

**Quaderni del Corso di perfezionamento
di Diritto tributario
dell'Università degli Studi di Milano**

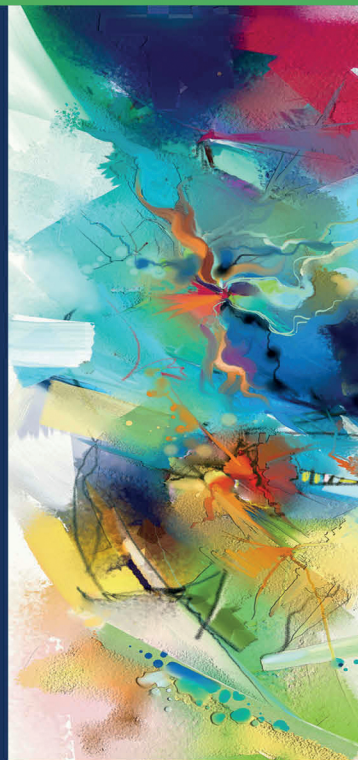
Serie diretta da G. Ragucci

M. Pierro, G. Ziccardi, M. Fasola,
S. Capaccioli, O. Signorile

Fisco digitale

Cripto-attività, protezione dei dati,
controlli algoritmici

a cura di Gaetano Ragucci



Giappichelli

INTRODUZIONE E NOTE ORDINATE SUL FISCO DIGITALE

GAETANO RAGUCCI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le tecnologie digitali e i controlli automatici. – 3. La tutela dei dati personali. – 4. Le tecnologie digitali e la progettazione giuridica delle imposte dell'economia globalizzata. – 5. La tutela dei diritti del contribuente.

1. INTRODUZIONE

L'uso delle tecnologie digitali e della c.d. intelligenza artificiale ha raggiunto un'ampiezza tale da incidere in maniera determinante sulle forme attuali e sulle prospettive di sviluppo dell'ordinamento tributario, a ogni livello dell'esperienza giuridica (amministrativa; legislativa; giurisdizionale). Il fenomeno si osserva, da tempo, nelle tecniche di controllo automatico delle dichiarazioni, e da qui rifluisce nella progettazione giuridica della disciplina delle imposte destinate ad attrarre alla contribuzione al finanziamento delle spese pubbliche nuove manifestazioni di capacità contributiva che, altrimenti, sfuggirebbero all'imposizione. Tanto che non si andrebbe lontani dal vero se si affermasse che oggi le tecnologie digitali sono l'infrastruttura immateriale su cui poggiano le più evolute imposte di massa dell'economia globale.

Non si può certo dare compiutamente conto di questo vasto fenomeno, né illustrarne in poche pagine le molteplici manifestazioni che si iniziano a osservare anche nell'esperienza quotidiana. I testi raccolti nel presente volume – che è il secondo dei Quaderni del Corso di perfezionamento di Diritto tributario del Dipartimento di Scienze giuridiche “C. Beccaria” dell'Università degli Studi di Milano – si propongono di presentarne alcuni

esempi, più che sufficienti a restituire le dimensioni di una tendenza evolutiva che sollecita riflessioni ineludibili.

Anche in questa occasione sento perciò di dover ringraziare i colleghi e i docenti che hanno accolto l'invito a versare il contenuto delle loro lezioni nei testi qui raccolti, testimonianza della qualità e dell'impegno profuso nella ricerca e nell'aggiornamento, finalizzati alla didattica che nel Corso trova il proprio compimento.

2. LE TECNOLOGIE DIGITALI E I CONTROLLI AUTOMATICI

È difficile dubitare che la diffusione delle tecnologie digitali nell'amministrazione delle finanze stia modificando in modo significativo molti aspetti delle attività dirette ad assicurare l'attuazione della legge d'imposta, a supporto e, quando occorre, anche a correzione (o in sostituzione) dell'adempimento spontaneo del contribuente quando difettoso o mancante. Da un punto di vista descrittivo, il fenomeno muove in direzioni ormai note: l'istituzione, l'ampliamento e l'interoperabilità delle banche dati in cui è raccolta una massa difficilmente immaginabile di dati di ogni genere che riguardano i contribuenti italiani ed esteri (persone fisiche e persone giuridiche). E, oltre a ciò, anche l'applicazione di strumenti informatici per l'automazione delle attività prima affidate all'opera dell'uomo e oggi governate dalla macchina (per esempio nel c.d. incrocio dei dati); e, in prospettiva (già si osservano i primi segnali), anche delle attività che secondo la tassonomia tradizionale si direbbero "decisorie".

Dinamiche di questo tipo ricorrono in diversi ambiti dell'amministrazione dei tributi a partire dai controlli automatici¹, che ne rappresentano sotto molti aspetti il prototipo². Un fatto al quale ci siamo abituati, ma non ovvio, è che l'errore dichiarativo può essere ricavato da una fonte (l'anagrafe tributaria) *esterna* alla dichiarazione, di cui il contribuente che la invia si assume la responsabilità; e che la sua correzione avviene con atti non impugnabili diretti a evitare in futuro il ripetersi dell'errore (in cui è facile riconoscere una forma embrionale di quella che oggi chiamiamo *complan-*

¹ Art. 36-*bis*, D.P.R. n. 600/1973; art. 54-*bis*, D.P.R. n. 633/1972.

² M. FASOLA, *Dai controlli automatici ex art. 36-bis all'amministrazione "algoritmica" dei tributi: quali garanzie per il contribuente?*, in corso di pubblicazione su *Dir. e proc. trib.*

ce fiscale), mentre il titolo dell'iscrizione a ruolo è in ogni caso (anche quando il dato corretto è ricavato da una fonte esterna) la dichiarazione. Si manifesta così una sorta di *automatismo riscossivo* che travalica in imposizione, a cui la giurisprudenza di legittimità fa fronte accreditando interpretazioni letterali e restrittive dell'elenco degli errori che possono essere rettificati. Certo è che, se un fenomeno circoscritto ha finito per essere accettato, tanto che oggi lo si può considerare normale, una riflessione più approfondita resta da fare quando lo stesso fenomeno si espande, sino a occupare nuovi e significativi spazi. I casi sono numerosi, e non si possono che rievocare per cenni.

Si pensi (l'esempio non è casuale) al controllo degli obblighi dichiarativi e di versamento connessi ai regimi speciali IVA per i servizi forniti per via elettronica e alle vendite a distanza di beni, introdotti in attuazione della Direttiva 2008/8/CE. Per l'art. 54-ter, D.P.R. n. 633/1972 le condotte dei soggetti non residenti individuati in Italia che vi prendono parte sono sottoposte al vaglio in base ai dati e agli elementi desumibili da un "portale telematico" (ossia da uno spazio online riservato a un pubblico ristretto, formato da utenti identificati attraverso un login con nome utente e password), a cui può seguire un semplice sollecito all'adempimento. L'art. 54-quater dispone invece che, quando dal controllo emerge un risultato diverso da quello indicato in dichiarazione, l'esito sia comunicato al contribuente con l'intimazione ad adempiere al pagamento di imposta, sanzione, e interessi; e che, in caso di inerzia, il titolo dell'iscrizione non è la dichiarazione, bensì la comunicazione stessa. Non v'è dubbio che qui ci si trova di fronte a una evoluzione rispetto al modello disciplinare offerto dai controlli automatizzati di prima generazione, che va nella direzione di un marcato incremento di efficienza dell'azione di recupero delle somme dovute o non versate.

Se ci si rifà alle linee guida del PNRR, una vocazione a mutarsi in atti di imposizione automatizzati si coglie con evidenza anche per le lettere di *compliance* della L. n. 190/2014. Queste comunicazioni assolvono a un compito a cavallo tra lo stimolo all'adempimento e il supporto ai controlli. Nel documento si fa notare, tuttavia, che non attivare un controllo nei confronti del destinatario del sollecito che non vi abbia ottemperato, può ridurre il rischio percepito, e incrementarne la propensione individuale all'inadempimento. A fronte dei limiti delle capacità operative dell'Agenzia delle entrate, impossibilitata a fare fronte all'incremento delle attività di controllo conseguenti, si propone perciò di introdurre una regola per la quale talune tipologie di comunicazioni, destinate a essere individuate dal

Direttore dell’Agenzia, “*possano essere titolo idoneo per la riscossione degli importi evasi in caso di inerzia del contribuente*”³: la prospettiva è, con ogni evidenza, l’estensione della soluzione dell’art. 54-*quater*, D.P.R. n. 633/1972, appena indicata.

3. LA TUTELA DEI DATI PERSONALI

Per effetto di queste e di altre innovazioni, prende chiaramente forma una linea di tendenza evolutiva di un istituto tipico della collaborazione fiscale di massa, che mette in gioco il processo di integrazione delle banche dati tributarie realizzate nel corso degli ultimi anni, e i meccanismi di raccolta e di elaborazione dei dati che vi sono fatti confluire, per i riflessi che producono sulla tutela del diritto alla riservatezza garantito alle persone fisiche interessate.

La disciplina sulla protezione dei dati personali contiene, invero, una serie di principi sul loro trattamento, e riconosce all’interessato diritti di informazione e di accesso, di rettifica e di cancellazione, oltre ad altri di vario genere, tra i quali anche diritti relativi al “*processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione*” (artt. 14-22, Reg. UE n. 2016/679). Dopo una prima fase di sperimentazione condotta sotto il controllo del Garante della *privacy* a partire dal noto provvedimento del 20 luglio 2017 n. 321 sull’archivio dei rapporti finanziari (seguito dai pareri resi negli anni successivi in risposta alla estensione della sperimentazione dell’anagrafe ai controlli per gli anni 2014 e 2015, e da altri ancora), la materia è stata interessata dalla L. n. 160/2019 con la quale l’Italia, esercitando una facoltà riconosciuta dal Regolamento UE in materia di tutela dei dati personali, ha posto la prevenzione e il contrasto dell’evasione fiscale tra gli interessi il cui potenziale pregiudizio rende operanti alcune limitazioni ai diritti garantiti, a partire dalla preclusione all’esercizio diretto dei diritti di accesso, rettifica e cancellazione, nonché dei diritti relativi al “*processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione*” (artt. 15-22, Reg. UE n. 2016/679), la cui tutela può essere ottenuta solo attraverso l’intervento del Garante (art. 1, comma 681, L. n. 160/2019).

³ “*Relazione per orientare le azioni del Governo volte a ridurre l’evasione fiscale derivante da omessa fatturazione*”, adottata dal Ministero dell’Economia e delle Finanze il 20 dicembre 2021, p. 38.

In esecuzione della delega espressa nella stessa L. n. 160/2019, concernente il nuovo strumento delle c.d. “analisi del rischio di evasione”, i limiti e le modalità di esercizio dei diritti garantiti dagli artt. 15 (accesso), 17 (cancellazione), 18 (limitazione del trattamento) e 21 (opposizione) del regolamento sono stati definiti con il D.M. 28 giugno 2022, che ne ha dettato il contenuto minimo essenziale, nel rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità sanciti dall’art. 23, Reg. UE n. 2016/679 (la materia, di eccezionale rilievo, è oggetto di un’approfondita esposizione in uno degli scritti qui raccolti).

Quanto al diritto di accesso, è, per esempio, previsto che i destinatari delle attività di stimolo all’adempimento spontaneo lo possano esercitare a decorrere dalla ricezione dell’invito; i destinatari delle attività di controllo a decorrere dalla data di consegna del processo verbale, dalla notifica di altro atto istruttorio o del provvedimento impositivo; e ogni altro soggetto a decorrere dal primo giorno successivo a quello in cui sia maturata la decadenza della potestà impositiva (art. 4, comma 2, Decreto cit.). Tra le misure a tutela dei diritti e delle libertà degli interessati dalle attività di profilazione funzionali alla valutazione della propensione all’evasione, è poi prescritto che negli atti e nei provvedimenti indirizzati ai contribuenti siano sempre illustrati il rischio fiscale identificato, e i dati che sono stati utilizzati per la sua individuazione, e che nel processo di formazione dei *dataset* di analisi e controllo è sempre garantito l’intervento umano (art. 5, comma 5, Decreto cit.).

È evidente che, con queste regole, il bilanciamento del potere di imposizione esercitato attraverso le tecnologie digitali con un adeguato *set* di diritti del contribuente non si può considerare neppure avviato. Prima però di vedere in quale direzione muovere, sarà utile introdurre anche un secondo ordine di considerazioni.

4. LE TECNOLOGIE DIGITALI E LA PROGETTAZIONE GIURIDICA DELLE IMPOSTE DELL’ECONOMIA GLOBALIZZATA

La diffusione delle tecnologie digitali assume rilievo anche da un altro, e, se si vuole, più complesso profilo, che è la progettazione giuridica delle nuove imposte di massa dell’economia globalizzata. La disciplina legale di un’imposta non risponde solo al modello razionale fornito dalla scienza delle finanze, ma è condizionata in misura significativa anche dalle manifestazioni che l’espressione di capacità contributiva assunta a presupposto

imponibile produce nel traffico di dati e di relazioni governate dalle tecnologie digitali. È a queste manifestazioni che il legislatore affida l'accertamento dell'esistenza e delle dimensioni del presupposto, ai fini della sua assunzione a fondamento dell'obbligazione tributaria.

Il fenomeno ha dimensioni così imponenti da nascondere alla vista di chi si soffermi sul dato empirico, e non ha perciò un rilievo solo teorico, perché ricorre nella progettazione delle più evolute forme di prelievo, come è stato evidente per l'ultima imposta sugli extra profili introdotta con il decreto aiuti n. 50/2022 (c.d. contributo straordinario contro il caro bollette regolato dall'art. 55 Decreto cit.). Si è puntato il dito sulla tecnica di determinazione della base imponibile di questa imposta, data dall'incremento del saldo tra operazioni attive e passive ai fini dell'IVA, per denunciarne i più che evidenti profili di illegittimità alla luce della giurisprudenza della Corte su sovraimposte e discriminazione qualitativa. Non si è visto che la conformazione del presupposto accolta dal legislatore è stata determinata dalla facilità di accesso ai dati di calcolo dell'imponibile, forniti attraverso le liquidazioni periodiche dell'IVA: una scelta che è frutto della ricerca di nuove sinergie con le opportunità offerte dalla digitalizzazione del rapporto fisco-contribuente, e che da questo punto di vista si inserisce a pieno titolo nell'alveo dei fenomeni che verranno esaminati negli scritti qui raccolti in volume.

Un'osmosi tra la progettazione giuridica del tributo e le infrastrutture informatiche disponibili si può osservare anche nel campo dello scambio di informazioni tra pubbliche amministrazioni, nel contesto dei plurimi aggiornamenti della Direttiva 2011/16/UE, della serie che conduce dalla DAC 1 alla DAC 8 in materia di cripto-valute, di prossima adozione.

Il nesso tra le predisposizioni tecnologiche che hanno accompagnato questa serie di interventi e l'imposta globale sui servizi digitali è icasticamente rivelato dalla successione dei fatti: il 22 marzo 2021 il Consiglio UE adotta nuove norme sulle piattaforme digitali, approvando il progetto di Direttiva 2021/514 del Consiglio (DAC 7), recate nuovi obblighi di comunicazione dei gestori di piattaforme inerenti i redditi percepiti dai venditori, e lo scambio automatico di questi dati tra gli Stati membri; il 25 marzo dello stesso anno i membri del Consiglio rilasciano una dichiarazione congiunta in favore di una soluzione globale consensuale in materia di tassazione internazionale digitale entro metà anno (e per l'adozione di una soluzione europea entro gennaio 2023).

Dal punto di vista contenutistico, è poi significativo che tra le informazioni oggetto di comunicazione vi siano anche l'Identificativo del Conto Finanziario dell'operatore che si sia servito della struttura, e il Corrispetti-

vo totale versato o accreditato nel corso di ogni trimestre del Periodo Oggetto di Comunicazione, nonché il numero di Attività Pertinenti in relazione alle quali è stato versato o accreditato⁴, in cui è facile riconoscere l'ammontare dei proventi o ricavi di conseguenza chiaramente riferibili a un utente localizzato. Questo dato sembra assumere rilievo anche nella prospettiva della *Digital Tax* prefigurata in ambito OCSE sotto il c.d. Pillar 1, posto che le imprese interessate, con una redditività superiore al 10% del fatturato, dovrebbero riallocare il 25% del profitto in eccesso ai paesi dove i ricavi sono realizzati. La relazione tra un prelievo così concepito, e l'infrastruttura informativa offerta dallo scambio regolato da DAC 7, è evidente, e merita di essere tenuta sotto osservazione.

Si tratta di una prospettiva di analisi che ribalta una visione tradizionale: a fronte di una discussione su nuove forme di prelievo su manifestazioni di ricchezza che si pongono al di fuori della sfera di azione del decisore politico nazionale, si prospettano metodi di cooperazione amministrativa ad esse strumentali, che però non prevedono mezzi di protezione del contribuente stabilito in Italia, il quale in questo modo si trova proiettato in una dimensione globale integralmente dematerializzata e spersonalizzata potenzialmente capace di travolgerlo.

5. LA TUTELA DEI DIRITTI DEL CONTRIBUENTE

Con l'ultima notazione si viene alla tutela del contribuente, che è l'ap-prodo dell'intero discorso sulle tecnologie digitali applicate all'amministrazione dei tributi. Quanto si può dire in poche parole su questo argomento lo si può ricavare per esempio dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *HYDINA* (sent. 30 settembre 2021, causa C-186/20), che in materia di scambio di informazioni su richiesta ha negato al termine di 30 giorni previsto per la risposta dell'art. 10, Reg. n. 904/2010 (in materia IVA) un carattere perentorio, con la conseguenza che il suo mancato rispetto non produce l'effetto di rendere inutilizzabili le notizie trasmesse, definitivamente sancendo che lo scambio di informazioni, comunque operato, non genera interferenze illecite nei diritti fondamentali del contribuente. La pronuncia si pone sulla scia della sentenza *Sabou* del 2013 (22

⁴ Dir. 2021/514, sez. III obblighi di comunicazione, lett. B: informazioni da comunicare, § 2, lett. b), e) e § 3, lett. b), f).

ottobre 2013, causa C-276/12), per l'adesione alla dottrina per la quale lo scambio di informazioni non incide ancora sulla fase contenziosa del procedimento, con la conseguenza che il contribuente non vanta posizioni giuridiche protette, sicché non ha diritto a essere informato né ha diritto al contraddittorio.

È evidente che questo orientamento molto problematico pone al centro dello scenario l'adeguatezza delle regole nazionali ai fini della garanzia dei diritti e principi della Carta EDU, e, a fronte di livelli di tutela inferiori a quelli fissati nella Carta, il ruolo del dialogo tra le Corti (Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia UE) al fine della conformazione agli *standard* europei del diritto interno per via giurisdizionale, anche se le direttive dell'UE in materia di scambio di informazioni tacciono su questo tema⁵. A fronte di fenomeni che si consumano al di fuori dei canali della rappresentanza politica, e perciò in terra straniera per il principio della *no taxation without representation*, l'apporto della giurisprudenza è un possibile presidio in attesa dell'elaborazione di un codice di diritti del contribuente adeguati alla nuova fiscalità, che non potrà mancare.

Si tratta di una storia ancora da scrivere, in cui i principi prodotti dal dialogo tra le Corti potranno rifluire nell'ordinamento nazionale in forza dei ponti aperti dall'art. 117, comma 1, Cost., dove svolgeranno la loro funzione sul piano dell'interpretazione, della integrazione, e, occorrendo, anche della correzione delle regole nazionali che danno attuazione al diritto europeo, assieme alle regole espresse dallo Statuto dei diritti del contribuente, che così potranno arricchirsi di nuovi apporti contenutistici. Da qui, e dalle elaborazioni della giurisprudenza amministrativa sugli istituti di rilievo generale incidenti anche sulla materia dei procedimenti tributari, potrà venire la spinta per la elaborazione di un catalogo di diritti, capace di reggere l'urto degli automatismi procedurali, ai quali il processo di integrazione avviato attraverso le direttive sullo scambio di informazioni sta sottoponendo l'ordinamento dei tributi.

Anche nell'ambito ora delineato, il richiamo ai principi andrà tuttavia bene inteso, perché non può certo equivalere a riconoscere all'interprete la più ampia e incondizionata discrezionalità nella individuazione dei casi in cui uno di essi soffra una violazione, e nella identificazione del rimedio adeguato. Esso servirà, invece, a giungere a un'interpretazione di una determinata regola nazionale, capace di adeguare il precetto ai contenuti im-

⁵S. RONCO, *Cooperazione amministrativa iva e tutela del contribuente: limiti dell'armonizzazione ed autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, p. 882 ss.

pliciti di una norma gerarchicamente sovraordinata di rango costituzionale, in modo da realizzarne con pienezza gli effetti.

Non verrà, quindi, in considerazione come argomento in favore di una primazia giurisprudenziale sostanzialmente incontrollata, ma concorrerà alla identificazione di contenuti compresi nel perimetro tracciato dal significato letterale della disposizione oggetto di interpretazione, che ne verranno così portati a compiuta formulazione. In modo che la tutela dei diritti del contribuente sia messa al riparo dai danni di un inappropriato attivismo, così come di una ingiustificata inerzia, di chi per il momento ne dovrà assicurare la tutela effettiva.

I saggi qui raccolti affrontano temi che ben si inseriscono nel contesto suggerito da queste considerazioni, e hanno il pregio di illuminare le premesse teoriche non meno delle ricadute pratiche dei temi affrontati – dalle tecniche di investigazione e di profilazione utilizzate dall'amministrazione finanziaria, all'affascinante e discusso tema delle cripto-valute – che non mancheranno di interessare ogni professionista attento a un diritto tributario in trasformazione.

LE CRIPTO-ATTIVITÀ E L'IMPOSIZIONE DIRETTA DOPO LA LEGGE DI BILANCIO 2023

MARIA PIERRO

SOMMARIO: 1. Tassonomia dei *crypto-asset* (cripto-attività). – 2. La definizione legislativa di cripto-valute e di cripto-attività. – 3. I *crypto-asset* (cripto-attività) quali beni giuridici. – 4. L'imposizione diretta delle cripto-attività dopo la legge di bilancio 2023: la disciplina. – 5. (Segue): criticità. – 6. Conclusioni.

1. TASSONOMIA DEI CRYPTO-ASSET (CRIPTO-ATTIVITÀ)

Con la locuzione *crypto-asset* vengono indicate, di regola, le “attività” espresse da una rappresentazione digitale basate sul *distributed ledger technology* (DLT) e sulla crittografia (“*is a generic term for crypto currencies, virtual currencies, virtual assets and digital tokens*”) ¹, non emesse né garantite da una autorità centrale, che gli Stati “*should consider virtual assets as ‘property’, ‘proceeds’, ‘funds’, ‘funds or other assets’, or other ‘corresponding value’*” ², e che vengono descritte come “*a digital representation of value that can be digitally traded, or transferred,* [mediante la tecnologia del registro

¹ Definizione di ESMA (*European Securities and Markets Authority* – Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), *SECURITIES AND MARKETS STAKEHOLDER GROUP* (SMSG), *Advice to ESMA – Own Initiative Report on initial Coin Offerings and Crypto-Assets* (ESMA22-106-1338), 19 ottobre 2018, p. 4 al seguente link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma22-106-1338_smsg_advice_report_on_icos_and_crypto-assets.pdf.

² Cfr. *The FATF Recommendations update 2012-2021*, in particolare p. 76, consultabile in <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>. La *Financial Action Task Force*, o *Groupe d'action financière*, è un'organizzazione intergovernativa fondata nel 1989 su iniziativa del G7 per sviluppare politiche di contrasto al riciclaggio di denaro.

distribuito] *and can be used for payment or investment purposes*³. Le cripto-attività (*digital token*) sono dunque identificabili con “*any digital representation of an interest, which may be of value, a right to receive a benefit or perform specified functions or may not have a specified purpose or use*”⁴, ossia con strumenti digitali (documenti digitali crittografati), accettati e riconosciuti dalla comunità di utenti che accede al DLT, idonei a veicolare qualunque contenuto – diritti o *asset* digitali – rappresentativi di norma di un rapporto obbligatorio che attribuisce al titolare diritti di varia natura.

L'espressione *crypto-asset* individua una categoria generale all'interno della quale sono riconducibili tutte le entità digitali tra le quali rientrano le *crypto-currency*, le cripto-valute, gli *utility token*, i *security* o *investment token*, i *token* ibridi, gli NFT. Entità tutte – *species* del più ampio *genus* – che, pur avendo una comune matrice tecnologica, identificano differenti fenomeni del mondo virtuale e che si connotano e si distinguono tra loro in ragione dello scopo e della funzione per la quale sono emessi.

Il polimorfismo dei *crypto-asset* ha disorientato gli operatori giuridici che al fine di proporre una qualificazione, in assenza sia di una definizione normativa (nazionale e/o sovranazionale), sia di una posizione condivisa⁵ sulle caratteristiche richieste per identificare le varie tipologie di *asset* virtuali riconducibili sotto la medesima categoria generale, hanno optato per una classificazione che tenga conto delle differenti peculiarità che li caratterizzano.

Questa tipologia di approccio è stata suggerita da alcune autorità di vigilanza (prima fra tutte quella della Svizzera)⁶ le cui indicazioni, oggetto

³ Definizione formulata dal *Financial Action Task Force* (FATF) o Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI) *Recommendations* update 2012-2021, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf> in particolare a p. 130.

⁴ Definizione di ESMA *Advice to ESMA Initial Coin Offerings and Crypto-Assets* 9 January 2019 | ESMA50-157-1391 p. 42 al link https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf.

⁵ Il Fondo Monetario Internazionale (FMI), l'Autorità bancaria europea (ABE) e l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) considerano cripto-attività tutto ciò che è basato sulla DLT. La Banca centrale europea (BCE), invece, considera cripto-attività esclusivamente quelle registrate in forma digitale che non sono e non rappresentano né un credito finanziario, né una passività finanziaria, né un diritto di proprietà.

⁶ Si segnala che FINMA – l'Autorità federale svizzera di vigilanza sui mercati finanziari – Guida pratica per il trattamento delle richieste inerenti all'assoggettamento in riferimento alle *initial coin offering* (ICO) Edizione del 16 febbraio 2018, ha per prima elaborato le definizioni sulle quali si basa ripartizione delle cripto-attività.

delle riflessioni di chi si è occupato del fenomeno, hanno condotto a individuare una elencazione descrittiva, esemplificativa e non esaustiva, di queste entità.

Le cripto-attività si possono dunque distinguere in:

1. *utility token* – “a type of crypto-asset which is intended to provide digital access to a good or service, available on DLT, and is only accepted by the issuer of that token”⁷ – che attribuiscono il diritto a ricevere una prestazione o un bene (o comunque una utilità) convenzionalmente prestabilita, o meglio “il diritto di utilizzare la tecnologia e/o i servizi distribuiti”⁸;

2. *security* – o *asset and financial* – *token* che incorporano il diritto alla distribuzione di futuri dividendi, e/o il diritto di voto su determinate materie, e/o un diritto di credito nei confronti dell'emittente (questi elementi consentono di considerarli simili ai prodotti e/o agli strumenti finanziari, con i quali condividono in generale la finalità di investimento);

3. *currency* o *payment token* nei quali rientrano le cripto-valute⁹ e anche i c.d. *stablecoins*, che non conferiscono diritti, né rappresentano *asset* sottostanti, e che sono utilizzati come mezzo di scambio per l'acquisto di beni o servizi, oppure per trasferire denaro e valori¹⁰;

4. *asset-referenced token* il cui valore è determinato con riferimento a determinati beni, valute (e *money token*) o altri *crypto-asset*;

5. *token* ibridi, che presentano elementi comuni a quelli precedenti, e che perseguono finalità miste, che possono variare nel tempo in base al lo-

⁷ Così definiti in “Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on markets in Crypto-assets and amending Directive 2019/1937/UE” (detta anche MiCAR – Market in crypto asset) presentata dalla Commissione europea il 24 settembre 2020.

⁸ Così li definisce AMF (Autorité des Marchés Financiers), nel *Summary of replies to the public consultation on Initial Coin Offerings (ICOs) and update on the UNICORN Programme*.

⁹ Cfr. G. GITTI, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità dei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1, 2020, pp. 13 ss.

¹⁰ Nell'ambito di questa sub categoria è possibile operare ulteriori distinzioni. Vi rientrano certamente le *valute virtuali*, che non incorporano diritti, ma che sono negoziabili e convertibili con altre cripto-valute o con la moneta legale dello Stato, e i *payment token* che hanno lo scopo di svolgere la stessa funzione della moneta e si distinguono in a) *stable coins*, che può essere emessa da un soggetto giuridico privato a fronte di una moneta, con valore fisso e accettata dalla comunità o da una banca centrale (questo è nella progettualità della BCE), usando il DLT e b) *digital token*, non convertibili con moneta virtuale o moneta legale, che danno luogo ad un vero e proprio baratto. A. CAPONERA-C. GOLA, *Aspetti economici e regolamentari delle 'cripto attività'*, in *Questioni di economia e finanza* (occasional papers), Banca d'Italia, 2019.

ro impiego (c.d. *token* mutanti), e possono essere classificati in ragione della finalità valutata come prevalente;

6. *non fungible token (NFT)*¹¹, diffusi prevalentemente nel mondo della moda e dell'arte che attribuiscono a chi ne ha la disponibilità giuridica la titolarità del *file* digitale (sequenza di codici alfa numerici, c.d. codice *hash*) il quale certifica l'autenticità e l'unicità di un bene reale o digitale (un'immagine, un video, una canzone, o anche terreni e immobili¹² digitali nel metaverso¹³), registrato sulla *blockchain* (un codice informatico unico scambiato su piattaforme online). Gli NFT o "*asset* certificato dalla tecnologia *blockchain*" incorporano una entità unica (rappresenta da un oggetto digitale o reale associato ad un utente o a un *wallet*), irriproducibile, non fungibile, indivisibile e immodificabile. Questi *crypto-asset* sono utilizzati per certificare la proprietà di opere digitali, o più in generale la disponibilità giuridica di "beni e servizi" virtuali che circolano nel mercato digitale e nel metaverso, e la cui titolarità è di un unico soggetto (garanzia di esclusività).

Ma come e dove vengono generati gli *asset* virtuali e come circolano?

I *crypto-asset* (cripto-attività) sono generati e circolano, di regola, sulla piattaforma digitale tramite *blockchain*¹⁴ – evoluzione tecnologia informatica del registro (archivio) distribuito¹⁵ (*Distributed Ledger Technology* –

¹¹ Sul tema si veda F. ANTONACCHIO, *Criptoarte e Non Fungible Token alla ricerca di nuove regole*, in *Il fisco*, 2021, 21, p. 2023 e ID., *Non Fungible Token e altre cripto-attività in attesa del Regolamento europeo MiCA*, in *Il fisco*, 2021, 44, p. 4265.

¹² L'immobile virtuale, ideato in uno spazio virtuale – *land* ove è possibile svolgere una vita sociale – è un *token* non fungibile (NFT – *Non Fungible Token*), rappresentato sulla *blockchain* tramite uno *smart contract*.

¹³ O. SALVINI, *Redditi generati nel Metaverso: ricondurre all'imposizione reale la ricchezza di origine "virtuale"*, in *Il fisco*, 2022, 13, p. 1207 definisce il metaverso uno "spazio tridimensionale, condiviso tramite internet, in cui il mondo reale e quello digitale sono integrati utilizzando tecnologie come la realtà virtuale (VR – Virtual Reality) e la realtà aumentata (AR – Augmented Reality) e accessibile attraverso visori virtuali e app".

¹⁴ Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain* (2017/2772(RSP)) viene precisato che "la blockchain è solo uno dei vari tipi di DLT [...] alcune soluzioni DLT memorizzano tutte le singole transazioni in blocchi collegati tra di loro in ordine cronologico per creare una catena che garantisce la sicurezza e l'integrità dei dati".

¹⁵ L'art. 8-ter, D.L. n. 185/2018 rubricato "Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract" stabilisce che "Si definiscono 'tecnologie basate su registri distribuiti' le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protet-

DTL) di cui è una applicazione – dalla quale traggono origine dei “blocchi chiusi” (*block*) all’interno dei quali sono registrate informazioni criptate e imm modificabili, il cui trasferimento viene “validato” dai nodi (*computer*) che partecipano alla rete. Il meccanismo di creazione e validazione dei blocchi ingenera fiducia nella regolarità delle transazioni tra gli utenti i quali accedono al sistema di acquisto e di vendita di cripto-valute utilizzando un procedimento definito di “sistema della doppia chiave pubblica privata” o crittografia asimmetrica.

Gli utenti, tramite la “chiave privata”¹⁶, acquistano *token* che rappresentano un valore o che danno diritto a disporre di beni o acquisire servizi, a scambiarli con altri *asset* virtuali, con monete aventi corso legale o con altre entità anche del mondo non virtuale, a spostarli in un altro *wallet* in attesa di compiere altre operazioni. La chiave privata è conservata in un *wallet* che è definito *custodial* se gestito da operatori economici (*exchanger* o *wallet provider*) che in questo caso detengono i *crypto-asset*; o *non custodial* se è l’utente, titolare dei *token*, a realizzare le operazioni in autonomia e a gestire la chiave privata. Questa distinzione è molto importante perché consente di localizzare il contribuente in un mercato diffuso e aterritoriale – quale è quello virtuale – e, di conseguenza, di individuare la legislazione impositiva, e non solo, applicabile ai proventi generati dai *crypto-asset*. Tuttavia solo nel primo caso è possibile identificare gli utilizzatori/detentori degli *asset* virtuali in quanto i *wallet provider* sono tenuti al rispetto di obblighi di antiriciclaggio¹⁷ e di informazione che consentono all’Ammini-

ti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili”. Ed aggiunge che “*Si definisce ‘smart contract’ un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall’Agenzia per l’Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*”.

¹⁶La chiave privata può essere considerata come il pin di una carta di credito composta da un numero lungo 256 *bit* e cioè una serie di 0 e 1 ripetuti 256 volte, che può essere scritta in diversi formati. Questa chiave consente di utilizzare (cedere o spendere) i *crypto-asset* sulla *blockchain*.

¹⁷In attuazione di quanto previsto dal D.Lgs. n. 125/2019 con D.M. 13 gennaio 2022, pubblicato il 17 febbraio 2022, il Ministero dell’Economia e delle Finanze ha previsto l’attivazione presso l’Organismo Agenti e Mediatori – OAM, del registro dei prestatori di servizi relativi all’utilizzo di valuta virtuale e di portafoglio digitale che hanno l’obbligo di raccogliere e trasmettere le informazioni sulle operazioni realizzate da mettere a disposizione delle autorità tributarie. L’operatività dovrebbe essere dal 18 maggio 2022.

strazione finanziaria e alla Guardia di finanza di acquisire elementi utili per la loro attività; mentre nel secondo caso i titolari (gli utenti) delle cripto-attività operano in assenza di un *exchanger* e non sono tenuti ad alcun obbligo di segnalazione delle transazioni, con conseguente possibile elusione degli adempimenti fiscali.

2. LA DEFINIZIONE LEGISLATIVA DI CRIPTO-VALUTE E DI CRIPTO-ATTIVITÀ

La categoria dei *crypto-asset* è destinata nel tempo ad essere incrementata da nuove tipologie di *token* e la loro qualificazione e disciplina, in assenza di un intervento normativo, potrebbero variare in ragione dell'ambito giuridico in cui sono utilizzati, dando luogo a soluzioni differenti e talora tra loro confliggenti, con grave danno della certezza del diritto¹⁸.

Contributi ad una soluzione parziale del problema definitorio sono stati tratti dalle indicazioni formulate dalla Corte di giustizia¹⁹ e dai giudici nazionali²⁰, dalle autorità di vigilanza e regolamentazione bancaria (Banca d'Italia²¹, Banca centrale europea – BCE²², Autorità Bancaria Europea), dall'Am-

¹⁸ Si veda M. PIERRO, *Contributo all'individuazione della nozione di crypto asset e suoi riflessi nell'ordinamento tributario*, in *Rass. trib.*, 2022, 3, p. 574 ss.

¹⁹ CGUE 22 ottobre 2015, C-264/14 ha ritenuto che le cripto-valute, prive di corso legale, hanno valore liberatorio e assolvono alla funzione di pagamento, purché siano convenzionalmente accettate. Vengono considerate quali mezzi di pagamento assimilabili (ma si aggiunge non equiparabili), ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, alle valute estere.

²⁰ Si veda il Tribunale e la Corte d'Appello di Brescia rispettivamente con il Decreto n. 7556/2018 e il Decreto n. 26/2018 per i quali “*la criptovaluta deve essere assimilata, sul piano funzionale, al denaro, anche se, strutturalmente, presenta caratteristiche proprie dei beni mobili (...). Essa serve, infatti, come l'euro, per fare acquisti*”; il Tribunale di Verona, sent. n. 195/2017 e di recente Cass. pen., sez. II, n. 44378/2022 che ha considerato le cripto-valute quali strumenti finanziari; il Tribunale di Firenze, Sez. Fall., sent. 21 gennaio 2019, n. 18 che li ha trattati come beni in senso giuridico *ex art. 810 c.c.*; nonché TAR Lazio 20 gennaio 2020, n. 01077 che, escluso che possa trattarsi di moneta e preso atto delle diverse soluzioni avanzate dalla dottrina sulla natura giuridica delle cripto-valute, sottolinea che la giurisprudenza “*non è ancora pervenuta ad un quadro consolidato e univoco*”.

²¹ Banca d'Italia, *Comunicazione del 30 gennaio 2015 – Valute virtuali*, www.bancaditalia.it), considera la cripto-moneta un mezzo di scambio ed esclude che si tratti di una valuta.

²² La Banca Centrale Europea – *Virtual Currency Schemes – a Further Analysis*, *Frankfurt am Main*, 2015, 30 nonché “*Parere della Banca Centrale Europea del 12 ottobre 2016 su una proposta*

ministrazione Finanziaria nazionale²³ e dal Consiglio Nazionale del Notariato²⁴, i quali in vario modo e nel tempo, seppure con riferimento alle cripto-valute – *species* del più ampio *genus* di cripto-attività – ne hanno proposto diverse definizioni, reputate di volta in volta le più corrette e corrispondenti alle necessità del settore scientifico disciplinare in cui sono state utilizzate.

Le cripto-valute, in assenza di una definizione legislativa, sono state identificate ora con la moneta digitalizzata²⁵, alternativa alla moneta *fiat*, intrinsecamente dotata di valore a prescindere dal suo utilizzo in funzione di strumento di scambio nelle transazioni commerciali; ora con gli strumenti finanziari (art. 1, comma 2, TUF)²⁶; ora con i mezzi di pagamento ancorché in contrasto con l'art. 1, comma 1, lett. s), D.Lgs. n. 11/2010²⁷;

di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e la Direttiva 2009/10/CE, par. 26 – ha ritenuto che la cripto-moneta sia da considerare solo un 'mezzo di scambio' ("is not a currency, does not have the status of legal tender"; "is (...) not money or currency from a legal perspective").

²³ Si veda Risoluzione 2 settembre 2016, n. 72/E; risposta della Direzione Regionale della Lombardia all'interpello n. 956-39/2018; risposta della Direzione Regionale Lombardia all'interpello n. 903-47/2018 del 22 gennaio 2018.

²⁴ Si veda U. BECHINI-M.C. CIGNARELLA, *Consiglio Nazionale del Notariato, Quesito Antiriciclaggio n. 3-2018/B, Antiriciclaggio – Compravendita di immobile – Pagamento del Prezzo in Bitcoin* ove le cripto-monete sono considerate un mezzo convenzionale di pagamento, alternativo alla moneta tradizionale avente corso legale.

²⁵ G. LEMME-S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 11, p. 5 ss. Si segnalano le considerazioni svolte da M. CIAN, *La criptovaluta – Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2019, 3, pp. 328 ss.; ID., *I finanziamenti ad alta tecnologia: una sfida concettuale*, 2020, reperibile in <https://riviste.unimi.it/index.php/milanlawreview/article/view/14420>.

²⁶ Così il Tribunale di Verona, sent. n. 195/2017. Deve tuttavia rilevarsi che questa definizione è in contrasto sia con quanto contenuto nell'art. 1, comma 4, D.Lgs. n. 58/1998 (Testo Unico della Finanza) il quale non solo dispone che “*i mezzi di pagamento non sono strumenti finanziari*”, ma esclude anche totalmente la possibilità di potere usare le cripto-monete quale mezzo di pagamento, sia con l'art. 18, comma 5, TUF che allo stato della legislazione non comprende tra gli strumenti finanziari le cripto-monete.

²⁷ La disposizione descrive il mezzo di pagamento come “*qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utilizzatore e il prestatore di servizi di pagamento e di cui l'utilizzatore di servizi di pagamento si avvale per impartire un ordine di pagamento*”. La *Payment Services Directive 2* (c.d. PSD2) – Direttiva (UE) 2015/2366, recepita nel nostro ordinamento con D.Lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 – precisa che tra questi possono rientrare solo i pagamenti in moneta legale escludendo, in tal modo, quelli in cripto-valute, le quali peraltro non rientrano tra i “*fondi*” identificati dall'art. 4, punto 25), solo con le “*banconote e monete, moneta scritturale o moneta elettronica quale definita all'articolo 2, punto 2), della direttiva 2009/110/CE*”.

ora con i beni giuridici definiti dall'art. 810 c.c.; ora con i prodotti finanziari (art. 1, comma 1, lett. *u*), TUF) nella cui categoria è riconducibile ogni altra forma di investimento che deve consistere nell'impiego di capitale con contestuale assunzione di un rischio e aspettativa di rendimento²⁸.

Del tema si sono occupate, in sede domestica, Consob²⁹, e in sede sovranazionale, la Commissione europea.

Consob si è limitata a segnalare i criteri utili a isolare, tra i *crypto-asset*, quelli assimilabili agli strumenti finanziari e ai prodotti di investimento³⁰ di cui all'art. 1, comma 1, lett. *w-bis.1*), *w-bis.2*) e *w-bis.3*) TUF, che si caratterizzano per essere emessi, conservati e trasferiti mediante tecnologie DLT, nonché per essere negoziati o destinati a essere negoziati in uno o più sistemi di scambi³¹ (*crypto exchange* - mercati secondari)³². Nel farlo ha suggerito di operare un confronto tra gli *asset* virtuali immessi sul mercato e gli strumenti finanziari, evidenziando genericamente che vi sono cripto-attività che possono essere riconducibili alla fattispecie “*degli strumenti finanziari*”, e altre che invece non presentano queste caratteristiche in quanto emesse al solo scopo di “tokenizzare” diritti connessi con il tra-

²⁸ Comunicazione Consob n. DTC/13038246 del 6 maggio 2013.

²⁹ Rapporto Consob del 2 gennaio 2020 relativo alle “offerte iniziali e gli scambi di criptoattività” (https://www.consob.it/documents/46180/46181/ICOs_rapp_fin_20200102.pdf/70466207-edb2-4b0f-ac35-dd8449a4baf1).

³⁰ Tra gli elementi definitori dei *crypto-asset* sono stati segnalati “*la tecnologia basata su registri distribuiti considerata la portata innovativa di tale tecnologia e in considerazione della continua evoluzione della stessa che necessita di un quadro giuridico che ne consenta lo sviluppo, fungendo da riferimento per gli operatori e promuovendo nel contempo la protezione degli investitori*” (p. 3) nonché la “*destinazione della cripto-attività alla negoziazione*” (p. 5) mentre è stata esclusa la “*identificabilità dei titolari dei diritti incorporati nella cripto-attività*” attenendo questo profilo alla “*fase di verifica da parte degli operatori coinvolti più che a profili distintivi sul piano classificatorio*”.

³¹ Sempre Rapporto Consob del 2 gennaio 2020 relativo alle “*offerte iniziali e gli scambi di criptoattività*”, sopra citato, dove gli *utility token* sono definiti “*investimenti aventi caratteristiche di finanziarietà, in forma di token, che incorporano il diritto a una prestazione futura, che può anche consistere nella possibilità di utilizzare un bene o ricevere un servizio che l'emittente/promotore promette di realizzare o ha in corso di realizzazione*”. In dottrina si vedano le osservazioni di C. SANDEI, *Le Initial Coin Offering nel prisma dell'ordinamento finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2020, p. 392 ss. in particolare p. 401; e di G. GITTI, *Emissione e circolazione di criptotività tra tipicità e atipicità dei nuovi mercati finanziari*, cit., p. 20 ss. in particolare p. 37.

³² Si dubita ragionevolmente che le piattaforme digitali possano essere considerate “*mercati regolamentati*” ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *w-ter*), TUF, essendo qualificabili piuttosto come sistemi multilaterali di scambio (*Multilateral Trading Facilities* – MTFs) o sistemi organizzati di negoziazione (*Organised Trading Facilities* – OTFs).

sferimento di beni mobili o immobili (es. diritti connessi con la proprietà di opere d'arte, immobili, etc.).

A livello sovranazionale, la Commissione europea, nell'ambito di un pacchetto legislativo – *Digital Financial Package*³³ – finalizzato a favorire due importanti linee strategiche di sviluppo, ha pubblicato una bozza di Regolamento denominata “*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on markets in Cripto– assets and amending Directive 2019/1937/UE*” (detta anche MiCAR– *Market in cripto asset*)³⁴ – in consultazione presso il Consiglio europeo e il Parlamento europeo³⁵ – con l'obiettivo, tra gli altri, di formulare una definizione generale di cripto-attività e proporre una regolamentazione, diversa da quella riservata ai servizi finanziari, applicabile in ogni Stato membro dell'UE (anche in luogo di quelle nazionali).

Invero la definizione indicata dalla Commissione europea è “condizionata” dalla tendenza a considerare tutti i *crypto-asset* – senza alcuna distin-

³³ Le linee strategiche di sviluppo sono la *Digital Finance Strategy* e la *Retail Payments Strategy*. Nell'ambito del *Digital Finance Strategy* sono previste: 1) la proposta di regolamento MiCAR, che recepisce le indicazioni formulate dall'ESMA – *Advice on ICOS and Crypto-assets*, January 2019; 2) la proposta di Regolamento volta a modificare le regole in materia di infrastrutture del mercato dei capitali che utilizza soluzioni basate sul registro distribuito (DLT) – *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology* (COM/2020/594 final); 3) la proposta di Regolamento in materia di resilienza operativa digitale per il settore finanziario (*Digital Operational Resilience Act* – DORA Regulation); 4) la proposta di direttiva che nel rispetto del regolamento di resilienza digitale, dovrebbe provvedere a emendare coerentemente altre direttive europee in vigore.

³⁴ La proposta MiCAR presentata il 24 settembre 2020, che recepisce le indicazioni formulate dall'ESMA – *Advice on ICOS and Crypto-assets*, January 2019, contiene, da un lato, le regole applicabili alle cripto-attività riconducibili agli strumenti di pagamento e alla moneta elettronica comprendenti anche i c.d. *stablecoin*, e dall'altro, quelle applicabili a tutte le cripto-attività alle quali non può essere estesa la legislazione europea sui mercati finanziari. Gli obiettivi perseguiti sono quello “*di armonizzare il quadro europeo per l'emissione e il commercio delle varie tipologie di token crittografici ...; di garantire la certezza del diritto per le cripto attività non disciplinate dalla legislazione dell'UE in materia di servizi finanziari*” e “*di stabilire norme uniformi per gli emittenti e i fornitori di servizi per le cripto attività al livello dell'UE*”.

³⁵ Rapporto del Comitato sugli Affari Economici e Monetari del Parlamento europeo del 17 marzo 2022 consultabile in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0052_IT.pdf. L'iter di approvazione e di entrata in vigore dei provvedimenti che dovrebbero dare attuazione al Regolamento si dovrebbe concludere tra la fine del 2024 e i primi mesi del 2025, termine entro il quale vi è tutto il tempo, se lo si vuole, per intervenire sul testo della bozza. Il Consiglio europeo e il Parlamento europeo hanno presentato numerosi emendamenti, soprattutto con riferimento alla descrizione di alcuni tipi di *crypto-asset*.

zione – attività finanziarie, in ragione del tentativo di sottoporle a regole pressoché identiche, salvo qualche adattamento, a quelle contenute nelle direttive MIFID I e MIFID II.

In questa situazione il nostro legislatore, a fronte della esplosione del fenomeno e mosso dall'esigenza di limitare i rischi di frode e di pratiche illecite, ha preso posizione e, nel tentativo di fissare alcuni punti fermi e di razionalizzare la materia ha proposto – prima in sede di contrasto al riciclaggio e al terrorismo internazionale³⁶, e poi, a distanza di pochi anni, in sede di lotta alla frode e alla falsificazione di mezzi di beni di pagamento diverso dal contante³⁷ – la definizione di cripto-valute quali “*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 trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente*”; precisando nel primo intervento – anti-riciclaggio – che possono essere “impiegate” anche per finalità di investimento, e nel secondo – contrasto alla frode nei mezzi di pagamento – che le stesse non possiedono “lo *status* giuridico di valuta o denaro”, escludendone dunque la natura di valute estere o di strumenti di pagamento.

Purtroppo, come noto, queste indicazioni sono state regolarmente disattese dagli operatori giuridici nazionali, e in particolare dall'Amministrazione finanziaria che ha insistito nel considerare valute estere.

I tentativi qualificatori, pur riferiti solo alle cripto-valute, non hanno dunque contribuito a fare chiarezza sull'inquadramento giuridico dei *crypto-asset* del quale il legislatore nazionale (e non solo) non si è voluto occupare, probabilmente in attesa che le autorità europee e internazionali formulassero indicazioni precise sul punto.

Sino alla legge di bilancio 2023³⁸ che ha inserito all'art. 67, comma 1,

³⁶ Cfr. art. 1, comma 1, lett. *qq*), D.Lgs. n. 90/2017 – adottato in attuazione della Direttiva UE antiriciclaggio del 15 maggio 2015/849 e modificato dal D.Lgs. n. 125/2019 che ha recepito la V Direttiva antiriciclaggio del 30 maggio 2018/843/UE.

³⁷ Cfr. art. 1, lett. *d*), D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 184, adottato in attuazione della Direttiva (UE) 17 aprile 2019/713, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, che sostituisce la decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio (21G00200), dispone che “*agli effetti della legge penale si intende per: ... 'valuta virtuale' una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente*”.

³⁸ L'art. 1, commi da 126 a 147, L. n. 197/2022 (legge di bilancio 2023) qualifica redditi di-

TUIR, la lettera *c-sexies*) dove, mutuando la formulazione contenuta nel regolamento MICA (Market in Crypto asset COM593(2020)³⁹, le cripto-attività sono definite quale “*rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti o memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia del registro distribuito o una tecnologia analogica*”.

Per la prima volta, dopo circa quindici anni dall'emersione del fenomeno, il legislatore si occupa di cripto-attività (di cui, lo si ripete ancora una volta, le cripto-valute costituiscono una *species*) e pone fine all'anarchia regolamentare che ha consentito all'Amministrazione finanziaria, in assenza di formulazioni normative e nell'esercizio di un ruolo non suo, di qualificarle e disciplinare il fenomeno.

L'art. 67, comma 1, *c-sexies*), TUIR definisce dunque le cripto-attività quale macrocategoria nella quale ricondurre tutte le tipologie di *asset* virtuali, create e diffuse tramite il DTL, che si differenziano in ragione della natura e della funzione per la quale sono state emesse; archivia definitivamente l'equiparazione delle *crypto-currency* alle valute estere; e segna un ulteriore passo in avanti verso la qualificazione delle cripto-attività, in quanto valori e diritti negoziabili, quali beni giuridici *ex art.* 810 c.c.

3. I CRYPTO-ASSET (CRIPTO-ATTIVITÀ) QUALI BENI GIURIDICI

L'assenza di una qualificazione giuridica dei *crypto-asset* è stata esiziale per la certezza del diritto, e per questa ragione si è ritenuto opportuno verificare se nel nostro sistema vi è una categoria giuridica in grado di intercettare e ricomprendere il più elevato numero di tipologie di *token* di cui alla tassonomia esemplificativa (vedi par. 1) suggerita da alcuni orga-

versi quelli da esse derivanti; introduce all'art. 68, TUIR il comma 9-*bis* con il quale definisce i criteri per la determinazione delle plusvalenze o minusvalenze e comunque la base imponibile sulla quale applicare la tassazione; modifica gli artt. 5, 6 e 7, D.Lgs. n. 461/1997 e l'art. 1, D.Lgs. n. 167/1990 estendendo la disciplina dell'imposizione sostitutiva e del monitoraggio fiscale anche ai proventi derivanti da cripto-attività; la rivalutazione delle cripto-attività con applicazione dell'aliquota del 14%; un regime transitorio che prevede una (discutibile) sanatoria per regolarizzare la posizione dei contribuenti che hanno ommesso di indicare le cripto-attività nel quadro RW; l'applicazione dell'imposta di bollo o dell'IVAFE.

³⁹Cfr. art. 3, comma 2, n. 2 dove il *crypto-asset* è definito “*digital representation of a value or a right which may be transferred and stored electronically, using distributed ledger technology or similar technology*”.

nismi di vigilanza e controllo in Europa, e poi recepita dalla Commissione europea.

È indubbio che i *crypto-asset* o cripto-attività sono entità immateriali del mondo virtuale che incorporano un valore economico, crittograficamente protetto, utilizzati, solo se accettati dalla comunità in cui sono impiegati, anche quale mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi.

Sulla base di questa descrizione la maggior parte dei Paesi OCSE, con alcune eccezioni, li considera beni giuridici, *commodities* (merci) *property*, *no financial asset*⁴⁰⁻⁴¹, nuove forme di *intangibile*⁴², evoluzione *delle new properties*.

⁴⁰ Si rinvia allo studio di G. RINALDI, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contratto e impresa*, 2019, 1, p. 257 ss. il quale, dopo avere evidenziato che solo alcuni ordinamenti sono intervenuti in modo organico sul tema delle cripto-valute, dà conto di come sono definite e disciplinate in Giappone (che li considera beni giuridici), nello Stato di New York (che li qualifica mezzo di scambio e asset digitale, suscettibile di autonoma valutazione economica), in Russia (ove vengo qualificati bene finanziario digitale, creato e contabilizzato all'interno di un registro distribuito senza potere solutorio *ex lege*), nonché nella Repubblica di Malta (*financial asset* che non devono però essere considerati strumenti finanziari).

⁴¹ A conferma si vedano i rilievi dell'OCSE nel documento diffuso ad ottobre 2020 "*Tassazione delle valute virtuali: una panoramica dei trattamenti fiscali e delle questioni emergenti di politica fiscale*", in https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tassazione-delle-valute-virtuali-introduzione-e-concetti-chiave.pdf?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=it&_x_tr_bl=it&_x_tr_pto=sc, p. 10, ove viene osservato che "*La connotazione delle cripto-attività è di fondamentale importanza per capire come esse si inseriscono nei sistemi fiscali esistenti. Nella maggior parte dei casi, i Paesi considerano le cripto-attività come una forma di proprietà a fini fiscali. Partendo da questa definizione, i Paesi adottano approcci diversi in merito alla categorizzazione delle valute virtuali: mentre la maggior parte dei Paesi analizzati si riferisce ad esse come beni immateriali, alcuni le considerano come materie prime o strumenti finanziari. Una minoranza di Paesi adotta un approccio diverso e considera le valute virtuali come monete a corso legale estere (ad esempio, l'Italia), o come 'rappresentazione digitale del valore' (ad esempio, la Polonia)*". Le considerano beni immateriali Australia, Francia, Cile, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Nigeria, Spagna, Svezia, Svizzera (con l'eccezione delle società con riferimento alle quali sono valute virtuali) e Regno Unito; strumenti finanziari o beni Argentina, Brasile, Croazia, Danimarca, Israele, Giappone, Slovacchia e Sud Africa; *commodities* Austria, Canada, Cina e Indonesia. Con riferimento all'Italia si osserva che l'OCSE menziona le indicazioni interpretative formulate dall'Agenzia delle entrate che, come fatto cenno nel testo, considera le cripto-valute quali valute estere.

⁴² Tra questi potrebbero rientrare anche i dati personali o i *big data* che alcuni qualificano come *new properties*, o veri e propri beni immateriali che possono costituire oggetto di proprietà o di un diritto d'autore. Su questa si veda G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss. Sulla tematica e sul dibattito in dottrina, italiana e straniera, si veda G. ALPA, *La "proprietà" dei dati personali*, in AA.VV. (a cura di E. CALZOLAIO-R. TORINO-L. VAGNI), *Liber Amicorum Luigi Moccia*, Roma, 2021, p. 465 ss. in particolare p. 479 ss.

Questa tendenza potrebbe trovare conferma in ambito domestico in una lettura attualizzata dell'art. 810 c.c.⁴³ che permette di ricondurre nell'ampia categoria del bene giuridico qualunque entità, materiale e immateriale compresi i diritti⁴⁴, che possa costituire oggetto di diritto. Una nozione "elastica" di bene giuridico che tiene conto degli approdi di una parte della letteratura civilista⁴⁵ e dell'emersione nel tempo di forme nuove di ricchezza che devono essere messe in relazione con chi ne dispone (forme di appartenenza)⁴⁶, nonché delle indicazioni del sistema di *common law*⁴⁷

⁴³ L'art. 810 c.c. dispone che "Sono beni le cose che possono essere oggetto di diritti".

⁴⁴ Parla di reificazione dei diritti quando costituiscono oggetto di altro diritto, stante la disposizione dell'art. 813 c.c. che equipara alle entità mobili e immobili i diritti, attribuendo di conseguenza a questi ultimi la natura di bene giuridico, B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1956, p. 27 ove afferma "è ben possibile che il diritto concepito come interesse ed utilità, possa formare a sua volta obietto di altri diritti: utilità in senso giuridico può dare sia una cosa corporale [e non corporale] che un diritto".

⁴⁵ Per tutti B. BIONDI, *op. cit.*, pp. 4 e 9 per il quale "È cosa tutto ciò che forma o può formare oggetto di disciplina giuridica", "qualunque entità, materiale od immateriale che sia giuridicamente rilevante che sia presa in considerazione della legge in quanto forma o può formare obietto di rapporti giuridici. Cosa è riferimento oggettivo del diritto soggettivo". E ancora M. COSTANTINO, *La proprietà in generale*, in *Trattato Rescigno*, 7, vol. 1, Torino, 1985, in particolare p. 7. Il quale afferma che "le cose incorporali ovvero i beni immateriali 'possono formare oggetto di diritti' e sono beni in senso giuridico a pieno titolo".

Affermava che l'attribuzione dei diritti di esclusiva su entità in corporali deve essere espressamente prevista dall'ordinamento "da un sistema sostanzialmente tipico; il contenuto di tali diritti varia a seconda della natura di tali entità e degli interessi che verso di essi si rivolgono" V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1998, p. 460.

⁴⁶ O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 560 ss. afferma che il diritto di proprietà "non è assolutamente idoneo ad esprimere tutte quelle posizioni soggettive che hanno la funzione di garantire ai privati la possibilità di appropriarsi in forma esclusiva delle utilità offerte da un bene".

Per un'identificazione dell'appartenenza con la titolarità sia di diritti reali, sia di diritti relativi si veda per tutti F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929, p. 173; ID., *Il sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 234. Ma anche le lucide pagine di F. CHIAROTTI, voce *Appartenenza*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 702.

⁴⁷ A. GAMBARO, *Dai beni immobili ai beni virtuali*, in *Enc. Treccani on line*, 2009, osservava che "le due grandi tradizioni giuridiche occidentali, quella di *common law*, attualmente presente nei Paesi di lingua inglese, e quella di *civil law*, presente in Europa continentale, ma anche in America Latina e in Asia, non condividono lo stesso concetto di bene in senso giuridico; con la conseguenza che anche la nozione di proprietà (e quella correlata di possesso) non sono affatto identiche. Sicché nel mondo globale si parla di proprietà e di intellectual property per indicare i nuovi beni immateriali, ma con ciò si evocano concetti e tassonomie giuridiche niente affatto collimanti tra loro (Candian, Gambaro, Pozzo 1992)". Forse, stante un sistema economico globaliz-

che qualifica bene qualunque *asset*/utilità – corporale o incorporale – nonché i diritti aventi valore “proprietario” (economico patrimoniale) trasformabili in denaro (“*turned into money*”), che appartengono ad un soggetto in ragione non della loro disponibilità materiale, ma di diritti (*real property* e *personal property*) che il soggetto esercita sullo stesso (compreso il diritto a ricevere un reddito). E che consente ragionevolmente di ritenere che le cripto-attività costituiscono oggetto di un diritto che attribuisce a chi ne ha la disponibilità giuridica di utilizzarle come mezzo di scambio, oppure a scopo di investimento (con la prospettiva che il loro valore si incrementi determinando un profitto⁴⁸), o di disporre di un *asset* virtuale o reale (*NFT*) o di godere o fruire di un bene o di un servizio virtuale o reale (*utility token*)⁴⁹.

Questa eterogeneità di funzioni e finalità avrebbe dovuto indurre il legislatore fiscale in sede di regolamentazione a distinguere – cosa che, come anticipato, non ha fatto – da un lato le cripto-attività che presentano caratteri di finanziarietà, e dall’altro quelle che non li presentano. Con l’avvertenza che la finanziarietà dipende dalla idoneità dell’*asset* ad attribuire il diritto alla distribuzione di dividendi, o a esprimere i diritti di voto su determinate materie, o in alcuni casi al riconoscimento di un diritto di credito nei confronti dell’emittente (propria dei *security* e *investment token* e *currency token*).

Il legislatore, purtroppo, non ha fatto alcuna distinzione, e questo, si crede, determinerà difficoltà applicative non marginali.

Come si dirà a breve.

zato, potrebbe essere giunto il momento di cercare di optare per una nozione condivisa – dal sistema di *common law* e da quello di *civil law* – di bene giuridico, allo scopo di favorire un approccio giuridico omogeneo ed evitare distonie applicative. Per completezza si segnala che nel sistema di *common law* con il termine “proprietà” si intende fare riferimento alla “appartenenza di diritti”, che consente di individuare la titolarità di diritti di uso e godimento – delle sue utilità – in capo ad un soggetto. Si deve poi distinguere tra *real property* (cose) e *personal property*, categoria quest’ultima nella quale sono ricompresi invece beni mobili o diritti (c.d. *goods*), tra cui i beni immateriali, quali i brevetti, le creazioni intellettuali e i diritti aventi ad oggetto un credito nonché, in genere, qualunque diritto avente valore patrimoniale. Le *personal property* a loro volta si distinguono in *thing in action* – che ricomprende i diritti personali di proprietà, di natura intangibile, rivendicabili con un’azione giudiziale – e *thing in possession* relativa a diritti su una cosa corporale, fisicamente posseduta dal proprietario e trasferibile mediante consegna.

⁴⁸ Cfr. G. BOLETTO, *Riflessioni critiche sull’inquadramento delle criptovalute nel sistema tributario italiano*, in AA.VV. (a cura di E. NAVARRETTA-L. RICCI-A. VALLINI), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un’analisi interdisciplinare di blockchain, Blockchain, mercato e circolazione della ricchezza*, vol. II, Torino, 2021 p. 127 ss. in particolare pp. 142-143.

⁴⁹ Per un approfondimento si veda M. PIERRO, *op. cit.*, p. 574 ss., in particolare p. 592.

4. L'IMPOSIZIONE DIRETTA DELLE CRIPTO-ATTIVITÀ DOPO LA LEGGE DI BILANCIO 2023: LA DISCIPLINA

Nel sistema tributario nazionale, prima che entrasse in vigore la legge di bilancio 2023, non vi era alcuna disposizione, di fonte primaria o secondaria, che facesse anche solo cenno a termini caratterizzati dal lessema “cripto” o semplicemente dal lemma *token* (gettone virtuale). Per trovarne traccia, ma sempre e solo con riferimento alle cripto-valute, era necessario consultare i documenti di prassi (Risoluzioni e Note)⁵⁰ o le istruzioni per la compilazione della dichiarazione annuale delle persone fisiche (Unico 2019)⁵¹; atti – le risoluzioni, le note e le istruzioni – con i quali l'Amministrazione finanziaria, sollecitata a formulare indicazioni applicative e dunque a individuare il trattamento fiscale applicabile alle cripto-valute, ha sempre confermato la loro natura di valute estere, in contrasto sia con le

⁵⁰ Si segnalano la Risoluzione 2 settembre 2016, n. 72/E; le risposte a interpello della Direzione Regionale della Lombardia (cfr. interpello n. 956-39/2018) e della Direzione Regionale della Liguria (cfr. interpello n. 903-47/2018) in cui si è indicato il trattamento fiscale da applicare sia ai “proventi” derivanti dalla cessione di cripto-valute (specie di cripto-attività), sia alle remunerazioni corrisposte ai prestatori di servizi virtuali; nonché la risposta a interpello dell'Agenzia delle entrate n. 11 del 20 aprile 2020 che ha chiarito il trattamento ai fini fiscali dell'emissione di *token* distinguendo quelli di pagamento, i *security* e gli *utility*.

⁵¹ Nelle istruzioni vengono considerati “*investimenti all'estero*” e “*attività estere di natura finanziaria*” anche quelli/e che hanno ad oggetto le valute virtuali che gli operatori finanziari e gli operatori non finanziari devono indicare nel quadro RW, nel rispetto degli obblighi di monitoraggio fiscale (art. 1, D.L. n. 167/1990 come modificato dal D.Lgs. n. 90/2017). Il D.Lgs. n. 90/2017 ha inserito l'utilizzo delle “*monete virtuali*” tra le operazioni relative ai trasferimenti da e per l'estero, rilevanti ai fini del relativo monitoraggio ex art. 1, D.L. n. 167/1990. Infatti “*Gli intermediari bancari e finanziari di cui all'art. 3, comma 2, gli altri operatori finanziari di cui all'art. 3, comma 3, lettere a) e d), e gli operatori non finanziari di cui all'art. 3, comma 5, lettera i), del D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni, che intervengono, anche attraverso movimentazione di conti, nei trasferimenti da o verso l'estero di mezzi di pagamento di cui all'art. 1, comma 2, lettera s), del medesimo decreto sono tenuti a trasmettere all'Agenzia delle entrate i dati di cui all'art. 31, comma 2, del menzionato decreto, relativi alle predette operazioni, effettuate anche in valuta virtuale, di importo pari o superiore a 15.000 Euro, indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiano collegate per realizzare un'operazione frazionata e limitatamente alle operazioni eseguite per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali e di società semplici e associazioni equiparate ai sensi dell'art. 5 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917*”. In tema si veda F. TUMBILOLO, *Valute virtuali: valore innovativo o confermativo delle istruzioni ai modelli di dichiarazione?*, in *Rass. trib.*, 2021, p. 870 ss. a commento della sentenza emessa dal TAR Lazio, Sez. II-ter, 27 gennaio 2020, n. 1077.