

Penale Sent. Sez. 2 Num. 26807 Anno 2020

Presidente: GALLO DOMENICO

Relatore: COSCIONI GIUSEPPE

Data Udiienza: 17/09/2020

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

DE ROSA GIUSEPPE nato a NAPOLI il 23/11/1989

avverso l'ordinanza del 21/01/2020 del TRIB. LIBERTA' di MILANO

udita la relazione svolta dal Consigliere GIUSEPPE COSCIONI;

sentite le conclusioni del PG Vincenzo SENATORE, il quale ha chiesto l'annullamento con rinvio con riferimento al secondo motivo di ricorso ed il rigetto del ricorso nel resto;

Udito l'Avv. Luigi PEZZULLO, il quale ha insistito per l'accoglimento del ricorso con annullamento dell'ordinanza impugnata;

S. Coscioni

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 21 gennaio 2020 il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del riesame respingeva il ricorso avverso il decreto di sequestro preventivo emesso dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano del 16 dicembre 2019, che aveva disposto il sequestro preventivo a carico di De Rosa Giuseppe, indagato per i reati di cui agli artt.110 cod.pen. e 648 bis, cod.pen., 166 comma 1 lett. c) D.lgs. 58/98 e 493 ter cod.pen. della somma di € 206.442,32 e degli ulteriori beni (carte che abilitano al prelievo di denaro, dispositivi elettronici, telefonini) già oggetto di sequestro probatorio emesso dal Pubblico Ministero l'8 novembre 2019.

1.1 Avverso l'ordinanza ricorre per Cassazione il difensore di De Rosa, eccependo la violazione degli art. 325 cod.proc.pen. e 648 bis cod.pen., 125 comma 3 cod.proc.pen. e in relazione al combinato disposto dell'art. 324 comma 7 e 309 cod.proc.pen.: il Tribunale aveva infatti completamente omissso di motivare sui motivi nuovi depositati dalla difesa, che attenevano all'elemento soggettivo del reato e che così si riassumevano: gli accrediti sui conti correnti riconducibili agli indagati (presso l'istituto di credito N26 e presso Widiba) erano relativi a vendite di criptovalute eseguite sul sito localbitcoin.com, sito non riconducibile agli indagati; le transazioni per l'acquisto dei bitcoin avvenivano in modo assolutamente spersonalizzato, senza nessun contatto tra venditore e acquirente, per cui il venditore non poteva avere alcuna consapevolezza circa la provenienza della provvista utilizzata dal compratore per l'acquisto di criptovalute; gli indagati non potevano quindi avere nessuna certezza rilevante ai sensi dell'art 648 bis cod.pen. della provenienza illecita del denaro usato da Di Rosa Antonino e da Gianluca Morello Salet (o da chi aveva utilizzato le generalità di questi ultimi) per l'acquisto di bitcoin (come, del reato, alcuna prova, vi era del loro concorso nei presunti delitti di truffa presupposti); nessuna rilevanza aveva la tempistica di apertura dei conti correnti, visto che mancava l'elemento soggettivo del reato e non si poteva ricorrere alla figura del dolo eventuale, posto che non vi era alcun indice sintomatico che potesse far maturare il sospetto che le somme oggetto delle transazioni fossero di provenienza illecita; neppure il dolo eventuale poteva desumersi da una omissione degli obblighi di identificazione imposti dalla normativa anticirclaggio, essendo tali obblighi imputabili solo alla localbitcoin.com.

Su tali punti, osserva il difensore, il Tribunale si era limitato ad evidenziare le vicende relative alle transazioni sul sito localbitcoin.com, per poi affermare che tali vicende, qualificate come truffaldine, sarebbero state "tutte convergenti ai conti correnti riconducibili agli odierni indagati", convergenza che non era stata

posta in discussione, visto che le contestazioni avevano riguardato l'elemento soggettivo del reato.

1.2 Con un secondo motivo, il difensore lamenta la violazione degli artt. 240 bis cod.pen. e 125 comma 2 cod.proc.pen.e del combinato disposto dell'art. 324 comma 7 e 309 comma 9 cod.proc.pen.: il giudice per le indagini preliminari aveva disposto il sequestro della somma di € 206.442,32 ritenendo che fosse fortemente sproporzionata rispetto al reddito dichiarato e alla attività economica svolta, mentre con il ricorso per riesame si era dimostrato che tale sproporzione non sussisteva; il Tribunale aveva però operato un sintetico e non puntuale riferimento alla questione, del tutto obliterata nelle motivazioni rese, che non solo non si erano peritate di vagliare argomenti e deduzioni difensive, ma avevano posto la *quaestio iuris* della sproporzione del tutto al di fuori di qualsiasi orizzonte valutativo.

1.3 Il difensore eccepisce poi la violazione dell'art. 1 comma 2 e dell'art. 166 comma 1 lett. C) D. lgs. 58/98 (TUF), dell'art. 125 comma 3 cod.proc.pen., dell'art. 321 cod.proc.pen. e del combinato disposto degli artt. 324 comma 7 e 309 comma 9 cod.proc.pen.: l'attività di cambiavalute virtuale era stata definita dal D.Lgs. 90/17, delineando per i cambiavalute uno statò proprio e sottraendoli quindi al perimetro applicativo della normativa in materia di strumenti finanziari in quanto le valute virtuali non erano considerati prodotti da investimento, ma mezzi di pagamento (l'art. 1 comma 2 TUF prevede che "gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari"); tale scelta era perfettamente coerente con l'ordinamento comunitario e, in particolare, con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza pregiudiziale del 22 ottobre 2016 avente ad oggetto proprio le operazioni di cambio della valuta virtuale bitcoin contro valuta tradizionale, nella quale era stato chiarito che i bitcoin non avevano altre finalità oltre a quella di mezzo di pagamento; a fronte di tali dati era un fuor d'opera quanto affermato dal Tribunale, secondo cui i bitcoin costituiscono uno strumento finanziario, anche se lo stesso Tribunale sembrava perfettamente consapevole della assoluta incongruità della valutazione giuridica offerta, laddove compiva un generico ed impreciso riferimento ad "atti comunitari e provvedimenti Consob" e sovvertiva la gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, ritenendo una decisione della Corte di Giustizia UE ed un decreto legislativo minusvalenti rispetto ad un parere della Banca Centrale Europea o ad un parere della Consob o ancora ad una direttiva comunitaria priva di effetto per i cittadini perché non ancora recepita dall'ordinamento interno. Il difensore aggiunge che il Tribunale aveva richiamato l'attività che gli indagati avrebbero svolto tramite il sito bitcoingo.it che, come risultava già dalla provvisoria contestazione mossa al capo A) della rubrica, non era formalmente

riferibile al ricorrente De Rosa Giuseppe, ma a De Rosa Antonio per cui, se il Tribunale avesse voluto ipotizzare una responsabilità del ricorrente, avrebbe dovuto dimostrare che tale ditta individuale era in realtà simulata, e cioè volta a celare una società di fatto tra il ricorrente e l'intestatario, prospettiva estranea all'orizzonte valutativo del Tribunale e in contrasto con le allegazioni difensive (De Rosa operava non con il sito bicoingo.it, ma con quello localbitcoin.com).

Il difensore eccepisce poi l'erronea determinazione del profitto sequestrabile: avendo il giudice per le indagini preliminari disposto il sequestro finalizzato alla confisca per sproporzione, sarebbe stato necessario individuare il profitto del delitto ex art. 166 TUF asseritamente connesso alla attività della Bitcoingo, profitto che avrebbe potuto rintracciarsi esclusivamente tramite una effettiva ricostruzione dei flussi finanziari riferibili alla ditta indicata, non potendo identificarsi la somma sequestrabile con il profitto della Bitcoingo; volendo poi individuare il profitto sequestrabile, avrebbe dovuto calcolarsi il saldo positivo tra i valori relativi all'acquisto di bitcoin e quelli relativi alla vendita della criptovaluta, al netto delle tasse; il Tribunale aveva rigettato tale sottolineatura - fatta per tuziorismo, visto che nessun profitto della Bitcoingo risultava dimostrato- con motivazione apparente mediante richiamo alla sentenza di questa Corte n.37120/19, che aveva per oggetto il delitto di riciclaggio ove, per l'individuazione del profitto, non sono necessari conteggi particolari, dovendosi avere esclusivamente riferimento alle somme oggetto del reato, meccanismo di computo non estendibile ad altre figure di reato, di modo che non pareva dubbio che il reato di abusivismo finanziario avesse un profitto immediatamente identificabile nell'eventuale saldo attivo tra il prezzo di acquisto dei prodotti e quello di collocamento, da computarsi al netto delle imposte pagate sulle transazioni finanziarie.

1.4 Il difensore eccepisce infine la violazione dell'art. 493 ter cod.pen. in quanto il Tribunale, a fronte della eccezione sulla omessa motivazione da parte del giudice per le indagini preliminari in ordine al requisito del *periculum*, non aveva espresso alcuna valutazione, applicando al caso di specie -caratterizzato dall'utilizzo di una carta bancomat- una giurisprudenza relativa alle carte di credito, argomentazione che solo apparentemente replicava ai rilievi difensivi (il difensore richiamata la sentenza n. 7910 di questa sezione, dalla quale si evince che rispetto alla carta di debito il delitto contestato può sussistere solo se la carta e/o il relativo codice siano stati sottratti all'intestatario e si sia proceduto all'utilizzo): vi era stata quindi una violazione della norma sostanziale, visto che questa prevede un reato che non si consuma con l'uso dell'altrui carta, ma solo allorchè questo sia indebito, circostanza che non ricorreva nel caso in esame,

ove il titolare formale aveva consegnato al ricorrente carta e codice pin, legittimandolo all'utilizzo.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.E' fondato il secondo motivo di ricorso.

1.1 In via preliminare, osserva questa Corte che, in tema di ricorso per cassazione proposto avverso provvedimenti cautelari reali, l'art. 325 cod.proc.pen. consente il sindacato di legittimità soltanto per motivi attinenti alla violazione di legge: nella nozione di "violazione di legge" rientrano, in particolare, gli "errores in iudicando" o "in procedendo", ma anche i vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo a sostegno del provvedimento del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza, come tale apparente e, pertanto, inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal Giudice (Sez. 6, n. 6589 del 10/01/2013, Gabriele, Rv. 254893; Sez. 5, n. 43068 del 13/10/2009, Bosi, Rv. 245093). Non può, invece, essere dedotta l'illogicità manifesta della motivazione, la quale può denunciarsi nel giudizio di legittimità soltanto tramite lo specifico ed autonomo motivo di cui all'art. 605 cod.proc.pen., lett. e) (v., per tutte: Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, P.C. Ferazzi in proc. Bevilacqua, Rv. 226710; Sez. U, n. 25080 del 28/05/2003, Pellegrino S., Rv. 224611).

Nel caso in esame, quanto all'elemento soggettivo del reato, il Tribunale ha risposto al primo motivo di ricorso, avendo ricostruito l'intera vicenda, e in particolare osservando che:

vi era stata una truffa ai danni di Andrea Menè, per il quale era stato utilizzato un conto ING Bank, alimentato con un bonifico da lui effettuato e con altri due bonifici, sempre relativi ad una truffa e ad un furto di identità;

il conto ING Bank era stato immediatamente svuotato con due bonifici a favore di un conto corrente acceso in Germania presso la N26 Bank GMBH intestato ad Amabile Silvana, aperto on line mediante l'invio anche di un numero di telefono riconducibile all'indagato De Rosa Giuseppe, figlio della Amabile;

nella movimentazione in uscita del conto tedesco risultavano due ricariche postepay per l'acquisto di criptovalute, la prima mediante il sito Bitoingo, e la seconda a favore di Eugenio Paolo Losa, che aveva dichiarato di avere trattato la vendita con un soggetto con nickname "Pino89" tramite utenza telefonica intestata a De Rosa Giuseppe (la foto inserita da "Pino89" sul suo profilo whatsapp corrispondeva a quella di De Rosa Giuseppe);

altro conto su cui erano finiti i proventi di truffe, intestato a Di Rosa Antonino, aveva avuto uscite sul già citato conto N26 e su un conto aperto on

line intestato a De Rosa Debora (sorella di De Rosa Giuseppe) su banca WIDIBA, per l'apertura del quale era stata fornita l'utenza telefonica di De Rosa Giuseppe

tutto ciò premesso, il Tribunale trae la logica conclusione della sussistenza dell'elemento psicologico relativo al reato di cui all'art. 648 bis cod.pen.; va infatti osservato che l'indagato non si è limitato ad occuparsi di acquisto e cessione di criptovalute, ma si è inserito attivamente nella apertura di conti correnti sui quali confluivano i proventi delle truffe, che venivano poi utilizzati per le relative transazioni, per cui appare esente da censura la motivazione del Tribunale secondo cui "le citate circostanze in sede di indagini appaiono difficilmente compatibili con un atteggiamento psicologico diverso dal dolo in relazione al reato di cui al capo A)" (pag.11 ordinanza impugnata).

1.2 Infondato è anche il terzo motivo di ricorso, con il quale viene sostenuto che poiché le valute virtuali non sono prodotti di investimento, ma mezzi di pagamento, le stesse siano sottratte alla normativa in materia di strumenti finanziari: tale censura non si confronta però con la motivazione contenuta a pag.13 dell'ordinanza impugnata, ove si sottolinea che la vendita di bitcoin veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, tanto che sul sito ove veniva pubblicizzata si davano informazioni idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa, affermando che "chi ha scommesso in bitcoin in due anni ha guadagnato più del 97%"; trattasi pertanto di attività soggetta agli adempimenti di cui agli artt. 91 e seguenti TUF, la cui omissione integra la sussistenza del reato di cui all'art. 166 comma 1 lett. c) TUF.

Quanto alla censura secondo cui il sito Bitcoingo non sarebbe riconducibile all'indagato, si deve osservare come il conto N26 acceso mediante la comunicazione del numero di telefono riconducibile all'utenza di De Rosa Giuseppe sia stato utilizzato per l'acquisto e la successiva cessione di bitcoin da parte di Fabio Finotello, avvenuta tramite quel sito (pag.8 ordinanza impugnata), il che rende evidente che, a prescindere dalla formale riferibilità del sito a De Rosa Antonio, lo stesso era adoperato anche da De Rosa Giuseppe.

1.3 Relativamente all'ultimo motivo di ricorso, questa Corte ha precisato che "Anche l'uso di una carta di credito da parte di un terzo, autorizzato dal titolare, integra il reato di cui all'art. 12, d.l. 3 maggio 1991, n. 143, convertito nella legge 5 luglio 1991, n. 197 (ora art. 493-ter cod. pen.), in quanto la legittimazione all'impiego del documento è contrattualmente conferita dall'istituto emittente al solo intestatario, il cui consenso all'eventuale utilizzazione da parte di un terzo è del tutto irrilevante, stanti la necessità di firma all'atto dell'uso, di una dichiarazione di riconoscimento del debito e la conseguente illiceità di un'autorizzazione a sottoscriverla con la falsa firma del

titolare, ad eccezione dei casi in cui il soggetto legittimato si serva del terzo come "longa manus" o mero strumento esecutivo di un'operazione non comportante la sottoscrizione di alcun atto. (Fattispecie in cui l'agente, che conosceva gli estremi della carta di credito della persona offesa in ragione di un precedente utilizzo per conto di quest'ultima, acquistava un biglietto aereo destinato esclusivamente a sé stesso)"(Sez. 2, Sentenza n. 17453 del 22/02/2019, PMT/ Pautasso, Rv. 276422 - 01); il fatto che nel caso in esame si tratti di una carta di debito anziché di credito è del tutto irrilevante, considerato che il bancomat è un "documento analogo" (alla carta di credito) che abilita al prelievo di denaro contante e quindi rientra nell'art. 493 ter cod.pen.

1.3 Fondato è, invece, il secondo motivo di ricorso.

Già in sede di riesame, il ricorrente aveva censurato la motivazione contenuta nel decreto di sequestro emesso dal giudice per le indagini preliminari, secondo la quale la somma di € 206.442,32 appariva "fortemente sproporzionata rispetto al reddito dichiarato e all'attività svolta" (pag.5 decreto di sequestro e il Tribunale dà atto della censura a pag.5 dell'ordinanza impugnata; quando però passa a trattare della determinazione del profitto confiscabile, nessuna motivazione viene espressa sulla eccezione proposta dalla difesa e reiterata nel ricorso per cassazione, con conseguente omissione della motivazione, che integra la violazione di legge di cui all'art. 325 cod.proc.pen. in quanto inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice, tanto più in quanto non vi è neppure un accenno a quale sarebbe il reddito sul quale poter operare un giudizio di sproporzione.

L'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio per nuovo giudizio sul punto, ritenendo assorbiti gli ulteriori profili di censura sulla determinazione del profitto confiscabile.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale di Milano competente ai sensi del 324 co.5 c.p.p.

Così deciso il 17/09/2020

Il consigliere estensore
Giuseppe Coscioni



Il Presidente
Domenico Gallo

