

I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense

Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei reati fallimentari

Bankruptcy Offences in the U.S. Legal System Interpretation Through Comparison

Comparative Insights for an Interpretative Review of Bankruptcy Crimes

OLMO CORRADO ARTALE

Dottore di ricerca in diritto penale presso l'Università di Modena-Reggio Emilia

SISTEMA PENALE USA, BANCAROTTA

US CRIMINAL SYSTEM, BANKRUPTCY

ABSTRACT

È opinione condivisa che il sistema delle procedure concorsuali italiano, attraverso le riforme succedutesi negli ultimi anni, guardi agli Stati Uniti quale modello, quantomeno ideale, di riferimento. Si è, dunque, deciso di indagare il microcosmo penale-fallimentare statunitense, evidenziandone similitudini e divergenze rispetto al paradigma nazionale, al fine di cogliere eventuali spunti che possano condurre a una revisione interpretativa delle fattispecie di bancarotta, immutate (e forse immutabili) all'interno di un contesto in continua evoluzione.

It is well known that in recent years the Italian (civil) bankruptcy system has been reformed looking at the U.S. system as an ideal term of comparison. The U.S. system of bankruptcy crimes and frauds is examined here, in order to underline possible similarities and dissimilarities with the Italian criminal system. The aim of this work is to offer the reader new tools to interpret Italian bankruptcy crimes within the renewed civil bankruptcy system.

SOMMARIO

1. Le ragioni di una comparazione per certi versi inedita. – 2. Premessa metodologica all'analisi comparata. – 3. Brevi cenni sul sistema delle procedure concorsuali federali statunitensi. – 4. Le fattispecie incriminatrici: una panoramica. – 5. Le singole fattispecie incriminatrici: 18 U.S.C. § 152. – 6. § 152(1) *Concealment of assets*. – 7. § 152(7) *Transfer and Concealment of assets in contemplation of a bankruptcy*. – 8. Le fattispecie "dichiarative" ai sensi del § 152(2)(3). – 9. Le altre fattispecie disciplinate dal § 152. – 10. Le singole fattispecie incriminatrici: 18 U.S.C. § 157. – 11. Le singole fattispecie incriminatrici: 18 U.S.C. 1519 (Sarbanes-Oxley Act). – 12. Una riflessione sull'effettività della tutela penale del sistema fallimentare. – 13. Brevi spunti per una riflessione sul sistema nazionale.

1.

Le ragioni di una comparazione per certi versi inedita.

Oggetto di comparazione nel presente articolo è un sistema giuridico apparentemente (ma, vedremo, anche sostanzialmente) lontano – ma non più così estraneo – rispetto a quello nazionale, il sistema statunitense.

Ciò in ragione del volto delle procedure concorsuali statunitensi, per molti anni così diverso rispetto a quello italiano¹. Un volto nel quale, tuttavia, nell'ultimo decennio, anche il sistema fallimentare nazionale, tende a specchiarsi sempre più.

Il percorso di avvicinamento è evidente, per esempio, in relazione al nuovo concordato preventivo². «Dall'evoluzione recente della legge fallimentare emerge come la fonte cui il legislatore italiano, talora dichiaratamente, si è ispirato nel dettare la nuova disciplina del concordato preventivo, sia il Chapter 11 dello U.S. Bankruptcy Code.

In particolare, l'anticipazione delle protezioni concordatarie al momento del deposito o della conseguente pubblicazione della domanda "con riserva" possono appunto considerarsi come una trasposizione, più o meno riuscita, del c.d. automatic stay previsto nelle ristrutturazioni regolate dal Chapter 11»³.

Quelle statunitensi possono definirsi il «prototipo delle procedure di riabilitazione, sia per la notorietà internazionale, sia per l'effettiva ricchezza di strumenti che l[e] contraddistingue»⁴.

Oltreché sulla disciplina del concordato preventivo, la legislazione statunitense (ancora il Chapter 11), ha costituito il punto di riferimento in chiave comparata anche per le nuove figure di accordi per la ristrutturazione dei debiti di cui al novello art. 182-bis L.F.⁵

Senza poter dimenticare la chiara analogia fra le fattispecie di Consumer bankruptcy e i novelli "procedimenti per la composizione delle crisi da sovraindebitamento" (peraltro significativamente inseriti all'interno di un provvedimento anti-usura ed estorsione, quale preteso rimedio al ricorso al credito a tassi usurari delle persone fisiche a fronte di una situazione di sovraindebitamento)⁶.

Secondo il preambolo alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, «[i]l debitore in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi, un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano che [però] assicuri [anche] il

¹ Sulla c.d. *pro-debtor ideology* cfr. diffusamente § 3.

² Peraltro dichiarato dallo stesso legislatore: «Con la lettera b) si dà all'imprenditore, sul modello del *chapter 11* del *Bankruptcy Code* americano, la facoltà di depositare un ricorso contenente la mera domanda di concordato preventivo, senza la necessità di produrre contestualmente alla stessa la proposta, il piano e l'ulteriore documentazione richiesta dal secondo e terzo comma dell'articolo 161» (disegno di legge n. 5312 presentato il 26 giugno 2012 per la conversione in legge del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83).

³ R. BONSIGNORI-P. RAINELLI, *Abuso del diritto nel concordato preventivo con riserva*, in *Giur. Comm.*, 3, 2014, p. 474 e ss.; più in generale e prima della riforma, v. A. JORIO, *Il concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO-M. FABIANI, Bologna, Zanichelli, 2010, 971 ss.

⁴ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007, 193 ss.

⁵ Sul punto v. D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L. 83 del 2012*, in *Giust. Civ.*, 10, 2013, p. 579 e ss.; A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *Riv. not.*, 2006, 322, nt. 9, secondo cui, in materia di accordi di ristrutturazione del debito, «il principale punto di riferimento è il *chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense, che disciplina la procedura della c.d. «*corporate reorganization*». Nell'ottica statunitense gli accordi tra debitore e creditori sono chiamati a svolgere un ruolo fondamentale, alla luce della volontà di preservare le ragioni dell'impresa e dell'imprenditore (si parla infatti di procedure *debtor oriented*). Uno degli obiettivi fondamentali è rappresentato dall'esigenza di fornire all'impresa un'altra opportunità di operare sul mercato (c.d. «*fresh start*»)). Più in generale, v. A. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXXVII, Padova 2005, 234 ss.; ID., in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, 5ª ed., Padova 2009, sub art. 182-bis, p. 1056.

⁶ V. A. GUIOTTO, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in *Il Fallimento*, 2012, 11, p. 1285 e ss.

regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo stesso [elemento che differenzia molto tale fattispecie dal suo riferimento statunitense]. Il piano dovrà prevedere le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori, le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti, le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni. La proposta di accordo prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei redditi futuri. Nei casi in cui i beni o i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità del piano, la proposta deve essere sottoscritta da uno o più terzi che consentono il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per l'attuabilità dell'accordo»⁷.

Siamo in presenza di procedimenti di composizione della crisi, applicabili anche alle persone fisiche (e in generale a tutti i soggetti non sottoposti alla disciplina sul fallimento) assistiti da sanzioni penali⁸ (sulle quali non ci diffonderemo in dettaglio) chiaramente ispirate, nell'opinione del sottoscritto, alle fattispecie statunitensi. Si tratta, infatti, di ipotesi di reato⁹ mosse, essenzialmente, da finalità decettive verso la procedura (in termini di dolo specifico), solo marginalmente interessate al danno patrimoniale ai creditori – si pensi alla diminuzione del passivo finalizzata all'accesso alla procedura che, anzi, costituisce un vantaggio per i creditori – e per lo più concentrate sulla mancata esecuzione di obblighi sostanziali o formali scaturiti dalla proposizione della domanda di composizione della crisi¹⁰.

Tratti, a ben vedere, piuttosto simili a quelli – che analizzeremo – propri dei bankruptcy crimes nell'ordinamento giuridico federale statunitense.

Se il sistema *stricto sensu* fallimentare nazionale si orienta sempre di più verso procedure di riorganizzazione in continuità e vede l'assetto normativo statunitense come punto di riferimento via via più prossimo¹¹, abbiamo ritenuto interessante, dunque, indagare quali forme di tutela quell'ordinamento giuridico si sia dato, specificamente sul versante penalistico.

Ne è scaturita una ricerca per certi versi sorprendente, per altri versi sconcertante.

Sorprendente nella misura in cui affianca a un assetto civilistico nettamente *debtor oriented*, un sistema di presidi penalistici, potenzialmente, molto affittivi.

Ciò (ne abbiamo già accennato) attraverso il ricorso a reati formali, di pericolo astratto, in cui la selezione della rilevanza penale delle condotte viene svolta essenzialmente sulla base dell'elemento soggettivo che le sorregge (con esclusione però di qualsiasi fattispecie colposa), volti alla tutela della procedura concorsuale in sé, più che del suo risultato (corretta ripartizione dell'attivo fallimentare, garanzia dei creditori concorsuali).

Sorprendente, tuttavia, per chi è abituato a muoversi nel sistema italiano, anche per altre ragioni, che saranno approfondite nel prosieguo.

L'ordinamento nord-americano non contempla mai il fallimento (o l'accesso alle procedure concorsuali in senso lato) quale conseguenza necessaria al ricorrere di un particolare stato di fatto (condizione aziendale). Conseguentemente, non incrimina il mancato accesso, da parte dell'imprenditore (o della persona fisica), alla procedura concorsuale. Così come non sindaca, dal punto di vista penale, la bontà delle scelte aziendali (anche di prosecuzione dell'attività) e non reprime l'aggravamento del dissesto (se non quale conseguenza di uno schema fraudolento deliberato).

Sconcertante, nella misura in cui si tenga in conto, a fronte dell'arsenale penalistico dispo-

⁷ In dottrina v. E. PELLECCIA, *Primi provvedimenti sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento: in particolare il piano del consumatore*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 5, 2014, p. 543 e ss.; R. TAROLLI, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. Comm.*, 4, 2014, p. 789 e ss.

⁸ Ai sensi dell'art. 16, l. 27 gennaio 2012, n. 3.

⁹ Per alcuni commenti alle nuove fattispecie v. I. MERENDA, *Profili penali della disciplina del sovraindebitamento*, in *Cass. Pen.*, 10, 2013, p. 3355B e ss.; P. FILIPPI, *Gli aspetti penali della procedura*, in *Il Fallimento*, 9, 2012, p. 1117 e ss.; P. CELENTANO, *Le sanzioni penali*, in M. FERRO (a cura di), *Sovraindebitamento e usura*, Padova, Ipsoa, 2012, p. 277 e ss.; M. MASUCCI, *Le fattispecie penali in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione di beni del debitore*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Volume III, Torino, Giappichelli, 2014.

¹⁰ In tal senso, M. MASUCCI, *Le fattispecie penali*, cit., per il quale «la legge coltiva una prospettiva [...] di tipo più formale che sostanziale perché [...] anche in questo gruppo di condotte ravvisa espedienti di cui il debitore si serva per avviare una procedura a sé favorevole e non comportamenti da punire in ragione del danno causato ai creditori»; continua L.A., in A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 211 «Difetta ai reati in esame anche un evento di danno patrimoniale, derivante dalla mancata soddisfazione dei creditori [...]. La formulazione delle norme in esame resta perciò ben distante da quella che una piana applicazione del principio di offensività – ormai largamente riconosciuto dalla più matura giurisprudenza ordinaria e costituzionale – avrebbe suggerito».

¹¹ Pur in assenza di una vera e propria rivisitazione della parte penalistica della legge fallimentare, eccezion fatta per il novello art. 217-bis L.F. volto, come visto sopra, a restringere l'area applicativa della bancarotta preferenziale, con specifico riferimento ai pagamenti effettuati in esecuzione delle nuove ipotesi di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione del debito (nonché, con un'introduzione recentissima, di commissariamento straordinario dell'Ilva S.p.A.).

nibile (pur così diverso rispetto a quello italiano), dell'(in)effettività della repressione penale conseguente all'applicazione dei bankruptcy crimes. Come avremo modo di vedere nell'ultimo paragrafo, e nonostante i (simbolici) tentativi di inversione di rotta degli ultimi anni, infatti, le condotte penali fallimentari sono assistite da una sorta di disinteresse punitivo, espressione, probabilmente, di quella pro-debtor ideology che sarà oggetto di analisi nel prosieguo.

2.

Premessa metodologica all'analisi comparata.

Il presente lavoro è dedicato allo studio ed all'esposizione del sistema penale fallimentare federale statunitense. Sarà prestata una particolare attenzione alle figure di reato maggiormente prossime a quelle contenute nella Legge fallimentare italiana, al fine di coglierne analogie, similitudini, ma anche, sovente, marcate, quanto interessanti, differenze.

Da un punto di vista metodologico questo studio sarà compiuto attraverso l'analisi di fonti provenienti da diversa estrazione. Accanto a materiali di origine accademica e dottrinale, un'attenzione particolare – e per certi versi inconsueta – sarà dedicata all'esposizione di risorse di natura professionale o professionalizzante messe a disposizione degli operatori del sistema fallimentare e penale fallimentare (principalmente trustees e prosecutors) da parte dell'amministrazione federale statunitense (nelle diverse declinazioni che vedremo infra).

Ultima, solo in questa esposizione preliminare, ma ovviamente fondamentale quanto a peso specifico, sarà l'analisi del case law delle giurisdizioni superiori federali (principalmente, se non esclusivamente, della giurisprudenza elaborata dai vari Circuits delle Courts of Appeals federali, in quanto, nella materia oggetto di questo lavoro, essenzialmente giurisdizioni di ultima istanza).

Non casuale, né di stile, però, è la scelta di citare la fonte giurisprudenziale quale ultima risorsa offerta all'attenzione del lettore. Se, da un canto, l'interpretazione delle Corti riveste un ruolo fondamentale nell'approccio alle fattispecie penali fallimentari vigenti nel sistema giuridico preso ad oggetto di comparazione; da un altro canto, è necessario sottolineare sin d'ora che, tanto da un punto di vista assoluto, quanto da un punto di vista relativo (avendo, cioè, l'esempio italiano quale termine di paragone), la produzione giurisprudenziale federale (i crimini legati all'insolvenza trovano una disciplina federale e non statale) si appalesa essere, in materia penale fallimentare, estremamente rarefatta.

A tal punto rarefatta da sfidare la dottrina e gli operatori del sistema fallimentare e penale fallimentare statunitense ad interrogarsi sulla concreta effettività di quest'ultimo, tanto in chiave general preventiva che retributiva. A tal proposito, in conclusione dell'analisi comparata, sarà posto un paragrafo dedicato all'esposizione dei tentativi – si anticipa un giudizio personale, per molti versi simbolici e, stando ai numeri, ben poco efficaci – di enforcement dell'ampia e, di recente, ampliata disciplina statutaria dedicata ai crimini dell'insolvenza.

Un'ultima notazione, anche questa di natura introduttiva: l'approccio al sistema penale fallimentare statunitense richiede l'abbandono di alcune certezze legate all'esperienza, teorica e pratica, nazionale e impone di rivalutare e, sovente, tralasciare alcune categorie viceversa fondamentali nel sotto-sistema penale italiano.

Uno fra gli esempi maggiormente significativi è quello relativo alle caratteristiche dei soggetti attivi passibili di incriminazione ai sensi delle norme che si andranno ad esporre. Se la Legge fallimentare italiana (quantomeno con riferimento alle figure di bancarotta) si articola su fattispecie incriminatrici che delineano reati propri (salvo ovviamente il concorso dell'extraneus ex art. 110 c.p.) dell'imprenditore commerciale o di delimitate categorie di soggetti professionalmente legate all'impresa esercitata in forma societaria (amministratori, sindaci, ecc.); le norme contenute nel Titolo 18 dello United States Code (il codice federale statunitense, di seguito 18 U.S.C.) dal § 152 al § 157 contemplano, per lo più, figure di reato comune e sono applicabili, indifferentemente, all'imprenditore commerciale, alle figure societarie (amministratori, sindaci, ecc.), ma anche, e questo è l'elemento certamente originale, alle persone fisiche¹².

Ciò altro non riflette se non la marcata differenza fra il sistema delle procedure concorsuali statunitensi (disciplinato dai vari paragrafi del Titolo 11 del U.S.C.) e la legge fallimentare

¹² Si è già evidenziato come, anche il sistema italiano stia iniziando a conoscere fattispecie penali applicabili alle persone fisiche che accedano a procedure di composizione delle crisi di sovraindebitamento, al di fuori, però, dei reati dell'insolvenza propriamente detti.

italiana¹³. Una figura analoga al fallimento, la c.d. bankruptcy (che, a dispetto del nome che rimanda al nostro equivalente penale, non ha alcuna connotazione criminosa), cui segue, a seconda delle differenti forme compendiate nei diversi paragrafi del Titolo 11 U.S.C., una procedura prettamente liquidatoria o di ristrutturazione del debito, destinata, nella fisiologia (ad esclusione cioè di condotte riconducibili a frodi, nel senso sia penalistico che civilistico del termine, da parte del debitore) all'esdebitazione (discharge) del fallito, è, infatti, applicabile indifferentemente all'imprenditore commerciale (individuale o societario) e alla persona fisica (consumer)¹⁴. Parallelamente, il sistema statunitense si è dotato di un armamentario penalistico applicabile ad entrambe le categorie ed anzi, nella prassi, vista anche la nettissima prevalenza delle istanze di bankruptcy presentate da – o nei confronti di – consumers rispetto a quelle che interessano gli imprenditori commerciali, l'applicazione delle fattispecie penali fallimentari è principalmente rivolta ai primi più che ai secondi.

Se una prima importante differenza riguarda i soggetti attivi dei reati fallimentari, di non minore rilievo è quella relativa al ruolo del fallimento nella struttura dell'offesa. Problematica di non trascurabile momento nel sistema penale fallimentare italiano (anzi, probabilmente, la più importante fra le questioni dogmatiche ancora irrisolte, seppur così ampiamente indagate in dottrina e giurisprudenza), quella sulla natura della sentenza di fallimento nella struttura dei reati di bancarotta, tanto che la si intenda quale elemento costitutivo¹⁵, condizione di punibilità (estrinseca o intrinseca)¹⁶, condizione di procedibilità¹⁷, condizione di esistenza¹⁸ o presupposto (nelle ipotesi post-fallimentari)¹⁹, si appalesa di imprescindibile risoluzione, stante l'indispensabilità della stessa per la perseguibilità delle fattispecie penali. La sentenza dichiarativa di fallimento segna, inoltre, nel sistema giuridico nazionale, uno spartiacque particolarmente importante anche in chiave descrittiva, permettendo di distinguere fra fattispecie di reato pre-fallimentari e post-fallimentari.

Limitandoci ad accennare quanto sarà esposto con riferimento alle singole fattispecie incriminatrici, nel sistema penale fallimentare statunitense, al contrario, l'attenzione si concentra su di un elemento (ed un momento) diverso (ed antecedente), quello della sottoscrizione dell'istanza ai sensi di uno dei paragrafi del Titolo 11 U.S.C. (petition), sia questa promossa dal soggetto attivo (debitore/reo) o dai creditori (involuntary petition), i quali possono (non necessariamente) essere soggetti danneggiati dal reato, ma non persone offese (ampio spazio sarà dedicato, infra, al bene giuridico tutelato dai reati fallimentari).

Inoltre, come vedremo in seguito – ed è certamente l'aspetto di maggior rottura rispetto al sistema domestico – in presenza di un determinato elemento soggettivo (intent) e di una finalizzazione dell'azione, talune condotte poste in essere antecedentemente alla sottoscrizione dell'istanza di fallimento (in proprio o da parte dei creditori) ed in previsione di essa possono rilevare penalmente anche qualora nessuna bankruptcy venga mai dichiarata, né sia promossa alcuna istanza in tal senso.

Sempre considerando l'elemento soggettivo, non sarà trascurato il fatto che nessuna fattispecie penale fallimentare statunitense è punibile a titolo di colpa e che la distinzione fra bancarotta fraudolenta e semplice²⁰ non è riproducibile in detto sistema.

Da ultimo, come già anticipato, segnaliamo come tali fattispecie, non contemplino mai il fallimento quale evento necessitato, doveroso in un particolare momento della vita dell'impresa/persona fisica, e, conseguentemente, non incriminino, contrariamente a quanto accade

¹³ Differenza, ed è una tendenza internazionale, che è stata certamente ridotta a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 221 del 17 dicembre 2012 in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento applicabile anche agli insolventi civili (persone fisiche) sul modello statunitense del *fresh start*. Cfr. L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, in *Magazine Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2013, pag. 1 e ss.

¹⁴ Si potrebbe dire che il sistema fallimentare statunitense, pur in maniera ancora disorganica, nasca, con vocazione umanitaria, proprio per far fronte alle situazioni di sovra indebitamento delle persone fisiche. Anzi, di una persona fisica. Nel 1800, antecedentemente, dunque, all'adozione della prima codificazione organica datata 1898, una disciplina di esdebitazione fu adottata all'unanimità dal Congresso per permettere la liberazione dal carcere per debiti (dovuti ad una fallita speculazione edilizia) di Robert Morris, uno dei firmatari della Dichiarazione di Indipendenza e della Costituzione americana, nonché uno dei due primi senatori dello stato di Pennsylvania: v. G.F. MUNITZ, *Keynote Address: Stories in the Development of Bankruptcy Law*, 42 *Golden Gate University Law Review*, 2012, pag. 4.

¹⁵ Così la giurisprudenza pressoché costante della Corte di Cassazione.

¹⁶ Per tutti C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. Galgano (a cura di), *Comm. L. fall. Scialoja Branca*, sub art. 216-227 L. Fall., Zanichelli, Bologna-Roma, 1995.

¹⁷ U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁸ Cass. pen., S.U., 25 gennaio 1958, n. 2, Mezzo.

¹⁹ P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955.

²⁰ Con ciò l'autore non sta implicitamente aderendo alla teoria del U. GIULIANI-BALESTRINO, *La Bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., cap. I parte II, secondo cui tutte le fattispecie di bancarotta semplice hanno natura colposa.

nel sistema nazionale, l'omissione o il ritardo nella presentazione della relativa istanza, né l'aggravamento del dissesto causato dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, in assenza di ulteriori condotte rilevanti ai sensi del Titolo 18 U.S.C. § 152 e 157.

L'esposizione delle fattispecie incriminatrici appena menzionate difficilmente potrebbe essere efficace qualora si prescindesse totalmente dal contesto civilistico di riferimento, quello disciplinato, cioè, dal già più volte citato Titolo 11 U.S.C.; per questo il paragrafo seguente sarà dedicato, pur in maniera certamente non esaustiva e necessariamente rapida, ad alcuni cenni sulle procedure concorsuali vigenti nel sistema federale statunitense.

3. **Brevi cenni sul sistema delle procedure concorsuali federali statunitensi.**

Ancora nei primi anni duemila i maggiori commentatori del sistema fallimentare federale statunitense non potevano esimersi dal notare l'assoluta unicità dello stesso nel panorama mondiale²¹. Correttamente, l'elemento di maggiore sorpresa per l'interprete straniero è identificato nel fatto che, in detto sistema, il ricorso alle procedure fallimentari (d'ora in poi anche *bankruptcy*) non sia considerato, tanto dalle persone fisiche, quanto dall'imprenditore, quale ultima risorsa, da evitare ad ogni costo. «Certamente nessuno vorrebbe dichiarare la propria *bankruptcy*, ma la maggior parte dei debitori statunitensi considera tale eventualità quale una risorsa normale per raggiungere una composizione salutare della propria situazione debitoria e non certo quale "Fine" di ogni attività»²².

Anche da un punto di vista numerico, negli ultimi 15 anni il ricorso alle procedure concorsuali ha raggiunto numeri apicali. Per la prima volta nel 1996 le istanze presentate da persone fisiche hanno superato il milione all'anno, così come quelle sottoscritte da imprenditori commerciali si sono attestate su svariate decine di migliaia.

Ciò che preme rimarcare, ancora con le parole di autorevole dottrina, è che «il diritto fallimentare statunitense è certamente più favorevole [*sympathetic*] nei confronti del debitore rispetto a quello della maggior parte delle altre nazioni»²³.

Salvo ritornare – certamente a grandissime linee – sui singoli paragrafi del Titolo 11 U.S.C. (e, dunque, sulle differenti procedure concorsuali a disposizione dei debitori), adottando una chiave prospettica "dall'alto", possiamo notare come uno degli elementi di maggiore interesse, e favore verso l'istante, del sistema nord-americano sia legato al "controllo" che il debitore esercita sulla procedura. Anzitutto in fase di scelta, là dove è il debitore, appunto, che può optare per piani prettamente liquidatori (che prevedono la consegna alla procedura degli asset maggiormente rilevanti, ma garantiscono un'esdebitazione immediata, almeno per le persone fisiche) piuttosto che di riorganizzazione in continuità (analoghi ai piani di ristrutturazione oggi contemplati dall'art. 182-bis L.F.). In questo secondo caso – avendo presente le procedure avviate dall'imprenditore commerciale – è quest'ultimo che mantiene il controllo dell'attività di impresa e non si vede automaticamente sostituito da un curatore.

Altro elemento distintivo – da questo punto di vista il parallelo col sistema italiano è di certo più stretto – è quello legato alla forte giurisdizionalizzazione delle procedure e alla pre-

²¹ «*Bankruptcy law in the United States is unique in the world*» per D. SKEEL JR., *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2001, Introduction, pag. 1.

²² *Ibidem*. L'autore riporta, a titolo esemplificativo, una lista di celebrità del mondo dello spettacolo e dello sport che hanno fatto ricorso al sistema delle procedure concorsuali, nonché – più significativa – l'esperienza della Texaco, gigante petrolifero che sottoscrisse un'istanza di fallimento in proprio nel 1987, pur avendo una patrimonializzazione pari a circa 25 miliardi di dollari. Il ricorso al Titolo 11 U.S.C., nel caso di specie, fu utilizzato preventivamente e strumentalmente al fine di contrastare le probabili conseguenze di una controversia giudiziale pendente fra Texaco e Pennzoil, legata all'acquisizione di una terza compagnia petrolifera, la Getty Oil. Texaco, in quell'occasione, ricorse al sistema fallimentare in modo da impedire l'esecuzione individuale di una condanna, in favore di Pennzoil, al risarcimento di 10.53 miliardi di dollari e forzare la parte vittoriosa nel procedimento civile a sottoscrivere una transazione. In effetti la strategia dette i suoi frutti e Texaco riemerse dalla propria *bankruptcy* solo due anni dopo.

²³ D. SKEEL JR., *Debt's Dominion*, cit., pag. 1 esprime una delle linee guida dell'intero sistema con il termine *pro-debtor ideology*.

minenza del ruolo ricoperto dall'assistenza legale specializzata²⁴.

Le origini del sistema fallimentare statunitense sono da rinvenirsi nelle ultime decadi del XVIII secolo e riflettono la particolare ideologia culturale – tutt'affatto superata – dell'epoca secondo la quale il futuro nord-americano sarebbe stato assicurato dallo sviluppo del commercio. In questo senso le leggi fallimentari avrebbero dovuto ricoprire un ruolo fondamentale «tanto per proteggere i debitori non fraudolenti, quanto i creditori, nonché per incoraggiare lo sviluppo di un credito su basi speculative che alimentasse la crescita dei commerci»²⁵.

Il codice fallimentare oggi vigente, emanato nel 1978, è indirizzato, come già accennato, a diverse categorie di soggetti: le persone fisiche (insolventi civili), gli imprenditori commerciali (distressed corporations), nonché ad altre entità economiche, assimilabili però, quanto a disciplina, ai secondi (limited partnerships, general partnerships).

L'intento principale del codice fallimentare è quello di disciplinare una procedura (o una serie di procedure) attraverso le quali taluni debitori insolventi («the honest but unfortunate debtor»²⁶) possano riordinare i propri affari, riappacificarsi con i propri creditori e godere di «una nuova opportunità nella vita, di un percorso ripulito che possa essere perseguito senza la pressione e la spada di Damocle dei debiti preesistenti»²⁷.

La figura cardine del sistema di personal bankruptcy (quella rivolta alle persone fisiche) è il concetto di discharge, l'annullamento del debito o esdebitazione. L'elemento del discharge – l'idea, cioè, che una volta consegnati i propri beni, se presenti, alla procedura un soggetto non sia più obbligato a far fronte all'eventuale eccedenza debitoria con i propri beni futuri – se si considera la storia secolare della bancarotta, ha origini relativamente recenti²⁸. Quando, al termine della procedura, la persona fisica ottiene il discharge le obbligazioni (patrimoniali) contratte sono annullate e i creditori non potranno più ottenere l'adempimento.

Ai sensi della normativa vigente (senza alcuna pretesa di analisi esaustiva o tecnica, che esula dall'oggetto di questo lavoro), il debitore persona fisica può seguire essenzialmente due strade per ottenere il discharge. La prima è quella della straight liquidation ai sensi del 11 U.S.C. § 7 (comunemente denominata Chapter 7). In questi casi, il debitore, dopo aver proposto istanza di bankruptcy è chiamato ad una serie di adempimenti dichiarativi (sulla propria consistenza patrimoniale e reddituale, nonché sulle movimentazioni economiche e finanziarie recenti) ed alla consegna dei propri beni²⁹ alla Bankruptcy Court (una Corte federale).

Dopo la nomina di un curatore (Trustee), quest'ultimo provvede a liquidare i beni e distribuire il ricavato ai creditori, in maniera paritaria secondo le rispettive classi di privilegio. Tale procedura, però, si svolge effettivamente in una stretta minoranza di casi. Mediamente, il 75% delle istanze ai sensi del Chapter 7 riguarda debitori che non possiedono (o dichiarano di non possedere) alcun bene per ripagare i propri creditori (c.d. «no asset» cases). In questi casi il debitore può beneficiare di un immediate discharge, nel giro di una o due settimane dalla presentazione della petition³⁰.

La seconda alternativa offerta al debitore consiste nella presentazione di un rehabilitation plan ai sensi del Titolo 11 U.S.C. § 13. Secondo tale disciplina, l'istante mantiene il possesso – ed il controllo – sui propri beni e si impegna a far fronte ad una aliquota della propria espo-

²⁴ D. SKEEL JR., *Debt's Dominion*, cit., pag. 2 nota come a dispetto delle forti analogie fra il sistema economico imprenditoriale statunitense e quello britannico, nonché delle comuni origini, nel XIX secolo, della normativa fallimentare, oggi fra i due paesi sia presente un ampio solco. Il sistema britannico, ad esempio, è maggiormente orientato alla liquidazione dell'impresa insolvente e le procedure, pur in presenza di una dichiarazione giudiziale di fallimento, hanno un'impronta più marcatamente amministrativa. Ciò si evince dall'assenza di un'assistenza legale specializzata in tutta la prima fase di contatto fra il debitore e il curatore, nonché dall'espiazione del debitore dal controllo dell'impresa insolvente, affidato ad un rappresentante della massa creditoria, il curatore (ma lo stesso potrebbe dirsi per il sistema italiano). Per maggiori riferimenti, anche in chiave storica, al sistema britannico v. V. MARKAM LESTER, *Victorian Insolvency: Bankruptcy, Imprisonment for Debt, and Company Winding-Up*, in *Nineteenth Century England*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

²⁵ D. R. MCCOY, *The Elusive Republic: Political Economy in Jeffersonian America*, University of North Carolina Press, 1980, pag. 179. Per una interessante panoramica dell'evoluzione in chiave storica della *bankruptcy* statunitense attraverso i suoi vari arresti (1898, 1938, 1978) v. D. SKEEL JR., *Debt's Dominion*, cit.; Cfr. anche G.F. MUNITZ, *Keynote Address: Stories in the Development of Bankruptcy Law*, cit., pag. 2 e ss.

²⁶ K. GEBBIA, *Debt and Crime: Inevitable Bedfellows*, in *Golden Gate University Law Review*, n. 42, 2012, pag. 530.

²⁷ *Grogan vs. Garner*, 498 U.S. 279, 1991, libera traduzione dello scrivente; il nuovo percorso è normalmente definito «fresh start» con riguardo alle persone fisiche e «financial rehabilitation» per quanto attiene alle *corporations*; cfr. K. GEBBIA, *Debt and Crime*, cit., pag. 530.

²⁸ Tale istituto fu introdotto per la prima volta in Inghilterra nel 1705; v. C.J. TABB, *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, in *American Bankruptcy Law Journal*, n. 65/1991, pag. 325; Cfr. anche E. KADENS, *The Pitkin Affair: A Study of Fraud in Early English Bankruptcy*, in *American Bankruptcy Law Journal*, n. 84, 2010, pag. 483 e ss.

²⁹ Seppur con delle eccezioni. Ad esempio il debitore è autorizzato a conservare la proprietà di alcuni beni, quali gli strumenti di lavoro, o porzioni di valore immobiliare: v. 11 U.S.C.A. section 522. Tali eccezioni sono finalizzate a consentire al debitore, pur a fronte di una procedura concorsuale, di vedersi garantito, ma ci torneremo, un c.d. *fresh start*.

³⁰ D. SKEEL JR., *Debt's Dominion*, cit., pag. 7.

sizione debitoria in un periodo variabile da tre a cinque anni³¹.

Dall'entrata in vigore del nuovo codice fallimentare (1978), la maggior parte delle istanze di bankruptcy riguardanti le persone fisiche sono presentate in proprio dal debitore (voluntary petition). Esiste la possibilità teorica che l'istanza sia presentata anche ad opera dei creditori (involuntary petition), ma, nella prassi, ciò accade di rado, stante l'impossibilità, una volta avviata la procedura, di conseguire, per il creditore appunto, il soddisfacimento integrale ed individuale del proprio credito (ogni azione giudiziale individuale viene sospesa, c.d. automatic stay) e la relativa facilità, per il debitore, di ottenere il discharge³².

Tale istituto conosce, però, delle eccezioni: alcune, per così dire, fisiologiche, legate alla particolare natura del debito³³; altre, invece, legate ad un utilizzo distorto del sistema fallimentare, a seguito, ancora in termini generici, di frodi.

Similmente a quanto accade per le persone fisiche, anche gli imprenditori commerciali (generalmente in forma societaria) possono optare per la sottoscrizione di un'istanza di liquidazione, quanto di riorganizzazione. La liquidazione si svolge a norma del medesimo Chapter 7 del codice fallimentare, ma la disciplina prevista presenta solo flebili analogie rispetto a quella applicabile nei confronti dei consumers. Il tratto comune, una volta optato per la liquidazione, è rappresentato dalla nomina di un curatore³⁴ che procede alla vendita degli assets societari e alla distribuzione del ricavato fra i creditori, paritariamente, secondo le rispettive classi di privilegio. A differenza di quanto accade per le persone fisiche, però, l'impresa che sottoscrive un'istanza ai sensi del Chapter 7 non ha diritto a ritenere alcun bene e, soprattutto, non è destinata a beneficiare del discharge³⁵.

L'alternativa alla procedura di straight liquidation è, ancora una volta, quella della riorganizzazione ai sensi del Titolo 11 U.S.C. § 11 (c.d. Chapter 11).

Una volta presentata istanza di riorganizzazione (per molti versi simile al nostro concordato in bianco, di cui all'art. 161, sesto comma, L.F.), i managers³⁶ della distressed corporation sono autorizzati a beneficiare di un periodo variabile (almeno quattro mesi, salvo possibilità di proroghe concesse dalla Bankruptcy Court) denominato exclusivity period durante il quale

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, pag. 8. Non a caso l'ultima riforma del codice fallimentare varata dall'amministrazione Bush nel 2005, il *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCP), della quale ci occuperemo brevemente nell'ultimo paragrafo di questo capitolo, costituisce un tentativo di porre argine al drammatico incremento della *consumer bankruptcy* attraverso un inasprimento dei controlli demandati allo *U.S. Trustee Program* in fase di sottoscrizione delle istanze. Una riforma ispirata, nelle parole di un autorevole commentatore da una logica «*very anti-consumer debtor*», G.F. MUNITZ, *Keynote Address: Stories in the Development of Bankruptcy Law*, cit., pag. 546.

³³ Per quanto riguarda le persone fisiche, costituiscono esempio di *exception to the discharge*, ad esempio, i debiti relativi a prestiti studenteschi: v. 11 U.S.C.

³⁴ Normalmente il curatore è nominato dalla *Bankruptcy Court* fra i membri di un'agenzia federale, *U.S. Trustee*; può accadere, però, che il curatore sia scelto dai creditori sociali, quando ne faccia istanza un'aliquota rappresentante almeno il 20% del debito chirografario.

³⁵ D. SKEEL JR., *Debt's Dominion*, cit., pag. 9.

³⁶ Per D. SKEEL JR., *Debt's Dominion*, cit., pag. 214 il ruolo centrale dei *managers* dell'impresa nella procedura di riorganizzazione – a discapito della figura del curatore – designato dalla riforma del codice fallimentare del 1978 fu fortemente influenzato dalla volontà politica di garantire una maggiore contendibilità degli assetti proprietari e favorire le operazioni di *take over* societario basate sul *leverage*, cioè sul debito. Una disciplina fallimentare favorevole al debitore, infatti, incoraggia gli acquirenti a ricorrere ad un forte indebitamento al fine di realizzare acquisizioni societarie con la consapevolezza di avere rilevanti possibilità di mantenere il controllo della neo-acquisita compagnia, eventualmente sottoscrivendo un'istanza di riorganizzazione, anche qualora i ricavi realizzati *post take over* non dovessero essere sufficienti a ripagare il debito contratto per realizzare l'operazione. Allo stesso tempo, la contendibilità è garantita anche qualora si adotti il punto di vista della società *target*: una strategia difensiva comune, a fronte di un tentativo di acquisizione ostile, è quello di contrarre una mole considerevole di debiti, al fine di scoraggiare il potenziale acquirente dal realizzare l'operazione. Tale strategia comporta, ovviamente, dei rischi legati ad una possibile futura insolvenza. Un sistema che assicuri la continuità manageriale anche in fase *lato sensu* fallimentare, tuttavia, non induce il *management* della società bersaglio a "blindare" gli assetti proprietari favorendo l'ingresso nel capitale azionario di investitori istituzionali quali banche o fondi di investimento (contrariamente a quanto accade, ad esempio, in Italia). Cfr. anche M.J. ROE, *Strong Managers, Weak Owners, The Political Roots of American Corporate Finance*, 1996, Princeton University Press, cap. 10; per una comparazione con il sistema tedesco e giapponese, *Ibidem*, cap. 11.

Si noti come tali fenomeni imprenditoriali rappresentino, spesso, l'occasione per la realizzazione di operazioni criminali punibili ai sensi della normativa penale fallimentare oggetto di prossima esposizione. Una carrellata delle condotte penalmente rilevanti più rilevanti in questo ambito, che vanno sotto il nome di *bleed out*, si trova in United States Trustee Manual, Bankruptcy Fraud & Abuse Enforcement Program, Agosto 1997, pag. 60 e ss.

Cfr. es. La descrizione offerta dei *Corporate Raider Bleedouts* «A stable company with very liquid assets, such as a large pension and/or profit sharing fund, is acquired in a leveraged buyout. The company is perated for the sole purpose of allowing the insiders to loot the company. A chapter 11 is filed to allow the insiders to complete their scheme. Business transactions are complex and purposefully confusing, which makes fraudulent conveyance actions expensive and difficult to prove. Scheme is used in all types of industries».

Altra figura ricorrente è quella dei «*White Knight*» *Bleedouts* «A business consultant is hired by a troubled business to assist it in acquiring new financing and streamlining operations. On occasion, the "white knight" is given an ownership interest in the business. The consultant takes control of the financial operations of the business. He/she uses the position to convert company assets, including failure to pay withholding taxes, failure to make pension fund contributions, diverting receivables, paying personal expenses with company funds, taking an excessive salary and bonuses and, in some situations, paying false invoices to entities or individuals related to him/hers».

questi – senza interferenze da parte di organi della procedura – hanno il compito di preparare e proporre il reorganization plan.

La sottoscrizione della petition (e per tutto il corso della procedura) rende operativo il c.d. automatic stay, a norma del quale i creditori sociali sono inibiti dal proporre azioni individuali (anche stragiudiziali) a recupero del proprio credito³⁷.

Il piano di riorganizzazione è, poi, oggetto di negoziazione fra il management del debitore sociale ed i creditori (ma solo i più importanti fra essi), riuniti in comitati³⁸.

Il piano, dunque, è sottoposto all'approvazione (a maggioranza dei due terzi) da parte dei vari comitati. Qualora il debitore non sia in grado di ottenere l'assenso da parte di una categoria di creditori sociali, la bankruptcy court può, comunque, approvare il piano di riorganizzazione ai sensi della c.d. cramdown provision. Per essere confermato, però, un cramdown plan deve soddisfare la c.d. absolute priority rule rispetto alla classe creditoria dissenziente. A tecnicamente, tale regola prevede che il debitore sia autorizzato a soddisfare i creditori appartenenti ad una classe inferiore rispetto a quella dissenziente, nonché gli azionisti, solo dopo aver ripagato per intero i creditori appartenenti al comitato che non ha approvato il piano³⁹.

Il ruolo del curatore⁴⁰ (trustee) riemerge con riferimento, essenzialmente, al suo potere di controllo – ed annullamento – sui pagamenti preferenziali⁴¹ e fraudolenti⁴². La disciplina della revocatoria, però, parrebbe essere alquanto limitata rispetto a quella propria dell'esperienza nazionale (sebbene le recenti modifiche dell'art. 67 L.F. vadano proprio nel senso di accorciare il c.d. periodo sospetto), avendo il trustee il potere di revocare, in forza di una presunzione di preferenzialità, i pagamenti effettuati dall'impresa (ma la disciplina è comune anche per le persone fisiche) nei novanta giorni precedenti alla sottoscrizione della petition. Tale margine temporale si estende ad un anno qualora i pagamenti siano effettuati in favore di corporate insiders (soci, managers) sulla presunzione che questi, avendo maggiori possibilità di conoscere lo stato di dissesto della corporation, possano aver disposto i pagamenti al fine di avvantaggiarsi sulla generalità dei creditori. Conseguentemente, il trustee che ravvisi l'esistenza di pagamenti preferenziali, o di altre condotte antidoverose da parte del management della distressed corporation (quali ad esempio le frodi di cui ci occuperemo nei prossimi paragrafi), ha la facoltà di avanzare alla Bankruptcy Court istanza di trasformazione della procedura da Chapter 11 a Chapter 7, ossia dalla riorganizzazione alla liquidazione.

³⁷ Le procedure fallimentari, anche in virtù della menzionata regola dell'*automatic stay*, sono state, negli anni, utilizzate dal sistema imprenditoriale americano quale vera e propria ancora di salvataggio per proteggere la continuità e la redditività aziendale anche contro rischi futuri e congiunturali. La *bankruptcy* è stata, a partire dagli anni '80 del '900, utilizzata quale vera e propria soluzione preventiva alle potenziali responsabilità derivanti da azioni legali per danni diffusi (*mass tort liability*). Cfr. K.J. DELANEY, *Strategic Bankruptcy: How Corporations and Creditors use Chapter 11 to their advantage*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1992, pag. 60 e ss. che cita, ad esempio, il caso paradigmatico della Johns Manville (ma è solo uno dei tanti – cfr. es. l'esempio della Dow Corning che intraprese una procedura di riorganizzazione per proteggersi dalle azioni giudiziarie per i danni causati dagli impianti di silicone difettosi per chirurgia estetica). La Johns Manville era (e tutt'ora sopravvive come Manville Inc.) una delle aziende *leaders* negli Stati Uniti per la produzione di amianto, essenzialmente per l'isolamento domestico e delle grandi imbarcazioni. A partire dal 1939, ma particolarmente dopo il 1964, la Johns Manville diventò bersaglio di un numero sempre crescente di azioni legali di risarcimento del danno per la causazione di malattie amianto correlate: asbestosi, nel primo periodo, mesoteliomi pleurici e carcinomi polmonari volta che se ne appurò scientificamente l'eziologia. Nel 1982 il numero di azioni legali intentate aveva superato le 16.500 e si incrementava al ritmo di tre ogni ora. Stante il tempo di latenza degli eventi cancerogeni prodotti, il *managment* della J-M realizzò che, anche qualora avesse interrotto immediatamente la produzione di amianto, sarebbe stata esposta ad un possibile/probabile rischio risarcitorio per i successivi trent'anni. Il 26 agosto 1982, dunque, pur essendo, al tempo, una compagnia perfettamente solvibile, la Johns Manville sottoscrisse istanza di riorganizzazione ai sensi del *Chapter 11*. La riorganizzazione si concluse con l'approvazione definitiva (dopo un primo rigetto del piano) della *Bankruptcy Court* nel 1988. L'azienda creò un *trust* da due miliardi di dollari per far fronte ai risarcimenti delle vittime attuali e future, ma la neo-nata Manville Inc. potette proseguire l'attività imprenditoriale libera da ogni rischio risarcitorio. Ulteriori informazioni sull'operatività del *trust* su <http://www.mantrust.org>; K.J. DELANEY, *Strategic Bankruptcy*, cit., prefazione, assegna un giudizio di valore (negativo) su tale utilizzo del sistema fallimentare, considerato – in taluni casi – più che un *rifugio* per l'imprenditore fragile, uno *strumento di offesa* dell'imprenditore potente.

³⁸ In ogni *reorganization case* è necessariamente presente un *committee* che rappresenta i sette maggiori creditori chirografari (*unsecured creditors*), ma la *bankruptcy court* può ordinare la creazione di altri comitati in rappresentanza delle altre categorie di creditori e degli azionisti. La figura sovente assente, nei *Chapter 11 cases*, ai sensi della normativa oggi vigente (che rivoluzionò il precedente codice fallimentare di impronta *Rooseveltiana* del 1938 che prevedeva un penetrante controllo sulle procedure di riorganizzazione da parte della *Security and Exchange Commission*) è quella del *trustee* (curatore) che interviene nel piano di riorganizzazione solo in una minoranza di casi determinati. «*The assumption is that the corporation's current managers will continue to run the show*» D. SKEEL JR., *Debt's Dominion*, cit., pag. 10.

³⁹ D. SKEEL JR., *Debt's Dominion*, cit., pag. 10.

⁴⁰ Enfatizza, al contrario, il ruolo del *trustee* ed i suoi penetranti poteri nella gestione dei beni del debitore una volta avviata la procedura fallimentare K. GEBBIA, *Debt and Crime*, cit., pag. 533 e s.

⁴¹ 11 U.S.C.A. § 547.

⁴² 11 U.S.C.A. § 548.

4.

Le fattispecie incriminatrici: una panoramica.

Ragioni di economia della presente sezione non permettono di affrontare la tematica legata alla repressione penale dell'utilizzo distorto del sistema fallimentare statunitense in chiave storica; d'altra parte, una storia, per certi versi, tutt'affatto differente da quella europea⁴³.

Venendo, dunque, in medias res, al cuore delle incriminazioni, potrà facilmente notarsi come le stesse vadano a coprire condotte – in larga parte – sovrapponibili a quelle considerate penalmente rilevanti anche nel sistema nostrano. In altra parte, tuttavia, le stesse vedono affievolirsi ogni analogia e si presentano quali marcatamente originali. Come avremo modo di vedere, è opinione dello scrivente che ciò dipenda, essenzialmente, dal bene giuridico tutelato dalle fattispecie penali fallimentari statunitensi che è, inequivocabilmente (usando una terminologia italiana), l'amministrazione della giustizia⁴⁴.

Il Congresso ha disegnato una normativa (il riferimento esplicito è al Titolo 18 U.S.C. § 152) che, nell'interpretazione dei maggiori commentatori, ripresa dalla giurisprudenza costante, «cerca di coprire ogni possibile metodo attraverso il quale il fallito, o qualsiasi altra persona, possa provare ad aggirare (defeat) la legge fallimentare, sforzandosi di impedire un'equa distribuzione dei beni fra i creditori»⁴⁵.

L'obiettivo della tutela penale, salvo ritornare, in seguito, su di un'analisi giurisprudenziale che – nell'interpretare gli elements of crime delle singole fattispecie⁴⁶ – confermerà quanto sin qui sostenuto, è ancor meglio sintetizzato dalle parole dell'allora Attorney General Janet Reno, la quale, nel 1996, definiva enfaticamente l'operazione Total Disclosure⁴⁷ quale segno dello «sforzo costante del Dipartimento di Giustizia di reprimere e scoraggiare le frodi, proteggere l'integrità del sistema fallimentare e rinvigorire la pubblica fiducia in tale sistema»⁴⁸.

Passando all'elencazione delle fattispecie penali – saranno dettagliatamente prese in considerazione solo quelle che presentano maggiori elementi di analogia con le bancarotte nazionali – notiamo come queste siano contenute nei paragrafi da 152 a 157 del Titolo 18 dell'U.S.C.⁴⁹; il paragrafo 152 è, senza timore di smentita, la norma cardine dell'intero sistema e, per tale motivo, sarà analizzata separatamente.

Il § 153⁵⁰ punisce le appropriazioni indebite perpetrate da determinati soggetti attivi ai danni dell'asse fallimentare (estate)⁵¹. Tale norma non si applica al fallito ed è invece rivolta a quei soggetti che abbiano accesso, per ragioni professionali, a beni o documenti riconducibili all'asse fallimentare quali curatori, custodi, avvocati, pubblici ufficiali nominati dalla Corte

⁴³ Per un'analisi storica agile ma completa v. S. DUBERSTEIN, *Are bankrupts Criminals?*, in *St. John's Law Review*, vol. 25, iss. 2, art. 4, 1951, pag. 234 e ss.; in effetti la tutela penale delle procedure fallimentari ha accompagnato il sistema statunitense sin dall'emanazione del primo, e già citato, *bankruptcy statute* del 1800. v. L.P. KING, a cura di, *Collier on Bankruptcy*, 15 ed., 1997, §7-201.

⁴⁴ Invece sulla natura essenzialmente patrimoniale del bene giuridico tutelato dagli artt. 216 e ss. della Legge Fallimentare v. G. DELITALA, *Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*, in G. DELITALA, *Diritto Penale, raccolta degli scritti*, II, Giuffrè, Milano, 1976, p. 723; L. CONTI, *I reati fallimentari*, 2 ed., Giappichelli, Torino, 1991, p. 62; C. PEDRAZZI, *Reati Fallimentari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2 ed., Monduzzi, Bologna, 2000, p. 101 e ss.; *contra* P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., p. 18 che assegna alle fattispecie penali fallimentari italiane una funzione di protezione di un bene giuridico in tutto e per tutto assimilabile a quella riconosciuta, per dottrina e giurisprudenza consolidate, alle fattispecie nordamericane.

⁴⁵ L.P. KING, a cura di, *Collier on Bankruptcy*, 14 ed., 1968, vol. 2, § 1151; in giurisprudenza, *ex multis*, *Stageman vs. U.S.*, 425, F.2d, 984, 9th Circuit, 1970.

⁴⁶ Cfr. in particolare il § dedicato all'esposizione del Titolo 18 U.S.C. § 152 e Titolo 18 U.S.C. § 157.

⁴⁷ V. *Memorandum* dell'Attorney General Janet Reno del 10 ottobre 1995 in cui si legge: «*It is imperative that the integrity of the bankruptcy system, an integral component of our national economy, be preserved and enhanced*»; ed ancora: «*Bankruptcy is a public process, and we must aggressively pursue those who would use the system to avoid their valid legal obligations, delay or evade their Federal and State tax obligations, and otherwise distort the process which offers deserving debtors the opportunity to seek a fresh start. We must not allow underserving participants to use the process improperly*». Torneremo nell'ultima sezione, quella dedicata all'effettività, su tale operazione e sul suo contenuto, essenzialmente, mediatico e simbolico.

⁴⁸ Per un commento adesivo rispetto alle finalità dell'operazione *Total Disclosure* e descrittivo delle sue caratteristiche cfr. P. GAUMER, *Operation Total Disclosure*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, vol. 15, issue 10, 1996, pag. 10.

⁴⁹ Per una panoramica sulle fattispecie che si andranno a trattare nel prosieguo e per la descrizione degli *Elements of Crimes* di ognuna di esse, v. *United States Trustee Manual*, cit., pag. 19 e ss.

⁵⁰ 18 USC § 153 - Embezzlement against estate:

(a) Offense.— A person described in subsection (b) who knowingly and fraudulently appropriates to the person's own use, embezzles, spends, or transfers any property or secretes or destroys any document belonging to the estate of a debtor shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both.

(b) Person to Whom Section Applies.— A person described in this subsection is one who has access to property or documents belonging to an estate by virtue of the person's participation in the administration of the estate as a trustee, custodian, marshal, attorney, or other officer of the court or as an agent, employee, or other person engaged by such an officer to perform a service with respect to the estate.

⁵¹ Ai sensi del Titolo 11 U.S.C. § 541, sono inclusi nel concetto di proprietà dell'*estate* «tutti gli interessi del debitore nella proprietà dalla data di inizio della procedura» ed ancora «i frutti, prodotti, redditi o profitti derivanti dalla proprietà percepiti dopo l'inizio della procedura».

fallimentare o persone da questi nominate quali coadiutori degli stessi. L'oggetto della condotta è rappresentato dai beni e dai documenti facenti parte dell'asse fallimentare. La condotta, brevemente, consiste nella distrazione di tali beni a proprio vantaggio o nella distruzione dei documenti. L'elemento soggettivo è descritto dagli avverbi *knowingly* e *fraudulently* che rimandano ad una figura di dolo intenzionale⁵².

Il § 154⁵³ disciplina le situazioni di conflitto di interesse degli ufficiali della procedura. Ancora una volta la norma è rivolta a curatori, custodi o altri pubblici ufficiali nominati dalla Corte fallimentare.

Le condotte penalmente rilevanti sono molteplici e restituiscono una connotazione tutta pubblicistica (buon andamento della procedura) del bene giuridico tutelato.

La struttura offensiva della fattispecie sembrerebbe rimandare allo schema dei reati di pericolo astratto, non essendo demandata al giudice alcuna valutazione circa l'effettività del conflitto di interesse in cui verserebbe l'agente, né il vaglio di alcun danno, o pericolo di esso, arrecato dalle condotte allo scopo della procedura, ovvero l'equa distribuzione dell'asse fallimentare verso la massa creditoria.

Le condotte incriminate vanno dall'acquisto (diretto o indiretto) da parte dell'officer di beni di proprietà dell'estate (si noti come non vi sia alcun riferimento al prezzo dell'acquisto e dunque alcun riferimento ad un pericolo concreto per la corretta distribuzione dell'attivo fallimentare) al diniego reso nei confronti di una ragionevole richiesta di accesso alla documentazione contabile dell'estate formulata dalle parti interessate o dallo U.S. Trustee.

L'elemento soggettivo richiesto (dolo generico) è, riguardo quest'ultima fattispecie, meno pregnante di quello visto in precedenza essendo descritto unicamente dall'avverbio *knowingly* (non è più richiesto che la parte abbia agito *fraudulently*).

Un'ultima notazione circa la pena: se, contrariamente alle altre fattispecie, non è prevista alcuna sanzione detentiva, ma solo pecuniaria, la norma contempla una rilevante pena (che nel sistema nostrano definiremmo) accessoria quale la rimozione dall'ufficio.

Il § 155⁵⁴ punisce gli accordi, espliciti o impliciti, contratti *knowingly* e *fraudulently*, per fissare le tariffe dei servizi resi da parte dei vari soggetti coinvolti nella procedura (debitori, creditori, curatore, rappresentanti legali).

Il § 156⁵⁵ punisce la violazione consapevole (*knowingly*) delle norme fallimentari disciplinanti la procedura da parte di un particolare soggetto attivo, una figura professionale assimilabile a un commercialista o consulente aziendale, estremamente diffusa nel panorama statunitense, specie avendo riguardo al contesto della consumer bankruptcy. La fattispecie è, infatti, rivolta al bankruptcy petition preparer ovvero quel soggetto, diverso da un avvocato (o un suo dipendente) che, dietro compenso da parte del debitore, prepara, in favore di esso, i documenti necessari, o connessi, alla presentazione di una petition. La norma si applica qualora un'istanza di bankruptcy venga dichiarata inammissibile (*dismissed*) dalla Bankruptcy Court a causa del

⁵² Per un'analisi dettagliata dei concetti di *knowingly* e *fraudulently*, che descrivono l'*intent* richiesto da tutte le fattispecie penali fallimentari, v. il prossimo paragrafo su 18 U.S.C. § 152.

⁵³ 18 USC § 154 - Adverse interest and conduct of officers:

A person who, being a custodian, trustee, marshal, or other officer of the court—

- (1) knowingly purchases, directly or indirectly, any property of the estate of which the person is such an officer in a case under title 11;
- (2) knowingly refuses to permit a reasonable opportunity for the inspection by parties in interest of the documents and accounts relating to the affairs of estates in the person's charge by parties when directed by the court to do so; or
- (3) knowingly refuses to permit a reasonable opportunity for the inspection by the United States Trustee of the documents and accounts relating to the affairs of an estate in the person's charge,

shall be fined under this title and shall forfeit the person's office, which shall thereupon become vacant.

⁵⁴ 8 USC § 155 - Fee agreements in cases under title 11 and receiverships:

Whoever, being a party in interest, whether as a debtor, creditor, receiver, trustee or representative of any of them, or attorney for any such party in interest, in any receivership or case under title 11 in any United States court or under its supervision, knowingly and fraudulently enters into any agreement, express or implied, with another such party in interest or attorney for another such party in interest, for the purpose of fixing the fees or other compensation to be paid to any party in interest or to any attorney for any party in interest for services rendered in connection therewith, from the assets of the estate, shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

⁵⁵ 18 USC § 156 - Knowing disregard of bankruptcy law or rule:

(a) Definitions.— In this section—

- (1) the term "bankruptcy petition preparer" means a person, other than the debtor's attorney or an employee of such an attorney, who prepares for compensation a document for filing; and
- (2) the term "document for filing" means a petition or any other document prepared for filing by a debtor in a United States bankruptcy court or a United States district court in connection with a case under title 11.

(b) Offense.— If a bankruptcy case or related proceeding is dismissed because of a knowing attempt by a bankruptcy petition preparer in any manner to disregard the requirements of title 11, United States Code, or the Federal Rules of Bankruptcy Procedure, the bankruptcy petition preparer shall be fined under this title, imprisoned not more than 1 year, or both.

consapevole (ma non necessariamente fraudolento) tentativo da parte di un bankruptcy petition preparer di violare le norme disciplinanti la procedura. Si osservi come tale fattispecie non postuli una partecipazione del debitore alla condotta del preparer e sembri, anzi, finalizzata, oltreché a proteggere il buon andamento della procedura concorsuale, anche a garantire che la stessa sia in grado di esplicare i suoi effetti di favore proprio nei confronti del sottoscrittore (generalmente un soggetto debole che si affida al preparer per la presentazione dell'istanza).

5. Le singole fattispecie incriminatrici: 18 U.S.C. § 152.

Come già accennato, la norma cardine dell'intero sistema di bankruptcy frauds (reati fallimentari) è rappresentata dal paragrafo 152⁵⁶ del Titolo 18 del Codice federale.

Si tratta di una norma che descrive una pluralità di fattispecie (offenses), nello specifico, nove⁵⁷, destinate ad operare separatamente e, a seconda dei casi, in maniera concorrente (nel senso del concorso materiale di reati)⁵⁸. Non esiste, nel sistema statunitense, un principio assimilabile a quello che, nell'ordinamento italiano, va sotto il nome di unitarietà della bancarotta⁵⁹, così come non è possibile trovare una norma analoga all'art. 219 L.F.⁶⁰; ciò spiega anche la relativa, solo apparente, mitezza della componente sanzionatoria prevista dalla norma in commento, che contempla una pena massima di cinque anni di reclusione (contro i dieci dell'art. 216 L.F.).

Ancora in via generale, a scopi puramente descrittivi, le offenses descritte possono essere

⁵⁶ 18 USC § 152 - Concealment of assets; false oaths and claims; bribery:

A person who—

- (1) knowingly and fraudulently conceals from a custodian, trustee, marshal, or other officer of the court charged with the control or custody of property, or, in connection with a case under title 11, from creditors or the United States Trustee, any property belonging to the estate of a debtor;
- (2) knowingly and fraudulently makes a false oath or account in or in relation to any case under title 11;
- (3) knowingly and fraudulently makes a false declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, in or in relation to any case under title 11;
- (4) knowingly and fraudulently presents any false claim for proof against the estate of a debtor, or uses any such claim in any case under title 11, in a personal capacity or as or through an agent, proxy, or attorney;
- (5) knowingly and fraudulently receives any material amount of property from a debtor after the filing of a case under title 11, with intent to defeat the provisions of title 11;
- (6) knowingly and fraudulently gives, offers, receives, or attempts to obtain any money or property, remuneration, compensation, reward, advantage, or promise thereof for acting or forbearing to act in any case under title 11;
- (7) in a personal capacity or as an agent or officer of any person or corporation, in contemplation of a case under title 11 by or against the person or any other person or corporation, or with intent to defeat the provisions of title 11, knowingly and fraudulently transfers or conceals any of his property or the property of such other person or corporation;
- (8) after the filing of a case under title 11 or in contemplation thereof, knowingly and fraudulently conceals, destroys, mutilates, falsifies, or makes a false entry in any recorded information (including books, documents, records, and papers) relating to the property or financial affairs of a debtor; or
- (9) after the filing of a case under title 11, knowingly and fraudulently withholds from a custodian, trustee, marshal, or other officer of the court or a United States Trustee entitled to its possession, any recorded information (including books, documents, records, and papers) relating to the property or financial affairs of a debtor, shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both.

⁵⁷ V. W. L. NORTON JR., a cura di, *Bankruptcy Law and Practice*, 1997, § 49.2, 49.4. Cfr. anche T. OGIER, J. F. WILLIAMS, *Bankruptcy Crimes and Bankruptcy Practice*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, vol. 6, num. 2, 1998; *contra*, particolarmente interessante, ma isolato, N. M. GEWERTZ, *Act or Assets: Multiplicitous Indictments under the Bankruptcy Fraud Statute: 18 U.S.C. 152*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 76, n. 2, 2009, pag. 927 e ss.

⁵⁸ «[...] may be separately charged and separately punished» per R. C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, in *Commercial Law Journal*, vol. 102, 1997, pag. 15, con ampie citazioni giurisprudenziali a sostegno, fra le quali, a titolo esemplificativo, U.S. vs. Schireson, 116 F.2d 155, 3rd Circuit, 1940; per quanto attiene alla specifica figura del *concealment* previsto dal § 152(1), tuttavia, secondo un, non granitico, corso giurisprudenziale tutte le ipotesi di occultamento di beni riconducibili all'asse fallimentare realizzate prima della sottoscrizione della *petition* sono considerate un'unica *offense*, mentre quelle realizzate *post petition* sono contestate e punite separatamente, cfr. U.S. vs. Haymes, 610 F.2d 309, 5th Circuit, 1980.

⁵⁹ Cfr. A. PAGLIARO, *Unità e pluralità di fatti di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1992, p. 357.

⁶⁰ Ciò, tuttavia, non significa che, in sede di commisurazione della pena, il condannato sarà automaticamente destinato a soffrire un cumulo materiale delle pene, ma solo che ciò è astrattamente possibile. Senza volersi addentrare sulle regole (estremamente dettagliate, specie se paragonate all'art. 133 c.p., cfr. 28 U.S.C. § 944 e seguenti) disciplinanti l'attività di *sentencing* nelle Corti federali, riportiamo come, dopo il *guilty verdict* reso dalla giuria (tutti i processi per *bankruptcy frauds* sono *jury trials*) la Corte, in ipotesi, può ordinare che le pene irrogate per ciascuna delle fattispecie contestate vengano eseguite *c Concurrently* (ipotesi più ricorrente) o *separately*. Nel primo caso, immaginando una pena a tre anni di reclusione per ciascuna delle differenti imputazioni contestate (es. *concealments* e *false oaths*), queste decorreranno contemporaneamente, facendo sì che il periodo complessivo da scontare sia comunque tre anni. Nel secondo caso, al contrario, la pena per la seconda fattispecie inizierà a decorrere solo una volta espiata quella irrogata per la prima fattispecie, portando il periodo complessivo da scontare a sei anni di reclusione. Per una panoramica sul *sentencing* nei reati fallimentari v. *United States Trustee Manual*, cit., § 5.14.1 e ss.; riportano le ultime modifiche, nel senso di una maggiore severità, in tema di *sentencing guidelines* M. A. TIGHE, R. R. CALO, *Congress, the Courts, and the Feds Agree – Bankruptcy Crime Does Not Pay*, in *Annual Survey of Bankruptcy Law*, sess. 1, 11/12/2004, pag. 355 e ss.

suddivise in quattro categorie: fattispecie di occultamento/distrazione (concealment); fattispecie di false dichiarazioni nell'ambito della procedura (false oaths, false declarations); fattispecie lato sensu documentali; fattispecie rivolte alla criminalizzazione delle condotte dei creditori⁶¹.

Tale catalogazione è solo parzialmente sovrapponibile a quella italiana che opera una summa divisio fra condotte di bancarotta patrimoniale e documentale. In special modo, se ne è già accennato, le differenze si fanno più profonde con riferimento al bene giuridico protetto dalle fattispecie che incriminano le varie forme di concealment, certamente le più prossime rispetto alle ipotesi di bancarotta c.d. patrimoniale operanti nel sistema italiano.

Senza entrare ancora nella descrizione delle singole sezioni del § 152, al fine di identificare correttamente il bene giuridico alla cui tutela tali previsioni sono orientate, è opportuno citare quanto sostenuto da autorevole dottrina⁶², e costantemente ripreso dalla giurisprudenza delle Courts of Appeals⁶³: «L'orientamento del titolo 11 [U.S.C.] verso la riabilitazione del debitore e l'equa distribuzione [dell'attivo fallimentare] fra i creditori poggia quasi esclusivamente [heavily] sull'onestà dei protagonisti della procedura. Quando l'onestà è assente, perseguire lo scopo della componente civilistica del sistema fallimentare diventa più costoso e più illusorio. Per proteggere il sistema civile, i reati fallimentari non si concentrano⁶⁴ sulle perdite degli individui [creditori, anche intesi come massa e non singolarmente] né sono sensibili a che determinati atti [condotte criminali] arrechino a qualcheduno un danno particolare. Al contrario, le norme disciplinanti i reati fallimentari federali cercano di impedire e rimediare agli abusi del sistema fallimentare. Quindi, la maggior parte delle fattispecie non richiede che le condotte incriminate siano concretamente offensive⁶⁵ con riguardo agli effetti generati sulla procedura di distribuzione dei beni⁶⁶, né che il soggetto attivo [defendant] abbia tratto alcun beneficio [non solo patrimoniale] da esse, né che taluno dei creditori sia effettivamente danneggiato»⁶⁷.

Ancora rimanendo su di un piano descrittivo degli elementi comuni ad ogni diversa fattispecie, si deve sottolineare come i reati fallimentari si distinguano dalle condotte abusive aventi rilevanza solo civilistica, nonché da molti altri crimini federali, in virtù dello specifico elemento soggettivo (intent) che deve coprire le condotte⁶⁸.

Ognuna delle specifiche offenses disciplinate dal § 152 richiede che il prosecutor dimostri che l'accusato abbia agito knowingly e fraudulently⁶⁹.

Il requisito della consapevolezza/volontarietà è quello che ha offerto minori problematiche ermeneutiche; gli arresti giurisprudenziali più significativi si sono attestati su di un'interpretazione letterale del termine knowingly e richiedono che la rilevanza penale della condotta sia affermata qualora si raggiunga la prova che il soggetto attivo abbia agito in maniera volontaria (voluntary), intenzionale (intentional) e non affetta da errore⁷⁰.

⁶¹ Tale classificazione è frutto dell'unione operata dallo scrivente delle (parzialmente) diverse catalogazioni offerte da T. OGIER, J.F. WILLIAMS, *Bankruptcy Crimes and Bankruptcy Practice*, cit., pag. 2 e M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, vol. 6, 1998, § 409.

⁶² L.P. KING, a cura di, *Collier on Bankruptcy*, 15 ed., revisione del 1999, §7-01.

⁶³ Cfr. *ex multis* U.S. vs. Gellene, 182 F.3d 578, 7th Circuit, 1999, § II.1

⁶⁴ Nel testo originale «are not concerned» letteralmente non riguardano.

⁶⁵ Nel testo originale «material». Sul concetto di *material* ci intratteremo riguardo la fattispecie disciplinata dal 18 U.S.C. 152 (2) *false oaths*, che la giurisprudenza, pur fra alcune alternanze, ritiene punibile solo qualora le false dichiarazioni rese sotto giuramento dal debitore posseggano questo attributo. Per la configurazione delle altre fattispecie, al contrario, non è richiesta alcuna verifica circa l'offensività in concreto (anche in termini di pericolo). In ogni caso, ma sarà oggetto di trattazione specifica, il requisito di *materiality*, anche là dove richiesto, non contempla la realizzazione di un danno patrimoniale ai creditori, né che la condotta arrechi un pericolo per la corretta distribuzione dei beni: cfr. U.S. vs. Gellene, 182 F.3d 578, 7th Circuit, 1999, § II.2 «We conclude that the materiality element does not require proof of the potential impact on the disposition of assets».

⁶⁶ Lo scrivente ha deciso di tradurre liberamente questa parte («con riguardo agli effetti generati sulla procedura di distribuzione dei beni») per enfatizzare il senso del brano riportato. Nel testo originale «[...] most of the crimes do not require that the acts proscribed be material in the grand scheme of things [...]».

⁶⁷ Nello stesso senso, R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud*, cit., pag. 19 secondo cui «[...] illegal activity can result in prosecution and conviction for criminal bankruptcy fraud even when no monetary harm ultimately results when, for example, a perjurer recants his testimony».

⁶⁸ M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 411.

⁶⁹ «The object of Congress in passing this criminal statute was to punish those debtors who, although wanting relief from their debts, did not want to surrender what property there was to the creditors» per U.S. vs. Shapiro, 101, F.2d 375, 379, 7th Circuit, 1939 (interpretando la fattispecie previgente).

⁷⁰ Per W.L. NORTON JR., a cura di, *Bankruptcy Law and Practice*, cit., § 49.2, 49.4 «[...] word knowingly in used by the Courts in ordinary sense and requires that the defendant's acts or conduct be voluntary, intentional, and not by result of mistake, accident, or other innocent reason»; in giurisprudenza, v., *ex multis*, U.S. vs. Zehrbach, 47 F.3d, 1258, 3rd Circuit, 1994; U.S. vs. Defazio, 899 F.2d, 626, 635, 7th Circuit, 1990 secondo cui «[...] Knowingly [...] means that the defendant realized what he was doing and was aware of the nature of his conduct and did not act through ignorance, mistake or accident».

Maggiori problematiche sono, invece, legate alla definizione del concetto di fraudulently⁷¹. Infatti, un intent to defraud è normalmente accompagnato dal desiderio o dallo scopo, da parte del soggetto attivo, di ottenere un profitto o un vantaggio dalla propria condotta, piuttosto che dal fine di arrecare un danno patrimoniale al soggetto passivo⁷².

Tuttavia, un'interpretazione che restringa, nel senso sopra suggerito, l'applicazione delle fattispecie penali fallimentari a condotte sorrette da una finalità (di profitto o di danno) patrimoniale sarebbe incoerente con l'oggetto di tutela, tutto pubblicistico (buon andamento della procedura concorsuale), proprio dei reati in commento (e l'opzione ermeneutica seguita dalla giurisprudenza maggioritaria costituisce un ulteriore elemento di conferma circa la natura di reati contro l'amministrazione della giustizia dei crimini fallimentari). Per tale ragione, le Corti si sono attestate su di un'interpretazione piuttosto estensiva del termine fraudulently ritenendo sufficiente, al fine di affermare la rilevanza penale della condotta, che il soggetto abbia agito con l'intento di ingannare (cheat) o fuorviare (deceive) i creditori o la procedura (trustee or bankruptcy judge), senza richiedere, però, alcuna specifica finalità patrimoniale⁷³. Allo stesso tempo, non è richiesto che il soggetto attivo abbia la consapevolezza dell'illiceità civile della propria condotta⁷⁴.

Un esempio dell'opinione maggioritaria qui riportata è rinvenibile nella già citata U.S. vs. Gellene⁷⁵. Nel caso di specie, la difesa in grado di appello dell'imputato Gellene – incolpato di due ipotesi di false oaths ai sensi del 18 U.S.C. 152(3) – consisteva proprio nella critica alle istruzioni alla giuria (Jury Instruction)⁷⁶ rese dalla corte di prima istanza riguardo il concetto di fraudulently.

Secondo l'interpretazione difensiva, ancorare la punibilità delle condotte alla prova di un mero intent to deceive (far credere il falso o raggirare⁷⁷) non avrebbe soddisfatto la previsione legale, ai sensi della quale, l'elemento soggettivo richiesto non avrebbe potuto non comprendere anche un intent to defraud, ovvero di defraudare il soggetto passivo di un dato diritto, interesse, o proprietà per il tramite della condotta fraudolenta⁷⁸.

Tale argomento discendeva da una considerazione circa il bene giuridico tutelato dalla fattispecie che, nell'opinione della difesa, non poteva ravvisarsi nella mera salvaguardia dell'integrità del sistema fallimentare (in termini di regolare svolgimento della procedura), ma doveva necessariamente ancorarsi ad un contenuto patrimoniale, legato alla corretta distribuzione fra i creditori dell'attivo fallimentare⁷⁹.

La Corte d'appello, tuttavia, disattendeva tale argomentazione restrittiva proprio sul presupposto che le norme in commento non abbiano – quanto meno in via esclusiva – un oggetto di tutela meramente patrimoniale, ma siano orientate alla tutela dell'integrità del sistema delle procedure concorsuali, che ben può essere messa in pericolo da condotte perpetrate senza alcuna finalità immediata di alterare la corretta distribuzione dell'attivo fallimentare verso la massa⁸⁰.

Sotto il profilo probatorio, infine, l'interpretazione giurisprudenziale propende per ritenere soddisfatto l'onere dell'accusa circa l'intent richiesto in presenza di mere prove indirette e

⁷¹ «Defining "fraudulent" is somewhat more artificial» per T. OGIER, J.F. WILLIAMS, *Bankruptcy Crimes and Bankruptcy Practice*, cit., § I.

⁷² Cfr. M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 411. In questo senso, ma è un filone assolutamente minoritario, in giurisprudenza, U.S. vs. Zehrbach, 47 F.3d, 1258-59, 3rd Circuit, 1994, secondo cui «[...] proving fraudulent element of bankruptcy fraud requires finding that defendant acted knowingly with purposeful, specific intent to deceive for purpose of causing financial loss to creditor or bringing about financial gain for oneself».

⁷³ Cfr., *ex multis*, U.S. vs. Lerch, 996 F.2d, 158, 161, 7th Circuit, 1993.

⁷⁴ Cfr., *ex multis*, ancora U.S. vs. Zehrbach, 47 F.3d, 1258-59, 3rd Circuit, 1994 secondo cui i requisiti in commento richiedono «[...] that the act be voluntary and intentional, and not that a person knows he is breaking the law» e che «knowledge of conduct's illegality is not element of § 152 violation».

⁷⁵ U.S. vs. Gellene, 182 F.3d 578, 7th Circuit, 1999, § II.1.

⁷⁶ La Corte di prima istanza aveva istruito la giuria (Jury Instruction n. 18) nel senso di dover ritenere assolto il requisito della fraudolenza qualora il prosecutor fosse riuscito a provare che il defendant avesse agito «with intent to deceive», U.S. vs. Gellene, cit. § II.1.

⁷⁷ «To deceive is to cause to believe the false or to mislead», U.S. vs. Gellene, cit. § II.1.

⁷⁸ «To defraud is to deprive of some right, interest or property by deceit», U.S. vs. Gellene, cit. § II.1.

⁷⁹ «[...] under § 152 of the Bankruptcy Code [...] the defendant must have specific intent to alter or to impact the distribution of a debtor's assets and not merely to impact the integrity of the legal system, as the government argued», U.S. vs. Gellene, cit. § II.1.

⁸⁰ «We cannot accept Mr. Gellene's narrowly circumscribed definition of "intent to defraud" or "fraudulently". Mr. Gellene would limit exclusively the statute's scope to false statements that deprive the debtor of his property or the bankruptcy estate of its assets. In our view, such a parsimonious interpretation was not intended by the Congress. First the plain wording of the statute suggests no such limited scope. Rather, the plain wording of the statute punishes making a false statement "knowingly and fraudulently". The common understanding of the term "fraudulently" includes the intent to deceive. [...] whether the deception at issue is aimed at thwarting the bankruptcy court or the parties of the bankruptcy, § 152 is designed to protect the integrity of the administration of a bankruptcy case». U.S. vs. Gellene, cit. § II.1.

circostanziali⁸¹.

6.

§ 152(1) Concealment of assets.

Tale fattispecie punisce chiunque (non solo il debitore), knowingly and fraudulently, conceals una qualunque proprietà appartenente all'asse fallimentare nei confronti di custodi, curatori, o ufficiali nominati dalla corte fallimentare, o, in connessione con una procedura aperta ai sensi del Titolo 11 U.S.C., operi detta condotta nei confronti di creditori o dell'ufficio dello U.S. Trustee.

Il significato di concealment è stato interpretato – sin dalle prime applicazioni giurisprudenziali – in modo estremamente ampio ed è idoneo a ricomprendere grosso modo molte delle condotte che nel sistema nostrano sono contemplate nel comma 1 dell'art. 216.

Sono riconducibili a tale concetto tutte le operazioni di secretazione, occultamento, falsificazione o distruzione riguardanti beni destinati a rientrare nell'asse fallimentare o di informazioni riguardanti tali beni⁸². La condotta può avere un contenuto tanto attivo quanto omissivo: impedire la scoperta di beni o non comunicarne l'esistenza rientra pacificamente nella previsione della norma incriminatrice⁸³.

Balza, però, all'occhio dell'interprete italiano l'assenza, in questa elencazione, di una delle condotte maggiormente significative nel sistema di provenienza, la distrazione⁸⁴. Certamente, all'interno del concetto di concealment sono riconducibili quelle forme di espiazione del patrimonio personale o societario in favore di soggetti terzi (o di prestanome)⁸⁵, tuttavia, parrebbe essere estranea all'ordinamento statunitense, ogni attività giudiziale volta a sindacare la correttezza/economicità delle scelte personali e (soprattutto) imprenditoriali precedenti rispetto alla sottoscrizione della petition (spese eccessive, contratti di sponsorizzazione, vendite sottocosto, aumento dell'esposizione debitoria, se non quando intrinsecamente fraudolente ed accompagnate da un particolare intent, v. infra § 157).

Il discorso è, comprensibilmente, diverso per quanto attiene alle condotte successive alla sottoscrizione di un'istanza, es., ai sensi del Chapter 11. Come già riportato nel paragrafo dedicato all'esposizione delle procedure fallimentari statunitensi, in detti casi il debitore, nelle more della procedura di riorganizzazione è, comunemente, autorizzato a conservare il possesso dei beni (debtor in possession) e a continuare l'attività di impresa, ma solo per quel che attiene all'ordinary course of business⁸⁶ e l'esecuzione del piano. In questo caso, dunque, il vaglio giudiziario può spingersi a sindacare – sotto la lente del § 152(1) – la correttezza delle scelte imprenditoriali e la loro riconducibilità/estraneità (e dunque punibilità) al concetto di ordinary course of business così come circoscritto dalla corte fallimentare in sede di autorizzazione dell'istanza di riorganizzazione⁸⁷.

⁸¹ In questo senso M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 412; R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud*, cit., pag. 20; in giurisprudenza, *ex multis*, U.S. vs. McCormick, 72 F.3d, 1404, 9th Circuit, 1995 «*circumstantial evidence is sufficient to find fraudulent intent*»; interessanti le istruzioni alla giuria rese nel corso del dibattimento di primo grado poi sfociato nella pronuncia in appello U.S. vs. Ciampaglia, 628 F.2d 632, 642, 1st Circuit, 1980 «*one cannot look inside a person's mind [...] the intent should be judged by what a person does or says or fails to do or to say [...] including willful blindness to the existence of a fact that should have been obvious*» (quella sulla cecità volontaria è comunemente denominata *ostrich instruction*); più recentemente v. U.S. vs. Howard, 619 F.3d 723, 727, 7th Circuit, 2010 «*Because direct evidence of a defendant's fraudulent intent is typically not available, specific intent to defraud may be established by circumstantial evidence and by inference drawn from examining the scheme itself*».

⁸² V. U.S. vs. Phillips, 196, F.574, S.D.N.Y. 1912, «*secretion, falsifying and mutilating property or information*». Si noti come l'interpretazione giudiziale considera penalmente rilevanti non solo le omissioni totali, ma anche le informazioni parziali e le «mezze verità». L'obbligazione a carico del debitore è quella di offrire «*complete and truthful information to the trustee, an officer of the court*» per U.S. vs. Webster, 125 F.3d 1024, 7th Circuit, 1997.

⁸³ Burchinal vs. U.S., 342, F.2d, 982, 10th Circuit, 1965, «*preventing discovery or withholding knowledge of the assets is sufficient to find concealment*»; U.S. vs. Turner, 725 F.2d 1154, 8th Circuit, 1984 «*Concealment means, not only secreting, falsifying, mutilating as specified in section 1 of the Bankruptcy Act but also includes preventing discovery, fraudulently transferring or withholding knowledge or information required by law to be made known*»; in dottrina, R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud*, cit., pag. 19.

⁸⁴ Cfr. U.S. vs. Camp, 140 F.Supp., 98, D.Hawaii, 1956 «*the crime of concealment is concealment. It is not an improper use of funds, it is not the use of corporate funds for personal expenses, it is not even the use of funds in fraud of creditors*».

⁸⁵ Cfr. es. U.S. vs. Moody, 923 F.2d 341, 89-6271, 5th Circuit, 1991 riguardante l'occultamento al curatore di un *trust* all'interno del quale erano stati convogliati i beni del debitore. Le intestazioni fiduciarie (trasferimento della proprietà ad una terza parte con mantenimento di un interesse sul bene) sono state considerate *concealment* in *In re Vecchione*, 407 F Supp 609, E.D.N.Y., 1976.

⁸⁶ Cfr. M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 412.

⁸⁷ In giurisprudenza, v. U.S. vs. Gigli, 573 F. Supp. 1408, 1414, W.D.Pa., 1983; il concetto di *ordinary course of business* è stato, però, maggiormente indagato dalla giurisprudenza civile, cfr. *Medical Malpractice Ins. Ass'n vs. Hirsch (In re Lavigne)*, 114 F.3d 379, 385, 2nd Circuit, 1997; *Erickson vs. Citizens First National Bank (In re Erickson)*, 216 B.R. 938m 941, Bankr. C.D.Ill, 1998.

L'elemento rilevante nell'analisi di detta fattispecie, come già accennato nell'introduzione a questa sezione, non è tanto la dichiarazione giudiziale di fallimento (che si concretizza nella concessione del discharge o nel rifiuto di esso) quanto l'avvio della procedura fallimentare tramite la sottoscrizione della petition (ad opera del debitore o dei creditori). È questo il momento a partire dal quale sorgono gli obblighi dichiarativi e di consegna a carico del debitore in relazione agli assets da destinare all'asse fallimentare ed al soddisfacimento concorsuale dei creditori. La norma, dunque, si applica alle condotte che accompagnano la sottoscrizione della petition (in pendenza della procedura) o che la seguono⁸⁸.

Elementi costitutivi della fattispecie sono, dunque, oltre al già descritto intent ed alla condotta di occultamento, l'esistenza di una procedura fallimentare e la riconducibilità dell'oggetto materiale al concetto di property of the estate.

Tale ultimo requisito è, certamente, quello di più complicata interpretazione⁸⁹. Ciò in quanto richiede l'analisi delle regole civilistiche circa la riconducibilità del bene occultato all'asse fallimentare⁹⁰, tanto in via astratta, quanto nella concreta procedura avviata (o conclusa). Si badi, peraltro, come l'appartenenza del bene al concetto di property of the estate, in quanto considerata questione di fatto e non di diritto, è totalmente devoluta, all'interno del processo penale, alla decisione della giuria⁹¹, ed è suscettibile di essere rimessa in discussione anche qualora sia già intervenuta una determinazione in tal senso da parte della bankruptcy court⁹².

Al fine di superare le complessità legate all'accertamento di tale requisito, la giurisprudenza maggioritaria, attraverso un'interpretazione estensiva della fattispecie che solleva nello scrivente più di una riserva⁹³, ha ritenuto di applicare l'obbligo di disclosure a tutti i beni, anche quelli che, al momento della sottoscrizione della petition, appaiano di incerta riconducibilità all'asse fallimentare.

Seguendo tale (consolidato e, parrebbe, indiscusso) indirizzo giurisprudenziale⁹⁴, il § 152(1) è, dunque, idoneo ad incriminare condotte che privino la corte fallimentare della possibilità di esprimersi circa la riconducibilità o meno del bene all'estate, anche qualora, a seguito della scoperta del bene stesso, questo, sulla base della normativa contenuta nel Titolo 11 U.S.C.A., sia, da ultimo, escluso dall'asse fallimentare⁹⁵.

D'altra parte, questa interpretazione, per quanto discutibile, è coerente con la struttura offensiva delle fattispecie (pericolo astratto) e con il bene giuridico tutelato (amministrazione della giustizia). Ciò si percepisce in maniera ancora più chiara avendo riguardo a quella giurisprudenza che si è sviluppata circa il valore dei beni oggetto di concealment, nonché circa la

⁸⁸ Cfr. M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 412. Ciò non significa che nel sistema statunitense non siano incriminate le condotte che precedano l'avvio della procedura fallimentare (di gran lunga le più perseguite nell'ordinamento nostrano). Tali condotte sono, infatti, rilevanti ai sensi del 18 U.S.C. 152(7) che analizzeremo nel prosieguo.

⁸⁹ M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 412.

⁹⁰ In relazione a tale requisito, la giurisprudenza statunitense rifiuta interpretazioni formali legate all'intestazione nominale dei beni ma è, al contrario, informata ad un principio di effettività, cfr., *ex multis*, U.S. vs. Cherek, 734 F.2d 1248, 1254, 7th Circuit, 1984. Non è possibile addentrarsi specificamente nella materia, ma è da tenersi presente come il curatore, nel sistema statunitense, abbia ampi poteri di recupero dei beni intestati solo formalmente a persone giuridiche sotto la c.d. "alter ego" theory; per un esempio in giurisprudenza, v. *Steyr-Daimler-Puchoff America Corp. vs. Pappas*, 852 F.2d 132, 4th Circuit, 1988.

⁹¹ U.S. vs. Weinstein, 834 F.2d 1454, 1461, 9th Circuit, 1987 «[...] questions of which assets are includable in bankruptcy estate is question for jury».

⁹² Cfr. U.S. vs. Robbins, 997 F.2d 390, 393, 8th Circuit, 1993 che afferma tale principio sulla base del minor standard probatorio richiesto nel processo fallimentare rispetto a quello imposto nel processo penale «quantum of proof necessary to sustain bankruptcy court's finding is less than that for a criminal conviction»; ma il principio è valido in entrambi i sensi, così sarà possibile l'avvio di una prosecution per fraudulent concealment anche qualora, ad esempio, nell'ambito della procedura fallimentare, il curatore, dopo la scoperta, rinunci ad un determinato bene, v. U.S. vs. Grant, 971 F.2d 799, 805-06, 1st Circuit, 1992 «[...] abandonment of asset by trustee in civil administration of estate does not assure later prosecution for concealment of assets».

Si tratta di una scelta antitetica rispetto a quella propugnata dalla giurisprudenza italiana circa l'insindacabilità (ad es. rispetto ai presupposti di fallibilità nel caso di successione di leggi nel tempo) della sentenza dichiarativa di fallimento, cfr. Cass. pen., S.U., 15 maggio 2008, n. 19601, Niccoli; in dottrina, M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, vol. 58, n. 1-2, 2011, p. 44 e ss.; cfr. anche E.M. AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vagli delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 10, 2008, p. 3602 e ss.; G. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 1, 2011, p. 430 e ss.

⁹³ Riserve non condivise dalla dottrina statunitense consultata, che non solleva alcun problema di costituzionalità. Per una presa di posizione espressa, ma nel senso della ragionevolezza di tale interpretazione, M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 412.

⁹⁴ *Ex multis*, U.S. vs. Jackson, 836 F.2d 324, 330, 7th Circuit, 1987 «debtor must disclose even those assets whose bankruptcy status is uncertain»; ancora più netta U.S. vs. Beard, 913 F.2d 193, 197, 5th Circuit, 1990 «debtor must disclose all assets even if likely to later be excluded from estate».

⁹⁵ V., ancora, U.S. vs. Cherek, 734 F.2d 1248, 1254, 7th Circuit, 1984 «Even if the asset is not ultimately determined to be property of the estate under the technical rules of the Federal Bankruptcy Code, Section 152 properly imposes sanctions on those who preempt a court's determination by failing to report the assets».

loro destinazione.

L'assoluto disinteresse per il momento patrimoniale dell'offesa si coglie in quelle pronunce che confermano la responsabilità indipendentemente dalla percezione del soggetto agente circa il valore dei beni sottratti alla procedura: «debtors have an absolute duty to report whatever interest they hold in property, even if they believe the assets are worthless [senza valore] or are unavailable to the bankruptcy estate»⁹⁶.

Nemmeno rileva, una volta provata la mancata consegna dei beni alla procedura con la sottoscrizione della petition, che gli stessi siano stati effettivamente adoperati per il soddisfacimento dei creditori⁹⁷.

Un esempio in tal senso viene da una già citata decisione giurisprudenziale⁹⁸ che, pur nell'apparente scarsa consistenza della materia del contendere in termini di valori patrimoniali coinvolti⁹⁹, offre spunti particolarmente interessanti per ricostruire la struttura dell'offesa in questione. Nel caso di specie, all'imputato Turner era contestato il reato di cui al § 152(1) in relazione alla mancata annotazione del ricavato di un'operazione commerciale di vendita nelle scritture contabili della società oggetto di riorganizzazione. Il dibattito, tuttavia, era in grado di dimostrare come l'imputato, pur non avendo annotato nei libri sociali l'ammontare della vendita in oggetto, avesse utilizzato detta somma per soddisfare alcuni creditori sociali. La difesa, dunque, affermava l'irrelevanza penale della condotta, stante l'assoggettamento della somma alle finalità proprie della procedura.

Di diverso avviso, tuttavia, si dimostrava la Corte di appello adita, ad opinione della quale, una volta provata la mancata ostensione di una componente attiva agli organi della procedura, l'effettivo utilizzo delle somme, quand'anche destinato al fine ultimo della procedura stessa (soddisfacimento dei creditori), perde ogni rilevanza¹⁰⁰.

Alcune ulteriori considerazioni sono dovute in merito al momento consumativo ed allo statute of limitations¹⁰¹ applicabile alla fattispecie disciplinata dal § 152(1).

Il reato in commento si perfeziona al momento della condotta¹⁰². Ciò rende irrilevanti i comportamenti della persona attiva successivi ad essa, anche se precedenti rispetto al termine della procedura concorsuale, ed anche se coincidenti con la restituzione dei beni oggetto di concealment alla procedura (ulteriore riprova della natura non patrimoniale dell'offesa)¹⁰³.

Se il momento della condotta rappresenta quello della perfezione dell'offesa, la sua con-

⁹⁶ V. *ex multis* U.S. vs. Allen, 524 F.3d 814, 822, 7th Circuit, 2008; in precedenza, U.S. vs. Grant, 971 F.2d 799, 809, 1st Circuit, 1992 «*value of asset concealed from trustee is not relevant to determine whether a violation of 18 U.S.C. § 152 occurred*»; ma è un insegnamento assolutamente consolidato, v. Kanner vs. U.S., 21 F.2d 285, 287, 2nd Circuit, 1927 «*value of concealed assets is not essential element of § 152*». Un argomento interessante, in chiave difensiva, è stato sollevato in U.S. vs. Standard, 1996 WL 207157, 9th Circuit, 1996. L'imputato, in quell'occasione, sosteneva che la mancata ostensione di un investimento operato dalla *corporation* sottoposta alla procedura concorsuale in una compagnia petrolifera (Transwestern) non poteva essere penalmente rilevante ai sensi del § 152(1) in quanto privo di valore nell'ottica della riorganizzazione societaria. L'irrelevanza penale dell'omissione sarebbe discesa, nell'ottica della difesa, non già dalla mancanza di un elemento oggettivo della fattispecie (*asset occultato*), quanto dall'impossibilità di attribuire alla condotta il richiesto attributo soggettivo della fraudolenza. Nemmeno tale argomento, tuttavia, ha fatto breccia nella Corte di appello adita, la quale ha ritenuto penalmente rilevante anche l'omessa comunicazione di una mera aspettativa potenziale di guadagno futuro nell'investimento.

⁹⁷ In via generale, come già sottolineato, il danno ai creditori è un elemento irrilevante ai fini della punibilità delle condotte di *concealment*, cfr. U.S. vs. O'Donnell, 539 F.2d 1233, 1237, 9th Circuit 1976 «*false statement by debtor about assets need no harm to creditors in order to be proof of concealment*».

⁹⁸ U.S. vs. Turner, 725 F.2d 1154, 8th Circuit, 1984.

⁹⁹ La sentenza, infatti, nell'ambito della procedura di riorganizzazione ai sensi del *Chapter 11* di una concessionaria di auto, la cui partecipazione di maggioranza era detenuta dall'imputato Turner, si occupa dell'occultamento del ricavato delle vendite di una singola autovettura, una Ford Thunderbird, per l'esigua somma di 6.500 \$.

¹⁰⁰ «*Turner's crime was not in selling the car, possessing the proceeds, or using the proceeds to pay debts, but rather in preventing the discovery, by the trustee or the corporate debtor, of what he had done with the car and the money*». Ciò che rende questo caso interessante, oltre al suo contributo per la corretta determinazione del bene giuridico tutelato, è l'utilizzo del § 152(1) per reprimere una condotta che, nell'ordinamento italiano, avrebbe potuto rilevare quale bancarotta preferenziale. Il corretto strumento per la repressione dei pagamenti preferenziali, tuttavia, è costituito dal § 152(7) che sarà oggetto di prossima esposizione.

¹⁰¹ V. 18 U.S.C. § 3283 e ss.

¹⁰² Particolarmente interessante, in giurisprudenza, U.S. vs. Chambron, 43 F.3d 1468, 4th Circuit 1994 che afferma la punibilità dell'autoriciclaggio (18 U.S.C.A. Sec. 1957) rispetto ad un reato presupposto di *concealment*, pur essendo intervenute entrambe le condotte (quella del reato presupposto e quella del *money laundering*) prima della *bankruptcy*. Interessante in quanto il ragionamento seguito dalla Corte si discosta, in questo caso, dalla costante interpretazione – circa i rapporti fra i reati di bancarotta e riciclaggio – data dalla Cassazione italiana (che, d'altra parte, annovera il fallimento fra gli elementi costitutivi del reato fallimentare in esame). Cfr. sul punto, *ex multis*, Cass. Pen., sez. II, del 23 aprile 2015, n. 877, Rv. 264040, Bagnoli.

¹⁰³ Detto corso giurisprudenziale è ampiamente consolidato, cfr. Kalin vs. U.S., 2 F.2d 58, 59, 5th Circuit, 1924 «*return of concealed property to benefit creditor does not purge concealment of its criminality*»; v. anche U.S. vs. Klupt, 475 F.2d 1015, 1019, 2nd Circuit, 1973 «*although assets eventually benefited creditors, deliberate diversion of assets equaled concealment*».

sumazione, ai fini processuali legati all'applicabilità dello *statute of limitations*¹⁰⁴ è, però, postposta nel tempo¹⁰⁵.

Gli *statute of limitations* stabiliscono «un limite di tempo per perseguire un crimine, sulla base della data di consumazione dello stesso»¹⁰⁶. Tali norme, di creazione puramente legislativa (sconosciute cioè alla *common law*)¹⁰⁷, hanno la funzione di inibire il potere governativo di perseguire un crimine (pur con delle eccezioni) qualora il *prosecutor* non sia stato in grado di formalizzare un'accusa entro un determinato (variabile, per quanto attiene ai *bankruptcy crimes* pari a cinque anni) periodo di tempo (è poi irrilevante il momento della condanna definitiva). Pur condividendo talune caratteristiche della nostrana prescrizione (specie con riferimento agli obiettivi perseguiti¹⁰⁸), gli *statute of limitations* prevedono una disciplina schiettamente processuale (il decorso del tempo determina la decadenza dal potere di esercitare l'azione ed è, quindi, condizione di non procedibilità) e non estinguono il reato cui si applicano.

Per quanto riguarda il § 152(1), questo è assoggettato ad uno *statute of limitations* autonomo¹⁰⁹ che merita di essere descritto: «il *concealment* di beni di un fallito o di altro debitore deve essere interpretato quale una *continuing offense* sino a che a detto debitore sia concesso o negato il *discharge* [sino, cioè, al termine della procedura fallimentare¹¹⁰], e il periodo di limitazione [decadenza dal potere di esercitare l'azione] non inizia a decorrere che a partire da detto momento [di concessione o negazione del *discharge*]¹¹¹.

Il concetto di *continuing offense* (contrapposta a quella di reato istantaneo) è, in qualche modo, paragonabile alla figura italiana del reato permanente. Così come definita in giurisprudenza¹¹², con una espressione fatta propria dalla dottrina¹¹³, costituisce *continuing offense* un «flusso continuo di condotta che causa un'offesa che dura per un tempo equivalente a quello della condotta stessa».

Non è possibile concentrarsi in questa sede sulle problematiche di natura dogmatica sollevate da questa particolare figura¹¹⁴, ma nemmeno è possibile esimersi dal notare come interpretare il § 152(1) quale una *continuing offense* non si rifletta unicamente sulla disciplina processuale dello *statute of limitations* (garantendo, ovviamente, al *prosecutor* un più ampio margine di tempo per formalizzare l'accusa al pari di quanto avviene, d'altra parte, nel sistema italiano dove la prescrizione inizia a decorrere dalla dichiarazione giudiziale di fallimento¹¹⁵), ma produca rilevanti effetti sostanziali.

In giurisprudenza¹¹⁶, infatti, si utilizza la dottrina del *continuing offense* per reprimere anche condotte cronologicamente precedenti rispetto alla sottoscrizione della *petition* da par-

¹⁰⁴ Per una particolareggiata analisi sulla disciplina dello *statute of limitations* v. R. BOLES, *Easing the Tension Between Statutes of Limitations and the Continuing Offense Doctrine*, in *Northwestern Journal of Law & Social Politics*, vol. 7, 2012, pag. 219 e ss.

¹⁰⁵ Cfr. R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud*, cit., pag. 35, «*the offense dates from the time of bankruptcy, not from the initial time of concealment*».

¹⁰⁶ BLACK'S LAW DICTIONARY, 1546, 9 ed. 2009 «*A criminal statute of limitations establishes a time limit for prosecuting a crime, based on the date when the offense occurred*».

¹⁰⁷ R. BOLES, *Easing the Tension Between Statutes of Limitations and the Continuing Offense Doctrine*, cit., pag. 223.

¹⁰⁸ Questa la finalità degli *statutes of limitations* nell'interpretazione della Corte Suprema, *Toussie vs. U. S.*, 397 U.S. 112, 114-15, 1970 «*The purpose of a statute of limitations is to limit exposure to criminal prosecution to a certain fixed period of time following the occurrence of those acts the legislature has decided to punish by criminal sanctions. Such a limitation is designed to protect individuals from having to defend themselves against charges when the basic facts may have become obscured by the passage of time and to minimize the danger of official punishment because of acts in the far-distant past. Such a time limit may also have the salutary effect of encouraging law enforcement officials promptly to investigate suspected criminal activity*».

¹⁰⁹ 18 U.S.C. § 3284.

¹¹⁰ Qualora l'istanza venga giudicata inammissibile (*dismissal of bankruptcy*) dalla *bankruptcy court*, tale decisione, ai fini della decorrenza dello *statute of limitation*, è equiparata alla negazione del *discharge*, cfr. *U.S. vs. Dolan*, 120 F.3d 856, 867, 8th Circuit, 1997.

¹¹¹ Torna ad acquistare rilevanza il momento della dichiarazione giudiziale di fallimento.

¹¹² *U.S. vs. Morales*, 11 F.3d 915, 922, 9th Circuit, 1993 «*an ongoing course of conduct that causes a harm that lasts as long as that course of conduct persists*».

¹¹³ R. BOLES, *Easing the Tension Between Statutes of Limitations and the Continuing Offense Doctrine*, cit. pag. 228.

¹¹⁴ Ci permettiamo di rimandare nuovamente all'ampia analisi di R. BOLES, *Easing the Tension Between Statutes of Limitations and the Continuing Offense Doctrine*, cit., *passim*.

¹¹⁵ Correttamente si è segnalato in dottrina come tali condotte difficilmente emergano prima della chiusura della procedura, M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 412.

¹¹⁶ Cfr. *In re May*, 12 B.R. 618, N.D. Fla. 1980; *U.S. vs. Chambron*, 43 F.3d 1468, 4th Circuit 1994.

te del soggetto attivo. Ciò in quanto, un concealment realizzato anche a notevole distanza¹¹⁷ rispetto all'avvio della procedura, ma mantenuto nel corso di questa, è destinato a tramutarsi in un reato fallimentare una volta sottoscritta la petition, consumandosi al momento del discharge (o della negazione di esso).

La strada maestra, tuttavia, per reprimere le condotte pre petition è rappresentata dal § 152(7) che sarà oggetto della prossima esposizione.

7. § 152(7) Transfer and Concealment of assets in contemplation of a bankruptcy.

Tale fattispecie punisce chiunque, in proprio o in qualità di rappresentante (as an agent) di una persona fisica o una corporation, knowingly e fraudulently trasferisca (transfers) o occulti (conceals) propri beni personali, o beni di proprietà del terzo o della corporation, in previsione (in contemplation) dell'avvio di una procedura fallimentare disciplinata dal Titolo 11 nei propri confronti, o nei confronti del terzo o della corporation, o allo scopo di aggirare (to defeat) la disciplina contemplata dal medesimo Titolo.

La nozione di concealment, ovviamente, ricalca quella elaborata in dottrina e giurisprudenza con riferimento al § 152(1) (v. § precedente). Il § 152(7), tuttavia, incrimina, in via alternativa¹¹⁸ (ed, eventualmente, concorrente rispetto al concealment) una nuova condotta, quella di trasferimento di beni.

La nozione di trasferimento, applicabile anche ai fini penali, è oggetto di una specifica definizione normativa all'interno del codice fallimentare¹¹⁹.

Si può notare come tale norma adotti un significato particolarmente estensivo del termine trasferire sino a ricomprendere (in via residuale) «qualsiasi modo, diretto o indiretto, assoluto o condizionato, volontario o involontario di disporre o suddividere una proprietà o un interesse in una proprietà».

Si noti ancora come, ai sensi di tale disciplina, il mero trasferimento del possesso di un bene (prescindendo dal passaggio della proprietà) costituisce transfer agli effetti sia fallimentari che penali¹²⁰.

Secondo la dottrina più prestigiosa¹²¹ e seguita in giurisprudenza, all'interno della nozione di transfer dettata dal § 152(7) devono essere ricomprese anche figure non disciplinate direttamente dal Titolo 11 U.S.C.A. § 101(54), ma previste in relazione ad un fine di tutela analogo, la corretta distribuzione dei beni sociali, rispetto a quello perseguito dalla fattispecie penale in commento. Così devono considerarsi penalmente rilevanti (se accompagnati dagli altri requisiti richiesti) i trasferimenti preferenziali (preferences)¹²² e quelli fraudolenti (fraudulent transfers)¹²³.

Altro elemento di differenziazione rispetto alla disciplina dettata dal § 152(1) può rinvenirsi nella descrizione dell'oggetto della condotta. La norma, infatti, punisce le operazioni

¹¹⁷ Sul concetto di notevole distanza, tuttavia, è giusto intendersi: per quanto consta allo scrivente, azioni giudiziarie volte a reprimere condotte realizzatesi lustri, quando non decenni, prima dell'avvio della procedura, quali quelle cui siamo abituati nel sistema italiano, sono quasi del tutto sconosciute nell'ordinamento statunitense. Le forme di *concealment pre petition* cui si fa riferimento nel testo, nell'assoluta maggioranza dei casi, precedono di giorni o, al massimo, mesi la sottoscrizione dell'istanza. Raramente, e in questo senso sono paradigmatiche e citate quali esempi limite di comportamento criminale, l'interesse dei *prosecutors* si spinge ad indagare condotte realizzate anni prima rispetto alla sottoscrizione. La sentenza che si occupa del *concealment pre petition* più risalente rispetto all'istanza che si è riusciti a reperire punisce una condotta di quattro anni precedente, v. U.S. vs. Willey, 57 F.3d 1374, 1380-81, 5th Circuit, 1995.

¹¹⁸ Cfr., sebbene sulla fattispecie previgente, U.S. vs. Shapiro, 101, F.2d 375, 379, 7th Circuit, 1939; nello stesso senso M. PONTANI, *Pre-bankruptcy Crimes and entrepreneurial behaviour. Some insights from american and italian bankruptcy laws*, in *German Working Papers in Law and Economics*, Berkley Electronic Press, 2004, paper 14.

¹¹⁹ 11 U.S.C.A. § 101 (54)

The term "transfer" means—

(A) the creation of a lien;

(B) the retention of title as a security interest;

(C) the foreclosure of a debtor's equity of redemption; or

(D) each mode, direct or indirect, absolute or conditional, voluntary or involuntary, of disposing of or parting with—

(i) property; or

(ii) an interest in property.

¹²⁰ M. PONTANI, *Pre-bankruptcy Crimes and entrepreneurial behaviour*, cit., pag. 13.

¹²¹ L.P. KING, a cura di, *Collier on bankruptcy*, 15 ed., revisionata 1998, vol. 1, 7-73.

¹²² 11 U.S.C.A. § 547.

¹²³ 11 U.S.C.A. § 548.

realizzate, tanto con riferimento ai beni del soggetto attivo (his property), quanto con riferimento ai beni della persona, fisica o giuridica, in favore della quale è svolta la condotta (or the property of such other person or corporation).

Viene meno, dunque, ai fini della punibilità – rispetto alla fattispecie di cui al § 152(1) – la necessaria riconducibilità dei beni oggetto della condotta all'asse fallimentare (estate).

L'espressione his property è idonea a coprire tanto i beni iscrivibili al concetto di estate quanto quelli di proprietà esclusiva del debitore, formati o acquisiti, sia successivamente, che anteriormente rispetto all'istaurazione della procedura (e, dunque, alla creazione dell'asse fallimentare)¹²⁴.

La tematica è di particolare interesse con riferimento ai frutti (giuridici) derivanti dai beni oggetto della condotta in quanto, con riferimento ad essi, è possibile cogliere un'evidente differenza fra la fattispecie di cui al § 152(1) e quella di cui al § 152(7).

In U.S. vs. Mitchell¹²⁵, la Corte di appello adita si confrontava con la condanna in primo grado dell'imputato Mitchell ai sensi del § 152(1). L'accusa mossa nei confronti del defendant riguardava l'occultamento dei redditi percepiti, prima della sottoscrizione di una petition di personal bankruptcy, dalla partecipazione azionaria in una società, la Wood Floors Import Inc.; partecipazione azionaria trasferita, due anni prima della sottoscrizione dell'istanza, dall'imputato alla moglie.

Il prosecutor, sostenendo la natura fittizia (sham) della transazione (on the paper only), formalizzava un'accusa di concealment ai sensi del § 152(1) riguardante i redditi relativi alla Wood Floors Import Inc. percepiti dall'imputato negli anni dal 1998 (data della fittizia cessione azionaria) al 2000 (data della sottoscrizione di una petition all'interno della quale Mitchell non riportava detti redditi fra le proprie consistenze patrimoniali)¹²⁶. Seguiva una condanna di primo grado per l'occultamento, ai sensi del § 152(1), di «pre petition income».

La Corte di appello, tuttavia, correttamente, annullava la condanna, non ritenendo integro un elemento costitutivo della fattispecie, ovvero la riconducibilità all'asse fallimentare del bene occultato, sulla base della seguente argomentazione. «Un elemento essenziale della fattispecie di cui al § 152(1) [...] è che il concealment riguardi un bene appartenente all'asse fallimentare»¹²⁷. «In via riassuntiva, l'asse fallimentare [estate] include i beni e gli interesse riconducibili al debitore, a partire dall'inizio della procedura concorsuale, così come tutti i proventi che, da detto momento in poi, derivino dai primi».

Seguendo tale definizione, circoscritta cronologicamente, di property of the estate, i redditi derivati da un bene prima della sottoscrizione della petition, non potranno mai entrare a far parte di detta entità giuridica (estate), in quanto precedenti rispetto alla sua venuta ad esistenza¹²⁸.

Ad opinione dello scrivente, un risultato di segno opposto (rispetto all'annullamento in appello) si sarebbe potuto conseguire qualora il prosecutor avesse contestato all'imputato Mitchell, anziché la fattispecie di cui al § 152(1), quella disciplinata dal § 152(7). L'onere probatorio sarebbe stato certamente più gravoso con riferimento all'intent (in contemplation, v. infra), ma i redditi pre petition sarebbero stati riconducibili all'oggetto materiale della condotta incriminata da tale ultima fattispecie, his property (proprietà personale del debitore) ed una condotta di concealment su di essi avrebbe potuto essere dichiarata penalmente rilevante¹²⁹.

Come già visto, la fattispecie in commento è partecipata da un elemento soggettivo di particolare pregnanza. Il soggetto attivo deve aver agito: i) in previsione della propria bankruptcy (o di quella della persona fisica o giuridica per la quale opera) o ii) allo scopo di aggirare la

¹²⁴ L.P. KING, a cura di, *Collier on bankruptcy*, 15 ed., revisionata 1998, vol. 1, 7-75.

¹²⁵ U.S. vs. Mitchell, 06-2844/2419, 8th Circuit, 2007.

¹²⁶ Ad opinione dell'accusa: Mitchell era proprietario della Wood Floors Import; tale società avrebbe dovuto entrare nell'asse fallimentare; anche i redditi *pre petition* derivanti dalla Wood Floors Import, dunque, avrebbero dovuto essere ricondotti alla proprietà dell'asse stesso. «The Government's case was that Mitchell owned WFI, which became part of the estate, and that therefore pre-petition income derived from WFI was property of the estate as well».

¹²⁷ U.S. vs. Mitchell, cit., pag. 6.

¹²⁸ U.S. vs. Mitchell, cit., pag. 7 «The filing of the bankruptcy petition creates a new legal entity: the bankruptcy estate». In giurisprudenza, cfr. anche *In re Marlmuller*, 51 F.3d 775, 776, 8th Circuit, 1995. La Corte si appoggia anche sulla posizione dottrinale rinvenibile in L.P. KING, a cura di, *Collier on Bankruptcy*, P. 541.17, 15 ed., revisione del 2006 secondo cui «Included as property of the estate under section 541(a)(6) are all proceeds, products, offspring, rents, or profits of property of the estate, acquired after [sottolineato nella citazione della Corte] the case is commenced».

¹²⁹ Ciò è quanto accaduto in U.S. vs. Moody, 923 F.2d 341, 5th Circuit, 1991. In quel caso il defendant era accusato, ai sensi del § 152(7) di aver, *in contemplation of his bankruptcy*, occultato i profitti derivanti da un trust in suo favore, percepiti prima della sottoscrizione della petition. «Under this statute it is not necessary for the property to be an asset of the bankruptcy estate. It is sufficient if in concealing or transferring his own property the defendant has the intent of the concealment or transfer to defeat the bankruptcy law».

disciplina dettata dal Titolo 11 U.S.C.

Il primo stato mentale richiesto (in contemplation) richiede la prova di un nesso psicologico fra la condotta del soggetto attivo e la sottoscrizione dell'istanza fallimentare¹³⁰.

Chiaramente la fattispecie è designata prioritariamente (e l'onere della prova è più semplice da soddisfare) per coprire i casi di voluntary bankruptcy, ossia quelle ipotesi in cui è lo stesso soggetto agente che fa istanza di fallimento in proprio (o in favore della corporation per cui agisce)¹³¹.

Come visto a proposito della mens rea richiesta nelle ipotesi di concealment ai sensi del § 152(1) – del resto anche i casi disciplinati dal § 152(7) richiedono che l'agente abbia agito knowingly e fraudulently – la prova del particolare intent in commento è desunta dalla giurisprudenza attraverso un procedimento inferenziale basato su di una serie di elementi: primo fra tutti la consapevolezza circa la condizione di dissesto o pre-insolvenza del debitore¹³². In ogni caso la fattispecie si perfeziona solo se l'intent richiesto è posseduto dall'agente al momento della condotta e non quando sorga successivamente ad essa¹³³.

Le ipotesi disciplinate dal § 152(7) si applicano, tuttavia, per giurisprudenza consolidata, anche ai casi di involuntary bankruptcy, ossia quei casi in cui l'istanza di fallimento sia presentata ad opera dei creditori (personali o sociali). Un esempio paradigmatico in questo senso è costituito dalla pronuncia U.S. vs. Ayotte¹³⁴.

La storia personale e la condotta smaccatamente criminale dei soggetti attivi¹³⁵, nel caso in questione, ha certamente influito sulla decisione della Corte di appello che, però, avrà ad affermare un principio di diritto che sarà costantemente citato dalla giurisprudenza successiva.

La condotta degli imputati era riconducibile ad una fattispecie di c.d. bust out¹³⁶. Le operazioni di bust out sono perpetrate da società, di norma, create ad hoc al fine di acquisire merci a credito (spesso sulla base di una falsa documentazione comprovante la solidità finanziaria delle stesse), rivenderle sotto costo in contanti e fallire al momento di dover onorare i propri debiti con i fornitori¹³⁷.

Nel caso di specie, gli imputati, dopo aver allestito uno schema di bust out legato alla società Palm Forniture, si erano dileguati lasciando un considerevole debito non onorato verso i fornitori e facendo sparire dai magazzini della società ogni merce residua. Tali ultimi (i creditori), dunque, presentarono alla Bankruptcy Court istanza di fallimento nei confronti della Palm Forniture. Il dibattito non era in grado di restituire la prova – anzi acclarava il contrario – della conoscenza da parte degli imputati dell'istanza di fallimento (approvata dalla Bankruptcy Court in contumacia) nei confronti della società da loro amministrata.

¹³⁰ M. PONTANI, *Pre-bankruptcy Crimes and entrepreneurial behaviour*, cit., pag. 14.

¹³¹ U.S. vs. Haymes, 610 F.2d 309, 312, 5th Circuit, 1990 «*this proof may be easier in case of voluntary petition, because of the defendant's control over the action*».

¹³² Cfr. U.S. vs. Martin, 408 F.2d 949, 954, 7th Circuit, 1969 «*defendant's conviction of concealment in contemplation of bankruptcy is based on circumstantial evidence of defendant's actions and knowledge before the petition was filed*»; in U.S. vs. Haymes, 610 F.2d 309, 312, 5th Circuit, 1990, partendo dalla consapevolezza dell'imputato circa le deboli condizioni economico finanziarie della corporation da lui amministrata, la Corte d'appello ha ritenuto che la giuria fosse giustificata «*in putting two and two together in finding that debtor's transfer of funds revealed contemplation of bankruptcy*»; richiede, però, un onere della prova particolarmente severo e che l'intent sia provato sulla base di specifiche circostanze di fatto e non supposizioni, Burke vs. Dowling, 944 F. Supp. 1036, E.D.N.Y., 1995. Altri elementi circostanziali sono: una stretta relazione fra le parti della transazione; il trattenimento personale dei proventi della transazione; l'estemporaneità della transazione e l'assenza di una valutazione economica antecedente, ecc. Cfr., anche con citazioni giurisprudenziali, T. OGIER, J.F. WILLIAMS, *Bankruptcy Crimes and Bankruptcy Practice*, cit., § 2.c.

¹³³ Cfr. U.S. vs. Tashjian, 660 F.2d 829, 1st Circuit, 1981.

¹³⁴ U.S. vs. Ayotte, 385 F.2d 988, 6th Circuit, 1967.

¹³⁵ «*Appellants' venture was short-lived and transparently criminal*», questo l'esordio della sentenza in commento.

¹³⁶ Altro esempio di bust out si ritrova in Harris vs. Roberto, 966 F.2d 1442, 4th Circuit, 1992 «*The plan for the particular type of fraud involved in this case, known as a "bust-out," generally begins when a person or group of people establish a business concerned with the sale of consumer goods. Front men are used to run the day to day operations of the business. Using start-up funds, modest orders are placed with manufacturers and suppliers, and prompt payment is made for the purposes of establishing credit and obtaining credit references. Additional orders are then placed with the same suppliers using credit. Actual retail trade is minimal and most of the goods ordered are immediately shipped after receipt to warehouses and consumer good outlets controlled by the parties that provide the start-up funds and inventory. After an agreed-upon cut-off date, payments to suppliers are stopped. Shipments of goods by the front men to their backers continue until valuable inventory has been exhausted. As the creditors' demands for payments increase, the "bust-out" occurs with the business declaring Federal bankruptcy or, in this case, the state equivalent: assignment for the benefit of creditors. The creditors are left with a less valuable inventory to satisfy their claims*».

Particolarmente significativo il caso del *tax bust out* in quanto fenomeno ampiamente conosciuto anche nel sistema nostrano e generalmente punito ai sensi dell'art. 223 co. 2 n. 2 L.F. come causazione dolosa del fallimento. Questa la descrizione offerta dal *United States Trustee Manual*, cit., pag. 60: «*An individual operates a series of businesses in the same industry and fails to pay taxes. He/she then usually files chapter 11 bankruptcy for the company just prior to or at the time the Internal Revenue Service files a lien on the debtor's assets. The company operates for a brief period of time in chapter 11 before the case is converted or dismissed. A new business is then started with the debtor's assets*».

¹³⁷ Per una carrellata sui casi più diffusi di *bust out schemes* v. *United States Trustee Manual*, cit., pag. 59 e ss.

La mancata conoscenza della procedura fallimentare rappresentava, dunque, la difesa in grado di appello di Ayotte e correi, ad opinione dei quali, la fattispecie di cui al § 152(7) non avrebbe potuto integrarsi per mancanza dell'elemento soggettivo richiesto (aver agito in contemplation della propria bankruptcy).

La Corte di appello, al contrario, confermava la condanna di primo grado sulla base della seguente argomentazione: «Le persone devono essere intese come capaci di comprendere le naturali e ragionevoli conseguenze dei loro atti. Qualora, in una situazione di insolvenza, di sovra indebitamento e di evidente crisi nello svolgimento dei propri affari, taluno deliberatamente occulti i propri beni, o una parte considerevole di essi, dovrà ritenersi che tale soggetto abbia agito in previsione (in contemplation) delle normali conseguenze della propria condotta, ovvero l'applicazione della normativa fallimentare su istanza dei propri creditori sociali»¹³⁸.

Il secondo stato mentale richiesto, alternativamente, dal § 152(7) è di aver agito allo scopo di aggirare le previsioni del Titolo 11 U.S.C.; secondo l'opinione dottrinale tale requisito è soddisfatto qualora il soggetto attivo abbia agito al fine di realizzare una deviazione intenzionale dalla procedura di liquidazione, distribuzione dell'attivo fallimentare disciplinata dal Titolo 11¹³⁹.

Si è scelto di trattare nel paragrafo dedicato all'esposizione del § 152(7) la tematica relativa ad un ulteriore elemento costitutivo di taluno dei reati in commento, ossia l'esistenza di una bankruptcy. L'istaurazione di una procedura fallimentare, infatti, è requisito fondamentale ai sensi del § 152(1), che incrimina le condotte di concealment realizzate su beni che appartengano all'asse fallimentare (estate, come già abbiamo visto, che nasce giuridicamente solo con la sottoscrizione di una petition)¹⁴⁰.

Viceversa, però, sorprendentemente per l'interprete italiano, l'esistenza di una procedura fallimentare (che culmini nella concessione o nel diniego del discharge) non è affatto richiesta per la realizzazione della fattispecie di cui al § 152(7). «Teoricamente, [la fattispecie in commento] può perfezionarsi in previsione di un, solo apparentemente inevitabile, fallimento, che il debitore riesca, successivamente rispetto alla condotta, a scongiurare»¹⁴¹.

L'opinione dottrinale riportata ha trovato conferma in giurisprudenza nel caso *Burke vs. Dowling*¹⁴². Tale sentenza origina da un'azione civile nascente da reato esercitata da un privato per l'applicazione del Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Statute (R.I.C.O.)¹⁴³ che vedeva, fra i reati presupposto dell'attività criminale della corporation tratta a giudizio, fra gli altri, un'ipotesi di bankruptcy fraud ai sensi del § 152(7).

La Corte adita, dunque, al fine di rispondere al petitum dell'attore, si è dovuta concentrare sugli elementi costitutivi del reato presupposto contestato, il § 152(7) appunto. La difesa della parte convenuta, per sostenere la non configurabilità del reato in commento, aveva focalizzato la propria difesa, anziché sull'inesistenza delle condotte di concealment contestate (date, invece, per scontate, anche in questo caso si trattava di un bust out scheme), sul fatto che, nei confronti della società amministrata da questi ultimi, non fosse stata aperta (né volontariamente, né ad opera dei creditori) alcuna procedura fallimentare ai sensi del Titolo 11 U.S.C.

Tali argomenti, tuttavia, sono stati rifiutati dalla Corte, ad opinione della quale l'esistenza di una procedura concorsuale è elemento costitutivo soltanto del § 152(1), ma non anche del § 152(7). Basandosi sul tenore letterale della fattispecie, il giudice adito ha affermato come «tutto ciò che è richiesto [dal § 152(7)] è che l'imputato abbia trasferito i propri beni, al fine ultimo di raggirare la corte fallimentare, rimanendo, invece, del tutto indifferente che la pro-

¹³⁸ U.S. vs. Ayotte, cit., § 18.

¹³⁹ *Collier on bankruptcy*, 15 ed., revisionata 1998, vol. 1, 7-65.

¹⁴⁰ Include l'esistenza della *bankruptcy* fra gli *elements of crime* del § 152(1) R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud*, cit., pag. 17.

¹⁴¹ R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud*, cit., pag. 23 e s.

¹⁴² *Burke vs. Dowling*, 944 F. Supp. 1036, E.D.N.Y., 1995.

¹⁴³ 18 U.S.C. 1961-64. Non può essere questa la sede per l'analisi di quello che è stato definito in dottrina, G.E. LYNCH, *RICO: The Crime of Being a Criminal Parts I&II*, in *Columbia University Law Review*, n. 87, 1987, pag. 661 «one of the most controversial statute in federal criminal code». Per un'ampia trattazione dell'istituto v. J.K. STRADER, *Understanding White Collar Crime*, 2 edizione, LexisNexis, 2006, pag. 306 e ss. Ai fini della presente esposizione basti tenere a mente che tale fattispecie è stata introdotta al fine di reprimere condotte criminose reiterate, realizzate per mezzo di veicoli societari. Elementi costitutivi della fattispecie sono: *i*) l'esistenza di un'impresa; *ii*) la commissione da parte del soggetto attivo di due o più condotte criminali determinate (reati presupposto, *predicate acts*); *iii*) che la commissione dei reati presupposto possa qualificarsi come *percorso criminale* (*pattern of racketeering activity*); *iv*) che il soggetto attivo: *a*) abbia utilizzato l'impresa quale veicolo del *percorso criminale*; *b*) partecipi alla proprietà o al controllo di detta impresa; *c*) conduca gli affari dell'impresa attraverso il *percorso criminale*; *v*) che l'attività criminale abbia effetti sul commercio inter-statale. Il § 152(7), in quanto reato federale, è uno dei reati presupposto per l'applicazione di RICO. Lo *statute* può essere invocato sia dal *prosecutor* che dai privati danneggiati.

cedura concorsuale sia in effetti cominciata oppure no»¹⁴⁴.

Pur consapevoli della natura certamente eccezionale del caso preso in considerazione dalla sentenza citata, l'interpretazione in commento offre notevoli spunti per analizzare la struttura offensiva della fattispecie di cui al § 152(7): siamo in presenza di un reato di mera disobbedienza, certamente di pericolo astratto nei confronti del bene giuridico tutelato, il buon andamento della procedura concorsuale.

8.

Le fattispecie “dichiarative” ai sensi del § 152(2)(3).

La seconda macro categoria prevista dal § 152 è quella relativa agli illeciti di natura, per così dire, dichiarativa, consistenti, a grandi linee, nel mentire agli organi della procedura¹⁴⁵.

Il § 152(2) (ancora una volta un reato comune) punisce le false dichiarazioni rese, knowingly e fraudulently, sotto giuramento nel corso di qualunque tipo di udienza collegata ad una procedura fallimentare, così come nel corso delle audizioni del debitore (o di possibili testimoni) svolte innanzi al curatore.

Il § 152(3) incrimina, invece, le false dichiarazioni rese, ancora una volta knowingly e fraudulently, nella sottoscrizione di documenti scritti relativi alla procedura fallimentare (primi fra tutti la petition e i moduli allegati, all'interno dei quali il debitore è chiamato ad indicare le proprie consistenze patrimoniali e le operazioni commerciali e finanziarie svolte in un determinato arco temporale)¹⁴⁶.

Il termine false utilizzato, in relazione alle dichiarazioni, dalle fattispecie in commento, nell'interpretazione giurisprudenziale, copre tanto le falsità ideologiche quanto «qualsiasi tipo di omissione consapevole e volontaria, operata al fine di trarre in inganno gli organi della procedura o di occultare beni da sottoporre alla distribuzione fra i creditori»¹⁴⁷. Talvolta, ma l'indirizzo non è consolidato¹⁴⁸, in giurisprudenza la nozione di falsità è stata ampliata al punto di ricomprendervi anche dichiarazioni formalmente vere, ma, con riguardo al contesto generale, fuorvianti¹⁴⁹.

Il requisito, di creazione tutta giurisprudenziale, che differenzia maggiormente le fattispecie in commento da quelle di concealment già analizzate è dato dalla materiality.

Per essere punibili, cioè, le condotte dichiarative devono avere ad oggetto una material matter¹⁵⁰.

Il requisito della materiality rappresenta una dei pochi istituti dai quali sia possibile dedurre l'esigenza di recuperare indici di offensività in concreto nell'intero sistema penale fallimentare statunitense.

Una concreta offensività, tuttavia, che le condotte dichiarative devono possedere nei confronti del bene giuridico tutelato dalle fattispecie in commento che resta, in ogni caso, l'am-

¹⁴⁴ Burke vs. Dowling, cit., II, § 12(2)(C). La corte, comunque, respingerà la pretesa attorea ritenendo non provato l'intent richiesto dalla norma.

¹⁴⁵ M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 425.

¹⁴⁶ È interessante notare come la giurisprudenza prevalente ritenga che la fattispecie di false dichiarazioni ex § 152(3) possa concorrere con quella di concealment ex § 152(1) anche qualora la condotta riguardi il medesimo asset: cfr. U.S. vs. Cluck, 143 F.3d 174, 179, 5th Circuit, 1998; nonché U.S. vs. Christner, 66 F.3d 922, 929-30, 8th Circuit, 1995. Tale interpretazione solleva non pochi dubbi di costituzionalità in relazione al quinto emendamento che esprime l'equivalente statunitense del principio del *ne bis in idem*, sotto il nome di *Double Jeopardy Clause*: «[N]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb». Il quinto emendamento protegge l'imputato tanto dall'istaurazione di un secondo processo penale per il medesimo fatto già oggetto di condanna o assoluzione, quanto dal rischio di condanne multiple per lo stesso fatto all'interno di un unico processo. Per un'ampia sintesi della problematica ed una proposta interpretativa che metta gli asset al centro dell'analisi e non le condotte (al fine di proteggere l'imputato da incriminazioni molteplici per lo stesso fatto) v. N.M. GEWERTZ, *Act or Assets: Multiplicitous Indictments under the Bankruptcy Fraud Statute: 18 U.S.C. 152*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 76, n. 2, 2009, pag. 909-940. Per quanto convincente, specie agli occhi dell'interprete italiano, riteniamo che la proposta avanzata dall'autore sia destinata a incontrare poco successo in giurisprudenza, stante la declinazione patrimoniale del bene giuridico assunto quale oggetto di tutela delle fattispecie in commento, nonché il rifiuto – tutt'altro che immotivato – della consolidata opinione che considera i differenti capoversi del § 152 fattispecie autonome di reato.

¹⁴⁷ U.S. vs. Sobin, 56 F.3d 1423, 1428, D.C. Circuit, 1995 «false statements includes knowing omissions of facts made with intent to deceive or conceal».

¹⁴⁸ M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., § 425.

¹⁴⁹ U.S. vs. Robbins, 997 F.2d 390, 395, 8th Circuit, 1993 ha confermato una condanna per un'accusa di false oath basata su affermazioni formalmente vere ma fuorvianti. Un'attenzione particolare all'elemento del contesto è stata prestata anche in U.S. vs. Bonacorsa, 528 F.2d 1218, 1221, 2nd Circuit, 1976 «perjury charge may not be defended by isolating statements from context and changing its meanings».

¹⁵⁰ Cfr. *ex multis*, U.S. vs. Key, 859 F.2d 1257, 1261, 7th Circuit, 1988; U.S. vs. O'Donnell, 539 F.2d 1233, 1237-38, 9th Circuit, 1972; *Metheany vs. U.S.*, 365 F.2d 90, 93, 9th Circuit, 1966.

ministrazione della giustizia. Il requisito di materialità, dunque, non ha alcun contenuto patrimoniale ed una condotta può essere considerata material anche se non arreca alcun danno (patrimoniale appunto) ai creditori sociali¹⁵¹.

Un'ampia attenzione alla nozione di offensività incorporata dalla giurisprudenza statunitense con riferimento alle fattispecie di cui al § 152(2)(3) è dedicata in U.S. vs. Gellene¹⁵², che già abbiamo citato con riferimento all'interpretazione dell'elemento soggettivo (*fraudulently*) nelle ipotesi di *concealment*.

La difesa dell'imputato – coerentemente con l'interpretazione patrimoniale del bene giuridico protetto dalle norme disciplinate dal § 152 da questa sostenuta – affermava come le dichiarazioni prese ad oggetto dal § 152(2) dovessero essere ritenute material solamente qualora «correlate ai beni dell'asse fallimentare e, quindi, ad aspetti legati alla distribuzione concorsuale dell'attivo del debitore». Secondo tale lettura, la condotta sarebbe da ritenersi offensiva (material) solamente quando influisca (negativamente) sulla procedura di liquidazione dei beni del fallito verso la massa.

La Corte d'appello concorda con l'opinione sopra riportata, ma solo nel senso di ritenere che false informazioni del tipo di quelle descritte, effettivamente, soddisfino il requisito di materialità, ma non l'esauriscano.

Certamente, afferma la Corte, false rappresentazioni inerenti «le transazioni commerciali del debitore, i beni dell'estate del debitore, la scoperta di tali beni, la storia delle transazioni finanziarie del debitore»¹⁵³ sono idonee ad essere definite material. Tuttavia, non può dirsi che solo tale genere di informazioni sia rilevante.

In via negativa, è errato affermare, ad opinione della giurisprudenza citata, che solo le dichiarazioni che danneggino i creditori, o che arrechino un vantaggio al debitore debbano considerarsi penalmente rilevanti.

In via positiva, tuttavia, la definizione di material si fa alquanto sfuggente e dominata da una logica del caso per caso¹⁵⁴.

Semberebbe affetta da tautologia, o quanto meno da scarso valore esplicativo, l'affermazione secondo cui il requisito della materialità «richiede che le false dichiarazioni siano relative ad aspetti significativi della procedura fallimentare all'interno della quale sono rese»¹⁵⁵.

Parimenti inefficace – e segno di una certa perversione logica – quella secondo cui dovrebbe ritenersi material la dichiarazione che il soggetto attivo «ritiene sufficientemente importante – e dunque material – al fine di ottenere lo scopo perseguito»¹⁵⁶.

Seguendo tale linea di pensiero, proprio della giurisprudenza citata, il requisito della materiality perde ogni funzione selettiva della rilevanza penale delle condotte.

9. Le altre fattispecie disciplinate dal § 152.

Si è scelto di trattare congiuntamente le rimanenti fattispecie disciplinate dal § 152 in quanto, o di scarsa applicazione pratica, o, comunque, compartecipi delle medesime questioni di diritto già oggetto di analisi nei sotto paragrafi precedenti (l'elemento soggettivo comune di tutte le fattispecie è dato, anche in questo caso, dall'aver agito *knowingly* e *fraudulently*)¹⁵⁷.

Il § 152(4) punisce chiunque (la figura è indirizzata ai creditori) presenti istanze di insinuazione al passivo fallimentare basate su falsi elementi di prova del credito.

Il § 152(5) punisce chiunque, dopo la sottoscrizione della petition da parte del debitore, riceva da esso beni (appartenenti all'estate) allo scopo di frustrare la procedura di distribuzione concorsuale.

Il § 152(6) punisce chiunque dia, offra, riceva o cerchi di ottenere denaro o altri beni, remunerazioni, compensazioni, ricompense, vantaggi o promesse per agire, o evitare di agire

¹⁵¹ Cfr. ancora U.S. vs. O'Donnell, cit.

¹⁵² U.S. vs. Gellene, 182 F.3d 578, 7th Circuit, 1999, § II.2.

¹⁵³ U.S. vs. Gellene, cit. § II.2

¹⁵⁴ Qui è la stessa Corte che pare tradire un certo imbarazzo: «*Just what is significant is difficult to say for the general case: failing to disclose ownership of a ream of paper in a multi-million dollar bankruptcy is probably not material, but in many cases a false social security number or a false prior address may be*»: U.S. vs. Gellene, cit. § II.2.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*. più che ad un requisito oggettivo della condotta, la *materiality* sembra essere equiparata ad un atteggiamento interiore.

¹⁵⁷ Per una panoramica su tali figure di reato v. *United States Trustee Manual*, cit., pag. 27-34.

all'interno di una procedura disciplinata dal Titolo 11 (accordi fra debitore e creditori).

Il § 152(8) disciplina le ipotesi documentali. La norma racchiude condotte sia pre petition che post petition ed incrimina chiunque, dopo l'avvio di una procedura concorsuale, o in previsione di essa, occulti, distrugga in tutto o in parte, falsifichi (in senso sia materiale che ideologico, faccia false annotazioni) qualsiasi informazione registrata (libri, documenti, bilanci, registri) relativa alla situazione patrimoniale o alla ricostruzione delle movimentazioni finanziarie di un debitore.

Il § 152(9) punisce chiunque, dopo l'avvio di una procedura concorsuale, trattenga e non metta a disposizione degli organi della procedura qualsiasi informazione registrata (libri, documenti, bilanci, registri) relativa alla situazione patrimoniale o alla ricostruzione delle movimentazioni finanziarie di un debitore.

Si noti come, per tali due ultime figure, la giurisprudenza non richieda alcun requisito di materiality.

10. Le singole fattispecie incriminatrici: 18 U.S.C. § 157.

La riforma delle procedura concorsuali del 1994 – in uno con una riorganizzazione delle fattispecie oggetto della precedente analisi, tutte comunque, già contenute nella normativa previgente del 1898 – ha introdotto una nuova fattispecie di reato, l'unica legislativamente denominata *bankruptcy fraud*.

Il § 157¹⁵⁸ del Titolo 18 U.S.C. incrimina chiunque, avendo escogitato (device), o nel tentativo di escogitare, uno schema fraudolento, al fine di perpetrare od occultare tale schema, o nel tentativo di fare ciò:

Sottoscriva una petition ai sensi del Titolo 11, inclusa una involuntary petition ex § 303;

Operi false o fraudolente rappresentazioni, richieste o promesse riguardanti, o in relazione a, una procedura concorsuale esistente o la cui esistenza è falsamente dichiarata, in qualsiasi tempo, prima o dopo la sottoscrizione della petition.

Tale fattispecie, che costituisce una sorta di clausola di riserva¹⁵⁹, è stata prevista al fine di attribuire rilevanza penale a condotte che, ai sensi del previgente statuto, non potevano essere perseguite.

Un esempio in tal senso è rappresentato dalla presentazione di documentazione ideologicamente falsa, qualora non sia espressamente previsto che le annotazioni in essa contenute siano rese dal dichiarante sotto giuramento. Ancora, diviene punibile la rappresentazione, non necessariamente nel contesto di una procedura, dell'esistenza di un procedimento ai sensi del Titolo 11 (al fine di poter beneficiare dell'automatic stay) quando, in effetti, questo non sia mai stato instaurato¹⁶⁰.

Le ragioni di politica criminale legate all'introduzione della nuova fattispecie poggiano sull'esperienza, a partire dalla fine degli anni '80 e nel corso degli anni '90, legata all'emersione di fenomeni fraudolenti in precedenza sconosciuti.

Se, sino ad allora, la maggior parte delle condotte criminali era essenzialmente finalizzata all'occultamento di assets nei confronti della procedura (e trovava, dunque, un'adeguata risposta legislativa nel § 152)¹⁶¹, di recente emersione è stato il fenomeno dell'utilizzo distorto del sistema fallimentare da parte di individui che, adoperando l'automatic stay quale vero e proprio strumento artificioso, realizzavano vaste operazioni fraudolente, solo incidentalmente legate alla procedura concorsuale¹⁶².

¹⁵⁸ 18 U.S.C. § 157 – Bankruptcy Fraud:

A person who, having devised or intending to devise a scheme or artifice to defraud and for the purpose of executing or concealing such a scheme or artifice or attempting to do so—

(1) files a petition under title 11, including a fraudulent involuntary petition under section 303 of such title;

(2) files a document in a proceeding under title 11; or

(3) makes a false or fraudulent representation, claim, or promise concerning or in relation to a proceeding under title 11, at any time before or after the filing of the petition, or in relation to a proceeding falsely asserted to be pending under such title, shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both.

¹⁵⁹ L'espressione è di M. PONTANI, *Pre-bankruptcy Crimes and entrepreneurial behaviour*, cit., pag. 15.

¹⁶⁰ M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., III.

¹⁶¹ Cfr., in una prospettiva storica, J.A. CASTLE e altri, *Bankruptcy Crime Statutes Governing Debtors*, in *Bankruptcy Strategist*, vol. 15, 1998, pag. 6.

¹⁶² M.A. TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., III.

Sinteticamente, elementi costitutivi dell'offesa sono: l'esistenza di uno schema fraudolento, in forma consumata o tentata¹⁶³; le condotte descritte, legate all'operatività del soggetto attivo in relazione alla procedura concorsuale; la strumentalizzazione del sistema fallimentare alla riuscita o all'occultamento della frode¹⁶⁴.

Tale ultimo requisito riveste una particolare importanza nella stessa genesi legislativa dell'istituto. Espressamente, in sede di lavori parlamentari, si è esclusa l'applicabilità di questa fattispecie a casi in cui le condotte contenute ai numeri 1 e 2 della norma non siano perpetrate quale componente essenziale nel perseguimento dello schema fraudolento¹⁶⁵.

Gli esempi maggiormente diffusi nella prassi applicativa riguardano la creazione di schemi fraudolenti all'interno delle procedure di esproprio o di sfratto, stante anche la rapida impennata di tali fenomeni a seguito delle ripetute crisi immobiliari degli ultimi decenni (e, in maniera dirimpente, dal 2005 in poi).

Soggetti attivi di tali operazioni fraudolente sono truffatori professionisti, che approcciano, in vario modo, proprietari immobiliari in difficili situazioni finanziarie, prospettando una via d'uscita rispetto all'imminente esproprio dell'abitazione da parte dei creditori (normalmente istituti di credito).

Il proprietario immobiliare viene convinto a cedere la propria abitazione in favore del soggetto attivo o, più frequentemente, di un prestanome (o una società) il quale, alla vigilia della procedura di vendita forzata dell'immobile, presenta istanza ai sensi del Chapter 7. In questo modo, in virtù del principio dell'automatic stay, le azioni individuali di esecuzione forzata sul patrimonio del debitore vengono inibite per tutto il corso della procedura fallimentare (indipendentemente dal fatto che questa si concluda con una pronuncia di inammissibilità, o con la concessione o il diniego del discharge); l'azione è destinata, per ogni singolo immobile, a ripetersi indefinite volte (con la cessione dello stesso a soggetti/società sempre diversi) allo scopo, in caso di riuscita, di evitare l'esecuzione forzata per un tempo indefinito¹⁶⁶.

Un esempio in tal senso è costituito dal caso analizzato in U.S. vs. Daniels¹⁶⁷. Ancor più importante della fattispecie concreta oggetto della sentenza, tuttavia, è il fatto che la Corte, in questa occasione, si sia trovata a dover fronteggiare una questione di legittimità costituzionale del § 157, avanzata dall'imputato, ai sensi della "void for vagueness" doctrine¹⁶⁸ (principio di tassatività, sufficiente determinatezza della fattispecie).

Ad opinione dell'appellante Daniels, la norma in commento sarebbe da censurare in quanto non descriverebbe – né l'aveva fatto l'incolpazione, nel caso concreto – con sufficiente chiarezza il soggetto passivo dell'attività fraudolenta (perpetrata attraverso l'utilizzo strumentale della disciplina fallimentare).

Specificamente, non sarebbe dato comprendere se la fattispecie miri a tutelare dalle frodi: un qualsiasi persona fisica, uno o più creditori individuati o, addirittura, il sistema fallimentare in sé considerato¹⁶⁹.

La Corte – non certo diffondendosi in un'analisi particolarmente approfondita – ritiene

¹⁶³ Si noti come la giurisprudenza non richieda che, in presenza di un artificio, la punibilità sia subordinata alla verifica del suo effettivo successo (*ex post*), né della sua concreta attitudine (*ex ante*) a trarre in inganno il soggetto passivo: cfr. U.S. vs. Wagner, n. 03-4313, 6th Circuit, 2004.

¹⁶⁴ Tale fattispecie ben potrebbe applicarsi anche alle operazioni di *bust out* già descritte, nonché ai *Ponzi schemes*. Trattano la tematica relativa al soddisfacimento degli investitori danneggiati alla luce delle antinomie fra la disciplina fallimentare e quella della confisca penale K.B. PHELPS, *Handling Claims in Ponzi Scheme Bankruptcy and Receivership Cases*, in *Golden Gate University Law Review*, vol. 42, 2012, pag. 567 e ss.; M.A. SULLIVAN, *When the Bezzle Bursts: Restitutionary Distribution of Assets After Ponzi Schemes Enter Bankruptcy*, in *Wash. & Lee Law Review*, vol. 68, 2011, pag. 1589 e ss.

¹⁶⁵ Dichiarazione del deputato Brooks, 140 Congr. Rec. H 10771, 4 ottobre 1994: «*It would also not be a crime under this section for a person to make a false statement or promise concerning a proceeding under title 11, as long as the false statement or promise was not made as part of a scheme to defraud involving the bankruptcy proceeding. Similarly, a person who conveys incorrect information about the pendency of a bankruptcy or the planned filing of a bankruptcy case would not be within the scope of this section unless that information was conveyed fraudulently and to further a fraudulent scheme.*».

¹⁶⁶ Cfr. in dottrina, L.F. CHAVES, *In Rem Bankruptcy Refiling Bars: Will They Stop Abuse of the Automatic Stay Against Mortgages?*, in *California Bankruptcy Journal*, n. 24, 1998, pag. 3.

¹⁶⁷ U.S. vs. Daniels, 247 F.3d 598, 5th Circuit, 2001 «*The fraudulent scheme used by the defendant consisted in making the homeowners convey a part of the interest in their homes to one of the several companies he had formed. The companies then filed bankruptcy, listing the interest in the houses as one of their assets. In such a way the foreclosure on the houses was automatically stayed, and Daniel used various techniques to avoid the scrutiny off bankruptcy officials and "flip" the interest in the houses from one company to another.*».

¹⁶⁸ La Corte Suprema ha così descritto la dottrina in esame in Kolender vs. Lawson, 461 U.S. 352, 357, 1983: «*The void for vagueness doctrine requires that a penal statute define the criminal offense with sufficient definiteness that ordinary people can understand what conduct is prohibited and in a manner that does not encourage arbitrary and discriminatory enforcement.*».

¹⁶⁹ U.S. vs. Daniels, cit., «*Daniels claims that the vagueness in the bankruptcy fraud statute is that it is unclear who is supposed to be protected from the fraudulent conduct — the bankruptcy system itself, a member of the general public, or some creditor.*».

l'argomento sollevato dall'imputato fatuo¹⁷⁰.

La costituzionalità della norma viene sostenuta prendendo a riferimento una precedente sentenza di altro circuito¹⁷¹ che aveva risolto un'analogha questione (sufficiente determinatezza) con riferimento alla fattispecie di mail fraud¹⁷².

Ad opinione della sentenza in commento il § 152 è ricalcato, anche nella scelta del linguaggio legislativo, sul § 1341, il quale rappresenta una previsione generale anti-frode, a carico della quale non è possibile postulare alcun rimprovero di intrinseca vaghezza¹⁷³.

Nel caso di specie, poi, l'argomento difensivo viene giudicato privo di valore, e la questione di legittimità costituzionale irrilevante (per usare una terminologia domestica), in quanto, secondo la Corte, l'imputato non poteva essere incorso in confusione circa il soggetto passivo tutelato dalla fattispecie, avendo il primo posto in essere una condotta fraudolenta, tanto nei confronti dei debitori, che dei creditori, che del sistema fallimentare in sé considerato¹⁷⁴.

Fenomeni criminali in qualche modo simili a quelli appena trattati vedono l'utilizzo distorto del sistema fallimentare, attraverso l'abuso dell'automatic stay, al fine di ritardare le procedure di sfratto. In questi casi il soggetto attivo, rappresentandosi come persona qualificata, spesso un legale, nell'assistenza dei conduttori nelle controversie con i locatori e dietro il pagamento di una tariffa, sottoscrive, in favore e, tendenzialmente, all'insaputa dei primi, delle istanze di personal bankruptcy finalizzate appunto ad intralciare l'esecuzione dello sfratto.

Un caso di questo genere è stato preso in considerazione da un'importante – quanto controversa¹⁷⁵ – sentenza del nono circuito, U.S. vs. Millwitt¹⁷⁶, che sarà presa a spunto per un'analisi della fattispecie in commento.

Anzitutto alcune considerazioni di sistema. La pronuncia in questione dà il segno della scarsissima applicazione del § 157: in primo luogo, la Corte¹⁷⁷ riconosce espressamente che, seppur a dodici anni dall'entrata in vigore della norma, quella presa in esame costituisca la prima occasione per interpretare gli elementi costitutivi della fattispecie; in secondo luogo, come già statuito da altro circuito nel citato caso U.S. vs. Daniels, che il § 157 condivide la struttura di alcuni statutes federali, in primis, quelli incriminanti altre fattispecie di frode, mail frauds e wire frauds¹⁷⁸ (di frequentissima applicazione)¹⁷⁹. L'elaborazione interpretativa sviluppata dalle corti con riferimento a queste differenti figure di reato sarà, dunque, come già in U.S. vs. Daniels, utilizzata anche a beneficio della bankruptcy fraud¹⁸⁰.

U.S. vs. Millwitt parrebbe allontanarsi dalle conclusioni di U.S. vs. Daniels.

Questi, in sintesi, i fatti oggetto dell'imputazione, ai sensi del § 157, dell'imputato Millwitt: aver adescato una pluralità di affittuari in difficoltà economiche; aver fatto credere loro di difenderli nelle controversie con i padroni di casa; avere, al contrario, sottoscritto a loro nome una serie di istanze di personal bankruptcy; avere, infine, convinto gli stessi a remunerarlo, con gli affitti non più pagati ai locatori (nelle more di una procedura fallimentare sconosciuta ai conduttori) per i servizi resi nel ritardare lo sfratto.

L'annullamento della condanna di primo grado in appello, pur se dovuta, essenzialmente, all'adozione da parte del prosecutor di una strategia discutibile e, probabilmente, da un errore di base nella formulazione dell'imputazione, figlio, però, di una data interpretazione della norma sconfessata dalla Corte, permette di apprezzare le più importanti differenze fra le due sentenze.

L'imputazione, infatti, espressamente qualificava, quali soggetti passivi della condotta

¹⁷⁰ U.S. vs. Daniels, cit., «*The argument proclaiming Daniels' confusion as to who he might be prohibited from defrauding is fatuous*».

¹⁷¹ Il riferimento è a U.S. vs. Feinberg, 535 F.2d 1004, 1010, 7th Circuit, 1976.

¹⁷² 18 U.S.C. § 1341. Che il § 157 sia modellato sulla fattispecie di mail fraud si evince anche dai lavori parlamentari che hanno accompagnato l'approvazione della norma, cfr. dichiarazione del deputato Brooks, 140 Congress Record H10752-01, October 4, 1994.

¹⁷³ U.S. vs. Daniels, cit., «*The mail fraud statute contains identical language — criminalizing conduct that "devis[e]s or intend[s] to devise a scheme or artifice to defraud" — leading us to the conclusion that there is nothing inherently vague in the notion of a general anti-fraud provision*».

¹⁷⁴ U.S. vs. Daniels, cit., «*As is clear from the facts of this case, Daniels defrauded not only the homeowners, but also the bankruptcy system and the mortgage companies. The bankruptcy fraud statute, as applied to Daniels, is constitutional*».

¹⁷⁵ Controversa sia se paragonata ad altre pronunce, in primis U.S. vs. Daniels, cit., sia nella sua stessa genesi collegiale. La decisione è stata presa, infatti, a maggioranza di due giudici su tre e la dissenting opinion del giudice Wallace è piuttosto dura nel criticare le conclusioni della maggioranza.

¹⁷⁶ U.S. vs. Millwitt, 475 F.3d 1150, 9th Circuit, 2006.

¹⁷⁷ Si tratta, peraltro, di un circuito molto ampio che comprende, fra gli altri, il distretto della California.

¹⁷⁸ 18 U.S.C. § 1343.

¹⁷⁹ U.S. vs. Millwitt, cit., § II «*While we have not interpreted 18 U.S.C. 157, we have discussed the elements of 18 U.S.C. § 1341 and 18 U.S.C. § 1343, the mail and wire fraud statutes upon which § 157 was modelled*».

¹⁸⁰ In dottrina, sulle analogie fra il § 157 ed il § 1341, v. L.P. KING, a cura di, *Collier on bankruptcy*, 15 ed., revisionata 1998, vol. 1, 7-07 «*Section 157 was consciously patterned on the federal mail fraud statute*».

fraudolenta di Millwitt, i proprietari degli appartamenti concessi in locazione¹⁸¹. Dunque, nell'atto di accusa, non era contenuto alcun riferimento a condotte fraudolente perpetrate ai danni dei conduttori¹⁸².

Contraddittoriamente, però, rispetto all'oggetto dell'atto di incolpazione, l'istruttoria dell'accusa si concentrava, esclusivamente, sul dimostrare alla giuria la condotta fraudolenta tenuta dall'accusato nei confronti degli inquilini¹⁸³; l'averli ingannati circa il fatto di essere un legale¹⁸⁴, l'aver sottoscritto istanze di bankruptcy a nome di questi a loro insaputa¹⁸⁵, l'averli defraudati dei canoni di locazione¹⁸⁶.

La stessa strumentalizzazione del sistema fallimentare veniva presentata, nell'istruttoria dell'accusa, come funzionale ad occultare la (non) attività giudiziale di Millwitt nella procedura di sfratto: i conduttori, notando una battuta di arresto nel processo di evizione (dovuta all'operare, a loro insaputa, del principio dell'automatic stay), si erano convinti della bontà della difesa dell'imputato e continuavano a remunerarlo¹⁸⁷.

Al contrario, il prosecutor non concentrava alcuno sforzo probatorio nel dimostrare l'esistenza di uno schema fraudolento ai danni dei proprietari, né il fatto che la sottoscrizione delle petitions fosse strumentalizzata ad eseguire o ad occultare tale schema¹⁸⁸.

La conferma della condanna in sede di appello – seppur nei termini dell'impugnazione, ossia della sufficienza della prova dello specific intent richiesto dalla norma – sarebbe necessariamente dovuta passare per un'operazione ermeneutica circa gli elementi costitutivi (elements of crime) del reato in questione.

Specificamente, se il § 157 richieda o meno che il prosecutor, nel dimostrare l'intent richiesto, debba dare prova dell'esistenza di uno schema fraudolento finalizzato a trarre in inganno un soggetto passivo (persona fisica o giuridica) determinato.

Qualora, infatti, si accettasse la tesi sostenuta in U.S. vs. Daniels – il § 157 si applica, indifferentemente, alle frodi ai danni del debitore, del creditore, di altra persona fisica, ma anche, generalmente, del sistema fallimentare in sé considerato – le inefficienze istruttorie del prosecutor in U.S. vs. Millwitt sarebbero potute andare esenti da censura.

Non è questa, tuttavia, l'interpretazione del nono circuito nella sentenza in esame. Richiamando la precedente giurisprudenza in materia di mail fraud¹⁸⁹, la Corte, da un lato, sottolinea la natura patrimoniale del bene giuridico protetto (dal § 1341, e, per analogia, dal § 157¹⁹⁰, dall'altro, afferma come tale fattispecie richieda, fra i suoi elementi costitutivi (oggetto, dunque, di dimostrazione processuale), che, attraverso un dato schema fraudolento, il soggetto attivo abbia lo specifico intent di defraudare una vittima, o una classe di vittime, identificabile¹⁹¹. Le carenze probatorie circa la prova dello specific intent ai danni delle vittime identificate

¹⁸¹ U.S. vs. Millwitt, cit., § III «As we have noted, the government charged Millwitt with "fraudulently obstruct[ing] the creditors' legal right to collect back rents, and repossess the properties". In sum, the fraudulent scheme was one to prevent the landlords from exercising legal rights, and the alleged victims were the landlords. The required bankruptcy nexus alleged was the filing of sham Chapter 13 bankruptcy petitions».

¹⁸² U.S. vs. Millwitt, cit., § III «There were no allegations in the indictment concerning a scheme to defraud the tenants, nor were the tenants identified as victims of the fraudulent scheme».

¹⁸³ U.S. vs. Millwitt, cit., § III «Throughout the trial, the government referred to the tenants, rather than the landlords, as the victims of Millwitt's fraudulent scheme».

¹⁸⁴ U.S. vs. Millwitt, cit., § III, citando la dichiarazione di apertura del prosecutor «the evidence will show that the defendant intended to defraud the [tenants named in the bankruptcy petitions]. He did it by passing himself off as an attorney and by telling them he would be representing them and performing various legal services».

¹⁸⁵ U.S. vs. Millwitt, cit., § III, ancora citando la dichiarazione di apertura del prosecutor «[n]one of the victims authorized [Millwitt] to file bankruptcy on their behalf», ma, prosegue la Corte, per dimostrare il riferimento operato dal prosecutor ai conduttori quali soggetti passive della frode (victims) «Millwitt never filed bankruptcy on behalf of anybody but the tenants».

¹⁸⁶ U.S. vs. Millwitt, cit., § III «the evidence showed that [...] the fraudulent scheme was one by Millwitt to deprive the tenants of money by fraudulently representing them that he was representing their interests».

¹⁸⁷ U.S. vs. Millwitt, cit., § III «The government argued that the effect of the bankruptcy filing was that it allowed Millwitt to continue to represent to the tenants that he was taking care of their legal issues with their landlords. As the government stated, the defendant's supposed clients were aware that they were not being evicted despite having received this notice to be evicted, and the defendant led them to believe that was because he was working diligently on their behalf, he was defending them against [sic] these eviction proceedings. The tenants had not idea that a bankruptcy stay had anything to do with the delay – with the halt in the eviction proceedings».

¹⁸⁸ U.S. vs. Millwitt, cit., § III «In sum, when the government rested the case, it had presented no proof that there was a scheme to defraud the landlords, much less that the bankruptcy petitions had been filed as a means of executing or concealing the scheme». Resosi conto, in sede di formulazione delle conclusioni nel processo di primo grado, dell'errore commesso, il prosecutor tentò di presentare i locatori quali soggetti passivi, indirettamente, danneggiati dalla condotta dell'imputato «Millwitt directly deceiv[ed] the clients and indirectly deceiv[ed] the landlords».

¹⁸⁹ McNally vs. U.S., 483 U.S. 350, 107 S.Ct. 2875, 97 L.Ed.2d 292, 1987; U.S. vs. Mitchell, 867 F.2d 1232, 9th Circuit, 1989.

¹⁹⁰ Citando McNally vs. U.S., cit., (su questo punto overruled dall'introduzione del § 1346) «the mail fraud statute only reached the loss of money and property and not to "the intangible right of the citizenry to good government"».

¹⁹¹ U.S. vs. Millwitt, cit., § II «Given all of these considerations, we conclude that the crime of bankruptcy fraud under 18 U.S.C. § 157 requires a specific intent to defraud an identifiable victim or class of victims if the identified fraudulent scheme».

nell'imputazione (locatori), nel caso concreto, hanno dunque portato ad un annullamento della condanna.

Annullamento, tuttavia, deciso solo a maggioranza. Il giudice Wallace, nella propria articolata dissenting opinion, mette in discussione i postulati fondamentali fatti propri dalla maggioranza e denuncia un surrettizio overruling dei precedenti del medesimo circuito, peraltro, ad opera di una Corte (quanto a composizione) inabilitata a tale atto¹⁹².

Al di là dei dati di fatto, relativi al caso concreto, presentati sotto altra ottica dal giudice dissenziente, questi rifiuta di includere fra gli elements of crime del § 157 la necessità di identificare una vittima determinata dell'attività fraudolenta. Tale rifiuto passa attraverso la citazione di un precedente del medesimo nono circuito, legato alla fattispecie di wire fraud, U.S. vs. Crawford¹⁹³.

In quell'occasione, riguardo l'affine figura della wire fraud, la Corte aveva negato che il prosecutor dovesse dare prova di uno specifico intent di defraudare un soggetto passivo determinato, prendendo posizione e rifiutando tutti i precedenti citati dalla maggioranza a proprio sostegno in U.S. vs. Millwitt.

Maggioranza che, ad opinione del giudice dissenziente, avrebbe, di fatto, adottato l'interpretazione che, in U.S. vs. Crawford, era sostenuta nella dissenting opinion del giudice Tashima, con ciò realizzando un indebito overruling del proprio stesso precedente. Oltre che sulla giurisprudenza interna al circuito, il giudice Wallace poggia il proprio dissenso anche sui precedenti di altre Corti che, parimenti, non ritengono che la fattispecie di mail fraud richieda l'esistenza di una vittima identificata¹⁹⁴.

La questione è tutt'ora aperta. L'esiguo numero di precedenti in quest'ambito non permette di tracciare conclusioni certe. Tuttavia, è opinione dello scrivente, sulla base dell'interpretazione tendenzialmente unanime circa il bene giuridico pubblicistico tutelato dalle fattispecie penali fallimentari statunitensi, che la posizione sostenuta nella dissenting opinion del giudice Wallace troverà i maggiori consensi nella giurisprudenza futura.

11. Le singole fattispecie incriminatrici: 18 U.S.C. 1519 (Sarbanes-Oxley Act).

In risposta agli scandali dei primi anni duemila, che hanno visto coinvolte primarie corporations quali Enron e WorldCom, i cui managers sono stati protagonisti di imponenti attività delittuose (e di altrettanto sensazionali, quanto alle pene irrogate, procedimenti penali), il Congresso ha inaugurato una nuova disciplina legislativa – societaria e penale – che lambisce anche l'area dei bankruptcy crimes, il c.d. Sarbanes-Oxley Act¹⁹⁵.

Quanto meno per quel che riguarda l'ambito penale fallimentare, la nuova disciplina altro non rappresenta se non l'inevitabile, economica e, tristemente, prevedibile risposta muscolare e irrazionale del legislatore agli scandali che hanno scosso l'opinione pubblica¹⁹⁶.

¹⁹² U.S. vs. Millwitt, cit., Wallace, Senior Circuit Judge, dissenting, § I e II. La critica, peraltro, si fa pungente là dove accusa la maggioranza di aver deviato dagli stessi principi del sistema processuale accusatorio avendo sollevato, d'ufficio, una questione di diritto (vittima identificata) non rimessa alla decisione dalle parti.

¹⁹³ U.S. vs. Crawford, 239 F.3d 1086, 9th Circuit, 2001.

¹⁹⁴ U.S. vs. Munoz, 430 F.3d 1357, 1369, 11th Circuit, 2005 «the crime of mail fraud does not include an element requiring a contemplated harm to a specific identifiable victim»; U.S. vs. Henningsen, 387 F.3d 585, 590, 7th Circuit, 2004; U.S. vs. Loayza, F.3d 257, 260, 4th Circuit, 1997 «indictment which do not identify specific mail fraud victims by name are sufficient».

¹⁹⁵ Sarbanes – Oxley Act, Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act, Pub.L. 107-204, 30 luglio 2002, 116 Stat. 745.

¹⁹⁶ Condivide la valutazione M.A. PERINO, *Enron's Legislative Aftermath: Some Reflections on the Deterrence Aspects of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, in *Columbia Law School*, working paper n. 212 «Some things are inevitable [...] when scandals erupt or horrific crimes capture public attention, Congressmen want to show that they are doing something about it. There is a long, and sometimes ignominious, history in Congress of [...] addressing public outcry over some recent event through new criminal laws, even in areas in which there appeared to be little need for new federal legislation»; un'opposta opinione parrebbe essere sostenuta dai pratici (sponda governativa, prosecutors e trustee), probabilmente – ma è una valutazione personale – desiderosi di sfogare le inefficienze di sistema in una critica alla precedente normativa ed un plauso alla nuova: così per A. TIGHE, R. CALO, *Congress, the Courts, and the Feds Agree – Bankruptcy Crime Does Not Pay*, in *Annual Survey of Bankruptcy Law*, 2004, pag. 351 «While the number of bankruptcy crime prosecutions may not be as high as many desire, these developments demonstrate that engaging in criminal activity in bankruptcy court is a higher risk activity than ever before because, if caught, prosecution may be easier and sentences higher».

Il nuovo § 1519¹⁹⁷ è finalizzato, nelle stesse intenzioni del legislatore, ad ampliare i margini di applicabilità di fattispecie di infedeltà documentale – non solo in ambito fallimentare – per lo più già esistenti nel sistema penale statunitense¹⁹⁸.

Certamente una vasta area di sovrapposibilità fra la nuova norma e fattispecie già in vigore si ha in ambito penale fallimentare. Condotte di alterazione, distruzione (totale o parziale), occultamento, falsificazione (materiale o ideologica) di documenti o registri – perpetrate antecedentemente (in previsione) o successivamente alla sottoscrizione di una petition – erano, anche in precedenza, pacificamente punibili ai sensi della storica fattispecie disciplinata dal § 152(8) (v. retro).

Rispetto alla normativa già (ed ancora) vigente, il § 1519 – ed è la vera distinzione fra le due norme – richiede un elemento soggettivo meno pregnante: se il § 152(8) si applica alle condotte poste in essere knowingly e fraudulently, la nuova fattispecie abbandona l'intent to deceive (di ingannare, fuorviare, v. retro) descritto dall'avverbio fraudulently, per applicarsi alle azioni poste in essere al fine di «impedire, ostruire o influenzare» una procedura ai sensi del Titolo 11, consentendo, in questo senso, un affievolimento dell'onere della prova del requisito soggettivo per il prosecutor¹⁹⁹.

Ancora, con riferimento all'oggetto materiale del reato, questo è stato ampliato rendendo applicabile la fattispecie anche alle condotte perpetrate su any tangible object (creando, ad opinione dello scrivente, non pochi problemi di determinatezza), non necessariamente relativi ai beni o agli affari finanziari del debitore (come invece richiesto dal § 152(8))²⁰⁰.

Il risultato, tuttavia, è paradossale. Il reato di più recente conio, infatti, pur disciplinando condotte sorrette da un elemento soggettivo di minor intensità, e meno connotato in termini di frodolenza – più facile da provare, ma indice, anche, di minor offensività – ed applicandosi anche ad oggetti materiali, in ipotesi, dal minor valore probatorio/dimostrativo (any tangible object) rispetto a libri e scritture contabili, prevede una quadruplicazione della sanzione, che arriva alla draconiana misura di vent'anni di reclusione²⁰¹.

12.

Una riflessione sull'effettività della tutela penale del sistema fallimentare.

L'analisi del sistema penale fallimentare statunitense, ad opinione dello scrivente, non potrebbe dirsi esaustiva se non accompagnata da una, breve, riflessione circa l'effettività del sistema stesso, ovvero circa la sua applicazione pratica in sede giurisdizionale.

D'altra parte, quella legata alla concretezza del sistema penale nella prevenzione e repressione degli abusi delle procedure concorsuali è una tematica tutt'altro che trascurata nella stessa dottrina statunitense²⁰².

Il problema emerge, già in prima battuta, con riferimento ai numeri²⁰³. Le statistiche fallimentari statunitensi del 2013 restituiscono questo quadro: nei dodici mesi antecedenti al marzo 2013 sono state sottoscritte un totale di 1.170.324 petitions ai sensi del Titolo 11.

¹⁹⁷ 18 USC § 1519 - Destruction, alteration, or falsification of records in Federal investigations and bankruptcy

«Whoever knowingly alters, destroys, mutilates, conceals, covers up, falsifies, or makes a false entry in any record, document, or tangible object with the intent to impede, obstruct, or influence the investigation or proper administration of any matter within the jurisdiction of any department or agency of the United States or any case filed under title 11, or in relation to or contemplation of any such matter or case, shall be fined under this title, imprisoned not more than 20 years, or both».

Per una prima applicazione giurisprudenziale, ad un caso, peraltro, platealmente punibile anche ai sensi della normativa previgente, v. U.S. vs. Thrower, No. 03-CR00341, Docket n. 18, Northern District of Ohio; cfr. inoltre U.S. vs. Johns, n. 11-3299, 7th Circuit, 2012.

¹⁹⁸ Cfr. 148 Congr. Rec. S7419, 26 luglio 2002 che definisce il § 1519 una «new general anti-shredding provision [...]. Currently, provisions governing the destruction or fabrication of evidence are a patchwork that have been interpreted often very narrowly by federal courts [...]. Section 1519 is meant to apply broadly to any acts to destroy or fabricate physical evidence».

¹⁹⁹ A. TIGHE, R. CALO, *Congress, the Courts, and the Feds Agree*, cit., pag. 352.

²⁰⁰ In questo senso, l'ampliamento della punibilità non si misura sull'eliminazione del legame fra oggetto della condotta e situazione patrimoniale e finanziaria del debitore, requisito già interpretato in giurisprudenza in maniera piuttosto estensiva. Piuttosto, la nuova norma raggiunge un maggior ambito di applicabilità con riferimento a documenti non riconducibili al debitore *tout court*, ma a creditori o, anche, a soggetti estranei alla procedura fallimentare. Cfr. A. TIGHE, R. CALO, *Congress, the Courts, and the Feds Agree*, cit., pag. 353.

²⁰¹ Condivide le medesime considerazioni M. PONTANI, *Pre-bankruptcy Crimes and entrepreneurial behaviour*, cit., pag. 19.

²⁰² Cfr. R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, cit.

²⁰³ I dati statistici contenuti in questo paragrafo sono consultabili sul sito del dipartimento di giustizia statunitense www.doj.gov e su quello delle corti federali www.uscourts.gov. Ovviamente, il contenuto di questo paragrafo non ha alcuna velleità di scientificità da un punto di vista statistico. L'abnormità dei dati numerici, tuttavia, consente, ad opinione dello scrivente, di trarre conclusioni piuttosto affidabili.

Di queste, 37.552 riguardano imprenditori commerciali: 25.579 ai sensi del Chapter 7; 8.413 ai sensi del Chapter 11; 463 ai sensi del Chapter 12; 3.018 ai sensi del Chapter 13.

La maggior parte, 1.132.772 sono state istanze di personal bankruptcy presentate da persone fisiche: 779.306 ai sensi del Chapter 7; 1.398 ai sensi del Chapter 11; 352.063 ai sensi del Chapter 13.

Se si paragonano questi dati con quelli relativi alle denunce di notizie di reato (referrals) da parte dell'ufficio federale dello U.S. Trustee (che è, per così dire, in prima linea nel processo di scoperta e repressione dei crimini fallimentari), si ricava un quadro ai limiti dell'inverosimiglianza.

Secondo quanto riportato dal Report to Congress: Criminal Referrals by the United States Trustee Program, Fiscal Year 2012, in un periodo di tempo sostanzialmente sovrapponibile a quello considerato dalle statistiche fallimentari, le denunce di notizie di reato sono state complessivamente appena 2.120 (in incremento del 7,7% rispetto all'anno precedente). Il dato numerico, tuttavia, è ingannevole in quanto ha ad oggetto tutti i crimini correlati con le procedure fallimentari, non solo i reati fallimentari propriamente intesi. Delle 2.120 denunce, ad esempio, il 37,5% ha avuto ad oggetto una fattispecie penale tributaria, ovvero quella di tax fraud.

I numeri relativi alle denunce per i reati oggetto della precedente analisi sono, invece, i seguenti: § 152(2)(3), 686 denunce; § 152(1)(7) 530 denunce; § 157, 480 denunce; § 152(8) (9), 99 denunce; § 1519, 39 denunce; § 153, 35 denunce; § 152(5), 31 denunce; § 156, 22 denunce; § 152(6), 7 denunce.

Se, poi, dal numero delle denunce si passa a quello delle azioni penali effettivamente iniziate (o concluse), si nota quanto segue. Del totale dei 2.120 referrals effettuati nel 2012: 1.355 (63,9%) rimangono ancora in fase di indagine da parte dell'ufficio del prosecutor; 27 (1,3%) si sono convertiti in incriminazioni formali (7 delle quali sono già sfociate in condanna e 1 in assoluzione); 738 (34,8%), a seguito di una valutazione di infondatezza o non meritevolezza (l'azione penale è, come noto, discrezionale) sono stati archiviati.

Insomma, se si confronta il numero di procedure concorsuali avviate negli Stati Uniti con quello dei reati denunciati – a meno di non ritenere che il tasso di fedeltà al sistema dei cittadini nord-americani sia prossimo al 100% – non si può che concludere per l'assoluta virtualità e non inefficacia del sistema penale fallimentare²⁰⁴.

Un esempio vale più dei numeri: i processi ai dirigenti della Enron e della WorldCom (rispettivamente il secondo ed il primo più grande fallimento della storia mondiale)²⁰⁵ non vedevano, fra i capi di accusa, nessuna fattispecie di bankruptcy fraud.

Il problema non è di recente emersione, ma accompagna l'enforcement della disciplina esaminata sin dalle sue origini²⁰⁶. L'operazione Total Disclosure, della quale abbiamo già accennato, in altro non è consistita se non in uno sforzo simbolico (quasi pubblicitario) concretizzatosi nel contemporaneo avvio di una prosecution nei confronti di 127 imputati di reati fallimentari (in tutti gli Stati Uniti). La realtà è che le ipotesi di bankruptcy fraud sono perseguite, nella più parte dei casi, solo qualora associate ad altre fattispecie non fallimentari (tax fraud, mail fraud, wire fraud)²⁰⁷.

Nel tentativo di rimediare alla totale inefficienza del sistema, anziché prevedere nuove, irrazionali, fattispecie di reato (la draconiana previsione di cui al § 1519 introdotta nel 2002, come abbiamo visto, ha dato vita a 39 denunce nel 2012) nel 2005 il Congresso ha varato il Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (B.A.C.P.A.)²⁰⁸. La normativa di nuovo conio insiste, essenzialmente, sul potenziamento (in termini di risorse economiche e di collegamenti con le altre strutture governative interessate, F.B.I. e Attorney General Office)

²⁰⁴ R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, cit., pag. 2 e s. si esprime in termini di paradossale recalcitranza all'applicazione delle fattispecie penali fallimentari: «Section 152 o the Federal Criminal Code in Congress's answer to bankruptcy fraud. It occupies, however, the curious position of a statute which is often invoked, but seldom enforced».

²⁰⁵ Per una riflessione sull'impatto dell'arsenale penalistico in vicende analoghe, con riferimento all'Italia, cfr. il recente L. FOFFANI, D. CASTRONOVO, a cura di, *Casi di diritto penale dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 2015 e specificamente i contributi di A. V. GUCCIONE, *I grandi crack fra globalizzazione dei mercati, ingegneria finanziaria e abuso dei derivati*, pag. 27 e ss.; L. RAMPONI, *Il caso Parmalat: il giudizio parmense sul reato di bancarotta fraudolenta*, pag. 39 e ss.; M. GAMBARDELLA, *Il caso Cirio: i delitti di bancarotta*, pag. 95 e ss.

²⁰⁶ Anzi, i numeri odierni sono esposti con particolare soddisfazione dall'ufficio del U.S. Trustee se si considera che nel 1995 (secondo lo Statistical Report of the U.S. Attorney Offices, Fiscal Year 2005, citato da R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud*, cit.) su di un totale di 883.457 istanze ai sensi del Titolo 11, le denunce di reato erano state complessivamente 158 (e 75 nel 1989).

²⁰⁷ R.C. McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, cit., pag. 5.

²⁰⁸ Per una panoramica sulle novità introdotte dalla nuova normativa, v. C.J. WHITE III, ed altri, *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, in *United States Attorney's Bulletin*, vol. 54, n. 5, 2006, *Special Issue*.

dell'ufficio del U.S. Trustee e sull'elaborazione di nuovi parametri numerico/quantitativi di fraud detection volti a introdurre delle presunzioni di abuso del sistema da parte delle persone fisiche.

Sebbene non più giovane, la nuova disciplina non sembrerebbe, almeno stando ai dati sopra riportati, essere risolutiva. Il tempo, come sempre, potrà offrire giudizi più affidabili.

13.

Brevi spunti per una riflessione sul sistema nazionale.

A distanza di oltre settant'anni dall'introduzione sistematica delle fattispecie di bancarotta all'interno della legge fallimentare, e di ormai più di un decennio dalla riforma delle fattispecie di bancarotta impropria (operata col d.lgs. 61/2002), le problematiche all'attenzione dell'interprete nazionale – ruolo del fallimento all'interno della struttura offensiva della bancarotta, compatibilità del sistema con i principi di offensività e colpevolezza – sono rimaste sostanzialmente le medesime sulle quali si sono cimentate generazioni di studiosi e di maestri.

Sarebbe riduttivo, ad opinione dello scrivente, ritenere che ciò sia dovuto, per lo meno in via esclusiva, alla sostanziale invarianza del dato normativo (quantomeno con riferimento alle fattispecie di bancarotta propria, pure applicabili nelle ipotesi di imprese condotte in forma societaria per il tramite dell'art. 223 comma 1 L.F.). Al contrario, più probabilmente, l'incapacità da parte del legislatore di cimentarsi in un serio proposito di riforma dei reati dell'insolvenza deriva anzitutto da un dato culturale, che pure potrebbe definirsi ideologico.

Una conferma di tale conclusione ci è stata fornita dallo studio del sistema statunitense. La sostanziale benevolenza²⁰⁹, nel modello preso a riferimento, accordata dall'apparato normativo fallimentare nei confronti del honest but unfortunate debtor, pur non traducendosi in una disciplina dei reati dell'insolvenza di stampo buonista, si discosta, però, in maniera piuttosto significativa da quella nota nel sistema nazionale.

Ciò, in particolare, qualora si faccia riferimento a tutte quelle ipotesi di reato, ci riferiamo al macro mondo delle distrazioni, che nell'interprete italiano sollevano le maggiori perplessità circa la loro compatibilità con i principi costituzionali di colpevolezza e offensività – in ordine al tempo della condotta rispetto al fallimento, all'incidenza delle medesime sulla lesione del bene giuridico tutelato, ecc.

Sia chiaro, non che simili problematiche non sia dato scorgere anche con riferimento alle fattispecie penali fallimentari statunitensi. Al contrario, un sistema che preveda essenzialmente reati di pericolo astratto – formali – la cui configurabilità prescinda totalmente dalla lesione degli interessi patrimoniali dei creditori sociali, e sia, invece, sovente affidata all'intent del soggetto agente, potrebbe essere considerato la massima espressione della lesione del principio di offensività²¹⁰. E, tuttavia, pur cogliendone i limiti – per vero tali ai soli occhi dell'interprete italiano e quasi mai discussi in chiave critica nel sistema statunitense – non si può sottacere il fatto che, in quell'ordinamento, a opinione dello scrivente è più facile tracciare i limiti di rilevanza penale della condotta: discernere fra il lecito e l'illecito, prevedere le conseguenze penali delle proprie scelte imprenditoriali (o personali nel caso della consumer bankruptcy).

Ponendo il termine a partire dal quale accertare la rilevanza penale di eventuali condotte tipiche al momento della sottoscrizione della petition (così per la maggior parte delle ipotesi descritte dal 18 U.S.C. § 152, v. supra Cap. II), e indipendentemente dagli esiti finali della procedura concorsuale, il debitore viene posto davanti a un'alternativa tutto sommato semplice: agire con la massima trasparenza verso gli organi della procedura – tanto con riferimento agli adempimenti documentali/dichiarativi, quanto con riferimento all'obbligo di consegna degli assets – oppure sottostare alla punibilità di qualsiasi condotta consapevolmente, dolosamente, deviante, indipendentemente dal concreto effetto della stessa sulla procedura di divisione dell'eventuale attivo.

Con riferimento alle fattispecie che definiremmo pre-fallimentari – pre-petition, disciplinate dal 18 U.S.C. § 152(7) –, che certamente sollevano le maggiori problematiche nel sistema nazionale, l'assetto normativo statunitense è particolarmente efficace nel predisporre un filtro

²⁰⁹ Da ultimo confermata anche dalla Corte suprema degli Stati Uniti, U.S. Supreme Court, *Marrama vs. Citizens Bank of Mass.*, 2007, 430 F. 3d 474: «The principal purpose of the Bankruptcy Code is to grant a “fresh start” to the “honest but unfortunate debtor”».

²¹⁰ Come visto *supra* anche il requisito della *materiality*, pur richiesto per le fattispecie dichiarative disciplinate dal 18 U.S.C. § 152(2)(3), viene interpretato in giurisprudenza in materia piuttosto largheggiante e punitiva.

per la rilevanza penale delle condotte, e, tutto sommato, fatti i debiti distinguo, sulla base di una soluzione non così dissimile rispetto a quella proposta dalla dottrina italiana.

Il filtro non opera sul piano oggettivo (in termini eziologici), bensì soggettivo²¹¹. Come visto ad essere punita è un'ampia rosa di condotte di occultamento/trasferimento di beni (addirittura quelli personali dell'amministratore di una corporation), ma solo a patto che venga fornita una prova rigorosa circa il fatto che dette condotte siano poste in essere in contemplation of a bankruptcy.

Viene richiesto un legame psicologico particolarmente pregnante fra la condotta del soggetto attivo e la sottoscrizione dell'istanza fallimentare: in termini di rappresentazione e volontà nelle ipotesi di voluntary bankruptcy (fallimento in proprio); o, quantomeno, di totale rappresentazione nelle ipotesi di involuntary bankruptcy (fallimento su istanza dei creditori personali o sociali). Sono valorizzati, nell'interpretazione giurisprudenziale, tutta una serie di elementi sintomatici (prove circostanziali) dai quali desumere lo specifico intent richiesto, quali, anzitutto, la consapevolezza circa la condizione di dissesto o pre-insolvenza del debitore. Una consapevolezza da accertare al momento della realizzazione delle condotte, e non successivamente.

Anche la fattispecie propriamente definita bankruptcy fraud (v. sub 18 U.S.C. § 157) incrimina condotte pre-fallimentari intrinsecamente fraudolente, che vedano nell'accesso al sistema fallimentare un ulteriore strumento di perpetrazione del disegno artificioso posto in essere ai danni dei soggetti passivi della frode (lucrando sull'applicazione dell'automatic stay, cioè sull'automatica sospensione di tutte le azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore). In queste ipotesi (solo latamente assimilabili a quelle di bancarotta propriamente intese), dunque, il fallimento, non solo rientra nel fuoco della previsione del soggetto attivo, ma è conseguenza di una scelta deliberata, che può ricondursi a uno schema di utilizzo fraudolento della procedura concorsuale.

A questo punto, nell'ordinamento statunitense, ogni questione di efficienza causale della condotta sulla verifica del dissesto perde immediatamente di senso.

L'accesso alla procedura concorsuale è, in quelle ipotesi, oggetto della più ampia previsione da parte del soggetto attivo e ad essere incriminate sono condotte – con riferimento alle fattispecie patrimoniali di concealment in senso lato – finalizzate a non sottoporre (seppur potenzialmente) agli organi del fallimento l'intero compendio patrimoniale del debitore. Si tratta, cioè, di condotte fraudolente in se stesse (indipendentemente dall'effettiva lesività patrimoniale) che non pongono problemi, quantomeno nell'ordinamento di provenienza, di rimproverabilità.

Non si fraintenda l'autore. Non si auspica una riforma dei reati fallimentari in salsa statunitense – che, certamente nel nostro sistema sarebbe foriera più foriera di problemi, che di soluzioni – tuttavia, la comparazione proposta, in attesa di una sospirata riforma dei re-

²¹¹ Col paradosso (certamente riservato a sporadici casi limite) di rendere punibili condotte tipiche indipendentemente dal concreto avvio, successivamente ad esse, di una procedura concorsuale, v. *supra* § 2.4.; sul punto si concorda con A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 233, secondo i quali «apparirebbero da respingere [...] proposte favorevoli ad ampliare la sfera di operatività dei reati fallimentari consentendone l'applicazione a prescindere dal fallimento dell'impresa (o da altra procedura concorsuale). Si tratterebbe [...] di una prospettiva eccessivamente penalizzante, oltre che poco rassicurante per l'imprenditore, sottoposto a un pervasivo sindacato penalistico; e inopportuna per i creditori, almeno quando le difficoltà dell'impresa siano state superate da una favorevole ripresa del ciclo economico, rivelandosi perciò non solo improduttivo ma addirittura scongiabile il ricorso a sanzioni penali».

ati dell'insolvenza²¹², vorrebbe soffiare sul fuoco riacceso da alcune pronunce²¹³, precedute da importanti contributi dottrinali²¹⁴, che valorizzano l'elemento soggettivo richiesto dalle fattispecie di bancarotta affermando che «[l]elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta implica un'adeguata conoscenza della concreta situazione aziendale e, in genere, patrimoniale e la rappresentazione della futura dichiarazione di fallimento, rappresentazione fondata sull'attualità del dissesto con volontarietà dell'atto distrattivo; soltanto nella consapevole prospettiva del dissesto finanziario gli episodi distrattivi assumono – anche sotto il profilo psicologico – un potenziale offensivo. Il soggetto agente deve, quindi, prefigurarsi che la sua condotta depauperativa cagionerà verosimilmente il dissesto – cui si correla la lesione del diritto di credito costituente il principale interesse protetto dalla norma incriminatrice – ed accettare questo rischio»²¹⁵.

Ad opinione della Corte, dunque, «solo la consapevolezza della prospettiva di dissesto conferisce carattere offensivo alle condotte distrattive»²¹⁶. Non solo, dunque, il dissesto dovrebbe essere considerato quale oggetto del dolo, ma spingendosi oltre, esclusivamente qualora l'agente si rappresenti la possibilità che la propria condotta possa condurre all'insolvenza – e agisca anche a costo di realizzarla – la condotta sarà portatrice di quel requisito di fraudolenza punibile ai sensi dell'art. 216 L.F.²¹⁷.

Se, d'altra parte, la condotta può dirsi concretamente offensiva nel momento in cui effettivamente metta in pericolo la garanzia patrimoniale del ceto creditorio, tale messa in pericolo – in termini di depauperamento del patrimonio di garanzia – deve necessariamente essere oggetto di rappresentazione e, quantomeno, accettazione da parte dell'agente, così come dovrà essere oggetto di rappresentazione il contesto di decozione (contemporaneo o necessariamente derivante dalla condotta tipica)²¹⁸.

²¹² Convinti che soluzioni ermeneutiche, *de jure condito*, che valorizzino la tipicità soggettiva delle fattispecie di bancarotta possano essere più facilmente metabolizzate da una giurisprudenza sempre recalcitrante a soluzioni che introducano correttivi in chiave di nesso causale fra condotte e dissesto. A tal proposito, si ritiene significativo esporre gli esiti finali di un caso di particolare rilievo, per l'impronta evolutiva che è riuscito (o non è riuscito) ad imprimere alla materia in esame: quello del Ravenna Calcio. Come noto, Cass. pen., sez. V, 29 settembre 2012, n. 47502, Corvetta e altri, per la prima – e del tutto isolata – volta nel panorama giurisprudenziale italiano aveva considerato l'insolvenza (e la sua dichiarazione giudiziale) quale evento del reato di bancarotta patrimoniale propria per distrazione, con ciò richiedendo espressamente la verifica del nesso causale fra il primo e le condotte contestate, nonché della necessaria copertura soggettiva dolosa di tutti gli elementi costitutivi del reato (fra i quali, appunto, l'insolvenza): «Nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione lo stato di insolvenza che dà luogo al fallimento costituisce elemento essenziale del reato, in qualità di evento dello stesso e pertanto deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e deve essere, altresì, sorretto dall'elemento soggettivo del dolo». Per un primo commento, a caldo, della sentenza v. F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013; cfr., in maniera più estesa, F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *questa Rivista.*, 3, 2013, pag. 356 e ss.; in senso critico G.G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 4, 2013, pag. 1440 e ss.; così anche U. GIULIANI BALESTRINO, *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2013, p. 157 e ss.; dichiaratamente adesiva, invece, A.C. SPAGNUOLO, *Revirement della Corte di Cassazione sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta fraudolenta per distrazione: nuovo inizio o caso isolato?*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2013, pp. 2772 e ss.; cfr. anche V. MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. Pen.*, 5, 2014, pp. 1918 e ss.

Interessanti sono, in questo contesto – piuttosto forzato, in quanto il giudice del rinvio si trovava vincolato a un principio di diritto del tutto inedito – le conclusioni cui giunge la Corte di Appello di Bologna, sez. III, del 10 febbraio 2015 n. 569. Anche in un caso in cui, ad opinione dello scrivente, l'interruzione del nesso causale fra condotte contestate ed insolvenza appariva particolarmente evidente (fra le prime e la seconda, infatti, la società aveva attraversato una fase di amministrazione giudiziale e, successivamente – dopo essere stata alienata per una cifra considerevole dal curatore della capogruppo – una fase di gestione riconducibile ad altri imprenditori, nel corso della quale erano stati perpetrati plurimi episodi appropriativi), la Corte di Appello, segnalando ripetutamente il proprio imbarazzo per i vincoli imposti alla sua decisione, preferiva rifugiarsi in un'assoluzione «perché il fatto non costituisce reato», negando la copertura soggettiva dell'insolvenza in capo agli imputati.

²¹³ Cfr. es., Cass. Pen., sez. fer., 10 settembre 2013, n. 41665, in *Cass. Pen.*, 2014, 7-8, p. 2638, ivi annotata da E. Bozheku, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*.

²¹⁴ Cfr. M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 35-69; G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2014, pp. 67 e ss.

²¹⁵ La conclusione, nel caso concreto, cui giunge la corte in tema di elemento soggettivo è la seguente: «[s]e la situazione di dissesto che dà luogo al fallimento deve essere rappresentata e voluta (o quantomeno accettata come rischio concreto della propria azione) dall'imprenditore, non integra il dolo di bancarotta per distrazione la volontà di porre in essere una condotta finalizzata ad estinguere posizioni debitorie della società».

²¹⁶ E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., p. 2644.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ Per E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., p. 2645 ci troveremmo di fronte, nuovamente, a un giudizio bifasico. Preliminarmente, da un punto di vista logico, occorrerebbe accertare se al momento in cui ha posto in essere la condotta, l'agente si sia anche rappresentato la sua portata lesiva degli interessi dei creditori; in secondo luogo occorrerebbe verificare la rappresentazione/rappresentabilità concreta della possibilità del dissesto.

Nella sentenza in commento, tuttavia, è dato scorgere un *quid pluris*, che pure permette di ampliare le conclusioni in tema di elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta. Pur senza voler forzare la lettura della pronuncia – evidentemente figlia del peculiare caso concreto affrontato – non può sottacersi come la Corte escluda, per assenza di dolo, la punibilità di condotte (pur astrattamente lesive della garanzia patrimoniale) finalizzate ad estinguere pregresse posizioni debitorie.

Superando l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, secondo cui il dolo di distrazione ricorrerebbe sol che l'agente potesse prevedere il pericolo che dalla propria condotta sarebbe potuto derivare per gli interesse patrimoniali del ceto creditorio, la pronuncia in oggetto assegna particolare rilevanza all'indagine circa il processo volitivo che ispira la condotta dell'agente. Sarà dunque necessario accertare se la condotta fosse ispirata da istanze portatrici di un «grado di pericolosità/offensività per le esigenze dei creditori» o se, al contrario, fosse determinata dallo «scopo di aumentare l'efficienza finanziaria [dell'impresa], vuoi attraverso l'estinzione di pregresse situazioni debitorie, vuoi attraverso altre operazioni migliorative della situazione patrimoniale dell'impresa, nella prospettiva – ben diversa rispetto a chi agisce per distrarre – di scongiurare il rischio per la salute finanziaria dell'impresa»²¹⁹. Ciò, ad opinione dello scrivente, anche là dove, concretamente, la condotta non abbia raggiunto i risultati sperati e abbia, ipoteticamente, avuto esiti di segno opposto (rilevando, in questo caso, eventualmente, quale mera operazione imprudente, sanzionata ai sensi dell'art. 217 L.F., o come pagamento preferenziale).

²¹⁹ *Ibidem*.