. 200/2016, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale; il *ne bis in idem* è poi comunemente inteso come principio generale dell'ordinamento dalla giurisprudenza della Cassazione (Cass., sez. VI, 21.12.2016, n. 54467; Cass. S.U., 28.9.2005, n. 34655, in tema di ricettazione e incauto acquisto, afferma che il principio di *ne bis in idem* rappresenta una "regola costitutiva - oltre che di presidio al principio di ordine pubblico processuale funzionale alla certezza delle situazioni giuridiche accertate da una decisione irrevocabile - di un diritto civile e politico dell'individuo").

¹⁷⁸ La CDFUE, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, ha effetti vincolanti al pari del TUE e del TFUE, come stabilito dall'art. 6 del TUE.

¹⁷⁹ Va tuttavia notato che l'art. 52 della CDFUE riconosce la possibilità che i diritti contemplati dalla Carta siano limitati, qualora ciò risponda a finalità di interesse generale riconosciute dall'UE o dall'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui. Per converso, nessuna limitazione è prevista dall'art. 4 prot. 7 della Cedu, posto che il paragrafo 3 della norma prevede che "non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'art. 15 della Convenzione".

¹⁸⁰ È l'interpretazione che ha fatto seguito alla nota sentenza della Corte Edu, Grande Stevens e altri c. Italia - Seconda Sezione, 4 marzo 2014 (ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10), in *Dir. pen. cont.*, con nota di TRIPODI (2014); FLICK e NAPOLEONI (2014). Sui riflessi della sentenza della Corte Edu nel diritto interno, si rinvia a LONGO e DI STEFANO (2017). Che ai fini della valutazione dell'*idem* dovesse aversi riguardo al fatto storico anziché all'*idem legale*, cioè alla formulazione astratta delle fattispecie, è principio stabilito dalla nota sent. *Zoloutukhin contro Russia*, richiamata anche dalla sent. Grande Stevens.

¹⁸¹ Il riferimento è fatto alla nota pronuncia della Grande Camera, *A e B contro Norvegia*, sent. 15 novembre 2016, ric. n. 24130/11 e 29758/11, commentata, tra gli altri, da VIGANÒ (2016b), il quale evidenzia che il criterio della "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra i due procedimenti era già presente nella giurisprudenza della Corte, ciononostante in numerose sentenze di esso non si era fatta menzione, tra cui significativamente, nella sent. Grande Stevens c. Italia. SCOLETTA (2019), pp. 533 ss.

procedimento devono inserirsi in un sistema unitario e coerente, che consenta di reprimere una condotta da differenti punti di vista, in modo prevedibile e proporzionato, al fine di non imporre al loro destinatario un sacrificio eccessivo¹⁸². In altri termini, lo stesso fatto può bensì essere oggetto di due procedimenti distinti, dinanzi a diverse autorità e con obiettivi diversi, purché siano tra loro integrati¹⁸³. In questo modo la Corte ha “collocato sullo sfondo il *ne bis in idem* processuale e attribuito preminenza ai soli profili sostanziali di tale garanzia”, cioè alla *prevedibilità* delle conseguenze derivanti dalla trasgressione di un precetto e alla *proporzionalità* della risposta sanzionatoria¹⁸⁴.

A tal fine, sarà necessario dimostrare l'esistenza degli elementi indicati dalla Corte nella sentenza *A e B c. Norvegia*, cioè che le due procedure si occupano di aspetti diversi della condotta *contra legem*, che il dualismo procedimentale era prevedibile, l'assenza di una ripetizione nella raccolta e nella valutazione degli elementi di prova e che la sanzione irrogata per ultima prende in considerazione quella cronologicamente precedente, in modo da non gravare in modo eccessivo sull'interessato¹⁸⁵.

La posizione qui brevemente accennata è stata criticata dall'avvocato generale nelle conclusioni sulle cause Menci, Garlsson Real Estate, Di Puma e Zecca instaurate dinanzi alla Corte di Giustizia UE a seguito di rinvii pregiudiziali di giudici italiani¹⁸⁶. La critica rivolta ai giudici di Strasburgo attiene all'imprecisione e all'indeterminatezza che caratterizzano il criterio della *sufficiently close connection in substance and time* che non orienterebbe il giudice nazionale, lasciandolo piuttosto in una zona di grave incertezza¹⁸⁷.

La Corte di Giustizia non ha preso le distanze dall'orientamento della Corte Edu¹⁸⁸. Piuttosto si è spinta ad osservare che le limitazioni al divieto di *bis in idem* possono giustificarsi sul fondamento dell'art. 52 par. 1 della Carta¹⁸⁹ – a differenza di quanto è previsto nella Cedu, ove è espressamente esclusa la deroga di cui all'art. 15 della Convenzione – seppur nel rispetto del principio di proporzionalità (della sanzione, in questo caso). Una presa di posizione chiara da parte della Corte di Giustizia ci pare essere l'affermazione secondo cui proseguire un procedimento per l'applicazione di una sanzione amministrativa, dopo che sia stato già definito un giudizio penale, tanto con una condanna, che con una assoluzione, potrebbe costituire una limitazione del principio di *ne bis in idem* non tollerabile ai sensi del par. 1 dell'art. 52, allorché tali misure siano eccessive rispetto al fine consistente nella tutela degli interessi rilevanti per il diritto UE¹⁹⁰.

Come è stato osservato, tale ragionamento presenta non poche criticità, posto che, tra le altre cose, esclude il doppio binario sanzionatorio quando a essere irrogata per prima sia la sanzione penale, mentre l'effetto non sarebbe lo stesso ove la prima sanzione sia quella amministrativa¹⁹¹.

Inoltre, anche con riferimento alla posizione della Corte di giustizia si può lamentare la vaghezza del canone di proporzione della pena, in quanto parametro troppo elastico e vago, per di più rimesso in concreto all'apprezzamento del giudice nazionale¹⁹².

¹⁸² Par. 122, sent. *A e B contro Norvegia*, i cui estremi sono citati nella nota precedente.

¹⁸³ Par. 123, Sent. *A e B contro Norvegia*.

¹⁸⁴ BASILE (2019), p. 137.

¹⁸⁵ Sent. Grande camera, *A e B*, par. 132.

¹⁸⁶ Il richiamo è alle sentenze della Grande Sezione della CGUE del 20 marzo 2018 nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate SA e altri contro Consob (C-537/16) e D.P. contro Consob e Consob contro Zecca (nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16). Tra i numerosi commenti, si rinvia a F. VIGANÒ (2016a); BASILE (2019); NASCIBENE (2020), pp. 95-108. Va brevemente rammentato che il diritto UE influenza l'applicazione giudiziale del diritto penale interno, attesa la *primauté* del primo rispetto al secondo. In caso di conflitto tra norme di diritto dell'UE e legge (anche) penale italiana, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la norma interna incompatibile. Ma se il giudice interno è in dubbio circa l'interpretazione della normativa eurounitaria, può rivolgersi alla CGUE, ex art. 267 TFUE, attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, come avvenuto nelle cause appena menzionate, nelle quali la domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione dell'art. 50 della CDFUE, letto alla luce dell'art. 4 prot. 7 Cedu. Difatti, a seguito del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza rientra nel diritto dell'UE, per cui eventuali dubbi interpretativi sulle norme in essa contenute vanno sottoposti alla CGUE. Per converso, eventuali contrasti del diritto interno con le norme contenute nella CEDU possono essere fatti valere sollevando la questione di legittimità costituzionale attraverso il parametro interposto dell'art. 117 Cost., non potendo il giudice nazionale procedere alla disapplicazione.

¹⁸⁷ Par. 73 delle conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona. Per un commento sulla posizione dell'Avvocato generale, si rinvia a VIGANÒ (2017b), p. 206 ss.

¹⁸⁸ Si vedano, tra gli altri, gli interventi di GALLUCCIO (2018); BASILE (2019).

¹⁸⁹ Sent. Di Puma e Zecca, par. 41; nello stesso senso, sent. del 27 maggio 2014, Spasic, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, par. 55 e 56, nonché sent. Menci, C-524/15, par. 40, e Garlsson Real Estate, C-537/16, par. 42.

¹⁹⁰ Con riferimento alla precedente sentenza di condanna in sede penale, v. sent. *Garlsson Real Estate*, par. 57-59; mentre la sent. *Di Puma e Zecca*, par. 42-46 si occupa del caso in cui la sentenza penale sia di tipo assolutorio.

¹⁹¹ BASILE (2019), p. 140; NASCIBENE (2020), pp. 101-102.

¹⁹² BASILE (2019), p. 140.

Dalla analisi della recente giurisprudenza delle due Corti, l'ambito di applicazione del *ne bis in idem* risulta ridimensionato, poiché la sua portata è sottratta a qualsiasi automatismo. Tuttavia, si scorgono differenze nel metodo: mentre nel sistema della Cedu la limitazione avviene in applicazione di un criterio giurisprudenziale, nel diritto dell'Unione il criterio è normativo, cioè quello previsto dall'art. 52 par. 1 della CDFUE. Ad ogni modo, entrambe le Corti rimettono la valutazione al giudice del caso concreto in punto di proporzionalità della sanzione cumulativa eventualmente irrogata.

Dopo aver brevemente esaminato le opinioni delle Corti europee in tema di *ne bis in idem*, possiamo affrontare la questione che qui ci occupa, cioè vedere come la compartecipazione omissiva nel delitto di riciclaggio da parte del titolare degli obblighi di prevenzione in materia di antiriciclaggio si pone rispetto al principio del divieto di *bis in idem*, laddove, per la medesima condotta, sia avviato un procedimento amministrativo finalizzato all'irrogazione di una delle sanzioni amministrative previste dagli artt. 56 e 57 del d.lgs. 231/2007. Si tratta, rispettivamente, dell'inosservanza degli obblighi di adeguata verifica e dell'obbligo di astensione e inosservanza degli obblighi di conservazione. In esse il legislatore non inserisce una clausola di sussidiarietà che esclude in modo chiaro il concorso tra illecito penale e illecito amministrativo.

Quando i fatti materiali integrano tanto la sanzione amministrativa omissiva, da un lato, e agevolano la condotta del riciclatore, dall'altro, dando luogo a una compartecipazione omissiva nel delitto di riciclaggio, si è certamente in presenza di un *idem factum*, così come inteso dalla giurisprudenza delle Corti europee e della Consulta, oltre che della Cassazione¹⁹³.

Come già osservato, della natura punitiva di tali sanzioni amministrative non pare potersi dubitare. Pur essendo qualificate come amministrative, perseguono una finalità repressiva, comprovata, del resto, dalla precedente rilevanza penale delle condotte prima della depenalizzazione avvenuta col d.lgs. n. 90 del 2017.

Soffermandoci sul grado di severità delle sanzioni in esame, si nota che il sistema di calcolo della sanzione amministrativa previsto dal d.lgs. 231/2007, come di recente modificato, non è statico. Le sanzioni non sono determinate in misura fissa, ma sono calcolate in ragione della gravità dell'inadempimento¹⁹⁴.

Il nuovo testo distingue tra fattispecie "base" di illecito e "qualificate"¹⁹⁵. Per le prime, è prevista una sanzione pecuniaria pari a euro 2.000. Le seconde, invece, si differenziano, sotto il profilo oggettivo, per la presenza di condotte gravi, ripetute, sistematiche o plurime. In presenza di violazioni qualificate, l'ammontare della sanzione aumenta e può oscillare tra un minimo e un massimo indicati dalla legge, nella specie tra euro 2.500 e euro 50.000.

È evidente come l'importo della sanzione subisca, quindi, un consistente aumento. Il criterio di determinazione proporzionale delle sanzioni amministrative pecuniarie, pertanto, consente a queste ultime di svolgere un effetto deterrente che possa scoraggiare eventuali condotte omissive agevolatrici.

Tuttavia, la natura sostanzialmente penale di tali sanzioni potrebbe essere negata in ragione della afflittività ridotta ove comparata con le sanzioni previste dal TUF (d.lgs. n. 58 del 1998) e irrogabili dalla Consob, sulle quali è stata elaborata la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁹⁶. Orbene, per tali sanzioni è previsto un massimo edittale di cinque milioni di euro, oltre a sanzioni accessorie e alla confisca¹⁹⁷. Rispetto a misure di tale portata, la sanzione pecuniaria che raggiunga il massimo edittale di cinquantamila euro appare assai meno afflittiva. Mancherebbe, in quest'ultimo caso, l'eccesso repressivo riscontrato nelle sanzioni sottoposte al vaglio delle Corti europee e che ha determinato la qualifica entro la nozione di materia penale delle stesse. Si tratta di un argomento per escludere la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative di cui agli artt. 56 e 57 in tema di antiriciclaggio.

¹⁹³ V. *supra*, nota n. 177, nonché Sezioni Unite, sentenza n. 34655 del 28/6/2005, Donati, Rv. 231799231800; Corte costituzionale, sentenza n. 200 del 2016, cui hanno fatto seguito le pronunce della Cassazione Sez. 4, n. 54986 del 24/10/2017, Montagna, Rv. 271717; Sez. 3, n. 21994 del 1/2/2018, Pigozzi, Rv. 273220 e Sez. 6, n. 16846 del 1/3/2018, C., Rv. 273010.

¹⁹⁴ Per una chiara sintesi sul punto, si rinvia a VALLEFUOCO (2017), pp. 3252 ss.

¹⁹⁵ In questi termini si esprime la circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze, 6 luglio 2017, prot. DT 54071, che spiega il significato dell'espressione "violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime" e fornisce le indicazioni per la determinazione del *quantum* della sanzione amministrativa pecuniaria. La circolare è consultabile online: http://www.dt.mef.gov.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/prevenzione_reati_finanziari/normativa/circolare_d.lgs._90_17_6_luglio_ore_15.pdf

¹⁹⁶ Si tratta delle sanzioni amministrative previste dagli artt. 187 bis d.lgs. 58/1998, abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate, dall'art. 187 ter, manipolazione del mercato, unite con la sanzione pecuniaria da ventimila a cinque milioni di euro.

¹⁹⁷ Le sanzioni accessorie sono prevista all'art. 187 quater, mentre la norma sulla confisca è l'art. 187 sexies.

Tuttavia, non bisogna lasciarsi ingannare dal confronto con la carica affittiva delle sanzioni per le quali è ormai pacifica la natura convenzionalmente penale. Infatti, non va dimenticato che, a partire dalla sentenza Öztürk del 1984, la portata del terzo criterio Engel, relativo alla gravità della sanzione, è stata ridimensionata¹⁹⁸, da cui la conferma della natura alternativa e non cumulativa del secondo e del terzo criterio. In altri termini, l'insegnamento che si trae dal caso appena citato e dalla giurisprudenza successiva è che, una volta riscontrata la finalità punitiva di un illecito alla luce del secondo criterio Engel, “la modesta carica affittiva della sanzione non serve a revocare in dubbio la qualificazione in termini convenzionalmente penali”¹⁹⁹.

Nondimeno, questa impostazione non ha fatto del criterio della gravità della sanzione un criterio del tutto residuale. In particolare, essa non impedisce che l'approccio cumulativo sia adottato laddove l'analisi separata di ciascun criterio non conduca a una decisione chiara sul carattere convenzionalmente penale della sanzione²⁰⁰.

E, invero, proprio nelle misure a contenuto patrimoniale, quali sono quelle qui in esame, la gravità del sacrificio economico viene tenuta in alta considerazione nel giudizio sul riconoscimento della natura convenzionalmente penale della misura²⁰¹, per rafforzare la valutazione che emerge dall'applicazione del criterio finalistico²⁰², secondo l'approccio cumulativo dei due criteri, di cui si è appena detto.

Orbene, nonostante la giurisprudenza della Corte Edu sia così orientata, a livello nazionale il parametro della scarsa gravità della sanzione patrimoniale è stato invocato dalla giurisprudenza nazionale per escludere la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative previste dal previgente art. 144 TUB e irrogate dalla Banca d'Italia²⁰³. In particolare, questa giurisprudenza confronta queste sanzioni con quelle previste dal TUF e valorizza il forte divario che vi è tra il massimo edittale delle sanzioni irrogabili dalla Consob e quelle di competenza della Banca d'Italia, oltre alla mancata previsione, per queste ultime, di sanzioni accessorie e della confisca²⁰⁴.

Seguendo quest'ultima impostazione, non potrebbe essere lamentata la violazione del principio di *ne bis in idem* da parte del responsabile dell'omissione di cui agli artt. 56 o 57 del d.lgs. n. 231/2007 che, col proprio comportamento, concorra nel delitto di riciclaggio commesso dal cliente, poiché la gravità della sanzione è certamente ridotta se confrontata con le sanzioni irrogabili dalla Consob, considerate quale parametro di riferimento. Di conseguenza, il soggetto obbligato sarà sottoposto tanto alla sanzione amministrativa, quanto alla sanzione penale.

Un ulteriore argomento a favore del doppio binario sanzionatorio potrebbe essere ricavato dalle recenti posizioni delle Corti europee in tema di *bis in idem*. Come già osservato, l'ammissibilità della limitazione del diritto a non essere sottoposti due volte a un procedimento per gli stessi fatti è demandata a una valutazione condotta in concreto, pur in presenza di due sanzioni sostanzialmente penali, poiché entrambe le Corti ripudiano soluzioni frutto di automatismo.

Nella prospettiva indicata dalla Corte Edu, il giudice dovrà verificare se ricorre una *sufficient close connection in substance and time* tra i due procedimenti, che li faccia apparire come una risposta “integrata” a una condotta riprovevole.

Con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, il cumulo dei due procedimenti sarà giustificato se essi perseguono scopi complementari riguardanti aspetti diversi del

¹⁹⁸ MASERA (2018), p. 45. Nota l'A. che se nel caso Engel l'argomento dell'incidenza della sanzione sulla libertà personale era stato ritenuto decisivo per riconoscere la natura penale dell'illecito disciplinare contestato, in Öztürk la Corte ritiene penale una sanzione pecuniaria di entità bagatellare.

¹⁹⁹ MASERA (2018), p. 45.

²⁰⁰ MAUGERI (2013), p. 354.

²⁰¹ MASERA (2018), p. 82.

²⁰² MASERA (2018), p. 83, nota 136. In particolare, l'approccio cumulativo è impiegato nella nota sent. *Grande Stevens v. Italia*, in cui la sanzione massima applicabile dalla CONSOB ammontava a cinque milioni di euro.

²⁰³ La norma, al comma 1, prima della riforma del 2015, disponeva quanto segue: “1. Nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti è applicabile la sanzione amministrativa pecuniaria da lire un milione (euro 516) a lire cinquanta milioni (euro 25.822) per l'inosservanza delle norme degli articoli 18, comma 4, 26, commi 2 e 3, 34, comma 2, 35, 49, 51, 53, 54, 55, 64, commi 2 e 4, 66, 67, 68, 106, commi 6 e 7, 107, 109, commi 2 e 3, 114-quater, 129, comma 1, 145, comma 3, 147 e 161, comma 5, o delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie”. La disposizione è stata modificata nel 2015, ma è sul testo previgente che si è pronunciata la Corte di Cassazione.

²⁰⁴ È questa l'opinione richiamata dalla giurisprudenza tanto civile, che penale, della Corte di Cassazione, cfr. Cass. civ. n. 3656 del 24/02/2016, n. 21553 del 3 settembre 2018, n. 9371 del 21 maggio 2020; nonché cass. pen. n. 12777 del 16 novembre 2018. Tra i commenti su tali decisioni, segnaliamo URBANI (2017). Per un commento sulla decisione della Cass. pen. sez. V, 15/04/2019, n. 39999 si rinvia a SANTORIELLO (2019).

medesimo illecito.

Nel caso di nostro interesse, potrebbe sostenersi che le due sanzioni, penale e amministrativa, seguono uno scopo duplice e complementare: in particolare, la sanzione amministrativa reprimerebbe la violazione della disciplina preventiva in tema di antiriciclaggio; per converso, la sanzione penale per la compartecipazione omissiva nel delitto di riciclaggio mirerebbe a tutelare i beni giuridici presidiati dall'art. 648 bis c.p. Pertanto, se nel primo caso la sanzione è giustificata in quanto finalizzata a prevenire la condotta di riciclaggio, nel secondo caso essa mira a reprimere la lesione già verificatasi.

In definitiva, la proporzionalità dell'intervento sanzionatorio non sarebbe messa in dubbio dalla previsione normativa di un cumulo sanzionatorio, atteso che la natura integrata della sanzione e la sua proporzionalità complessiva rispetto al disvalore del fatto (da verificare però in concreto) escluderebbero la violazione del principio di *bis in idem*.

Ma questa soluzione non convince.

Non convince, anzitutto, alla luce di un confronto con l'ulteriore sanzione amministrativa dell'omessa segnalazione. In essa la clausola di riserva esclude espressamente il doppio binario sanzionatorio, cosicché al soggetto obbligato sarà irrogata la sola sanzione penale. Non sarebbe allora irragionevole prevedere un trattamento sanzionatorio che varia a seconda dell'obbligo trasgredito?

Non convince, inoltre, se confrontiamo la posizione di colui che contravviene agli obblighi di adeguata verifica e conservazione con quella del riciclatore. Il risultato del cumulo punitivo sarebbe una duplice sanzione per il soggetto obbligato, a fronte di un'unica sanzione per il riciclatore: una risposta punitiva che, in determinate circostanze, potrebbe apparire irragionevolmente differenziata. Si pensi al caso in cui il momento rappresentativo del dolo del riciclaggio nel soggetto tenuto alla segnalazione non sia provato in termini di certezza o elevata probabilità, ma solo secondo i parametri del dolo eventuale²⁰⁵.

Orbene, dinanzi a questa situazione, rimettere al giudice il compito di garantire la proporzionalità della sanzione in concreto significa dotarlo di un potere discrezionale che ben può condurre a risultati diversi, con una forte limitazione del principio della prevedibilità delle conseguenze della propria condotta illecita da parte dei destinatari della normativa antiriciclaggio.

Per evitare l'incertezza che discende dal rimettere le decisioni al giudice del caso concreto, allora, le strade potrebbero essere due.

La prima opera in via interpretativa e si sostanzierebbe nel riconoscere la natura sostanzialmente penale, nell'accezione accolta dalla giurisprudenza della CEDU e della Corte di Giustizia, delle sanzioni amministrative oggetto della nostra analisi. La soluzione è condivisibile, alla luce della finalità spiccatamente punitiva delle stesse, confermata, come si è già detto, dalla loro precedente qualificazione come illeciti penali; riconosciuta tale natura, il cumulo sanzionatorio dovrebbe essere escluso in ogni caso, per non incorrere nell'irragionevolezza della sanzione per i motivi sopra esposti.

La seconda, operante sul piano del diritto positivo, è quella di una presa di posizione espressa da parte del legislatore, che possa sciogliere il dubbio con l'introduzione di clausole di riserva, per escludere il cumulo sanzionatorio – soluzione a nostro avviso preferibile –, ovvero di formule che confermino il concorso tra i due illeciti, penale e amministrativo.

Ci pare, allora, che la riforma del 2017 sia stata una occasione persa. È pur vero che con essa il legislatore ha volontariamente circoscritto la sanzione penale alle sole condotte attive e confinato le ipotesi omissive alla materia delle sanzioni amministrative. L'abbandono delle fattispecie di reato a struttura omissiva si spiega alla luce dell'anticipazione della tutela e, con essa, dell'incriminazione che da esse discende. Ciò si scontra con i principi di sussidiarietà e di offensività, al punto che in dottrina tali reati erano stati definiti "illeciti di mera disobbedienza", che non reati di pericolo presunto o astratto²⁰⁶.

Sotto questo punto di vista, però, la riforma risulta incompleta, poiché, fatta eccezione per l'art. 58, unica disposizione, tra quelle di nostro interesse, che esordisce con la clausola di riserva che fa salvo il caso in cui il fatto costituisca reato, il legislatore non si è preoccupato di stabilire dei limiti al concorso di sanzioni amministrative e penali diverse da quelle indicate nella legislazione antiriciclaggio e risultanti dalla partecipazione negativa al delitto di rici-

²⁰⁵ Ma va precisato che la dottrina è divisa sulla compatibilità del riciclaggio con il dolo eventuale con riferimento alla provenienza da delitto del denaro o delle altre utilità. V. *supra*, nota 155.

²⁰⁶ BEVILACQUA (2017), p. 378.

claggio. Ne consegue che, in assenza di una chiara volontà legislativa di evitare duplicazioni procedurali, la soluzione sarà differenziata, in quanto ancorata alla sussistenza dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza sovranazionale per ammettere o escludere la duplicazione della sanzione.

5.

Riflessioni conclusive

Come detto all'inizio di questo lavoro, è trascorso ormai più di un decennio da quando le criptovalute hanno iniziato a circolare e a essere impiegate come mezzo di scambio o strumento di investimento.

In questo lasso temporale il legislatore non è rimasto inerte, ma certamente ha riscontrato delle difficoltà dovute alla vastità del fenomeno e alla complessità dei meccanismi di funzionamento.

Dietro l'invenzione delle criptovalute non vi era probabilmente uno scopo illecito, ma era prevedibile che una innovazione di tale portata potesse essere utilizzata per delinquere. Ciò si è verificato anche a causa della localizzazione delle dinamiche criminali in territori difficilmente sondabili, cioè i sostrati del *web*, che celano rilevanti traffici illeciti.

Per un legislatore che rincorre un'evoluzione che non riesce a lasciarsi alle spalle, le soluzioni potrebbero allora essere due.

Anzitutto, sul piano della strategia, favorire e incrementare i meccanismi di prevenzione del delinquere. Questo è quanto accade con la legislazione in materia di antiriciclaggio e lotta al terrorismo, che si è tentato di esporre brevemente e senza pretese di esaustività. L'idea di creare un fronte unitario che riunisca autorità pubbliche e soggetti privati non può che avere risvolti positivi. Ma il rischio connesso è di imporre oneri troppo gravosi che scoraggino l'iniziativa economica privata²⁰⁷ e penalizzino coloro che dovrebbero coadiuvare l'attività dello Stato nella prevenzione del crimine. E qui arriviamo al secondo punto, relativo alla tecnica legislativa.

Il legislatore dovrebbe impegnarsi nell'elaborazione di un impianto normativo semplice e di agevole comprensione da parte degli operatori nel settore dell'antiriciclaggio.

La sfida è anche un'altra: creare un corpus di norme che non tema il trascorrere del tempo, in quanto non predisposto a una rapida obsolescenza. È noto che l'inclusione dei prestatori dei servizi di cambio tra valute virtuali e reali e dei servizi di portafoglio digitale non consente di ritenere efficacemente arginati i rischi di riciclaggio. È difatti possibile effettuare operazioni anche senza ricorrere a tali prestatori, pertanto un controllo che passi solo attraverso chi eroga servizi aventi per oggetto criptovalute non può che essere un rimedio solo parziale²⁰⁸.

Sotto questo profilo, costituisce un esempio virtuoso la legislazione di Malta in tema di *virtual asset*, che si mostra più lungimirante della direttiva (UE) 2018/843 nell'individuazione dei soggetti obbligati al rispetto delle regole antiriciclaggio.

Infine, un legislatore accorto dovrebbe essere in grado di scongiurare possibili sovrapposizioni nell'ambito del sistema sanzionatorio che diano luogo a una duplicazione della sanzione.

Come si è tentato di dimostrare, ciò accade nel nostro ordinamento sia tra le sanzioni penali codicistiche e quelle contenute nel d.lgs. 231/2007, che tra quelle penali e amministrative della legislazione speciale. Sarebbe pertanto auspicabile l'impiego di una tecnica normativa che faccia uso di clausole di riserva o di sussidiarietà, che agevolino il lavoro dell'interprete e rendano chiara la *voluntas legis*.

Da ultimo, bisognerà valorizzare la collaborazione tra i corpi investigativi dei vari Paesi. Su tale fronte è intervenuto il d.lgs. 125/2019, che favorisce la cooperazione tra le FIU degli Stati membri, nonché la collaborazione e il coordinamento tra le Autorità competenti in materia

²⁰⁷ Nello stesso senso, PECORELLA (1991), p. 1241.

²⁰⁸ Di ciò è consapevole anche il legislatore europeo. Al considerando numero 9 della V Direttiva antiriciclaggio si legge che: "L'anonimato delle valute virtuali ne consente il potenziale uso improprio per scopi criminali. L'inclusione dei prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute reali e dei prestatori di servizi di portafoglio digitale non risolve completamente il problema dell'anonimato delle operazioni in valuta virtuale: infatti, poiché gli utenti possono effettuare operazioni anche senza ricorrere a tali prestatori, gran parte dell'ambiente delle valute virtuali rimarrà caratterizzato dall'anonimato. Per contrastare i rischi legati all'anonimato, le unità nazionali di informazione finanziaria (FIU) dovrebbero poter ottenere informazioni che consentano loro di associare gli indirizzi della valuta virtuale all'identità del proprietario di tale valuta. Occorre inoltre esaminare ulteriormente la possibilità di consentire agli utenti di presentare, su base volontaria, un'autodichiarazione alle autorità designate".

di antiriciclaggio degli Stati membri. La collaborazione sarà pertanto il primo passo verso l'effettività della prevenzione dei rischi di riciclaggio e della tutela da comportamenti criminali posti in essere tramite le criptovalute.

Lo sforzo di regolamentare il fenomeno delle criptovalute da parte del legislatore europeo e degli Stati membri non risulta tuttavia sufficiente. Difatti, è possibile che coloro i quali offrono i servizi connessi alle cripto-attività stabiliscano la propria sede legale in Paesi privi di una legislazione sul punto. Una tutela effettiva, pertanto, richiede un intervento a livello internazionale sul piano normativo e su quello della cooperazione giudiziaria. Infatti, una legislazione anche completa rappresenterà un intervento sempre insufficiente ove non accompagnata da un'azione investigativa efficace. Sarà anche grazie a quest'ultima, e non di certo attraverso una legislazione complessa e cavillosa, che il raggio di luce della legalità riuscirà a giungere anche nelle "zone oscure" del web.

Bibliografia

ACCINNI, Giovanni Paolo (2018a): "Profili di rilevanza penale delle "criptovalute" (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)", *Archivio penale*, pp. 1-29

ACCINNI, Giovanni Paolo (2018b): "Regole antiriciclaggio e risvolti penalistici dell'operatività in valute virtuali", *Rivista delle Società*, fasc. 5, 1 dicembre, pp. 1516-1528

AMODIO, Ennio (2008): "Prevenzione del riciclaggio e obblighi di collaborazione dei professionisti", *Dir. pen. e proc.*, pp. 1051 ss.

ANTOLISEI, Francesco (1942): "Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme", *Giust. pen.*, II, p. 609-614

ANTOLISEI, Francesco (1991): *Manuale di diritto penale, P.te generale, XXII ed.*, (Milano, Giuffrè)

BARBIERA, Lelio, CONTENTO, Gaetano (1991): *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, (Milano, Giuffrè)

BASILE, Enrico (2019): "Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo", *Giur. comm.*, vol 46, fasc. 1, pp. 129-141

BELINO, Michele (2018): "I rischi legati all'ecosistema Bitcoin: i nuovi intermediari", *Riv. dir. banc.*, 4, pp. 1-8

BEVILACQUA, Francesca, Chiara (2017): "Le previsioni sanzionatorie della normativa anti-riciclaggio", ALESSANDRI, Alberto, *Reati in materia economica*, (Torino, Giappichelli), pp. 373-406

BISORI, Luca (1997): "L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane", *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 1339-1394

BUTTIGIEG, Christopher P., EFTHYMIPOULOS, Christos (2019): "The regulation of crypto assets in Malta: the Virtual Financial Assets Act and beyond", *Law and financial Markets Rev.*, vol. 13, n. 1, pp. 30-40

CALZONE, Ottavio (2017): "Servizi di Mixing e Monero", *sicurezza nazionale.gov.it*.

CAMMEO, Federico (1911): *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, (Milano, Vallardi)

- CANCELLIERE, Fabrizio, TARDINI, Armando (2019): “Ifrs: le criptomonete non sono una valuta”, *Il sole 24 ore* 7 agosto
- CANESTRARI, Stefano (2013): “Il dolo”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo, PAPA, Michele (eds.), *Trattato di diritto penale, P.te generale, vol. II, Il Reato*, (Torino, Utet), pp. 89-126
- CAPACCIOLI, Stefano (2015): *Criptovalute e Bitcoin: un’analisi giuridica*, (Milano, Giuffrè)
- CAPOLUPO, Saverio (2019): “Attuata la V direttiva antiriciclaggio”, *Fisco*, 42, pp. 4053 ss.
- CAPONERA, Andrea, GOLLA, Carlo (2019): “Aspetti economici e regolamentari delle “cripto-attività””, *Questioni di economia e finanza*, n. 484
- CASTALDO, Marco, NADDEO, Andrea R. (2010): *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, (Padova, Cedam)
- CENTONZE, Francesco (2011): “La partnership pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari”, in *Scritti in onore di Mario Romano*, (Jovene, Napoli), pp. 1757-1800
- COSTABILE, Gerardo (2018): “Come funzionano le investigazioni e i sequestri su bitcoin”, *Agenda Digitale*, 5 aprile, agendadigitale.eu.
- COSTANZO, Pasquale e TRUCCO, Lara (2015): “Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo”, *consultaonline*, III, pp. 851-872
- DELITALA, Giacomo (1934): “Concorso di norme e concorso di reati”, *Riv. it. dir. pen.*, pp. 104 ss.
- DELL’OSSO, Alaim, Maria (2017): “art. 648 bis c.p.”, in FORTI, Gabrio, SEMINARA, Sergio e ZUCCALÀ, Giuseppe (eds.), *Commentario breve al codice penale*, (Padova, Cedam), pp. 2318-2325
- BASSI, Alessandra (2011): “art. 15 c.p.”, in DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio (eds.), *Codice penale commentato, Tomo I, III ed.*, (Assago, Ipsoa), pp. 266-278
- ESPOSITO, Marcello (2018): “Non solo bitcoin: le potenziali applicazioni della blockchain”, *Aggiornamenti sociali*, giugno-luglio, pp. 454-462
- EUSEBI, Luciano (1987): “In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 1068-1084
- EUSEBI, Luciano (2000): “Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 1053-1101
- FAIELLA, Simone (2009): *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, (Milano, Giuffrè)
- FERRAIOLI, Luigi (2019): “Il contrasto punta a una cooperazione più forte e allargata (D.lgs 4 ottobre 2019, n. 125)”, *Guida al diritto*, vol. 26, fasc. 48, pp. 58-63
- FIANDACA, Giovanni (1979): *Il reato commissivo mediante omissione*, (Milano, Giuffrè)
- FIANDACA, Giovanni, LEINERI, Giancarlo (2017): “art. 15 c.p.”, in FORTI, Gabrio, SEMINARA, Sergio e ZUCCALÀ, Giuseppe (eds.), *Commentario breve al codice penale*, (Padova, Cedam), pp.59-62

- FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo (2012a): *Diritto penale, Parte speciale, vol. II, tomo II*, (Bologna, Zanichelli)
- FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo (2012b): *Diritto penale, Parte generale, VI ed.*, (Bologna, Zanichelli)
- FLICK, Giovanni, Maria (1990): “*La repressione del riciclaggio e il controllo dell’intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 1256-1273
- FLICK, Giovanni, Maria e NAPOLEONI, Valerio (2014): “*Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? “Materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu, 4 marzo 2014, sul market abuse*”, *Riv. AIC*, 3, pp.1-13
- FOLEY, Sean, KARLSEN, Jonathan R., PUTNINŠ, Talis J. (2019): “*Sex, drugs and bitcoin: how much illegal activity is financed through cryptocurrencies?*”, *The review of financial studies / v 32, n. 5/2019*, pp. 1798-1853
- FROSALI, Raoul Alberto (1971): *Concorso di norme e concorso di reati*, (Milano, Giuffrè)
- GALLUCCIO, Alessandra (2018): “*La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*”, *Dir. pen. cont.*, 21 marzo
- GALMARINI, Sabrina (ed.) (2019): *Antiriciclaggio*, (Milano, Wolters Kluwer)
- GALMARINI, Sabrina, SABA, Claudio (2018): “*IV Direttiva Antiriciclaggio e approccio basato sul rischio*”, *dirittobancario.it*, 11 gennaio 2018.
- GAUCI, Ian, GRECH, Abela, SALIBA, Bernice (2020): “*The Virtual Currency Regulation Review: Malta*”, *thelawreviews.co.uk*, 6 settembre
- GIACOMETTI, Tatiana, FORMENTI, Oliviero (2017): “*La nuova disciplina in materia di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo (d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90)*”, *Dir. pen. cont.*, 7-8/2017, pp. 195-261
- GRASSO, Giovanni (1981): “*La depenalizzazione e le sanzioni sostitutive nel disegno di legge “Modifiche al sistema penale”*”, in *Quaderni della Giustizia*, 1, pp. 50 ss.
- GRASSO, Giovanni (1983): *Il reato omissivo improprio*, (Milano, Giuffrè)
- GRASSO, Giovanni (1989): *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, (Milano, Giuffrè)
- GRASSO, Giovanni (2011): “*Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione europea*”, *Studi in Onore di Mario Romano, IV* (Napoli, Jovene), pp. 2308-2350
- GRASSO, Giovanni (2012): “*Artt.110-119*”, *Commentario sistematico al codice penale, Vol. II, artt. 85-149, IV ed.*, ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni (eds.) (Milano, Giuffrè)
- GRECH, Emma e LAUDI Christina (2019): “*Chapter 22, Malta*”, *ICLG The International Comparative Legal Guide to: Anti-Money Laundering 2019, 2nd ed.* (Global Legal Group), pp. 152-158
- HILEMAN, Garrik e RAUCHS, Michel (2017): “*2017 Global cryptocurrency benchmarking study, Cambridge Center for Alternative Finance*”, *University of Cambridge*, 2017, www.jbs.cam.ac.uk
- HOUBEN, Robby, SNYERS, Alexander (2018): “*Cryptocurrencies and blockchain. Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion*”, www.europarl.europa.eu

- HUGHES, Sarah J., MIDDLEBROOK, Stephen T. (2015): “*Advancing a Framework for Regulating Cryptocurrency Payments Intermediaries*”, 32 *Yale J. on Regulation*, pp. 495-559
- HUGHES, Sarah (2019): “*Conceptualizing the Regulation of Virtual Currencies and Providers: Friction Points in State and Federal Approaches to Regulating Providers of Payments Execution and Custody Services and Products in the United States*”, 67 *Clev., St. L. Rev.*, pp. 43-69
- INGRAO, Cristina (2019): “*Gli strumenti di prevenzione nazionali ed europei in materia di valute virtuali e riciclaggio*”, *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 2, pp. 148-158
- KAUL, Tulika (2019): “*ICO and ICO Regulations in Malta*”, *UNCOURT 11*, pp. 11-13.
- LEONCINI, Isabella (1999): *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, (Torino, Giappichelli)
- LONGO, Antonino e DI STEFANO, Federica Maria (2017): “*La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*”, *Federalismi.it*, 13, 28 giugno, pp. 1-21
- LUCEV, Riccardo, BONCOMPAGNI, Federico (2018): “*Criptovalute e profili di rischio penale nella attività degli exchanger*”, *Giur. pen. web*, 3, pp. 1-8
- LUDOVICO, Marco (2019): “*Criptovalute, allarme antimafia: “paradiso finanziario virtuale”*”, *Il sole24ore*, 11 agosto
- MACCHIAVELLO, Eugenia (2018): “*La problematica regolazione del lending-based crowdfunding in Italia*” *Banca Borsa Titoli di credito*, I, pp. 63-98
- MANCINI, Novella (2016): “*Bitcoin: rischi e difficoltà normative*”, *Banca Impresa e Società*, XXXV, 2016, n. 1, pp. 111-139
- MANES, Vittorio (2019): “*Profili e contenuti dell’illecito para-penale*”, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, pp. 988-1007
- MANGIONE, Angelo (2000): “*Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1102-1147.
- MANTOVANI, Ferrando (2004): “*Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 984-1010
- MANTOVANI, Ferrando (2017): *Diritto Penale, Parte generale*, X edizione, (Padova, Cedam)
- MANTOVANI, Ferrando (2018): *Diritto penale, Parte speciale, II, I delitti contro il patrimonio*, VII ed., (Padova, Cedam)
- MARINUCCI, Giorgio (1991): “*Non c’è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell’evento” e trasfigurazione nella colpevolezza?*”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 3-39
- MASERA, Luca (2018): *La nozione costituzionale di materia penale*, (Torino, Giappichelli)
- MAUGERI Anna, Maria (1999): “*Il Regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*”, *Riv. trim. dir. pen. dell’econ.*, pp. 527-559
- MAUGERI, Anna, Maria (2013): “*La nozione e i principi della “materia penale” nella giurisprudenza delle corti europee*”, in MONTANARI, Bruno (ed.), *La costruzione dell’identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Tomo II, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza / Università di Catania. Nuova serie, vol. 267/i, (Torino, Giappichelli)

- MAZZACUVA, Francesco (2017): *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, (Giappichelli, Torino)
- MEZZETTI, Enrico (2013): *Reati contro il patrimonio*, (Giuffrè, Milano)
- NADDEO, Marco (2019): “Nuove frontiere del risparmio, bitcoin exchange e rischio penale”, *Dir. pen. proc.*, 1, p. 99 ss.
- NAKAMOTO, Satoshi (2008): “Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system”, www.bitcoin.org.
- NASCIMBENE, Bruno (2018): “Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo”, *penalecontemporaneo.it*.
- NASCIMBENE, Bruno (2020): “Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea”, *Sistema penale*, 4, pp. 95-108
- PAGLIARO, Antonio (1993): *Principi di diritto penale, Pte generale*, (Milano, Giuffrè)
- PAGLIARO Antonio (2000): *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., (Milano, Giuffrè)
- PAGLIARO, Antonio (2010): *Principi di diritto penale, Parte speciale: Delitti contro il patrimonio*, (Milano, Giuffrè)
- PALIERO, Carlo, Enrico, (1985): “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei diritti dell’uomo”, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, pp. 894-928
- PALIERO, Carlo, Enrico, TRAVI, Aldo (1989): “Sanzioni amministrative”, *Enc. Dir.*, XLI, (Milano, Giuffrè), pp. 403 ss.
- PECORELLA, Gaetano (1991): “Circolazione del denaro e riciclaggio”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 1221 ss.
- PIAZZA, Fiammetta (2017): “Bitcoin in the dark web: a shadow over banking secrecy and call for global response”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 26:521, pp. 521- 546
- PICOTTI, Lorenzo (2018): “Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio”, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 31, n. 3-4, pp. 590-619
- PICOTTI, Lorenzo (2019): “Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d’insieme”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo, PAPA, Michele (eds.), *Cybercrime*, (Milano, Wolters Kluwer), pp. 33-96
- PISTORELLI, Luca (2008): “La normativa antiriciclaggio introdotta dal d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231”, *Giur. merito*, p. 2470
- PLANTAMURA, Vito (2019): “Il cyberriciclaggio”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo, PAPA, Michele (eds.), *Cybercrime*, (Milano, Wolters Kluwer), pp. 859-890
- PLANTAMURA, Vito (2011): “Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e confisca (artt. 658 bis, 648 ter e 648 quater”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo, PAPA, Michele (eds.), *Trattato di diritto penale, Parte speciale X, i delitti contro il patrimonio*, (Milano, Wolters Kluwer), pp. 844-899
- PULITANÒ, Domenico (2015): *Diritto penale*, VI ed., (Torino, Giappichelli)
- RISICATO, Lucia (1995): “La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 1267-1302

- ROMANO, Mario (2004): *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, (Giuffrè, Milano)
- ROCCO, Arturo (1913): *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, (Milano, Fratelli Bocca editori)
- ROSSI, Alessandra (2018): "Prevenzione del riciclaggio e finanziamento del terrorismo: finalità e novità normative", *Dir. pen. proc.*, 1/2018, p. 25
- SANTORIELLO, Ciro (2019): "Dal principio del ne bis in idem l'attribuzione di un potere discrezionale senza limiti ai giudici nazionali", *Isocietario.it*, 30 ottobre
- SCOLETTA, Marco, Maria (2019): "Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti", *Società*, 5, pp. 533-546
- SENATORE (2017): "La contestazione di illeciti penali a seguito di verifica", in SCIANCALEPORE, Giovanni (ed.), *Le operazioni sospette di riciclaggio*, (Torino, Giappichelli), p. 90 ss.
- SGUBBI, Filippo (1975): *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, (Padova, Cedam)
- SICIGNANO, Gaspare, Jucan (2019): *Bitcoin e riciclaggio*, (Torino, Giappichelli)
- SICURELLA, Rosaria (2011): "Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione in materia penale", *Studi in Onore di Mario Romano, IV* (Napoli, Jovene), pp. 2569-2644
- SIMONCINI, Enrico (2015): "Il cyberlaundering: la "nuova frontiera" del riciclaggio", *Riv. trim., dir. pen. ec.*, pp. 897-915
- SORBELLO, Pietro (2015): "Segnalazione di operazioni sospette e posizione di garanzia. Ammissibilità e limiti del concorso per omissione nel delitto di riciclaggio", *L'indice penale*, 3/2015, p. 437-471
- STURZO, Ludovica (2018): "Bitcoin e riciclaggio 2.0", *Dir. pen. cont.*, n. 5, pp. 19-34
- TESAURO, Alfonso (1925): *Le sanzioni amministrative punitive*, (Napoli, Stabilimento Tipografico Tocco)
- TIGANO, Vincenzo (2019): "Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di retroattività", *Archivio Penale*, 2019, n. 3, pp. 1-57
- TRAVAGLINO, Giacomo (1996): "Riciclaggio: concorso di persone e reati", *Dir. pen. e proc.*, 6, p. 755 ss.
- TRIPODI, Andrea, Francesco (2014): "Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato", *Dir. pen. cont.*, 9 marzo, pp.1-3
- URBANI, Federico (2017): "La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della suprema corte. Nota a Cass. civ., Sez. II, sent. 24 febbraio 2016, n. 3656, Pres. Bucciante, Rel. Matera, Girotti c. Banca d'Italia e Cass. civ., Sez. II, sent. 28 settembre 2016, n. 19219, Pres. Petitti, Rel. Criscuolo, Piccinelli-Maisto-Manzitti c. Banca d'Italia", *Dir. pen. cont.*, n. 2, pp. 147-158
- VALENTE, Piergiorgio (2018): "Bitcoin and Virtual Currencies Are Real: Are Regulators Still Virtual?", *INTERTAX, Volume 46, Issue 6 & 7*, pp. 541- 549

VALLEFUOCO, Valerio (2017): “Antiriciclaggio: sanzioni proporzionate alla gravità delle violazioni”, *Il Fisco*, 34, p. 3252 ss.

VIGANÒ Francesco (2016a): “A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato”, *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre

VIGANÒ, Francesco (2016b): “La grande camera della corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio”, *Dir. pen. cont.*, 18 novembre

VIGANÒ, Francesco (2017a): “Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale”, *Dir. pen. cont.*, 5 aprile

VIGANÒ, Francesco (2017b): “Le conclusioni dell’Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato”, *Dir. Pen. cont.*, fasc. 9, p. 206-210

WERTS, Dale (2019): “Blockchain & Cryptocurrency: State Law Roundup 2019”, *jdsupra.com*

ZANCHETTI, Mario (1997): *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, (Milano, Giuffrè)

ZONILE, Cinzia (2019): “La regolamentazione internazionale ed europea di contrasto all’uso di valute virtuali da parte della criminalità transnazionale”, *Riv. Dir. Inter.*, fasc.1, 1 marzo, pp. 137-162



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>