



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXVII ciclo

Tesi di Dottorato

**I profili processuali dell'*automatic stay* nel
diritto fallimentare statunitense**

Relatore

Prof. Massimo Montanari

Dottoranda

Valentina Baroncini

anno accademico 2013-2014



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Valentina Baroncini

**I PROFILI PROCESSUALI
DELL'*AUTOMATIC STAY* NEL
DIRITTO FALLIMENTARE
STATUNITENSE**

Relatore Prof. Massimo Montanari

Anno accademico 2013-2014

Indirizzo specialistico in Diritto sostanziale e processuale del lavoro

XXVII ciclo

Esame finale: 18 aprile 2015

Commissione esaminatrice:

Prof. Valerio Tavormina

Prof. Augusto Chizzini

Prof. Alberto Romano

«Mi figuro, cioè, che mi si chieda come io pensi di poter inquadrare entro regole razionali la «common law», che è tutta esperienza casistica e attinge i criteri normativi alla inedita fisionomia delle singole fattispecie. L'obiezione ha la sua importanza, ed è meno empirica di quanto appaia a prima vista, come noterò più avanti. A essa preferisco rispondere, in ogni modo, almeno in un primo tempo, col fatto.

Il fatto è questo: la storia delle discipline legali anglo-americane, anche se ci limitiamo a considerarla, per semplicità, solo a partire dal secolo scorso, mostra un filone ininterrotto di studi sistematici: di questi studi rivela pertanto un bisogno insistente e vitale».

Enrico Allorio, *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa e altri studi*, in *Problemi di diritto*, III, Milano, 1957.

INDICE

	Pag.
ABSTRACT.....	7
INTRODUZIONE	
1. I motivi dell'attualità e della necessità di uno studio sull' <i>automatic stay</i> nel diritto fallimentare statunitense	9
2. Cenni introduttivi sull' <i>automatic stay</i> e sulla normativa fallimentare statunitense.....	15
3. La <i>jurisdiction</i> in materia fallimentare	18
CAPITOLO PRIMO	
ORIGINI E SVILUPPO DELL' <i>AUTOMATIC STAY</i> NEL DIRITTO FALLIMENTARE STATUNITENSE	
1. Dalle competenze statali alla competenza federale: il <i>Bankruptcy Act</i> del 1800.....	21
2. Il <i>Bankruptcy Act</i> del 1841: il caso <i>Ex parte Christy</i>	25
3. Il <i>Bankruptcy Act</i> del 1867 e gli emendamenti del 1874. L' <i>Equity Bill</i> del 1882.....	29
4. Il <i>Bankruptcy Act</i> del 1898 e i suoi successivi emendamenti	33
4.1. La legislazione emergenziale degli anni '30	36
4.2. Consuntivo dell'indagine <i>sin qui svolta</i>	39
4.3. Il Chandler Act del 1938.....	41
4.4. Le Rules of Bankruptcy Procedure	44
5. Il <i>Bankruptcy Reform Act</i> (cd. <i>Bankruptcy Code</i>) del 1978 e i suoi successivi emendamenti.....	48
CAPITOLO SECONDO	
DEFINIZIONE, FUNZIONE E NATURA DELL' <i>AUTOMATIC STAY</i>	
1. Definizione di <i>automatic stay</i> . La sez. 362 del <i>Bankruptcy Code</i>	51

INDICE

2. Le finalità perseguite e gli interessi protetti dall' <i>automatic stay</i>	54
3. La natura giuridica dell' <i>automatic stay</i> : ragioni metodologiche dell'indagine	58
3.1. <i>La tesi che riconduce l'automatic stay nel novero delle cd. moratory laws</i>	58
3.2. <i>Le ragioni dell'inesattezza di tale ricostruzione. L'automatic stay quale rimedio di equity. La sez. 362 quale norma che prevede una rebuttable presumption a favore del debitore. Natura processuale dell'istituto...</i>	60

CAPITOLO TERZO

L'AMBITO DI EFFICACIA DELL'*AUTOMATIC STAY*

SEZIONE PRIMA

L'EFFICACIA SOGGETTIVA DELL'*AUTOMATIC STAY*

1. I beneficiari dell'effetto protettivo: a) il debitore.....	71
1.1. <i>L'efficacia dell'automatic stay nei confronti dei terzi. Natura eccezionale della sez. 362 del Bankruptcy Code. Possibilità di ricorso in via integrativa alla sez. 105(a) del Bankruptcy Code</i>	73
1.1.1. <i>Automatic stay e giudizi con pluralità di parti: permissive e required joinder of parties</i>	79
2. <i>Segue.</i> b) il patrimonio fallimentare	86
3. <i>Segue.</i> c) il patrimonio personale del debitore	91
4. I soggetti che subiscono gli effetti dell' <i>automatic stay</i>	94

SEZIONE SECONDA

L'EFFICACIA OGGETTIVA DELL'*AUTOMATIC STAY*

5. Le iniziative che subiscono l'effetto protettivo. Loro tassatività. Possibilità di ricorso in via integrativa alla sez. 105(a) del <i>Bankruptcy Code</i>	99
6. a) Sospensioni poste a protezione del debitore.....	101
6.1. <i>L'inizio o la prosecuzione di un procedimento contro il debitore, che avrebbe potuto essere o è stato iniziato prima dell'inizio della procedura, o che sia diretto a recuperare un credito contro il medesimo sogget-</i>	

INDICE

<i>to, sorto in epoca antecedente a tale momento.....</i>	101
6.2. <i>L'esecuzione, contro il debitore, di una sentenza ottenuta prima dell'inizio della procedura.....</i>	119
6.3. <i>Gli atti diretti a recuperare o riscuotere, nei confronti del debitore, un credito sorto prima dell'inizio della procedura</i>	121
6.4. <i>La compensazione di un debito, sorto prima dell'inizio della procedura, con un credito vantato nei confronti del debitore</i>	123
6.5. <i>L'inizio o la prosecuzione di un procedimento innanzi alla U.S. Tax Court</i>	125
7. <i>Segue. b) Sospensioni poste a protezione del patrimonio fallimentare</i>	127
7.1. <i>L'esecuzione, contro la property of the estate, di una sentenza ottenuta prima dell'inizio della procedura</i>	128
7.2. <i>Gli atti diretti ad ottenere il possesso della property confluita nel patrimonio fallimentare, o ad esercitare il controllo sulla medesima</i>	129
7.3. <i>Atti diretti a creare, perfezionare o esercitare un diritto di prelazione insistente sulla property confluita nel patrimonio fallimentare.....</i>	135
8. <i>Segue. c) Sospensioni poste a protezione del patrimonio personale del debitore: atti diretti a creare, perfezionare o esercitare un diritto di prelazione posto a garanzia di un credito sorto prima dell'inizio della procedura</i>	137
9. <i>Gli effetti dell'automatic stay sul decorso del tempo</i>	139
10. <i>Le iniziative sottratte all'effetto protettivo: le eccezioni espresse di cui alla sez. 362(b) del Bankruptcy Code. Loro struttura. Possibilità di ricorso ai poteri integrativi di cui alla sez. 105(a) del Bankruptcy Code.....</i>	141
10.1. <i>L'inizio o la prosecuzione di procedimenti penali contro il debitore..</i>	144
10.2. <i>I procedimenti in materia lato sensu familiare.....</i>	145
10.3. <i>L'inizio o la prosecuzione di un procedimento, anche di natura esecutiva, da parte di una governmental unit, per la protezione di interessi pubblici.....</i>	147
10.4. <i>L'ipotesi del deposito della petition da parte del cd. ineligible debtor o in violazione di un precedente provvedimento del tribunale fallimentare</i>	148

INDICE

10.5. <i>Ulteriori eccezioni all'automatic stay: rinvio</i>	150
11. Le controversie sull'operatività dell'effetto protettivo: l'individuazione del giudice competente	151

SEZIONE TERZA

L'EFFICACIA TEMPORALE DELL'*AUTOMATIC STAY* ED IL PROCEDIMENTO PER LA CONCESSIONE DEL *RELIEF*

12. La produzione dell'effetto protettivo: il termine iniziale di efficacia dell' <i>automatic stay</i> . Le modifiche introdotte dal <i>Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act</i> del 2005	155
12.1. <i>Le ipotesi di cd. not-so-automatic stay: i) precedente presentazione di due o più petitions</i>	160
12.2. <i>Segue. ii) la disciplina speciale applicabile al cd. small business debtor</i>	167
13. La cessazione dell'effetto protettivo. A) La cessazione automatica dell'efficacia protettiva: a) nei confronti del patrimonio fallimentare	171
13.1. <i>Le ipotesi di cd. semi-automatic stay: i) il mancato compimento di atti legalmente dovuti</i>	174
13.2. <i>Segue. ii) la disciplina speciale in materia di azioni di sfratto su immobili ad uso abitativo costituenti l'abitazione del debitore</i>	180
14. <i>Segue. b) nei confronti del debitore e del suo patrimonio personale. Il rapporto di consecuzione, temporale e funzionale, tra automatic stay e discharge</i>	186
14.1. <i>Precedente presentazione di un'altra petition: un'ulteriore ipotesi di semi-automatic stay</i>	189
15. B) La cessazione giudiziale dell'effetto protettivo: il procedimento per la liberazione (<i>relief</i>) dall' <i>automatic stay</i> . La sua funzione all'interno del meccanismo operativo dell'inibitoria	194
15.1. <i>La legittimazione attiva</i>	198
15.2. <i>Il tribunale competente</i>	199
15.3. <i>I presupposti sostanziali</i>	200
15.4. <i>La natura e l'oggetto del giudizio</i>	211

INDICE

<i>15.5. Il procedimento</i>	213
<i>15.5.1. Il procedimento inaudita altera parte (cd. ex parte relief)</i>	219
<i>15.6. L'onere della prova</i>	222
<i>15.7. I possibili contenuti del provvedimento finale e la sua efficacia</i>	226
16. La derogabilità volontaria dell'effetto protettivo: i cd. <i>prepetition waiver agreements</i>	231
17. Le conseguenze della cessazione dell'effetto protettivo.....	235

CAPITOLO QUARTO

LA VIOLAZIONE DELL'*AUTOMATIC STAY*

1. I presupposti della violazione dell' <i>automatic stay</i>	237
2. La tesi secondo la quale le iniziative compiute in violazione dell' <i>automatic stay</i> sono annullabili (cd. <i>voidable approach</i>)	239
3. La tesi secondo la quale le iniziative compiute in violazione dell' <i>automatic stay</i> sono nulle (cd. <i>void approach</i>)	242
4. Le conseguenze pratiche della distinzione: la ripartizione dell'onere dell'iniziativa processuale.....	244
5. Necessità di verificare ulteriori ipotesi interpretative: annullabilità assoluta o inefficacia relativa delle iniziative compiute in violazione dell' <i>automatic stay</i> . Opportunità di ricercare una soluzione muovendo dalla natura giuridica di <i>injunction</i> propria dell'inibitoria: la sua violazione comporta la nullità dell'iniziativa, seppur con alcune deviazioni dall'opinione proposta dalla letteratura statunitense	246
6. La condanna per <i>contempt of court</i>	250
7. La violazione colpevole (cd. <i>willful violation</i>) dell' <i>automatic stay</i>	254
BIBLIOGRAFIA	261

ABSTRACT

La locuzione *automatic stay* è oramai entrata a far parte del comune lessico dello studioso di diritto fallimentare italiano, a ragione delle più recenti riforme che, nell'ambito delle cd. procedure negoziali di composizione della crisi, hanno introdotto meccanismi volti a produrre in via automatica una protezione anticipata a favore del debitore, in evidente recezione del sunnominato istituto statunitense. Il presente studio si prefigge dunque l'obiettivo di analizzare in profondità, e per la prima volta nella letteratura giuridica italiana, l'*automatic stay* nel diritto fallimentare statunitense, al fine di verificare se ed entro quali confini l'odierna equiparazione possa dirsi giustificata. Lo studio procederà, dunque, dall'analisi storica dell'istituto, al fine di individuarne l'esatta scaturigine e la reale natura giuridica – la quale avrà diverse ricadute sul piano della disciplina operativa della protezione, specie con riguardo all'ipotesi di sua violazione –, per poi trascorrere alla disamina dei profili funzionali ed applicativi del medesimo, con speciale riguardo alle ripercussioni che la sua operatività esplica sul piano processuale. L'analisi condotta consentirà infine di verificare che, a discapito dell'impressione che si possa maturare *prima facie*, di un meccanismo di protezione assai più rigido e garantistico rispetto a quello predisposto dall'ordinamento italiano, l'*automatic stay* presenti, viceversa, aspetti di flessibilità – e con essa di derogabilità alle regole del concorso –, del tutto inediti e sconosciuti nella realtà domestica.

INTRODUZIONE

1. I motivi dell'attualità e della necessità di uno studio sull'automatic stay nel diritto fallimentare statunitense

A chiunque, nel recente passato, si sia avvicinato allo studio del diritto fallimentare italiano, e soprattutto alle procedure di tipo negoziale di composizione della crisi d'impresa, interessate, negli ultimi anni, da ripetuti interventi riformatori volti ad incentivarne la diffusione, la locuzione “*automatic stay*” non può certamente risultare sconosciuta: ch , al fine di descrivere le novit  che, con ogni probabilit , maggiormente hanno caratterizzato le menzionate riforme, i commentatori nazionali hanno sistematicamente fatto ricorso proprio a tale espressione.

Il riferimento  , anzitutto, alle modifiche apportate dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 all'art. 182 *bis* l. fall., il cui nuovo terzo comma prevedeva che dalla data della pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nel registro delle imprese, e per sessanta giorni, i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non potessero iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, disposizione, questa, riguardo alla quale gi  si discorreva di «*automatic stay* operante *ex officio*», consistente in una «protezione patrimoniale dalle iniziative giudiziarie»¹. La diffusione dell'utilizzo del termine si   ulteriormente amplificata, poi, in conseguenza delle modifiche che il medesimo istituto ha conosciuto a seguito del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122, che mediante l'aggiunta dei nuovi sesto e settimo comma al medesimo art. 182 *bis* ha anticipato la possibilit  di produzione degli effetti protettivi del patrimonio del debitore alla fase delle trattative, ottenibile per tramite del deposito presso il tribunale competente di una cd. istanza di sospensiva, corredata della documentazione generalmente richiesta al fine della do-

¹ Cos , M. FERRO, *sub* art. 182 *bis*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive*, Padova, 2008, 367 s.

manda di omologazione – fatta eccezione, beninteso, del piano -, e della successiva sua pubblicazione nel registro delle imprese².

La definitiva contaminazione del sistema concorsuale italiano, e con essa la consacrazione dell'uso del termine *automatic stay* tra gli operatori domestici, si è avuta, però, con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, e con l'estensione di meccanismi di protezione anticipata fruibili dal debitore, simili a quelli poc'anzi menzionati, anche alla procedura di concordato preventivo, in particolare grazie alla possibilità da ultimo introdotta di presentare una domanda di ammissione “in bianco” o “con riserva”, o “prenotativa”, ovvero ancora “di concordato”. Il nuovo sesto comma dell'art. 161 l. fall., per l'esattezza, consente al debitore di presentare una domanda di ammissione alla procedura corredata esclusivamente dai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e dall'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la restante documentazione entro un termine fissato dal giudice, e ricollegando già alla pubblicazione di tale embrionale richiesta nel registro delle imprese la produzione del divieto per i creditori per titolo o causa anteriore di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, ovvero di acquistare diritti di prelazione, a norma del successivo art. 168. Si è parlato, a tal proposito, di «*automatic stay* “sulla parola”»³, peraltro innescato da un istituto, quale è la domanda “in bian-

² A tal riguardo, di “*automatic stay*” hanno parlato M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 903; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 694; S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011, 642; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. Jorio, M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 1170; G. CARMELLINO, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma*, in *Fallimento*, 2011, 1225; G. B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, 184, nota 188; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, 367; F. ROLFI, *L'anticipazione della cd. protezione negli accordi di ristrutturazione: caratteri e criticità*, in www.ilfallimentarista.it; F. ROLFI, *Ambito dell'automatic stay e contenuto essenziale dell'ADR*, in www.ilfallimentarista.it; N. BOTTERO, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore nei nuovi accordi di ristrutturazione*, in www.ilfallimentarista.it.

³ Così, F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it, 5, la cui espressione è stata ripresa da F. DIMUNDO, *sub art. 161*, in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, 1903; di *automatic stay* operante nell'ambito del procedimento di concordato preventivo hanno parlato, inoltre, P. F. CENSONI(, S. BONFATTI), *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013, 243; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 14; M. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 9; M. FABIANI, *Il concordato preventivo. Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 304; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 70; P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e*

co”, di evidente importazione statunitense, ove la cd. *face sheet petition* rappresenta, per l’appunto, una richiesta di ammissione contenente i requisiti minimi necessari per iniziare una procedura concorsuale⁴.

Tra gli interventi legislativi citati, poi, s’inserisce l’introduzione, nell’ordinamento italiano, delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, mediante le quali si è finalmente giunti a garantire anche al soggetto sforuito dei requisiti fissati dall’art. 1 l. fall. – tra cui, specialmente, il cd. debitore civile -, la possibilità di regolazione concorsuale della propria crisi. Tale processo si è rivelato, tuttavia, tutt’altro che agevole, in quanto ad una prima versione dell’istituto, introdotta con il d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 è succeduta, nelle more della sua conversione in legge, la l. 27 gennaio 2012, n. 3, che oggi, come sostanzialmente modificata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, racchiude la disciplina vigente delle menzionate procedure. Tale normativa, sia nella sua prima versione, di cui al citato d.l. del 2011 (art. 5), che nel testo oggi vigente (si vedano, per l’esattezza, gli artt. 10, secondo comma, lett. c), e 14 *quinquies*, secondo comma, lett. b)), prevede che il giudice, all’udienza, debba disporre con decreto il divieto, a pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali o di disporre sequestri conservativi ovvero di acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore: e anche con riguardo a tali meccanismi, l’accostamento all’*automatic stay* è divenuto un atto quasi dovuto⁵.

L’utilizzo sistematico che il termine ha conosciuto, negli ultimi anni, ha così segnato un processo in cui l’*automatic stay* pare quasi aver progressivamente perso aderenza con la sua disciplina d’origine, estraniandosi da quest’ultima per assumere vesti del tutto nuove, funzionali più a descrivere i meccanismi di protezione del debitore che andavano affacciandosi nell’ordinamento italiano, che non ad esprimere il risultato di un’indagine comparata tra i due ordinamenti. Ciò induce ad interrogarsi

cautelari, in *Dir. fall.*, 2013, 73; G. FALCONE, *Profili problematici del «concordato con riserva»*, in *Dir. Fall.*, 2013, 394; A. PENTA, *L’abuso dello strumento concordatario*, in *Dir. fall.*, 2014, 122, nota 26.

In giurisprudenza, Trib. Terni, 31 luglio 2013 e Trib. Milano, 24 ottobre 2012, entrambe reperibili su www.ilcaso.it.

⁴ In questi termini l’interessante indagine di E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il «decreto sviluppo»: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 433.

⁵ Così, ancorché con riguardo alla disciplina di cui al d.l. n. 212/2011, A. GUIOTTO, *La nuova procedura per l’insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fallimento*, 2012, 26.

se, ed eventualmente entro quali limiti, un tale accostamento appaia effettivamente fondato e dove, all'opposto, uno studio più approfondito della realtà statunitense escluda radicalmente l'opportunità di discorrere di *automatic stay* con riguardo alla normativa domestica.

Per l'appunto, il presente studio – di cui si nota la mancanza nella letteratura giuridica italiana –, si prefigge un'analisi dettagliata di detto istituto. L'indagine specifica della disciplina straniera, inoltre, ci consentirà di porre le basi per un futuro lavoro, in cui valutare la possibilità di mutuare dall'esperienza statunitense alcune soluzioni che possano rivelarsi idonee a risolvere le più frequenti questioni applicative ingenerate dalla normativa italiana, ovvero ad apportare miglioramenti a quest'ultima.

È chiaro che, essendo il presente contributo destinato proprio allo studio approfondito dell'istituto di diritto straniero in oggetto, solo una volta che esso sia completato sarà possibile formulare conclusioni giustificate e consapevoli. Ma ciò non ci impedisce di sgombrare subito il campo da alcuni equivoci, anche allo scopo di orientare sin d'ora la lettura delle pagine che seguiranno.

Il motivo fondamentale che ha spinto la dottrina italiana a definire in termini di *automatic stay* i meccanismi di protezione del patrimonio del debitore predisposti dalla legge fallimentare con riguardo alle procedure negoziali di composizione della crisi consiste, sostanzialmente, nel fatto che il blocco delle iniziative aggressive dei creditori si produce quale conseguenza automaticamente discendente dalla mera formalità consistente nella pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o della proposta di concordato preventivo nel registro delle imprese – senza necessità, cioè, di ammissione alla procedura o, quantomeno, di un preliminare vaglio da parte del tribunale –, un beneficio, questo, destinato ad amplificarsi nelle ipotesi di ricorso ai citati istituti dell'istanza di sospensiva o della domanda “in bianco”, ove non è neppure richiesto, al debitore, di presentare un vero e proprio piano⁶: tale aspetto, in

⁶ Con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti, M. FERRO, *op. cit.*, 368; per l'istanza di sospensiva, M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, loc. cit.; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, loc. cit.; S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, loc. cit.; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, loc. cit.; C. TRENTINI, *op. loc. cit.*; F. ROLFI, *L'anticipazione della cd. protezione negli accordi di ristrutturazione: caratteri e criticità*, cit., 11. Sul concordato “in bianco”, F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, loc. cit.; F. DIMUNDO, *op. loc. cit.*; M. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, loc. cit.; M. FABIANI,

particolare, sarebbe indicativo della sostanziale coincidenza tra detti istituti e l'*automatic stay* il quale, come meglio si vedrà, si produce necessariamente in virtù del solo deposito della cd. *bankruptcy petition*, ossia della richiesta di ammissione ad una procedura concorsuale, senza necessità di altre iniziative.

A prescindere dalla circostanza per cui ben prima delle più recenti riforme era presente, nell'ordinamento italiano, una norma, quale l'art. 168 l. fall. nel suo precedente tenore, che ricollegava la produzione degli effetti protettivi a vantaggio del debitore alla sola presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo⁷, e che dunque già si prestava ad attirare l'attenzione del giurista italiano per l'attiguo istituto nordamericano, gli aspetti comuni delle due discipline paiono, al massimo, esaurirsi in questo dato essenziale⁸. Uno studio dell'*automatic stay* che si spinga oltre i meri profili temporali dell'istituto, infatti, non tarda ad evidenziare come, in realtà, i punti di distacco tra le due discipline siano assai più frequenti rispetto a quelli comuni.

Senza voler anticipare i risultati che verranno raggiunti negli sviluppi della presente opera, basti solo considerare che, dal punto di vista oggettivo, l'*automatic*

Il concordato preventivo, loc. cit.; P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, loc. cit.; G. FALCONE, *Profili problematici del «concordato con riserva»*, loc. cit.

⁷ Come giustamente rileva E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il «decreto sviluppo»: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, loc. cit.; cui finisce per aderire pure M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, cit., 304 s.

⁸ Unico dato comune destinato a venir meno, peraltro, ove si aderisca alla condivisibile opinione secondo la quale, nelle procedure in esame, gli effetti protettivi in commento discenderebbero non già dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, bensì esclusivamente: *a*) negli accordi di ristrutturazione dei debiti, dalla successiva pronuncia del decreto motivato con cui il giudice dispone il «divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive o di acquisire titoli di prelazione se non concordati», divieto destinato a retroagire alla data di pubblicazione dell'istanza di sospensiva nel registro delle imprese, nonché, correlativamente, ad essere caducato *ex tunc* in caso di rigetto, da parte del giudice adito, dell'istanza di sospensione; *b*) nel concordato preventivo ("classico" ovvero "in bianco"), dalla successiva pronuncia del decreto di ammissione alla procedura, i cui effetti, di nuovo, retroagirebbero al momento della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese e, di contro, verrebbero meno *ex tunc* in caso di inammissibilità della proposta (ovvero di mancato deposito di proposta, piano e prescritta documentazione nei termini di cui all'art. 161, sesto comma, l. fall.). Per tale ricostruzione si vedano, rispettivamente, M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, in M. Fabiani, A. Guiotto (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012, 133 s.; e M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, 663 s. e 675.

Si concorda, in definitiva, con la posizione infine raggiunta dal Maestro, secondo il quale l'istituto domestico che più di ogni altro pare avvicinarsi al modello dell'*automatic stay* sia rappresentato dal deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis*, terzo comma, l. fall. ove, a differenza dell'ipotesi di previa richiesta dell'istanza di sospensiva di cui al successivo sesto comma, difetta un decreto giudiziale di disposizione degli effetti protettivi, sicché questi ultimi paiono doversi ricollegare proprio ed automaticamente all'atto della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese: così, M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, cit., 138 s.

stay si presenta come protezione a portata sostanzialmente onnicomprensiva, idonea cioè a precludere l'esperibilità, nei confronti del debitore, di una svariata gamma di iniziative, non solo giudiziali ma anche e soprattutto stragiudiziali⁹. Tuttavia, ciò non deve indurre a considerare il sistema statunitense come connotato da una maggiore rigidità e, così, idoneo ad accordare al debitore una protezione più certa ed efficace nei confronti delle iniziative altrui: ché, anzi, mentre le iniziative precluse dalla legge fallimentare italiana sono, sì, oggettivamente circoscritte, ma ineludibilmente bloccate nei confronti del debitore, nell'ordinamento nordamericano, viceversa, all'onnicomprendività delle preclusioni operanti a vantaggio di tale soggetto si contrappone, quale fattore di riequilibrio del sistema, la possibilità per i creditori di domandare al tribunale, in corso di procedura, di valutare l'effettiva opportunità della protezione automaticamente prodottasi, ed eventualmente accordare all'istante una deroga di natura giudiziale all'*automatic stay*, sì da consentire a tale creditore di agire, nei confronti del debitore, pur in pendenza di procedura, ed in un momento in cui, naturalmente, tutte le altre iniziative creditorie rimangono bloccate.

Un cenno a parte merita, poi, l'accostamento proposto tra l'*automatic stay* ed il decreto con cui il giudice dispone particolari effetti protettivi nei confronti del patrimonio del debitore richiedente l'omologazione di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, un accostamento fondato, in particolare, sulla circostanza che il giudice non sarebbe titolare di alcuna discrezionalità nella sua concessione¹⁰. A tal riguardo, infatti, l'utilizzo del termine *automatic stay* appare del tutto inappropriato: se, da un lato, l'istituto vigente nell'ordinamento statunitense rappresenta un fenomeno la cui produzione si verifica *ex lege*, quale conseguenza che la legge fallimentare ricollega in via necessaria al deposito della *petition*, senza che si renda necessaria, dunque, la pronuncia di un provvedimento giudiziale; d'altro lato, e come meglio si vedrà nel corso dei primi due capitoli del presente lavoro, originariamente la concessione di un'inibitoria a favore del debitore che avesse depositato – o fosse stato destinatario – di una *bankruptcy petition* era sì subordinata alla pronuncia di un apposito provvedimento, tuttavia condizionata al riscontro, dal parte del giudice, di specifici presupposti che giustificassero la concessione di una misura

⁹ Come già notava M. MONTANARI, *op. ult. cit.*, 133.

¹⁰ Così, sia pure con riguardo alla disciplina originaria di cui al citato d.l. n. 212/2011, A. GUIOTTO, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, loc. cit.

avente siffatto contenuto. In altri termini, parlare di *automatic stay* con riguardo ad un provvedimento sospensivo che il giudice è tenuto a pronunciare, senza poter procedere ad alcuna valutazione, tradisce due volte la natura dell'istituto statunitense, sia nella sua configurazione attuale, sia nelle sue radici storiche.

2. Cenni introduttivi sull'*automatic stay* e sulla normativa fallimentare statunitense

Prima di procedere all'illustrazione dell'*automatic stay*, pare opportuno premettere alcune nozioni essenziali sul sistema fallimentare statunitense, anche al fine di offrire una prima contestualizzazione dell'istituto in esame.

La complessiva disciplina concorsuale nordamericana è suddivisa tra il *Title 11* dello *United States Code*, ossia la legge fallimentare statunitense (cd. *Bankruptcy Code*) ove sono racchiuse le norme di natura sostanziale regolatrici della materia, ed il successivo *Title 28*, dedicato a «*Judiciary and judicial procedure*», il quale, unitamente alle *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* emanate dalla *Supreme Court of the United States*, completa tale apparato con alcune essenziali disposizioni di natura procedurale e processuale¹¹.

Il *Bankruptcy Code*, in vigore dal 1978, è suddiviso in nove *Chapters*, tutti originariamente numerati utilizzando esclusivamente numeri dispari, al fine di consentire future espansioni della normativa (l'unica eccezione, infatti, è rappresentata dal *Chapter 12*, inserito con un emendamento del 1986)¹². In particolare, i *Chapters 1, 3 e 5* costituiscono i cd. *universal chapters*, ossia quelli recanti norme destinate a trovare applicazione in tutti i restanti capitoli della legge, ossia, appunto, i *Chapters 7, 9, 11, 12, 13 e 15*, denominati *operative chapters* in quanto contenenti la disciplina delle diverse procedure regolate dal *Bankruptcy Code*¹³.

Nello specifico, il *Chapter 7* disciplina il procedimento di *liquidation*, corrispondente, per la sua vocazione essenzialmente liquidatoria, al nostro fallimento, ma aperto a tutti i tipi di debitori, salvo alcune limitate eccezioni¹⁴; all'interno di tale

¹¹ B. A. BLUM, *Bankruptcy and debtor/creditor*, New York, 2014, 90 s.

¹² M. A. FREY, S. K. SWINSON, *Introduction to bankruptcy law*, New York, 2013, 14.

¹³ M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 15 e 19 s.; A. CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, in *Giur. Comm.*, 1987, 323 s.

¹⁴ Si veda, a tal proposito, la sez. 109 del *Bankruptcy Code*, rubricata «*Who may be a debtor*», ove è chiarito che «*A person may be a debtor under chapter 7 of this title only if such person is not (1) a*

procedura è obbligatoria la nomina di un *trustee*, ossia l'organo deputato alla sua gestione e corrispondente, approssimativamente, al curatore fallimentare italiano¹⁵.

Al successivo *Chapter 11* è disciplinata la procedura di *reorganization*, da sempre oggetto di attenzione da parte degli studiosi italiani in quanto riconosciuta quale disciplina ispiratrice delle soluzioni negoziali delle crisi d'impresa presenti nell'ordinamento italiano, su tutte il concordato preventivo¹⁶. Si tratta di un procedimento a carattere tendenzialmente risanatorio - ancorché non sia esclusa la possibilità che il piano presentato dal debitore abbia ad oggetto la liquidazione delle sue attività -, ed accessibile, approssimativamente, agli stessi soggetti cui è riservata la procedura di *liquidation*; nel corso della procedura, il debitore generalmente mantiene l'amministrazione e la disponibilità dei suoi beni (cd. *debtor in possession*, solitamente abbreviato con l'acronimo *DIP*), ma è possibile che il tribunale proceda a nominare un *trustee* quando lo ritenga opportuno¹⁷.

Le procedure di *liquidation* e *reorganization*, come disposto dalla sez. 303 del *Bankruptcy Code*, sono le uniche a poter essere avviate non solo pel tramite di una *voluntary petition* – ossia, su richiesta del debitore medesimo -, bensì anche mediante una *involuntary petition*, e dunque con una domanda presentata da parte dei creditori.

Le rimanenti procedure, oltre ad essere accessibili esclusivamente mediante la presentazione di una *voluntary petition*, costituiscono procedure a carattere risanatorio predisposte a vantaggio di determinate categorie di debitori, espressamente definite dalla legge. Vi è, anzitutto, la procedura di *adjustment of debts of a municipality* di cui al *Chapter 9*, ossia uno strumento di natura recuperatoria destinato agli enti pubblici¹⁸. Al già menzionato *Chapter 12*, poi, troviamo il procedimento di *adjustment of debts of a family farmer or fisherman with regular annual income*, sempre a carattere risanatorio, e dedicato a chi eserciti un'impresa agricola; a seguito della

railroad; (2) a domestic insurance company, bank [...] (3) (A) a foreign insurance company, engaged in such business in the United States; or (B) a foreign bank [...] that has a branch or agency [...] in the United States».

¹⁵ M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 20.

¹⁶ Nella letteratura italiana si vedano, infatti, il contributo specifico di F. MARELLI, *La procedura di «riorganizzazione» prevista dal capitolo 11 del «Bankruptcy Code» degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 565 s., oltreché la recente ricostruzione di A. JORIO, *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in A. Jorio, B. Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, 42 s.; su tale procedura si veda pure A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, 309 s.

¹⁷ M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 20 s.

¹⁸ M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 20.

presentazione della *petition*, cui dovrà seguire il deposito del piano di risanamento, il debitore mantiene l'amministrazione e la disponibilità dei suoi beni, oltreché l'esercizio dell'impresa (*debtor in possession*), ma la nomina del *trustee* si rende in ogni caso necessaria al fine di riscuotere i redditi, anche futuri, del debitore e ridistribuirli tra i creditori¹⁹. Il *Chapter 13* disciplina invece il procedimento di *adjustment of debts of an individual with regular income*, vagamente assimilabile alle nostre procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, in quanto predisposta a vantaggio del debitore persona fisica al fine di sistemare il proprio dissesto, presentando ai creditori un piano alla cui soddisfazione possono concorrere anche i redditi futuri; il debitore, in particolare, mantiene la disponibilità dei suoi beni (*debtor in possession*), mentre la nomina del *trustee* sarà funzionale al controllo della corretta esecuzione del piano e della distribuzione delle somme riscosse ai creditori²⁰. Da ultimo, il *Chapter 15* racchiude le norme dettate in tema di insolvenza transfrontaliera (cd. *cross-border cases*).

Venendo all'*automatic stay*, esso, come già si è avuto modo di anticipare, costituisce un fenomeno operante *ex lege*, innescato automaticamente dalla presentazione di una domanda di ammissione ad una procedura concorsuale, in virtù del quale, da tale momento, viene inibito ai creditori il compimento di una serie sostanzialmente onnicomprensiva di iniziative, giudiziali o stragiudiziali, nei confronti del debitore²¹. Esso è disciplinato dalla sez. 362 del *Bankruptcy Code*, collocata nel *Chapter 3*, ossia uno dei cd. *universal chapters*, ed in quanto tale destinato a trovare applicazione in tutti gli *operative chapters*: ciò significa, in altri termini, che il deposito di una *petition* per l'accesso ad una delle procedure di cui ai *Chapters 7, 11* (in questi casi, naturalmente, anche di una *involuntary petition*), *9, 12* o *13*, produce sempre un *automatic stay* ai sensi della norma citata.

Nel corso della trattazione, dunque, si parlerà genericamente di *automatic stay*, con indistinto riguardo alla sua operatività in tutte le procedure disciplinate dal *Bankruptcy Code*, salvi ovviamente gli adattamenti che si rendano necessari in virtù degli aspetti peculiari delle differenti discipline (si pensi, in particolare, alla figura del *trustee*, cui generalmente nelle procedure recuperatorie deve intendersi sostituito

¹⁹ M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 21 s.

²⁰ M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 22.

²¹ Per una prima definizione, B. A. BLUM, *op. cit.*, 243.

il cd. *debtor in possession*), nonché gli eventuali tratti differenziali che l'*automatic stay* può conoscere nell'ambito di una determinata procedura (come accade, ad esempio, nei procedimenti disciplinati ai *Chapters 12 e 13* ove, come si vedrà, si riscontra la figura del cd. *codebtor stay*).

3. *La jurisdiction in materia fallimentare*

Una delle questioni più complesse con cui occorre confrontarsi nello studio dell'ordinamento fallimentare statunitense è costituita dai criteri attributivi e di riparto della relativa *jurisdiction*, ossia, per fornire una prima definizione, dell'autorità del tribunale di istruire e decidere un determinato tipo di controversia²².

La peculiare struttura federale degli Stati Uniti, come noto, si riflette nella presenza di un duplice sistema di organi giudiziari: quello statale e quello federale. La materia fallimentare, come si vedrà²³, è di competenza federale, sicché il sistema che viene in rilievo ai nostri fini, è, appunto, quello federale. A tal proposito, la sez. 1334 del *Title 28* dello *United States Code* attribuisce alle *district courts* - ossia, appunto, gli organi giudiziari federali di primo grado - «*original and exclusive jurisdiction of all cases under title 11*», ossia sulle procedure concorsuali disciplinate dal *Bankruptcy Code*, oltreché «*original but not exclusive jurisdiction of all civil proceedings arising under title 11, or arising in or related to cases under title 11*»²⁴. Competenti, rispettivamente, in seconda ed ultima istanza saranno dunque le *courts of appeals* (o *circuit courts*) e la *Supreme Court of the United States*.

La *district court*, tuttavia, generalmente non esercita direttamente la *jurisdiction* in materia fallimentare, poiché questa, ai sensi della sez. 157 del *Title 28* dello *United States Code*, viene pressoché immancabilmente delegata (*referred*) alla

²² Sul concetto di *jurisdiction* si tornerà più approfonditamente *infra*, Cap. I, nota 21.

Per i concetti che verranno illustrati nel presente paragrafo, si veda altresì l'attenta ricostruzione di A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 219 s.; A. CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, cit., 325 s.

²³ Cap. I, § 1.

²⁴ B. A. BLUM, *op. cit.*, 126 s.; L. P. KING, *Jurisdiction and procedure under the bankruptcy amendments of 1984*, in 38 *Vand. L. Rev.* (1985), 676 s.; S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 558.

bankruptcy court, costituente una *unit* della prima, e funzionalmente dipendente dalla medesima²⁵.

Gli attuali rapporti tra *bankruptcy court* e *district court* sono la risultante dell'intervento attuato nel 1984 dal *Federal Judgeship Act*²⁶, che ha recepito le censure di costituzionalità pronunciate dalla *Supreme Court* con la sentenza *Northern Pipeline Co. v. Marathon Pipe Line Co.* del 1982²⁷. Tali rapporti, in particolare, variano a seconda del tipo di procedimento che venga *referred* alla prima: se si tratti, cioè, di un *core proceeding* o meno, come emerge dalla citata sez. 157. I *core proceedings* sono quelli aventi ad oggetto diritti creati dalla legge fallimentare e che possono sorgere esclusivamente nell'ambito di una procedura concorsuale – tra i quali, come si vedrà, è espressamente annoverato un procedimento in materia di *automatic stay* –, mentre i *non-core proceedings* vengono individuati in negativo da tale definizione, e rappresentano le controversie che ben potrebbero insorgere anche al di fuori di una procedura concorsuale, benché siano in qualche modo connesse con la medesima²⁸. In caso di *referral* di un *core proceeding*, infatti, la *bankruptcy court* può istruirlo nonché pronunciare «*appropriate orders and judgments, subject to review under section 158 of this title*», ossia decidere con un provvedimento definitivo, impugnabile innanzi alla *district court* come giudice d'appello²⁹. Ove si tratti di un

²⁵ B. A. BLUM, *op. cit.*, 130; L. P. KING, *Jurisdiction and procedure under the bankruptcy amendments of 1984*, cit., 678 s.; S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, loc. cit.

È opportuno ricordare come la *bankruptcy court* non sia un organo giudiziario dotato dei caratteri dell'inamovibilità dall'ufficio e dell'intangibilità del compenso, propri dei cd. *Article III judges*, bensì costituisca un cd. *Article I judge*. Il sistema costituzionale statunitense, infatti, prevede una distinzione tra *constitutional courts*, ossia organi giudiziari creati in base all'art. III della Costituzione, ai sensi del quale il potere giudiziario è conferito ad una Corte Suprema e agli organi inferiori istituiti dal Congresso, e *legislative courts*, creati in base all'art. I in deroga ai caratteri summenzionati, ossia organi giudiziari istituiti sempre dal Congresso ma sulla base del potere, di cui il medesimo è investito, di delegare a particolari tribunali la decisione di controversie rientranti nell'ambito delle sue competenze. Su tali concetti, A. CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, cit., 328; S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, cit., 526.

²⁶ *Pub. L. No. 98-353*.

²⁷ 458 U.S. 50 (1982). In particolare, era stata ritenuta contraria ai precetti costituzionali la facoltà per la *bankruptcy court* di conoscere pressoché ogni tipo di controversia connessa alla materia fallimentare, e di pronunciare provvedimenti aventi carattere di *final orders*, in quanto tali non soggetti ad una revisione totale ad opera di un *Article III judge* ma sottoposti a mezzi di impugnazione più limitati, e passibili di esecuzione coattiva da parte della stessa *bankruptcy court*: sul punto, S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, cit., 528 e 550 s.

²⁸ B. A. BLUM, *op. cit.*, 136; S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, cit., 558 s.; A. CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, cit., 331 s.

²⁹ B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; L. P. KING, *Jurisdiction and procedure under the bankruptcy amendments of 1984*, cit., 679 s.; S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*,

non-core proceeding, viceversa, la *bankruptcy court* può istruire il procedimento, ma non potrà deciderlo, potendo esclusivamente limitarsi a sottoporre «*proposed findings of fact and conclusions of law to the district court, and any final order or judgment shall be entered by the district judge after considering the bankruptcy judge's proposed findings and conclusions and after reviewing de novo those matters to which any party has timely and specifically objected*»: in altri termini, la decisione finale è presa dalla *district court* sulla base degli accertamenti di fatto e delle conclusioni di diritto presentate dalla *bankruptcy court*, salvo che vengano sollevate obiezioni dalle parti, poiché in tale eventualità la *district court* dovrà riesaminare anche le suddette questioni³⁰.

cit., 559. In alternativa alla *district court*, su consenso delle parti, giudici d'appello possono essere costituiti da appositi collegi di *bankruptcy judges* (cd. *bankruptcy appellate panels*).

³⁰ B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; L. P. KING, *Jurisdiction and procedure under the bankruptcy amendments of 1984*, cit., 680 s.; S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, loc. cit.

CAPITOLO PRIMO

ORIGINI E SVILUPPO DELL' *AUTOMATIC STAY* NELLA LEGISLAZIONE FALLIMENTARE STATUNITENSE

1. Dalle competenze statali alla competenza federale: il Bankruptcy Act del 1800

È quantomeno singolare che dell'istituto che oggi rappresenta, se non il più importante, certamente uno tra i più importanti, nella legislazione fallimentare statunitense, non si rinvenga traccia alcuna nelle leggi ivi emanate in materia, almeno fino ai primi decenni del '900.

Ma la ragione è presto chiarita.

Le prime normative in materia fallimentare apparse sul suolo del Nuovo Mondo, ancora in epoca coloniale, erano, con tutta evidenza, di derivazione inglese, ispirandosi in particolare a quello *Statute of Bankrupts*, approvato nella Madrepatria nel 1570¹, che, in chiave essenzialmente punitiva nei confronti del debitore fraudolento, ne prevedeva sovente la possibilità di imprigionamento, senza che fosse fruibile alcuna forma di *discharge*, ossia di esdebitazione².

Divenuto, tuttavia, l'imprigionamento per debiti un'autentica piaga sociale, sempre più pressante si manifestò l'esigenza di offrire, quantomeno a coloro che, tra i debitori, si dimostrassero *honest but unfortunate*, uno strumento che consentisse loro di ottenere, a fronte del rilascio ai creditori dei propri beni, la liberazione dai debiti pregressi, evitando, al contempo, il carcere. Da un lato, così, dopo la Dichiarazione d'Indipendenza del 1776, alcuni Stati approvarono autonome leggi in materia fallimentare: è il caso, ad esempio, della Pennsylvania, dotata di un *Act of Regulation of Bankruptcy* sin dal 1785, applicabile ai commercianti, e comprensiva di una disposi-

¹ 13 *Elizabeth*, c. 7.

² Per i dovuti riferimenti, si rinvia a R. FRIMET, *The birth of bankruptcy in the United States*, in 96 *Commercial L. J.* (1991), 163; G. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, 30; V. COUNTRYMAN, *A history of american bankruptcy law*, in 81 *Commercial L. J.* (1976), 228; C. J. TABB, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, in 3 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (1995), 7 s.

zione regolatrice della *discharge*³. D'altro lato, negli Stati sprovvisti di siffatte leggi, si affermò la prassi dei cd. *special acts of the legislature for the relief of individual debtors*: si trattava, in particolare, di domande che il singolo debitore presentava all'assemblea legislativa statale, per essere dichiarato fallito, esentato da imprigionamento, nonché esdebitato dai debiti contratti prima della data di presentazione della domanda medesima; ai nostri fini è peraltro di grande interesse notare che, ove tali provvedimenti non potessero essere emanati nel corso della medesima assemblea in cui la relativa richiesta veniva avanzata, e si rendesse viceversa necessario un rinvio, era frequente la pronuncia di un'ordinanza interinale, di protezione nei confronti del debitore e del suo patrimonio, sia da imprigionamento, sia da eventuali azioni esecutive per i crediti pregressi, limitata all'intervallo di tempo necessario per pervenire al provvedimento conclusivo, di concessione della *discharge*⁴: un primordiale embrione, quindi, del moderno *automatic stay*, seppur non concepito quale autonomo istituto a fondamentale presidio della retta ed ordinata conduzione del procedimento fallimentare, bensì quale mero accorgimento pratico volto a garantire, in via strumentale e mediata, l'effettiva e finale liberazione del debitore.

Da queste prime, brevi notazioni, emerge dunque come la finalità principale di una disciplina in materia fallimentare, negli Stati Uniti sia sempre stata considerata, più che la regolazione del concorso dei creditori sul patrimonio del debitore fallito, la concessione a quest'ultimo della *discharge*, in una direzione sostanzialmente garantista del *fresh start*, in conformità ad un'economia capitalistica dove il rischio veniva e viene accettato come fattore fisiologico ed ineliminabile del mercato: l'essenza e la ragione fondante di una legge fallimentare era la concessione al debitore della liberazione dai debiti pregressi per consentirne un agile ritorno agli affari⁵.

³ F. R. NOEL, *A history of the bankruptcy clause of the Constitution of the United States of America*, Gettysburg, 1918, 62 s.; R. FRIMET, *The birth of bankruptcy in the United States*, cit., 165, nonché C. WARREN, *Bankruptcy in United States history*, Cambridge, 1935 (ristampa 1972), 6 s., ove pure sono menzionate simili normative approvate nel Rhode Island e nello Stato del New York.

⁴ Tali *special acts*, tuttavia, incontrarono costantemente l'ostilità del *Privy Council* inglese, che le dichiarò spesso inapplicabili: si veda, anche per un caso relativo al Connecticut, K. H. NADELMANN, *On the origin of the bankruptcy clause*, in 1 *Am. J. Legal Hist.* (1957), 221 s., e ivi nt. 29 e 223, e ivi nt. 31.

⁵ Di ciò verrà data ulteriore dimostrazione nell'analisi delle singole leggi federali che si sono susseguite in materia. Basti qui considerare che tale dato costituisce uno dei principali tratti differenziali rispetto all'ordinamento italiano, ove, viceversa, l'essenza del fallimento è rappresentata dalla regolazione ed attuazione del concorso dei creditori sull'attivo fallimentare, mentre l'istituto dell'esdebitazione ha trovato il proprio ingresso in epoca assai recente, con la modifica operata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 sull'art. 142 l. fall.

Le difficoltà legate a tale sistema non tardarono a manifestarsi: le differenze esistenti tra le diverse legislazioni statali in materia⁶, e l'inefficacia degli speciali *acts of legislatures* – ivi comprese le ordinanze protettive interinali - in uno Stato diverso rispetto a quello di loro emanazione⁷, convinsero i delegati della Convenzione Costituzionale circa la necessità di approvare ed inserire nella carta fondamentale dei nascenti Stati Uniti una clausola di attribuzione al Congresso del potere di emanare leggi uniformi in materia fallimentare⁸: le esigenze sottese all'istituto dell'*automatic stay*, tra cui la necessità di garantire al debitore una protezione effettiva in tutto il territorio degli Stati Uniti, entravano dunque anch'esse, ancorché in modo del tutto inconsapevole, nella dinamica di attribuzione alla competenza federale del potere di legiferare sulla materia⁹.

Seppur dotato di tale prerogativa sin dall'approvazione della Costituzione, nel 1787, il Congresso mancò di esercitare la propria competenza in ambito fallimentare per tredici anni¹⁰: caratteristica precipua di tale legislazione è, infatti, e come meglio

Che quello del *favor debitoris* sia il principio fondamentale e peculiare della legislazione fallimentare statunitense, è affermazione pure in G. ROSSI, *op. cit.*, 37 s.

⁶ Si legga, sul tema, E. JAMES, *The bankrupt law of the United States. 1867*, New York, 1867, 9.

⁷ Di nuovo, si veda K. H. NADELMANN, *On the origin of the bankruptcy clause*, cit., 224 s.

⁸ Il riferimento è all'articolo 1, sezione 8, clausola 4 della Costituzione degli Stati Uniti, che prevede che «*The Congress shall have power [...] to establish [...] uniform laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States*».

⁹ Si leggano, infatti, le parole del senatore H. G. Otis, del Massachusetts (riportate da C. WARREN, *op. cit.*, 17), pronunciate durante i lavori parlamentari che condussero all'approvazione della prima legge fallimentare federale: “*we should rescue the honest and unfortunate insolvent from the oppression of a vindictive creditor*”, tramite una legge uniforme che elimini i conflitti tra le singole leggi statali ed assicuri un'equa ed efficiente amministrazione della massa fallimentare.

Di diverso avviso è, tuttavia, J. M. OLMSTEAD, *Bankruptcy a commercial regulation*, in 15 *Harv. L. Rev.* (1902), 831 s., il quale, enfatizzando lo stretto legame tra legislazione fallimentare e regolamentazione del commercio, conclude più semplicemente per la necessità che anche la prima ripeta le caratteristiche di uniformità della seconda.

¹⁰ In conseguenza di ciò – ma la questione si ripresentò tale e quale in ogni intervallo temporale intercorso tra due successive leggi federali -, presto emerse il problema dei rapporti tra le vigenti legislazioni fallimentari statali, e la competenza che, nella medesima materia, la Costituzione veniva ad attribuire al Congresso. Anzitutto, si è affermato che la mera esistenza di un potere federale in ambito fallimentare, se non esercitato, non impediva ai singoli Stati di intervenire in tale campo: in tal caso, la legge statale incontrava l'unico limite dettato all'art. 1, sez. 10, cl. 1 della Costituzione, che vietava agli Stati di emanare leggi che modificassero o diminuissero l'efficacia obbligatoria dei contratti. Tali leggi fallimentari, pertanto, nella misura in cui fossero state idonee ad incidere unicamente sul rimedio offerto al creditore, sospendendolo o posticipandolo, e non sulla vincolatività stessa del contratto – con l'esclusione, quindi, della possibilità di concedere la *discharge* -, vennero giudicate rispettose di tale limite dalla Corte Suprema nella sentenza *Sturges v. Crowninshield*, 17 *U.S.* 122 (1819), 196 s. Per la differente ipotesi di intervenuta approvazione di una legge fallimentare federale, viceversa, è possibile distinguere tre distinti orientamenti: a) secondo una prima opinione, la legge statale sarebbe stata sospesa solo per le parti configgenti con la normativa federale, mantenendo all'opposto il proprio vigore per il resto, ponendosi così come normativa complementare [in questo senso *Odgen v. Saunders*, 25 *U.S.* 213 (1827), 278 s.; e *Tua v. Carriere*, 117 *U.S.* 201 (1886), 210]; b) una differente rico-

si vedrà, l'essere stata ciclicamente imposta in occasione delle crisi economiche che hanno investito il paese, mancando una chiara volontà di approvare una legge destinata a porsi come stabile regolamentazione della materia; si trattava, in altri termini, di leggi temporanee, giustificate unicamente dall'esigenza di far fronte alle particolari situazioni emergenziali che, in determinati momenti nella storia statunitense, si presentarono al paese, e la cui efficacia risultava dunque temporalmente circoscritta al solo periodo ritenuto necessario al superamento della crisi, di talché, una volta raggiunto tale obiettivo, anche tali leggi perdevano la propria ragion d'essere, riaffermando la regolamentazione della materia alla discrezionalità dei legislatori statali.

La prima legge fallimentare federale, il *Bankruptcy Act* del 1800¹¹, nasceva infatti dall'esigenza di far fronte ai dissesti del 1792 e 1797¹², quale normativa sostanzialmente finalizzata alla concessione della *discharge* a coloro che avevano subito l'imprigionamento per debiti, in recepimento della contemporanea legge inglese del 1705¹³, che tale istituto per la prima volta aveva introdotto nell'ordinamento d'oltremarica. Detta legge federale nasceva quale misura eccezionale e temporanea, destinata com'era ad esaurire la propria efficacia nel 1805, ancorché la sua abrogazione sia stata anticipata al 1803¹⁴; essa, applicabile esclusivamente ai commercianti, prevedeva un *involuntary proceeding*, ossia invocabile unicamente su istanza dei creditori, e costituiva essenzialmente una legge di concessione della liberazione al

struzione proponeva un concorso tra legge statale e legge federale, per cui la prima sarebbe rimasta fruibile fino al momento in cui non fosse invocata l'applicazione della seconda tramite la presentazione di apposita domanda [in questo senso, *In re Scholtz*, 106 F. 834 (1901), 835 s.]; c) entrambe le summenzionate opinioni paiono superate dalla terza, che ha composto il contrasto affermando che l'approvazione di una legge fallimentare federale, esprimendo l'intendimento del Congresso di esercitare le proprie prerogative in materia, comporta la sospensione automatica delle leggi statali [si tratta della cd. *blind spot theory*, divenuta dominante successivamente al caso *International Shoe Co. v. Pinkus*, 278 U.S. 261 (1929), 265].

Per ulteriori approfondimenti sul tema, si vedano S. WILLISTON, *The effect of a National bankruptcy law upon state laws*, in 22 *Harv. L. Rev.* (1909), 547 s.; H. S. IRWIN, *Suspension of state insolvency laws by federal bankruptcy act*, in 35 *Dickinson L. Rev.* (1931), 78 s.; A. GRUNBAUM, *Suspension of state insolvency laws by operation of the federal bankruptcy act*, in 7 *Wash. L. Rev.* (1932), 289 s.; infine *Effect of national bankruptcy act on state insolvency statutes*, nota senza autore in 49 *Yale L. J.* (1940), 1090 s.

¹¹ 2 *Stat.* 19 (1800).

¹² Per i dovuti approfondimenti, si rinvia a C. WARREN, *op. cit.*, 10 s.; R. FRIMET, *The birth of bankruptcy in the United States*, cit., 166 s.; V. COUNTRYMAN, *A history of american bankruptcy law*, cit., 228.

¹³ 4 *Anne*, c. 17, su cui si vedano G. ROSSI, *op. cit.*, 16 s.; COUNTRYMAN, *A history of american bankruptcy law*, cit., 227; J. A. BUSH, *The national bankruptcy act of 1898 with notes, procedure and forms*, New York, 1899, 7; nonché, naturalmente, A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 3 s.

¹⁴ 2 *Stat.* 248 (1803).

debitore onesto che avesse raccolto il consenso del due terzi, per numero e valore, del proprio ceto creditorio¹⁵, mentre non è dato rinvenire alcuna specifica previsione sull' *automatic stay*.

2. Il Bankruptcy Act del 1841: il caso Ex parte Christy

Fu in conseguenza di una nuova crisi economica, quella che colpì il paese nel 1837¹⁶, che il Congresso decise di approvare una nuova legge federale, il *Bankruptcy Act* del 1841¹⁷, rimasto anch'esso in vigore per un lasso di tempo assai breve, stante la sua abrogazione nel 1843¹⁸. La legge, che si distingueva dalla precedente per i maggiori profili di *favor* nei confronti del debitore, oltre a mantenere un procedimento cd. involontario nei confronti dei soli commercianti, introduceva un *voluntary proceeding* fruibile anche dai debitori civili, ossia la possibilità per tali soggetti di avviare un procedimento dichiarativo di fallimento su propria istanza; la finalità essenziale della procedura rimaneva la possibilità di concedere la *discharge*, fruibile salva manifestazione di dissenso da parte della maggioranza in numero e valore dei creditori¹⁹.

Di particolare interesse, ai nostri fini, è la disposizione racchiusa nella sezione 5 della legge, ove era previsto che il creditore od altro soggetto che avesse insinuato il proprio credito o la propria pretesa allo stato passivo, presentando la relativa domanda al tribunale fallimentare, avesse in tal modo manifestato un'implicita volontà di rinuncia ad agire in sede extrafallimentare nei confronti del proprio debitore; correlativamente, tutti i giudizi già instaurati e tutte le sentenze già ottenute alla data

¹⁵ J. A. BUSH, *op. cit.*, 11; R. FRIMET, *The birth of bankruptcy in the United States*, cit., 169; V. COUNTRYMAN, *A history of american bankruptcy law*, cit., 228; C. WARREN, *op. cit.*, 19 s.; F. R. NOEL, *op. cit.*, 124 s.; C. J. TABB, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, cit., 14 s.; A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 10 s., ai quali si rinvia anche per una disamina circa i motivi della prematura abrogazione.

¹⁶ Doveroso è il rinvio, di nuovo, a V. COUNTRYMAN, *A history of american bankruptcy law*, cit., 229; R. FRIMET, *The birth of bankruptcy in the United States*, cit., 175 s.; C. WARREN, *op. cit.*, 52 s.

¹⁷ 5 Stat. 440 (1841).

¹⁸ 5 Stat. 614 (1843).

¹⁹ J. A. BUSH, *op. cit.*, 12; V. COUNTRYMAN, *A history of american bankruptcy law*, loc. cit.; R. FRIMET, *The birth of bankruptcy in the United States*, cit., 178 s.; C. WARREN, *op. cit.*, 79 s.; F. R. NOEL, *op. cit.*, 134 s.; C. J. TABB, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, cit., 16 s.; A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 15 s.

dell'insinuazione allo stato passivo, erano considerati come abbandonati²⁰: la legge introduceva, in altri termini, un sistema di elezione di rimedi, tale per cui, appunto, *electa una via* – quella della presentazione della domanda di ammissione al passivo fallimentare -, *non datur recursus ad alteram*, rappresentata dalle azioni giudiziali esperibili in sede extraconcorsuale, cui il creditore, presentando la detta istanza, e con ciò manifestando la propria volontà di sottoporsi alla *jurisdiction*²¹ del tribunale

²⁰ Sez. 5, *Bankruptcy Act* del 1841, nella parte in cui prevede che «*no creditor or other person coming in and proving his debt or other claim shall be allowed to maintain any suit at law or in equity therefor, but shall be deemed thereby to have waived all right of action and suit against such bankrupt; and all proceedings already commenced, and all unsatisfied judgments already obtained thereon, shall be deemed to be surrendered thereby*».

Si veda pure il caso *Everett v. Derby*, 5 *U.S. Dist. Lexis* 103 (1842), 4, ove è chiara affermazione per cui “[t]his clause meets and provides for two distinct cases: First, for that where the creditor has proved his debt before a suit is commenced. The proving the debt alone, is a bar to any suit at law or in equity, for the recovery of the debt so proved. The second case is where the suit has been commenced before the proof of the debt in bankruptcy; and in this case the proving the debt operates as a surrender ipso jure of the action, and is a bar to any further proceedings in the suit”.

²¹ Il termine *jurisdiction* non è traducibile con un termine equivalente nell'ordinamento italiano, non corrispondendo né al concetto di giurisdizione, né a quello di competenza: la *jurisdiction*, infatti, genericamente indica l'autorità del tribunale di istruire e decidere un determinato tipo di controversia. Essa viene suddivisa in *subject matter jurisdiction*, individuata in base al tipo di controversia instaurata, e funzionale all'allocazione del contenzioso tra tribunali statali e tribunali federali secondo espressamente stabilito da apposite leggi, e *personal jurisdiction*, che individua quale, tra i tribunali statali o federali così identificati, sia dotato del potere di imporre validamente la propria decisione alle singole parti di un determinato giudizio. Quest'ultima, secondo l'orientamento tradizionale, ai nostri fini rilevante in quanto vigente all'epoca delle leggi che si analizzano, veniva ulteriormente distinta in: a) *in personam jurisdiction*, ossia il potere di rendere giudizi vincolanti nei confronti di tutte le persone che si trovassero entro i confini statali al momento dell'instaurazione della controversia, ovvero che prestassero il proprio consenso ad assoggettarsi a tale *jurisdiction*; b) *in rem jurisdiction*, ossia il potere di rendere un giudizio concernente i beni che si trovassero all'interno dei confini statali, indipendentemente da dove si trovasse il proprietario convenuto; c) *quasi-in-rem jurisdiction*, in cui la presenza di determinati beni entro i confini statali veniva utilizzata quale veicolo per instaurare nei confronti di un determinato convenuto una controversia riguardante diritti più o meno connessi a detti beni (è il caso, ad esempio, di un'azione volta a dare esecuzione ad un contratto di trasferimento della proprietà di un determinato immobile). Per queste essenziali notazioni, si rinvia a J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *Civil procedure*, New York, 2005, 9 s. e 99 s.; G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *Civil procedure*, New York, 2011, 54 s. e 102 s.; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *Civil procedure*, New York, 2009, 41 s. e 192 s.; M. K. KANE, *Civil procedure in a nutshell*, New York, 2013, 7 s. e 33 s.; nonché, con particolare enfasi verso i profili storici e di rilevanza costituzionale, S. ISSACHAROFF, *Civil procedure*, New York, 2012, 92 s., 111 s. e 124 s.

È a questo punto opportuno specificare che la sez. 6 del *Bankruptcy Act* del 1841 prevedeva che «*the district court in every district shall have jurisdiction in all matters and proceedings in bankruptcy arising under this act, and any other act which may hereafter be passed upon the subject of bankruptcy*»: diversamente dalla normativa oggi vigente, che tramite la disposizione racchiusa in 28 *U.S.C.* sez. 151 ha creato, presso le *district courts*, autonome *bankruptcy courts* dotate, secondo 28 *U.S.C.* sez. 1334, di *exclusive subject matter jurisdiction* sul procedimento e sulla massa fallimentare (sull'argomento, si vedano J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 16; M. K. KANE, *op. cit.*, 8 s.; S. ISSACHAROFF, *op. cit.*, 126; G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 63; A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *Collier on bankruptcy*, 16th ed., 1, New Providence, 2009, § 2.02[1]; B. A. BLUM, *Bankruptcy and debtor/creditor*, cit., 126 s.), con la legge del 1841 si era meramente provveduto ad attribuire alle esistenti *district courts* – ossia gli organi di primo grado del sistema giudiziario federale – *jurisdiction* in materia fallimentare: il loro potere di dichiarare l'apertura della procedura e

fallimentare, acconsentiva a rinunciare. Su quale fosse, poi, l'esatta sorte di tali giudizi, si fronteggiarono due distinti orientamenti: il primo, più rispettoso della lettera della legge, proclamante la definitiva ed irreversibile estinzione dei poteri esercitabili in sede extrafallimentare²²; il secondo, più aderente al complessivo sistema, ed in particolare alla possibilità che la *discharge* fosse negata – rispetto alla quale eventualità, irragionevole appariva una preclusione totale delle azioni postconcorsuali -, propendeva per la mera sospensione dei poteri in questione durante la pendenza del procedimento fallimentare²³.

Pur nella presenza di una disposizione di siffatto tenore, nella legge del 1841 non v'era traccia alcuna di una disciplina generale che, quale *automatic stay in nuce*, regolasse la sospensione dei giudizi pendenti o da instaurarsi in via ordinaria avverso il soggetto che avesse presentato, o fosse stato destinatario, di una domanda di fallimento, ed operante in virtù di tale evento soltanto²⁴; in particolare, nulla era previsto con riguardo ai creditori che non avessero presentato la domanda di ammissione allo stato passivo - e nei cui confronti, pertanto, non potesse scattare il meccanismo di tacita rinuncia al diritto d'azione in sede extrafallimentare poc'anzi descritto -, così come nulla era previsto in merito alle iniziative di natura esecutiva.

A tale lacuna, almeno in parte pose rimedio la Corte Suprema degli Stati Uniti, interrogata per la prima volta nel caso *Ex parte Christy*²⁵ circa l'esistenza di un potere, in capo al tribunale fallimentare, di proibire ad un creditore privilegiato l'instaurazione o la prosecuzione di procedimenti di natura esecutiva sui beni del debitore, confluiti nella massa fallimentare a seguito della intervenuta dichiarazione di fallimento nei confronti del medesimo. L'opinione della Corte, espressa dal giudice Story, muovendo essenzialmente dalla lettera della sezione 6, che riconosceva ai tribunali fallimentari le prerogative di una corte di *equity*²⁶, affermò l'esistenza di un

di amministrare la massa fallimentare venne identificato, per l'esattezza, nell'esercizio di una *in rem jurisdiction*, ossia ricollegata, appunto, ai beni del debitore, su cui detti tribunali, con l'apertura della procedura, esercitavano poteri di custodia e controllo. Sul punto, si veda anche F. HILLIARD, *Treatise on the law of bankruptcy and insolvency*, Philadelphia, 1867, 363; E. JAMES, *op. cit.*, 11; W. R. NORTON, JR., *Norton bankruptcy law and practice*, 2nd ed., 2, New York, 1997, § 36:1.

²² In questo senso, ad esempio, il caso *Pray v. Torr.*, 18 N.H. 188 (1846), 189 s.

²³ Così, all'opposto, nel caso *Haxton v. Corse*, 2 Barb. C. R. 506, riportato in O. F. BUMP, *The law and practice in bankruptcy*, New York, 1877, 699.

²⁴ R. E. ROGERS, *Gilbert's Collier on bankruptcy*, 2nd ed., Albany, 1931, 268 s.

²⁵ 44 U.S. 292 (1845).

²⁶ Sez. 6, *Bankruptcy Act* del 1841, già menzionata *supra*, nota 21, che riguardo la *jurisdiction* della *district court* in materia fallimentare aggiungeva che essa dovesse essere esercitata «*summarily, in the*

potere, in capo ai medesimi, di proteggere la propria *jurisdiction*, dispiegantesi sulla proprietà del debitore che si trovava affidata alla loro custodia, anche tramite provvedimenti di natura inibitoria: se uno degli obiettivi della legge del 1841 era quello di offrire una pronta ed efficace amministrazione della massa fallimentare, diventava di conseguenza indispensabile fornire ai tribunali ogni mezzo utile al raggiungimento di tale scopo²⁷. In altri e più estesi termini, i poteri equitativi, dalla legge riconosciuti ai tribunali fallimentari, operavano in via suppletiva rispetto al lacunoso dettato della legge, conferendo loro i necessari ed indispensabili poteri di *injunction*, utili a proteggere la *jurisdiction in rem* esercitata sui beni affidati alla loro custodia e controllo, ivi compresa la facoltà di impedire, su di essi, qualsiasi tipo di interferenza extrafallimentare da parte dei creditori: poteri che, pur non essendo espressamente conferiti *ex lege*, non potevano non intendersi implicitamente riconosciuti a tale organo, in vista del raggiungimento degli obiettivi cui la legge medesima ambiva²⁸. Nell'assenza, nell'ordinamento statunitense, di una *vis attractiva* esercitata dal tribunale fallimentare²⁹, tali *injunction* non potevano, naturalmente, agire direttamente sulle corti statali, privandole della relativa *jurisdiction*, ma erano dirette ai singoli creditori, precludendo ai medesimi la possibilità di agire in sede extraconcorsuale³⁰: in quanto protezione rivolta alle *res*, erano le singole iniziative creditorie, aggressive avverso le medesime, ad essere impedito. Si trattava comunque, vale la pena evidenziarlo, di un potere pur sempre discrezionale, sicché rimaneva astrattamente possibile per il creditore agire in via extrafallimentare per ottenere la soddisfazione della propria pretesa nei confronti del fallito³¹.

La sentenza citata, pur rappresentando un precedente di indiscutibile valore, aprendo la strada alla concessione di provvedimenti di sospensione giudiziale di ini-

nature of summary proceedings in equity»: si trattava di procedimenti a carattere sommario, deformato, al fine precipuo di rendere più celere lo svolgimento del giudizio, nel cui ambito al tribunale erano riconosciuti poteri equitativi: sulla *summary jurisdiction*, contrapposta alla *plenary jurisdiction*, si vedano i cenni contenuti in G. ROSSI, *op. cit.*, 88 s.; H. REMINGTON, *A treatise on the bankruptcy law of the United States*, 3rd ed., 5, Rochester, 1923-1925, 410 s.; nonché in S. V. KELLEY, *Ginsberg & Martin on bankruptcy*, 5th ed., 1, New York, 2008, § 1.03[A].

²⁷ 44 U.S. 292 (1845), 312 s.

²⁸ Sul punto, si vedano pure A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 3, § 362.LH[1]; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *Creditors' rights in bankruptcy*, New York, 2013, 172; J. L. SMAHA, *Automatic stay under the 1978 bankruptcy code: an equitable roadblock to secured creditor relief*, in 17 *San Diego L. Rev.* (1980), 1117; E. JAMES, *op. cit.*, 97 s.

²⁹ G. ROSSI, *op. cit.*, 90 s.; H. REMINGTON, *op. cit.*, 464.

³⁰ E. JAMES, *op. cit.*, 10.

³¹ Così è affermato, tra i tanti, nel caso *Hobart v. Haskell*, 14 N.H. 127 (1843), 127 s.

ziative extraconcorsuali dei creditori privilegiati in tutti i procedimenti fallimentari, e quindi alla possibilità di ordinare uno *stay*, seppur non *automatic*, nelle descritte circostanze, scontava tuttavia il difetto di aver ricollegato – e così circoscritto - i poteri protettivi esercitabili dai tribunali alla loro *jurisdiction in rem*, individuata e limitata, tramite il criterio della *custodia legis*, dai soli beni del debitore su cui tali organi esercitassero effettivamente i propri doveri di custodia e controllo; con la conseguente esclusione dalla possibilità di beneficiare di siffatti provvedimenti per tutti i beni del debitore che non fossero confluiti nella massa fallimentare, non trovandosi in possesso del medesimo al momento della presentazione della domanda, ad esempio perché in mano di un creditore pignoratizio³².

3. Il Bankruptcy Act del 1867 e gli emendamenti del 1874. L'Equity Bill del 1882

Fu solamente in conseguenza della crisi economica del 1857, e dei devastanti effetti provocati dalla Guerra Civile del 1861-1865, che il Congresso approvò una nuova legge fallimentare, il *Bankruptcy Act* del 1867³³, recante la possibilità di accedere sia a *voluntary* che ad *involuntary proceedings* per tutti i soggetti dell'ordinamento, incluse le società; la *discharge* veniva concessa al ricorrere del consenso della maggioranza, per numero e valore, dei creditori, ovvero della soddisfazione di almeno il 50% del complessivo ammontare dei crediti³⁴.

Per quanto concerne l'oggetto della nostra indagine, occorre anzitutto analizzare la disposizione contenuta nella sez. 21 della legge, che mutuava dalla normativa precedente il meccanismo di rinuncia del creditore al diritto d'azione e ai giudizi già instaurati in sede extraconcorsuale, nell'ipotesi di presentazione di una domanda di ammissione allo stato passivo fallimentare; ma d'interesse ancor maggiore è la modi-

³² P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. loc. cit.*; A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.* Era infatti previsto, alla sez. 3, che passasse nel controllo del tribunale fallimentare ciò di cui il debitore era in possesso – o a detto possesso avesse titolo – al momento della dichiarazione di fallimento: si veda, sul punto, S. OWEN, *A treatise on the law and practice in bankruptcy*, New York, 1842, 57.

³³ 14 Stat. 517 (1867).

³⁴ R. FRIMET, *The birth of bankruptcy in the United States*, cit., 180 s.; V. COUNTRYMAN, *A history of american bankruptcy law*, cit., 229 s.; C. WARREN, *op. cit.*, 95 s.; F. R. NOEL, *op. cit.*, 145 s.; C. J. TABB, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, cit., 18 s.; A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 19 s.

fica che, a tale disposizione, ha apportato l'emendamento intervenuto nel 1874³⁵, nel senso di precisare che la rinuncia così intervenuta divenisse inefficace se la *discharge* fosse stata successivamente negata al debitore, ovvero se il procedimento si fosse altrimenti concluso in sua assenza³⁶: in altri termini, una presa di posizione, da parte del legislatore, a favore di quella, tra le opzioni emerse nella vigenza della legge del 1841, che aveva sostenuto che di mera sospensione dei poteri d'azione – e non di definitiva rinuncia ai medesimi –, si trattasse, in particolar modo risolutivamente condizionata agli esiti del giudizio di liberazione del debitore³⁷.

La scelta operata del legislatore ci appare assolutamente coerente.

Nel caso in analisi, infatti, il tribunale statale, investito o competente a conoscere del giudizio ordinario sul credito, è dotato della necessaria *jurisdiction* a pronunciarsi sulla controversia, ma in virtù di un evento accidentale, quale l'intervenuta dichiarazione di fallimento di una delle parti della controversia medesima, di tale *jurisdiction* si trova ad essere momentaneamente spogliato, a vantaggio della sopravvenuta potestà decisoria del tribunale fallimentare a conoscere di tale pretesa, stante il consenso in tal senso manifestato dal creditore mediante la presentazione della domanda di ammissione allo stato passivo. La logica conseguenza di quanto appena detto non potrà essere che allorquando, per qualsiasi causa, la *jurisdiction* del tribunale fallimentare venga meno senza che il creditore abbia ottenuto la ricercata soddisfazione – il caso paradigmatico, appunto, sarà quello della conclusione del procedimento fallimentare senza la concessione della *discharge* –, l'originaria e legittima *jurisdiction* statale abbia a riespandersi, per riacquistare la propria funzione, ossia assicurare al creditore l'integrale soddisfazione della propria pretesa: in altri termini, una mera sospensione del potere d'azione in via ordinaria, provocata dalla temporaneamente eletta *jurisdiction* del tribunale fallimentare³⁸.

³⁵ 18 Stat. 180 (1874).

³⁶ «But a creditor proving his debt or claim shall not be held to have waived his right of action or suit against the bankrupt where a discharge has been refused or the proceedings have been determined without a discharge».

Per un caso giudiziale sul tema, si veda *John C. Smith v. Soldiers' business messenger and dispatch company*, 35 N.J.L. 60 (1871), 61.

³⁷ W. M. COLLIER, F. B. GILBERT, F. E. ROSBROOK, *The law and practice in bankruptcy under the national bankruptcy act of 1898*, Albany, 1921, 292 s.

³⁸ Si legga, a tal proposito, quanto affermato nel caso *Dingee v. Becker*, U.S. Dist. Lexis 160 (1874), 6 s.: “creditors who have proved their claims are temporarily barred during the pendency of the proceedings in bankruptcy from pursuing their claims against the bankrupt in any other forum. [...] By submitting themselves to the jurisdiction and becoming parties to the proceedings they have precluded

La medesima sez. 21 della legge del 1867³⁹ provvedeva, poi, nel successivo periodo, a disciplinare la situazione dei creditori che non avessero presentato domanda di ammissione al passivo, così rinunciando a sottoporre volontariamente le proprie pretese alla *jurisdiction* del tribunale fallimentare. A differenza della normativa previgente, era infatti previsto che chi fosse titolare di una pretesa insinuabile allo stato passivo non potesse proseguire i propri giudizi ordinari nei confronti del fallito, fino a quando la questione inerente la concessione della *discharge* non fosse stata definita: a tal fine, i predetti giudizi potevano essere sospesi, su istanza del debitore, nell'attesa della menzionata decisione⁴⁰.

È nel solco di questa disposizione, ispirata alla prassi inaugurata dal caso *Ex parte Christy* – salvo per il fatto, naturalmente, di riguardare i giudizi di merito e non i procedimenti esecutivi, la cui sospensione rimaneva anche nel vigore della normativa *de qua* affidata ai poteri equitativi del tribunale –, che è possibile leggere le prime affermazioni giurisprudenziali delle *rationes* sottese all'odierno istituto dell'*automatic stay*: si parla, infatti, di norma volta ad evitare una corsa dei creditori sul patrimonio del fallito, e la sua conseguente dissoluzione, durante la pendenza del procedimento fallimentare, frustrando così l'obiettivo di un'ordinata distribuzione del ricavato nel rispetto dei principi di *par condicio creditorum*⁴¹.

La medesima disposizione, peraltro, provvedeva a disciplinare espressamente due ipotesi al ricorrere delle quali il creditore poteva chiedere che la sua iniziativa extrafallimentare non venisse sospesa: anzitutto, nel caso in cui vi fosse un ritardo irragionevole, da parte del fallito, nel compimento delle attività necessarie ad ottene-

themselves from proceeding against the bankrupt in any other manner without the leave of the court which has acquired jurisdiction of their claims. They must await the result of the bankrupt's application for his discharge".

³⁹ Si fa qui riferimento alla numerazione originaria del *Bankruptcy Act* del 1867, ma è opportuno rilevare che, a seguito dell'approvazione dei *Revised Statutes*, nel 1878 – ossia, il primo codice ufficiale degli atti del Congresso, precursore dell'odierno *United States Code* –, le sue sezioni furono completamente revisionate: in particolare, la prima parte della sez. 21, già esaminata, corrisponde alla sez. 5105 dei *Revised Statutes*, mentre la seconda parte, che ci si accinge a commentare, alla successiva sez. 5106.

⁴⁰ Sez. 21 del *Bankruptcy Act* del 1867, nella parte in cui dispone che «*no creditor whose debt is provable under this act shall be allowed to prosecute to final judgment any suit at law or in equity therefore against the bankrupt, until the question of the debtor's discharge shall have been determined; and any such suit or proceedings shall, upon the application of the bankrupt, be stayed to await the determination of the court in bankruptcy, on the question of the discharge*»; sul punto, si veda pure E. JAMES, *op. cit.*, 98 s.

⁴¹ *In re Rosenberg*, U.S. Dist. Lexis 67 (1868), 7.

re la *discharge*⁴²; inoltre, ove fosse certo l'*an* della pretesa creditoria, e il giudizio si rendesse necessario ai soli fini dell'accertamento del *quantum*, esso poteva proseguire, anche al fine di poter provare detto ammontare in sede concorsuale, ma tutte le eventuali successive iniziative esecutive extrafallimentari erano da considerarsi sospese⁴³. La disposizione, peraltro, si riferiva ai soli crediti che fossero insinuabili allo stato passivo fallimentare: ciò significa che, ove si trattasse di pretese ivi non insinuabili, l'azione extraconcorsuale poteva procedere⁴⁴.

Numerose, tuttavia, erano le questioni che siffatta disposizione lasciava insolte. Anzitutto, non era chiaro se il divieto di proseguire un'azione fino alla sentenza definitiva si riferisse solo ai giudizi già instaurati, o altresì a quelli ancora da instaurarsi: l'opinione pressoché unanime riconobbe tuttavia che, seppur la legge non proibisse espressamente l'inizio di un nuovo giudizio nei confronti del fallito, rientrasse comunque nel potere di *injunction* del tribunale fallimentare, quale organo dotato di poteri equitativi, di vietarne al creditore l'instaurazione, quando vi fosse il pericolo di un pregiudizio per il soggetto che si fosse rivolto al tribunale medesimo (il riferimento, ancora una volta, era alla protezione della *jurisdiction in rem* fallimentare, fondata sul criterio della *custodia legis*)⁴⁵. Inoltre, nel silenzio della legge sul punto, la competenza a ricevere e pronunciare sull'istanza di sospensiva fu riconosciuta, da alcuni, solo in capo al tribunale fallimentare⁴⁶, mentre da altri, probabilmente per motivi di economia processuale, tale potere fu riconosciuto anche in capo al tribunale – statale o federale –, ordinariamente competente a conoscere della controversia⁴⁷: né importava, vale la pena rilevarlo, che tale organo fosse sprovvisto di poteri equitativi, trattandosi di facoltà oramai conferita da un'espressa disposizione di legge.

⁴² Nel qual caso, il creditore poteva adire il tribunale per ottenere un provvedimento di revoca dell'*injunction*: E. JAMES, *op. cit.*, 99; O. F. BUMP, *op. cit.*, 701.

⁴³ E. JAMES, *op. loc. cit.*; O. F. BUMP, *op. cit.*, 706.

Si legga, altresì, il testo della norma che, per le parti qui in commento, precisa che «[...] *provided there be no unreasonable delay on the part of the bankrupt in endeavoring to obtain his discharge, and provided also, that if the amount due the creditor is in dispute, the suit, by leave of the court in bankruptcy, may proceed to judgment for the purpose of ascertaining the amount due, which amount may be proved in bankruptcy, but execution shall be stayed as aforesaid*».

⁴⁴ Il riferimento è, ad esempio, ai debiti nascenti da fatto illecito o contratti illegali, non conoscibili dal tribunale fallimentare a ragione della competenza di quest'ultimo, quale corte di *equity*, a conoscere solamente dei debiti contratti in buona fede: sul punto, si veda E. JAMES, *op. cit.*, 78 e 99, anche per alcune esemplificazioni.

⁴⁵ R. E. ROGERS, *op. cit.*, 278.

⁴⁶ O. F. BUMP, *op. cit.*, 701 s.; nonché il caso *In re Rosenberg*, *cit.*, 6 s.

⁴⁷ E ciò in virtù del pari assoggettamento del tribunale statale, così come quello federale, alle disposizioni racchiuse nella legge fallimentare: *Hill v. Harding*, 107 U.S. 631, 633.

La legge del 1867 fu la prima a godere di una certa longevità: fu infatti abrogata solo nel 1878⁴⁸. È interessante notare che, nel periodo intercorrente tra tale data e l'entrata in vigore della legge fallimentare successiva, nel 1898, si andò affacciando nell'assemblea legislativa una sensibilità sempre maggiore verso l'istituto dell'*automatic stay*: una riprova è rappresentata dall'*Equity Bill*, progetto di legge presentato nel 1882, che, denunciando l'assenza di adeguate previsioni di tenore conservativo quale motivo del fallimento delle pregresse normative in materia, tra le sue principali previsioni annoverava il potere del tribunale fallimentare di ordinare, durante la procedura, la sospensione dei giudizi, ovvero la loro interruzione e prosecuzione nel foro fallimentare⁴⁹.

4. Il Bankruptcy Act del 1898 e i suoi successivi emendamenti

In conseguenza della crisi economica del 1893⁵⁰, il Congresso giunse in pochi anni all'approvazione di una nuova legge fallimentare, il *Bankruptcy Act* del 1898⁵¹, rimasto in vigore fino all'approvazione dell'attuale disciplina; esso prevedeva la possibilità di avviare la procedura sia volontariamente che involontariamente, da parte di individui e di società, e di ottenere la *discharge* senza la necessità del consenso del ceto creditorio, né della avvenuta distribuzione di un dividendo minimo⁵².

Essa, alla sez. 11, rubricata «*Suits by and against bankrupts*», lett. a), prevedeva che le azioni fondate su crediti relativamente ai quali il debitore potesse ottenere la *discharge*, pendenti contro il medesimo alla data della presentazione della domanda di ammissione alla procedura⁵³, fossero sospese fino alla dichiarazione di fallimento o al rigetto della relativa istanza; ove tale soggetto fosse dichiarato fallito,

⁴⁸ 20 Stat. 99 (1878); per i dovuti approfondimenti sulle cause dell'abrogazione, si rinvia a R. FRIMET, *The birth of bankruptcy in the United States*, cit., 184 s.; V. COUNTRYMAN, *A history of american bankruptcy law*, cit., 230; C. WARREN, *op. cit.*, 114.

⁴⁹ Sez. 4 dell'*Equity Bill*, riportata in C. WARREN, *op. cit.*, 152 s.

⁵⁰ Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a C. WARREN, *op. cit.*, 134 s.; F. R. NOEL, *op. cit.*, 157 s.

⁵¹ 30 Stat. 544 (1898).

⁵² R. FRIMET, *The birth of bankruptcy in the United States*, cit., 187 s.; C. J. TABB, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, cit., 23 s.; A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 23 s.

⁵³ Conviene subito notare che, successivamente alle modifiche approvate con il *Chandler Act* del 1938 - su cui si tornerà più approfonditamente nel § 4.3 -, divenne inequivocabile l'applicabilità della disposizione sia ai *voluntary* che agli *involuntary proceedings*: sul punto, J. W. MOORE, L. P. KING, *Collier on bankruptcy*, 14th ed., 1A, New York, 1943, § 11.01; ma per un'interpretazione in tal senso anche in epoca precedente, R. E. ROGERS, *op. cit.*, 269.

poi, tali azioni potevano essere sospese per ulteriori dodici mesi, decorrenti dalla data della dichiarazione di fallimento, ovvero, se in quell'arco di tempo il fallito avesse presentato istanza per ottenere la *discharge*, finché la questione circa la sua liberazione non fosse decisa⁵⁴.

Con la prima parte della disposizione menzionata, quindi, per la prima volta veniva introdotto uno *stay*, definito *mandatory*, ossia non discrezionale né condizionato alla previa istanza e correlativa pronuncia del tribunale⁵⁵, ma autenticamente *automatic*, in quanto dalla legge direttamente e necessariamente ricollegato alla presentazione della domanda di ammissione della procedura.

Una più attenta lettura della norma, e l'analisi della prassi giurisprudenziale scaturitane, ci portano tuttavia ad escludere la possibilità di ritenere che la disposizione in commento possa rappresentare la prima autentica apparizione dell'istituto dell'*automatic stay* nel diritto fallimentare statunitense. A parte la limitazione temporale di cui s'è detto, infatti, la sospensione in discorso non era idonea a spiegare la propria efficacia preclusiva nei confronti di tutte le pretese azionabili nei confronti del fallito, ma solo – e in ciò differenziandosi dalla normativa precedente - verso i crediti relativamente ai quali il debitore potesse ottenere un provvedimento di *di-*

⁵⁴ Sez. 11a del *Bakruptcy Act* del 1898, secondo il quale «*A suit which is founded upon a claim from which a discharge would be a release, and which is pending against a person at the time of the filing of a petition against him, shall be stayed until after an adjudication or the dismissal of the petition; if such person is adjudged a bankrupt, such action may be further stayed until twelve months after the date of such adjudication, or, if within that time such person applies for a discharge, then until the question of such discharge is determined*».

Il menzionato *Chandler Act* del 1938 intervenne con un'ulteriore modifica a specificare che l'efficacia protettiva "discrezionale" – quella, cioè, prevista dalla seconda parte della norma, su cui si tornerà nel testo - cessasse con il deposito di una dichiarazione di rinuncia, da parte del fallito, alla *discharge*, ovvero, nell'ipotesi di società, con la mancata presentazione, da parte della medesima, di una domanda volta all'ottenimento della *discharge*, nei termini preclusivi per essa previsti.

Venne inoltre stabilito che il tribunale potesse dichiarare l'inefficacia dello *stay* se, nei sei anni precedenti la data della presentazione della domanda per la dichiarazione di fallimento, il debitore fosse già stato dichiarato fallito, o avesse già beneficiato di una precedente *discharge*, o avesse già ottenuto un accordo di composizione della crisi con i propri creditori; una innovazione, evidentemente, volta ad arginare il fenomeno di depositi seriali di domande dichiarative di fallimento, al solo scopo di beneficiare degli effetti protettivi ad essa conseguenti: sul tema, si veda J. HANNA, J. A. MCLAUGHLIN, *The bankruptcy act of 1898 as amended*, Brooklyn, 1947, 22 s. La previsione, peraltro, fu ulteriormente modificata da un emendamento del 1952 (66 *Stat.* 422), che, ai fini della predetta inefficacia, non ritenne più sufficiente la mera dichiarazione di fallimento intervenuta nei sei anni precedenti bensì, nel medesimo periodo di tempo, la concessione della *discharge* o la conclusione di un accordo di composizione della crisi: sul punto, si rinvia a J. W. MOORE, L. P. KING, *op. cit.*, § 11.011; C. E. NADLER, *The law of bankruptcy. 1961 cumulative supplement*, Atlanta, 1961, 293.

⁵⁵ Tutti i provvedimenti di sospensione esaminati sinora, infatti, presupponevano una previa richiesta da parte del debitore, o del *trustee*; sul punto si veda anche A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.LH[2].

*charge*⁵⁶; a parte ciò, occorre aggiungere che i tribunali si dimostrarono restii a riconoscere auto-esecutività alla disposizione, ritenendo comunque necessario l'intervento di uno specifico provvedimento di sospensione, in mancanza del quale il debitore era destinato a rimanere privo di protezione⁵⁷. In secondo luogo, la sezione aveva riguardo ai soli giudizi pendenti, e non a quelli instaurati successivamente alla presentazione della domanda di fallimento, sicché, per tali fattispecie, così come per i procedimenti esecutivi, si rese nuovamente necessario fare riferimento ai poteri equitativi che la nuova sez. 2a(15) riconosceva ai tribunali per salvaguardare le finalità della procedura⁵⁸.

Successivamente alla dichiarazione di fallimento, pertanto, la pronuncia del provvedimento sospensivo era lasciata alla discrezionalità del giudice, che solitamente valutava, nell'interesse della procedura, l'incidenza del giudizio in questione sulla retta amministrazione della massa fallimentare affidata alla sua custodia⁵⁹.

Per quanto riguarda l'individuazione dell'organo competente a pronunciare il provvedimento sospensivo, si confermò la prassi per cui, in prima battuta, l'istanza andasse presentata al tribunale statale, parimenti soggetto alla disposizione imperativa racchiusa nella sez. 11 in commento, mentre, generalmente, una richiesta al tribunale fallimentare era reiterata ove la prima avesse sortito esito negativo⁶⁰.

⁵⁶ H. REMINGTON, *op. cit.*, 7, 472.

⁵⁷ Ciò, ad esempio, è stato affermato nel caso *Donald F. Duncan Inc. v. Royal Tops Manufacturing Co.*, 381 F.2d 879 (1967), 882; ne conseguiva, peraltro, che, nella pronuncia dell'istanza di sospensiva, il tribunale dovesse svolgere un'istruttoria al fine di accertare la *dischargeability*, o meno, del debito: si veda pure R. E. ROGERS, *op. cit.*, 271 s.

⁵⁸ A tenore di tale disposizione, infatti, il tribunale fallimentare poteva pronunciare «*such orders, issue such process, and enter such judgments, in addition to those specifically provided for, as may be necessary for the enforcement of this Act*»: sul punto, W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*

Per simili considerazioni, si veda anche F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, in 11 *U. Mich. J. L. Reform* (1977), 184 s., ove pure un accenno al fatto che il combinato disposto della norma con la sez. 18f della legge, come modificata del 1959 (73 *Stat.* 109), che ricollegava alla presentazione di una *voluntary petition* gli effetti della dichiarazione di fallimento, l'efficacia protettiva di cui alla sez. 11 venisse di fatto circoscritta alle sole ipotesi di *involuntary proceeding*: ne rimanevano così privati la grande maggioranza dei debitori, gli stessi, peraltro, da ritenersi i principali beneficiari di tale disposizione.

Sulla sospensione dei giudizi instaurati successivamente alla presentazione della domanda dichiarativa di fallimento, si veda pure R. E. ROGERS, *op. cit.*, 278.

⁵⁹ R. E. ROGERS, *op. cit.*, 269 s.; H. REMINGTON, *op. ult. cit.*, 480 s.

⁶⁰ Sul tema, di nuovo, H. REMINGTON, *op. ult. cit.*, 481 s.; R. E. ROGERS, *op. cit.*, 280 s.; per quanto riguarda i profili più strettamente procedurali, il riferimento era alle prassi locali dei tribunali statali, ove la richiesta fosse ivi presentata; in caso di presentazione al tribunale fallimentare, era invece richiesto che il debitore indicasse nella domanda la controversia di riferimento, il tribunale presso il quale era pendente, le richieste avanzate dal creditore tramite la medesima, i nomi delle parti nei cui

L'effetto in parola, vale la pena specificarlo, non comportava il rigetto o la soccombenza nel giudizio instaurato in via ordinaria, ma solo la mera sospensione, per il tempo in cui l'*injunction* mantenesse la propria efficacia⁶¹.

4.1. La legislazione emergenziale degli anni '30

Ulteriori disposizioni recanti equivalenti possibilità di sospensiva, furono introdotte nell'ambito delle normative di tipo conservativo o recuperatorio, introdotte per far fronte alla grande depressione del 1929.

Tra di esse è possibile, in particolare, incontrare uno dei prototipi di autentico *automatic stay*, posto a tutela, nella circostanza, degli imprenditori agricoli⁶². Il riferimento è alla sez. 75(o), introdotta nel 1933⁶³, ove, nell'ambito di una procedura che consentiva al debitore di presentare ai propri creditori un piano di composizione della crisi ovvero di riscadenziamento dei debiti, era previsto che, salvo diverso provvedimento pronunciato dal tribunale, evidentemente su istanza di un creditore, sei determinate categorie di procedimenti, tra cui alcuni di natura esecutiva, non potessero essere istituite e, se istituite, non potessero essere proseguite, nei confronti dell'istante o della sua proprietà, nel tempo compreso tra la presentazione della domanda e il provvedimento di conferma di detta proposta⁶⁴. Si trattava di un'efficacia protettiva, quindi, da un lato automaticamente ricollegata alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura, senza necessità dell'intervento di un apposito provvedi-

confronti era richiesto il provvedimento sospensivo, e dei loro avvocati; il procedimento si svolgeva *ex parte*, ossia su istanza del debitore e senza instaurazione del contraddittorio con il creditore.

⁶¹ R. E. ROGERS, *op. cit.*, 271.

⁶² Per un inquadramento generale di tale normativa, si veda G. ROSSI, *op. cit.*, 218 s.

⁶³ 47 Stat. 1473 (1933).

⁶⁴ Sez. 75(o) del *Bankruptcy Act* del 1898, come modificato dalla menzionata legge del 1933, che appunto dispone che: «*Except upon petition made to and granted by the judge after hearing and report by the conciliation commissioner, the following proceedings shall not be instituted, or, if instituted at any time prior to the filing of a petition under this section, shall not be maintained, in any court or otherwise, against the farmer or his property at any time after the filing of the petition under this section, and prior to the confirmation or other disposition of the composition or extension proposal by the court:*

- (1) *Proceedings for any demand, debt, or account, including any money demand;*
- (2) *Proceedings for foreclosure of a mortgage on land, or for cancellation, rescission, or specific performance of an agreement for sale of land or for recovery of possession of land;*
- (3) *Proceedings to acquire title to land by virtue of any tax sale;*
- (4) *Proceedings by way of execution, attachment, or garnishment;*
- (5) *Proceedings to sell land under or in satisfaction of any judgment or mechanic's lien; or*
- (6) *Seizure, distress, sale, or other proceedings under an execution or under any lease, lien, chattel mortgage, conditional sale agreement, crop payment agreement, or mortgage».*

mento giudiziale, e, dall'altro, sufficientemente ampia, poiché idonea a interessare un sensibile numero di iniziative esperibili avverso il debitore⁶⁵. L'efficacia temporale anzidetta comportava, evidentemente, che in caso di conferma del piano, la sua vincolatività per la generalità dei creditori precludesse loro la possibilità di agire in via ordinaria per il pagamento del residuo; in caso contrario, viceversa, i medesimi erano liberi di procedere⁶⁶. Tale normativa, peraltro, fu modificata da una legge fortemente ispirata al principio di *favor debitoris*, il *Frazier-Lemke Act* del 1934⁶⁷; esso, in particolare, aggiungeva, alla menzionata sez. 75 una nuova sottosezione (s), che prevedeva una procedura d'emergenza mediante la quale, in caso di mancata approvazione della proposta di cui s'è detto, l'imprenditore agricolo poteva chiedere di essere dichiarato fallito, mantenendo il possesso dei propri beni, e provvedendo d'accordo col *trustee* all'esecuzione dei pagamenti, secondo ammontare e scadenze predeterminati: per quanto qui interessa, in tale arco di tempo il tribunale fallimentare doveva ordinare la sospensione, per una durata quinquennale, di tutti i procedimenti azionabili dai creditori privilegiati nei confronti della proprietà dell'imprenditore agricolo⁶⁸. La disposizione, tuttavia, fu presto dichiarata incostituzionale con la sentenza *Louisville joint stock land bank v. Radford*⁶⁹, in quanto comportava una grave violazione dei diritti sostanziali acquisiti dai creditori antecedentemente all'entrata in vigore della legge⁷⁰, senza prevedere, al contempo, una giusta compensazione a favore dei medesimi, così ponendosi in palese contrasto con il quinto emendamento⁷¹. Ne scaturì

⁶⁵ A tal proposito, peraltro, un successivo emendamento intervenuto nel 1935 (49 *Stat.* 943), ha ulteriormente ampliato l'ambito di efficacia dello *stay*, disponendo che «(p) *The prohibition of subsection (o) shall apply to all judicial or official proceedings in any court or under the direction of any official, and shall apply to all creditors, public or private, and to all of the debtor's property, wherever located. All such property shall be under the sole jurisdiction and control of the court in bankruptcy, and subject to the payment of the debtor farmer's creditors, as provided for in this section*».

Sul tema, si vedano J. L. SMAHA, *Automatic stay under the 1978 bankruptcy code: an equitable roadblock to secured creditor relief*, loc. cit.; F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 179 s.; R. E. ROGERS, *1935 annual cumulative supplement to Collier on bankruptcy*, 13th ed., Albany, 1935, 777.

⁶⁶ R. E. ROGERS, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁷ 48 *Stat.* 1289.

⁶⁸ Sez. 75(s) del *Bankruptcy Act* del 1898, su cui si veda R. E. ROGERS, *op. ult. cit.*, 777 s.; F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 180.

⁶⁹ 295 *U.S.* 555 (1935), nota come il caso *Radford*.

⁷⁰ Nel caso in esame, si trattava di un creditore ipotecario, cui la legge statale attribuiva, tra l'altro, il diritto di ritenzione finché il credito non fosse estinto, il diritto di vendere il bene all'incanto, e il diritto di esercitare poteri di controllo sul medesimo finché perdurasse l'inadempimento del debitore.

⁷¹ Nella parte in cui dispone che “*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”. Per ulteriori approfondimenti, F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, loc. cit.; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 174 s.; J. L. SMAHA, *Automatic stay under the*

l'approvazione, nel 1935, di una nuova versione della sottosezione (s)⁷², che riduceva il periodo di sospensione da cinque a tre anni, e conferiva al tribunale il potere di revocare o modificare anticipatamente la disposta sospensione e ordinare così la vendita all'incanto dei beni del debitore⁷³.

Nel medesimo 1933 fu introdotta anche la sez. 77⁷⁴, recante una procedura di tipo recuperatorio preordinata alla riorganizzazione delle società ferroviarie: la sottosezione (j), nello specifico, prevedeva, in via complementare ai poteri conferiti dalla sez. 11, che il tribunale potesse vietare l'inizio di nuovi giudizi, o sospendere quelli pendenti, contro il debitore ovvero volti a portare ad esecuzione un credito assistito da diritto di prelazione sui beni appartenenti alla massa fallimentare, fino alla pronuncia del decreto di conferma del piano, in ossequio, quindi, alla *jurisdiction in rem* esercitata dal tribunale sulla proprietà del debitore sottoposta al suo controllo, finalizzata a prevenire interferenze da parte dei creditori⁷⁵. Un anno più tardi, nel 1934⁷⁶, fu inserita la sez. 77B, al fine di estendere la procedura di riorganizzazione riservata alle società ferroviarie a tutti i tipi di società: e la disciplina racchiusa nella sez. 77 in materia di sospensione dei giudizi fu ivi recepita⁷⁷. Si trattava, come si è potuto constatare, di *stays* ancora collegati alla necessità di un provvedimento giudiziale di relativa concessione e che nulla, di veramente *automatic*, possedevano.

Un importante passo avanti, peraltro, fu rappresentato dalla decisione *Continental Illinois National bank & trust co. of Chicago v. Chicago, R.I. & P. Ry. Co.*⁷⁸,

1978 bankruptcy code: an equitable roadblock to secured creditor relief, loc. cit.; C. J. TABB, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, cit., 28.

⁷² 49 Stat. 943 (1935), dichiarata costituzionale nel caso *Wright v. Vinton Branch Bank*, 308 U.S. 433 (1940).

⁷³ Di nuovo, F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 180 s.; G. ROSSI, *op. cit.*, 219 s.; nonché, per una dettagliata analisi, anche sull'evoluzione storica della disposizione, Z. N. DIAMOND, A. LETZLER, *The new Frazier-Lemke Act: a study*, in 37 *Col. L. Rev.* (1937), 1093 s., in particolare 113 s. per le previsioni concernenti lo *stay*; F. C. ROBERTS, *The new Frazier-Lemke Act – its provisions, its constitutionality*, in 22 *A.B.A. J.* (1936), 15 s.

⁷⁴ 47 Stat. 1474, sul quale qualche osservazione è offerta da G. ROSSI, *op. cit.*, 213 s., nonché, più specificamente, da C. RODGERS, L. GROOM, *Reorganization of railroad corporations under section 77 of the Bankruptcy Act*, in 33 *Col. L. Rev.* (1933), 571 s.; J. L. WEINER, *Reorganization under section 77: a comment*, in 33 *Col. L. Rev.* (1933), 834 s.; M. LOWENTHAL, *The railroad reorganization act*, in 47 *Harv. L. Rev.* (1933), 18 s.

⁷⁵ R. E. ROGERS, *op. ult. cit.*, 796.

⁷⁶ 48 Stat. 912 (1934), sul quale si veda pure G. ROSSI, *op. cit.*, 190 s.

⁷⁷ Sulla sez. 77B, si vedano R. E. ROGERS, *op. ult. cit.*, 816; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 172 s.; J. L. WEINER, *Corporate reorganization: section 77B of the bankruptcy act*, in 34 *Col. L. Rev.* (1934), 1173 s.

⁷⁸ 294 U.S. 648 (1935), più comunemente noto come caso *Rock Island*. Su tale decisione, si veda pure P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 173 s.

pronunciata con riguardo a un caso ricompreso nell'ambito di applicazione della sez. 77, ma ritenuta valevole anche per le altre procedure concorsuali: con tale pronuncia, in particolare, la Suprema Corte affermò il potere, in capo al tribunale, di sospendere un'azione esecutiva anche nei confronti del creditore privilegiato che si trovasse in possesso del bene su cui detta prelazione insisteva, sganciando così, e per la prima volta, il criterio della *custodia legis* fondante la *jurisdiction in rem* del tribunale dalla condizione dell'attualità del possesso dei beni fallimentari.

4.2. *Consuntivo dell'indagine sin qui svolta*

Allo scopo di poter meglio apprezzare le novità successivamente intercorse, e che saranno oggetto di studio nel corso dei prossimi paragrafi, appare opportuno riassumere brevemente, negli sviluppi visti sinora, l'evoluzione della legislazione statunitense in materia di *automatic stay*.

Dal primo atto di esercizio, nel 1800, della potestà legislativa in materia fallimentare che la Costituzione aveva conferito al Congresso, occorre attendere sino al 1841 per apprezzare il primo meccanismo di blocco delle iniziative creditorie, configurato però come rinuncia al diritto d'azione in sede ordinaria a carico del creditore che avesse presentato domanda di ammissione allo stato passivo; nulla, viceversa, veniva previsto con riguardo alla possibilità di sospendere, dopo la presentazione della *petition*, ed in virtù di essa soltanto, le iniziative del creditore che omettesse di far valere le proprie pretese innanzi al *forum con cursus*. Con esclusivo riguardo alle iniziative esecutive intervenne la regola posta dal caso *Ex parte Christy*, del 1845, con il quale fu riconosciuto al tribunale fallimentare, dotato delle necessarie prerogative di *equity*, il potere di proibire ad un creditore titolare di un diritto di prelazione di agire *in executivis* sui beni del fallito, confluiti nella massa a seguito della sua dichiarazione di fallimento: una embrionale forma di *stay*, dunque, seppure non *automatic* bensì ricollegato ad un provvedimento giudiziale di natura equitativa.

Il sistema così delineato trovò coerente sviluppo nella successiva legge del 1867 che, come modificata nel 1874, accanto alla sospensione del potere d'azione in via ordinaria a carico del creditore che si fosse insinuato al passivo, colmò parzialmente la menzionata lacuna, riguardante il creditore che, all'opposto, fosse rimasto

inerte, codificando il potere generale, in capo all'autorità giudiziaria, di sospendere i giudizi di merito pendenti contro il fallito fino alla decisione inerente la concessione della *discharge*: una sospensione, dunque, ancora una volta concessa giudizialmente e discrezionalmente, in quanto tale priva, perciò, dei fondamentali caratteri della automaticità.

Il meccanismo in commento fu ulteriormente affinato nella legge fallimentare del 1898, ove, alla sez. 11, venne predisposto un doppio sistema di sospensioni: il primo, *mandatory* – ossia imperativo -, riguardante le azioni pendenti, da considerarsi sospese dalla data di presentazione della *petition* sino alla dichiarazione di fallimento, ovvero al rigetto della relativa istanza; il secondo, meramente discrezionale, che consentiva la sospensione dei medesimi giudizi per ulteriori dodici mesi, ovvero fino alla decisione circa la concessione della *discharge*, se precedente. Considerato che la giurisprudenza si rifiutò costantemente di riconoscere carattere di auto-esecutività alla prima tipologia di sospensione, ossia quella che si è definita *mandatory*, anche nel vigore di tale normativa gli *stays* individuabili rimanevano pur sempre di natura giudiziale e discrezionale.

Un discorso a parte merita la questione circa la possibilità di instaurare nuovi giudizi, possibilità che né la legge del 1867 né quella del 1898, avevano espressamente affrontato: tale questione, come detto, fu risolta nel senso dell'attribuzione al tribunale fallimentare del potere di sospendere anche tali iniziative, in virtù delle generali prerogative di *equity* a tale organo riconosciute da entrambi i testi normativi. E lo stesso discorso vale per i procedimenti esecutivi, relativamente ai quali la prassi inaugurata dal caso *Ex parte Christy* trovò conferma anche nella vigenza delle successive leggi federali.

Ulteriori apporti alla materia oggetto del presente studio provengono poi dalla legislazione emergenziale promulgata negli anni '30 al fine di fronteggiare gli effetti della grande depressione del 1929.

Anzitutto, a tutela degli imprenditori agricoli fu introdotta, con la sez. 75(o), la sospensione automatica di un'ampia gamma di procedimenti – tra cui, per la prima volta, alcuni di natura esecutiva -, da instaurarsi o già instaurati contro il debitore, a decorrere dalla data di presentazione della domanda di accesso alla speciale procedura conservativo-recuperatoria in quell'occasione introdotta: il prototipo, dunque, di

un autentico *automatic stay*, la produzione dei cui effetti sospensivi erano automaticamente e necessariamente ricollegati alla presentazione della *petition*. Tale normativa venne peraltro modificata dal *Frazier-Lemke Act*, che con la sottosezione (s) – poi dichiarata incostituzionale - introdusse una nuova procedura d'emergenza a carattere liquidatorio, ove veniva conferito al tribunale il potere di sospensione quinquennale delle azioni esperibili dai creditori privilegiati nei confronti dei beni dell'imprenditore agricolo.

Diversa, tuttavia, fu la strada seguita per disciplinare le procedure di natura recuperatoria introdotte a vantaggio delle società: sia la sez. 77 – dedicata alle società ferroviarie -, che la sez. 77B – che la normativa predisposta dalla prima estendeva a tutti i tipi di società -, conferivano al tribunale, con disposizioni complementari a quanto già previsto dalla sez. 11, il potere di vietare l'inizio o la prosecuzione di giudizi contro il debitore, ovvero volti alla esecuzione di un credito assistito da diritto di prelazione sui beni appartenenti alla massa, fino alla pronuncia del decreto di conferma del piano di risanamento. Un ritorno, in questo caso, ad un sistema di sospensioni ricollegate alla necessità della pronuncia di un provvedimento giudiziale, del tutto sfornite, quindi, dei connotati di automaticità tipici dell'istituto nella sua configurazione odierna: un passo indietro, in altri termini, rispetto alla soluzione introdotta con la sez. 75(o) la quale, come meglio si vedrà tra breve, ha costituito la disciplina d'ispirazione per le successive evoluzioni dell'istituto in esame, fino a conferirgli le caratteristiche proprie del moderno *automatic stay*.

4.3. *Il Chandler Act del 1938*

L'intervento finalmente volto a generalizzare anche alle menzionate procedure riorganizzative la disciplina contenuta nella citata sez. 75(o) - l'unica, come si è detto, a riconoscere auto-esecutività all'effetto sospensivo ivi previsto -, fu il *Chandler Act* del 1938⁷⁹.

⁷⁹ 52 *Stat.* 840; per alcuni cenni, si vedano C. J. TABB, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, cit., 28 s.; V. L. LEIBELL, JR., *The Chandler Act – its effect upon the law of bankruptcy*, in 9 *Fordham L. Rev.* (1940), 385 s.; D. M. OLDHAM, *Chandler amendment t the national bankruptcy act*, in 17 *Tex. L. Rev.* (1938-1939), 325 s.; nonché la monografia di J. I. WEINSTEIN, *The bankruptcy law of 1938. Chandler Act*, New York, 1938.

Con tale provvedimento, per quanto qui interessa, furono introdotti nel corpo del *Bankruptcy Act* i *Chapters X* e *XII*, dedicati a procedure riorganizzative, e contenenti specifiche previsioni riguardanti lo *stay*.

Procedendo con ordine, il nuovo *Chapter X* del *Bankruptcy Act*, che sostituiva la precedente sez. 77B nella disciplina delle procedure di riorganizzazione delle società, conteneva al suo interno la sez. 148, ove era previsto che alla pronuncia del provvedimento di approvazione della domanda di riorganizzazione conseguisse la sospensione, tra l'altro, di ogni atto o procedimento esecutivo, volto a dare attuazione ad un diritto di prelazione contro beni in proprietà del debitore⁸⁰: tale disposizione era ritenuta essenziale per assicurare l'efficacia del piano di riorganizzazione, nella misura in cui, evidentemente, i suddetti procedimenti erano idonei ad interferire con gli sforzi ad esso connessi⁸¹.

D'altro lato, il *Chapter XII*, dedicato alle procedure concordatarie a vantaggio di persone diverse dalle società, conteneva una simile disposizione alla sez. 428, ove era previsto che al momento della presentazione della domanda per addivenire ad un accordo, ai sensi del citato capitolo, si producessero gli effetti sospensivi nei confronti di tutti gli atti e procedimenti volti a portare ad esecuzione un credito assistito da diritto di prelazione su beni mobili o immobili del debitore⁸².

Si trattava, in entrambe le ipotesi, di *stays* veramente *automatic*, in quanto la produzione dell'effetto sospensivo veniva direttamente ricollegata a determinati atti della procedura, senza che fosse più richiesto, com'era sempre stato, un'apposita istanza con correlativa pronuncia di concessione da parte del tribunale⁸³.

Entrambe le disposizioni, tuttavia, apparivano difettose: la prima, in quanto ricollegava la produzione dell'effetto sospensivo, come accennato, esclusivamente alla pronuncia, da parte dell'autorità giudiziaria adita, del provvedimento di approva-

⁸⁰ Sez. 148 del *Chapter X*, introdotto dal *Chandler Act*, che recita: «*Until otherwise ordered by the judge, an order approving a petition shall operate as a stay of a prior pending bankruptcy, mortgage foreclosure, or equity receivership proceedings, and of any act or other proceeding to enforce a lien against the debtor's property*».

⁸¹ J. W. MOORE, L. P. KING, *op. cit.*, 6/Part 2, § 6.12; F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 182 s.; J. I. WEINSTEIN, *op. cit.*, 211; C. E. NADLER, *The law of debtor relief*, Atlanta, 1954, 877 s.

⁸² J. W. MOORE, L. P. KING, *op. cit.*, 9, § 4.16; F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, loc. cit.; J. I. WEINSTEIN, *op. cit.*, 303; C. E. NADLER, *op. ult. cit.*, 656 s.; J. B. WEINSTEIN, *The debtor relief chapters of the Chandler Act*, in 5 *U. Pitt. L. Rev.* (1938), 19.

⁸³ Sul punto si veda anche J. L. SMAHA, *Automatic stay under the 1978 bankruptcy code: an equitable roadblock to secured creditor relief*, loc. cit.

zione della domanda, lasciando così il debitore istante privo di protezione per l'arco di tempo intercorrente tra detto provvedimento e la previa presentazione della domanda; la seconda, in quanto, pur ricollegando la produzione dello *stay* al momento della presentazione della domanda da parte del debitore, aveva un ambito di applicazione assai ristretto, riguardando solamente l'esercizio di un diritto di prelazione su beni in proprietà del debitore⁸⁴.

A tali difetti, ancora una volta poneva rimedio la prassi giudiziaria: anzitutto, tramite i poteri ad esso conferiti dalla citata sez. 2a(15), il tribunale fallimentare poteva pronunciare, *inaudita altera parte*, speciali *temporary restraining orders*, ossia provvedimenti cautelari sospensivi dei medesimi procedimenti già preclusi dall'*automatic stay* disposto dalla sez. 148, per il tempo intercorrente tra la data di presentazione della domanda ed il provvedimento di approvazione del tribunale⁸⁵; con riguardo alla parziale protezione offerta dal *Chapter XII*, poi, ad essa si poneva rimedio facendo ricorso alla sez. 414, disposizione speciale che, in aggiunta a quanto previsto dalla sez. 11, conferiva al tribunale i poteri di *injunction* volti a vietare l'inizio o sospendere la continuazione di giudizi contro il debitore, ovvero di atti o procedimenti per portare ad esecuzione un diritto di prelazione esistente su qualsivoglia bene in proprietà del medesimo⁸⁶.

E disposizioni simili a quest'ultima erano presenti in tutti i capitoli recanti procedure riorganizzative presenti nel *Bankruptcy Act*: eguali poteri erano infatti concessi al tribunale fallimentare, rispettivamente, dalla sez. 113, per il *Chapter X*, dalla sez. 314, per il *Chapter XI*⁸⁷, e dalla sez. 614, per il *Chapter XIII*⁸⁸. È anzi fon-

⁸⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*

⁸⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 183, e ivi nt. 36.

⁸⁶ Sez. 414 del *Bankruptcy Act*, secondo il quale «*The court may, in addition to the relief provided by section 11 of this Act and elsewhere under this chapter, enjoin or stay until final decree the commencement or continuation of suits against a debtor and may, upon notice for cause shown, enjoin or stay until final decree any act or the commencement or continuation of any proceeding to enforce any lien upon any property of the debtor*». Su tale norma, si vedano pure le considerazioni di F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, loc. cit.; J. W. MOORE, L. P. KING, *op. ult. cit.*, § 3.06; J. B. WEINSTEIN, *The debtor relief chapters of the Chandler Act*, loc. cit.

⁸⁷ In materia di procedure concordatarie, sulle quali si veda, per alcune notazioni essenziali, G. ROSSI, *op. cit.*, 158 s. Si trattava, nello specifico, di un accordo che il debitore poteva raggiungere con i propri creditori chirografari, per il riscadenziamento nel pagamento dei relativi crediti, senza possibilità di incidere sui diritti dei creditori privilegiati: per alcuni brevi cenni, R. W. WERTH, F. R. REED, *The Chapter XI stay order and the secured creditor*, in 38 *Ohio St. L. J.* (1977), 33.

⁸⁸ Sui procedimenti riguardanti i salariati; di nuovo rinviato a G. ROSSI, *op. cit.*, 221 s.; con specifico riguardo alla sez. 614, ad esempio, si veda C. E. NADLER, *op. ult. cit.*, 456 s.

damentale dar conto di una importante differenza esistente tra tali procedure e quelle liquidatorie: solo nelle prime, infatti, specifiche disposizioni erano intervenute a conferire al tribunale fallimentare *exclusive jurisdiction* sul debitore e sui beni di sua proprietà, indipendentemente da dove fossero situati⁸⁹: il possesso di tali beni in capo al debitore, cioè, non costituiva più *condicio sine qua non* della sussistenza della *jurisdiction in rem* del tribunale, che poteva così esercitare i propri poteri di *injunction* anche a protezione di beni che si trovassero in possesso di un creditore; si trattava, in sostanza, di una generalizzazione e positivizzazione del principio espresso nel caso *Rock Island*⁹⁰, giustificata dalla particolare rilevanza che la conservazione dell'integrità del patrimonio del debitore assumeva in procedure di siffatta natura.

4.4. *Le Rules of Bankruptcy Procedure*

A correggere i denunciati difetti dei *Chapters X e XII del Bankruptcy Act*, e a colmare le lacune presenti nei *Chapters III*⁹¹, *XI* e *XIII*, che in alcun modo prevedevano l'automaticità dello *stay*, intervennero le *Rules of Bankruptcy Procedure*, promulgate dalla Corte Suprema degli Stati Uniti tra il 1973 e il 1976 in virtù dei poteri ad essa conferiti dalla sez. 2075 del titolo 28 dello *United States Code*, approvato nel 1964⁹². Esse possono considerarsi l'immediato antecedente storico, nonché la disciplina d'ispirazione, dell'attuale *automatic stay*.

⁸⁹ Si tratta, nello specifico, delle sezioni 111, 311, 411 e 611, che conferivano appunto al tribunale fallimentare «*exclusive jurisdiction of the debtor and his property, wherever located*». Sulla sez. 311, introdotto nel *Chapter XI*, si veda, ad esempio, R. W. WERTH, F. R. REED, *The Chapter XI stay order and the secured creditor*, loc. cit.

⁹⁰ Sul tema, si rinvia a W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.* Ciò non valeva affatto, come anticipato nel testo, per la procedura liquidatoria – cd. *straight bankruptcy* –, in quanto in tali ipotesi la *jurisdiction* del tribunale fallimentare rimaneva limitata alle controversie concernenti i beni del debitore che fossero passati in possesso dell'autorità giudiziaria: ciò è stato ribadito, ad esempio, nel caso *Thompson v. Magnolia Petroleum Co.*, 309 U.S. 478 (1940). Sull'argomento si veda pure L. PEITZMAN, M. S. SMITH, *The secured creditor's complaint: relief from the automatic stay in bankruptcy proceedings*, in 65 *Cal. L. Rev.* (1977), 1217 s. e 1220 s.

⁹¹ Quello recante la disciplina classica, puramente liquidatoria, del fallimento – la cd. *straight bankruptcy* –, di cui è già stata analizzata la sez. 11.

⁹² 28 U.S.C. sez. 2075, rubricato «*Bankruptcy rules*», ove è previsto che: «*The Supreme Court shall have the power to prescribe by general rules, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure under the Bankruptcy Act [...]*».

F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 177, e ivi nt. 1; J. L. SMAHA, *Automatic stay under the 1978 bankruptcy code: an equitable roadblock to secured creditor relief*, cit., 1118; per alcuni brevi cenni si vedano pure A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.LH[3]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:2.

Le norme emanate furono le seguenti: le *rules* 401 e 601 per i procedimenti liquidatori di cui al *Chapter III*; la *rule* 10-601, per il *Chapter X*; la *rule* 11-44, per il *Chapter XI*; la *rule* 12-43 per il *Chapter XII*; infine, la *rule* 13-401, per il *Chapter XIII*.

Prendendo le mosse dal capitolo liquidatorio, la *rule* 401 anzitutto prevedeva che la presentazione di una domanda di dichiarazione di fallimento – e ciò valeva sia per i *voluntary* che per gli *involuntary proceedings* - operasse *ipso iure* quale causa di sospensione dei giudizi, già instaurati o da instaurarsi, *in personam*, ossia fondate sulla presenza della persona del debitore, in particolare quelli che avessero ad oggetto crediti *dischargeable*, nonché, in alcune particolare ipotesi, anche *not dischargeable*⁹³: essa, in ciò, non solo riprendeva la disciplina di cui alla sez. 11, e la *ratio* ad esso sottesa di non frustrare gli obiettivi della legge, ossia l'assicurazione al debitore del *fresh start*, ma ne costituiva un evidente superamento, dettando, soprattutto, l'automaticità della produzione dell'effetto sospensivo, e la sua applicabilità anche ai giudizi instaurati dopo la presentazione della domanda di fallimento⁹⁴. Correlativamente, la *rule* 601, di diretta ispirazione dalla sez. 148 del *Bankruptcy Act*⁹⁵, disponeva un'analogia disciplina con riguardo alle azioni *in rem*, precludendo i procedimenti volti all'attuazione forzata di un credito assistito da un diritto di prelazione nei confronti della proprietà in custodia del tribunale fallimentare, ovvero nell'ipotesi in cui tale diritto fosse stato ottenuto giudizialmente – e, quindi, non consensualmente - nei quattro mesi antecedenti alla dichiarazione di fallimento⁹⁶. Se la prima previsione costituisce una piena attuazione del principio che riconosce *jurisdiction* esclusiva, in capo al tribunale fallimentare, sui beni del debitore posti sotto la sua *custodia legis*⁹⁷,

⁹³ L'*automatic stay*, tuttavia, non aveva effetto con riguardo ai crediti che non potessero essere insinuati al passivo fallimentare: F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 199.

⁹⁴ F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 195 s.

⁹⁵ J. W. MOORE, L. P. KING, *op. cit.*, 13, § 601.02.

⁹⁶ «*Rule 601. Petition as automatic stay against lien enforcement. (a) Stay against lien enforcement. – The filing of a petition shall operate as a stay of any act or the commencement or continuation of any court proceeding to enforce (1) a lien against property in the custody of the bankruptcy court, or (2) a lien against the property of the bankrupt obtained within 4 months before bankruptcy by attachment, judgment, levy, or other legal or equitable process or proceedings*»; ove il diritto di prelazione fosse stato ottenuto antecedentemente il limite temporale dei quattro mesi, i procedimenti volti a dargli esecuzione potevano pertanto continuare, salvo che i beni in questione fossero passati nella custodia del tribunale fallimentare al tempo della presentazione della domanda di fallimento. Su tale norma si vedano J. W. MOORE, L. P. KING, *op. ult. cit.*, § 601.01; L. PEITZMAN, M. S. SMITH, *The secured creditor's complaint: relief from the automatic stay in bankruptcy proceedings*, cit., 1218 s.

⁹⁷ J. W. MOORE, L. P. KING, *op. ult. cit.*, § 601.05[2-2.1].

la seconda è intimamente connessa alla disciplina prevista dalla sez. 67a del *Bankruptcy Act*, che consente al debitore o al *trustee* di annullare il diritto di prelazione ottenuto nei quattro mesi antecedenti la dichiarazione di fallimento, se il debitore era insolvente al momento della concessione di tale diritto di prelazione, ovvero se quest'ultimo era stato ottenuto con l'intento di frodare le previsioni racchiuse nell'*Act*⁹⁸: la funzione dello *stay* si spiegava dunque con la necessità di preservare lo *status quo* per il tempo necessario ad esperire tali iniziative, al fine di accertare la sorte di tale diritto di prelazione, indipendentemente dal fatto che il bene su cui esso gravava si trovasse o meno sotto la custodia del tribunale⁹⁹.

Volgendo l'analisi alle procedure di natura recuperatoria¹⁰⁰, la *procedural rule* forgiata per il *Chapter X*, dedicato alla riorganizzazione delle società, fu, come anticipato, la 10-601. Essa andava ad implementare quanto previsto dalla sez. 148 del *Bankruptcy Act*¹⁰¹, analizzato poc'anzi, prevedendo che alla mera presentazione della domanda di ammissione alla procedura di cui al *Chapter X* – e non già alla relativa approvazione¹⁰²-, conseguisse una sospensione dell'inizio o della prosecuzione di tutti i giudizi contro il debitore, o dei procedimenti volti a dare esecuzione a sentenze già ottenute nei confronti del medesimo, o di altro procedimento altrimenti finalizzato alla sua riabilitazione o alla liquidazione del suo patrimonio¹⁰³. L'ambito di efficacia della disposizione, quindi, risultava amplissimo, e volto così a conferire all'*automatic stay* la massima forza espansiva: mediante il generico riferimento ad

⁹⁸ Sez. 67a(1), nella parte in cui prevedeva che «*every lien against the property of a person obtained by attachment, judgment, levy or other real or equitable process or proceedings within four months before the filing of a petition initiating a proceeding under this Act by or against such person shall be deemed null and void (a) if at the time when such a lien was obtained such person was insolvent or (b) if such lien was sought and permitted in fraud of the provisions of this Act*»; sul punto, si rinvia, di nuovo, a J. W. MOORE, L. P. KING, *op. ult. cit.*, § 601.05[3-1] e [3-2].

⁹⁹ F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 203 s.

¹⁰⁰ Per uno sguardo d'insieme, si vedano F. R. KENNEDY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 205 s.; L. PEITZMAN, M. S. SMITH, *The secured creditor's complaint: relief from the automatic stay in bankruptcy proceedings*, cit., 1219 s.

¹⁰¹ J. W. MOORE, L. P. KING, *op. cit.*, 13A, § 10-601.01.

¹⁰² Anticipando, in tal modo, la decorrenza dell'effetto sospensivo: J. W. MOORE, L. P. KING, *op. ult. cit.*, § 10-601.02 e 03.

¹⁰³ «*Rule 10-601. Petition as automatic stay for actions against debtor and lien enforcement. (a) Stay of actions and lien enforcement. A petition filed under Rule 10-104 or 10-105 shall operate as a stay of the commencement or the continuation of any court or other proceeding against the debtor, or the enforcement of any judgment against it, or of any act or the commencement or continuation of any court proceeding to enforce any lien against its property, or any court proceeding for the purpose of rehabilitation of the debtor or the liquidation of its estate*», riprendendo, in quest'ultima parte, quanto già previsto dalla precedente sez. 148: di nuovo doveroso è il rinvio a J. W. MOORE, L. P. KING, *op. ult. cit.*, § 10-601.01.

«*other proceeding[s]*» potevano infatti essere sospesi anche i procedimenti arbitrari, seppur non dotati di carattere strettamente giurisdizionale¹⁰⁴.

Eguali correttivi furono apportati dalla *rule* 12-43, che nell'ambito del *Chapter XII* egualmente provvedeva a ricollegare la sospensione dei procedimenti contro il debitore, o volti a portare ad esecuzione un diritto di prelazione contro beni di sua proprietà, al momento della presentazione della domanda di composizione della crisi, così provvedendo a rendere *automatic* il medesimo *stay* che la previgente sez. 414 affidava alla discrezionalità del tribunale¹⁰⁵.

E del medesimo tenore di quelle testé citate furono, infine, le nuove disposizioni introdotte nei *Chapters XI* e *XIII*: nel primo, dedicato alle procedure concordatarie, la nuova *rule* 11-44¹⁰⁶; nel secondo, recante una speciale procedura a favore dei salariati, la *rule* 13-401¹⁰⁷.

Dal sistema sommariamente tracciato emerge dunque che l'introduzione, nell'ambito delle diverse procedure, liquidatorie o risanatorie, previste dai diversi capitoli del *Bankruptcy Act* del 1898, di un autentico *automatic stay*, idoneo a precludere l'inizio o la prosecuzione di giudizi, *in personam* o *in rem*, nei confronti del debitore o di beni in sua proprietà, avvenne soltanto con le *Rules of Bankruptcy Procedure*. L'effetto principale, almeno dal punto di vista pratico, di tali innovazioni, fu di spostare l'onere dell'iniziativa processuale dal debitore o dal *trustee* - soggetti che, al fine di beneficiare dell'effetto sospensivo in discorso, avevano sempre dovuto avanzare apposita istanza al tribunale -, al creditore, in quanto, con l'automatica produzione della sospensione, era ormai quest'ultimo che, al fine di poter comunque iniziare o proseguire il proprio giudizio nei confronti del primo, doveva presentare ap-

¹⁰⁴ J. W. MOORE, L. P. KING, *op. ult. cit.*, § 10-601.03[3].

¹⁰⁵ «*Rule 12-43. Petition as automatic stay of actions against debtor and lien enforcement. (a) Stay of actions and lien enforcement. A petition filed under Rule 12-6 or 12-7 shall operate as a stay of the commencement or the continuation of any court or other proceeding against the debtor, or the enforcement of any judgment against him, or of any act or the commencement or continuation of any court proceeding to enforce any lien against his property, or of any court proceeding, except a case pending under Chapter X of the Act, for the purpose of rehabilitation of the debtor or the liquidation of its estate*», per cui si veda J. W. MOORE, L. P. KING, *op. cit.*, 14A, § 12-43.01.

¹⁰⁶ Sulla quale si rinvia, per i dovuti approfondimenti, a J. W. MOORE, L. P. KING, *op. cit.*, 14, § 11-44.01; nonché, anche per alcune applicazioni giurisprudenziali, alle osservazioni di J. C. EAGAN, in 44 *Fordham L. Rev.* (1975-1979), 837 s.

Si è parlato, nel testo, di disposizione nuova, nel senso che precedentemente, nell'ambito del Capitolo, non era previsto alcuno *stay* auto-esecutivo: la norma in esame, piuttosto, ha provveduto a rendere automatico lo *stay* discrezionale previsto dalla sez. 314: R. W. WERTH, F. R. REED, *The Chapter XI stay order and the secured creditor*, cit., 34.

¹⁰⁷ Di nuovo, per un'analisi più approfondita, J. W. MOORE, L. P. KING, *op. cit.*, 15, § 13.401.01.

posita richiesta all'autorità giudiziaria, al fine di ottenere, come meglio si vedrà, un provvedimento di *relief*, ossia di liberazione, dall'*automatic stay*.

Si trattava, al contempo, di una legislazione frammentaria e di non agevole lettura, peraltro non perfettamente sovrapponibile, nel passaggio da un capitolo all'altro della legge: naturale fu, in occasione della promulgazione della nuova legge federale in materia, provvedere a disciplinare l'*automatic stay*, oramai assunto a istituto dotato di dignità autonoma, e di fondamentale importanza nell'economia dei procedimenti concorsuali, nell'ambito di un'unica disposizione.

5. *Il Bankruptcy Reform Act (cd. Bankruptcy Code) del 1978 e i suoi successivi emendamenti*

Tale obiettivo di razionalizzazione e di semplificazione della disciplina dell'*automatic stay* fu raggiunto in occasione dell'entrata in vigore della legge fallimentare federale attualmente vigente, il *Bankruptcy Code* del 1978¹⁰⁸.

La sez. 362, che racchiude la disciplina dell'istituto oggetto del presente studio, è stata infatti inserita all'interno del *Chapter 3* della legge, in materia di poteri di amministrazione della procedura: si tratta, in particolare, di uno dei tre capitoli di carattere generale, ossia applicabili a tutte le procedure concorsuali previste dal *Bankruptcy Code*¹⁰⁹. Con un'unica norma, così, la protezione del debitore trova oggi un'uniforme regolamentazione per tutti i procedimenti dal medesimo fruibili.

La menzionata sezione, rubricata «*Automatic stay*», prevede, per fornire una prima indicazione, che la presentazione di una domanda di ammissione ad una delle procedure previste dal *Bankruptcy Code* produca automaticamente, salvo alcune tassative eccezioni, fondate su differenti obiettivi di politica legislativa, la sospensione di un'amplissima gamma di azioni che potrebbero variamente interferire con l'amministrazione della procedura fallimentare.

L'istituto costituirà l'oggetto specifico della presente indagine, sicché è sufficiente procedere ora ad una breve rassegna dell'evoluzione che tale sezione ha cono-

¹⁰⁸ *Pub. L. No. 95-598*, Title I, sez. 101 (1978) su cui si legga C. J. TABB, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, cit., 32 s.; A. CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, cit., 319 s.

¹⁰⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 1, § 1.01[2][a]; D. R. COWANS, *Cowans bankruptcy law and practice*, 2, St. Paul, Minn., 1994, 435.

sciuto, rinviando per i debiti approfondimenti al prosieguo dell'analisi. In virtù del rilievo primario che esso riveste nell'economia di una procedura concorsuale, la sez. 362 è stata infatti soggetta a numerosi emendamenti: tra i più rilevanti, ai nostri fini, possono essere citati quelli susseguitisi tra il 1982 e il 1998, sostanzialmente volti ad ampliare il novero dei casi in cui, eccezionalmente, l'*automatic stay* non si produce; per la sua fondamentale importanza, poi, è doveroso rammentare quello intervenuto nel 2005 mediante il *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*¹¹⁰, che, nell'ambito di una riforma improntata a *rationes* antiabusivistiche, ha introdotto interessanti modifiche riguardanti l'ambito temporale di efficacia dell'*automatic stay*¹¹¹.

All'istituto racchiuso nell'odierna sez. 362 del *Bankruptcy Code*, con attenzione particolare ai profili della sua disciplina aventi rilevanza sul piano processuale, saranno dunque dedicati i prossimi capitoli.

¹¹⁰ *Act of April 20, 2005, Pub. L. No. 109-8 (2005)*.

¹¹¹ Per ulteriori dettagli circa i successivi emendamenti che hanno interessato la sez. 362 in esame, si rinvia a A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.LH[4]; C. J. TABB, *The history of the bankruptcy laws in the United States*, cit., 37 s.

CAPITOLO SECONDO

DEFINIZIONE, FUNZIONE E NATURA DELL'*AUTOMATIC STAY*

1. Definizione di automatic stay. La sez. 362 del Bankruptcy Code

Alla presentazione di una domanda – cd. *petition* -, *voluntary* od *involuntary* che sia, di ammissione ad una qualsiasi delle procedure previste dal *Bankruptcy Code*, la sez. 362 ricollega la produzione di un *automatic stay*, ossia una sospensione automatica di svariate iniziative aggressive, dirette contro il debitore, il suo patrimonio personale o contro la massa fallimentare¹.

L'*automatic stay* costituisce, in altri termini, un fenomeno di natura inibitoria a protezione delle entità appena menzionate, operante *ex lege* in virtù del mero deposito della domanda di ammissione ad una procedura concorsuale, e senza, perciò, che si rendano necessari una formale richiesta od un provvedimento giudiziale in tal senso; né occorre, per la sua operatività, che il creditore abbia avuto effettiva conoscenza dell'avvenuto deposito della domanda – e, quindi, dell'entrata in vigore dello *stay* ad esso connessa -, sicché ogni iniziativa aggressiva comunque assunta nei confronti dei beneficiari dell'efficacia protettiva sarà considerata in violazione della prescritta inibitoria².

La gamma delle azioni vietate, vale la pena precisarlo sin d'ora, è estremamente vasta: non solo, infatti, una formale iniziativa giudiziale è preclusa dalla norma in commento, bensì anche la più innocua attività extragiudiziale, quale può essere, emblematicamente, l'effettuazione di una telefonata al proprio debitore, nella misura in cui sia finalizzata ad ottenere la soddisfazione di una pretesa creditoria.

La legge, inoltre, dal punto di vista dell'origine temporale, identifica differenzialmente le iniziative aggressive precluse a seconda di quale, tra le entità beneficiarie

¹ Si legga altresì la definizione in B. A. GARNER, *Black's law dictionary*, 9th ed., St. Paul, Minn., 2009, 1548, nei termini di «*bar to all judicial and extrajudicial collection efforts against the debtor or the debtor's property, subject to specific statutory exceptions*».

² Con le conseguenze che si vedranno nel corso del Cap. IV, ove sarà affrontato il tema della violazione dell'*automatic stay*.

del divieto testé elencate, sia la destinataria dell'azione creditoria concretamente spiegata: in particolare, le iniziative esperibili nei confronti del debitore o del suo patrimonio personale ricadono nell'ambito applicativo della disposizione in oggetto – e nel divieto ad essa collegato -, solo ove la pretesa fatta valere sia sorta anteriormente alla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura, mentre le iniziative aventi ad oggetto crediti sorti successivamente al deposito della *petition*, all'opposto, non subiscono gli effetti preclusivi ricollegati all'*automatic stay*; tale limitazione temporale, viceversa, non vale per le azioni esperibili contro la massa fallimentare, che è dunque protetta sia contro le iniziative aventi ad oggetto crediti preconcorsuali, sia contro quelle volte a dare soddisfazione a crediti sorti dopo il deposito della *petition*, ciò che si spiega con lo scopo di destinare tale patrimonio all'esclusivo soddisfacimento dei creditori concorsuali³. Tale differente regime trova giustificazione, come meglio si vedrà⁴, nella necessità di garantire al debitore, al contempo, sia la *discharge* - che verrebbe vanificata se fosse possibile utilizzare i suoi beni personali per garantire il soddisfacimento dei creditori concorsuali - sia il cd. *fresh start*, ché in caso contrario, e soprattutto nelle procedure di tipo recuperatorio, i soggetti terzi sarebbero evidentemente scoraggiati dall'intrattenere nuovi rapporti con il debitore, vanificando uno degli obiettivi principalmente perseguiti dalla normativa fallimentare statunitense⁵.

Nonostante l'ambito di efficacia della protezione in esame sia amplissimo – a conferma della tendenza espansiva che si è descritta trattando dell'evoluzione storica dell'istituto -, esso non è tuttavia illimitato, conoscendo, come si vedrà, eccezioni sia di tipo legale che di natura giudiziale⁶.

³ Per tutti, S. V. KELLEY, *Ginsberg & Martin on bankruptcy*, 5th ed., 1, cit., § 3.01[C][1], nota 131.

⁴ Cap. III, Sez. II, §§ 6.1, 7.2, 8.

⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *Collier on bankruptcy*, 16th ed., 3, cit., § 362.03[3][c]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C][1]; W. R. NORTON, JR., *Norton bankruptcy law and practice*, 2nd ed., 2, cit., § 36:5; D. G. BAIRD, *The elements of bankruptcy*, New York, 2010, 194; A. N. RESNICK, *Bankruptcy law manual*, St. Paul, Minn., 2002, 70; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *Bankruptcy*, St. Paul, Minn., 1993, 66.

⁶ Per alcune, prime considerazioni di ordine generale sull'istituto dell'*automatic stay*, si rinvia, nella manualistica, a A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.01; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[A]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:4; D. R. COWANS, *Cowans bankruptcy law and practice*, 2, cit., 458; D. G. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, New York, 2013, 44; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *Bankruptcy*, 9th ed., New York, 2012, 177 s.; B. E. ADLER, *Foundations of bankruptcy law*, New York, 2005, 55 s.; B. A. BLUM, *Bankruptcy and debtor/creditor*, cit., 243 s.; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *Introduction to bankruptcy law*, cit., 248 s.; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 66 s.; P.

La disposizione oggetto del presente studio si presenta, ad una prima lettura, quale lunghissima norma, contenente diverse sottosezioni, ciascuna delle quali, a sua volta, ulteriormente articolata in svariati punti: dato, questo, che se da un lato rispecchia la complessità della materia, dall'altro costituisce il risultato della stratificazione degli interventi che, sulla medesima, si sono susseguiti, spesso mediante tecniche legislative tutt'altro che encomiabili, e che oggi, certo, non ne agevolano l'immediata comprensione.

Volendo brevemente tratteggiare il contenuto della sez. 362 del *Bankruptcy Code*, altresì al fine di anticipare i futuri sviluppi della presente trattazione, logico è muovere dal testo della sottosezione (a) ove si provvede, anzitutto, a disciplinare l'efficacia soggettiva dell'*automatic stay*, ossia a definire le entità nei confronti delle quali l'efficacia sospensiva in discorso si produce: da un lato, i beneficiari, dall'altro, i destinatari del divieto⁷.

Dal combinato disposto tra la medesima sottosezione (a), per la precisione nella parte in cui elenca la serie di possibili iniziative, giudiziali ed extragiudiziali, impedito dall'inibitoria, e la successiva sottosezione (b), che viceversa enumera un lungo catalogo di azioni che, a tale sospensione, sono dalla legge eccezionalmente sottratte, è poi possibile ricavare l'efficacia oggettiva dell'*automatic stay*, ossia l'identificazione delle esatte attività che sono impedito dalla pendenza del procedimento fallimentare⁸.

La sottosezione (c) è dedicata alla disciplina inerente la cessazione dell'effetto sospensivo, ove sono previste, accanto all'ipotesi di cessazione fisiologica, legata all'esaurimento della procedura fallimentare, anche alcune ipotesi patologiche, ossia di cessazione anticipata ovvero di mancata produzione *tout court* dell'efficacia sospensiva, spesso giustificate, come si vedrà, da *rationes* antiabusivistiche.

A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *Creditors' rights in bankruptcy*, cit., 177 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 59 s.

⁷ Di cui si dirà nel Cap. III, Sez. I. Per quanto riguarda i soggetti che subiscono gli effetti preclusivi discendenti dall'*automatic stay*, si tenga presente sin d'ora che la lettera della sez. 362 riferisce la sua operatività non solo ai creditori del soggetto istante, bensì a diverse «*entities*»; nel corso del presente capitolo, tuttavia, e al solo scopo di facilitare l'illustrazione dei meccanismi operativi sottesi all'istituto in commento, si farà frequente riferimento al solo creditore: ma quanto si dirà varrà naturalmente anche per gli altri soggetti destinatari del divieto.

⁸ Ciò che costituirà il tema affrontato nel Cap. III, Sez. II.

Le successive sottosezioni (d)-(g), poi, disciplinano il procedimento per la liberazione – cd. *relief* – dall'*automatic stay*, che il creditore può instaurare al fine di ottenere un'autorizzazione giudiziale ad agire nei confronti del proprio debitore nonostante l'intervenuta ammissione ad una procedura concorsuale, ottenendo così un'eccezione di natura giudiziale all'operatività dell'inibitoria, che nei confronti del singolo istante vedrà così cessare la propria efficacia in via anticipata.

Le disposizioni appena illustrate, unitamente alla precedente sottosezione (a), nella parte in cui stabilisce il momento iniziale di produzione di tale effetto, vanno a delineare l'efficacia temporale dell'*automatic stay*⁹.

Infine, alcune disposizioni sono predisposte allo scopo di disciplinare l'eventualità in cui il creditore, nonostante le preclusioni derivanti dall'operatività dell'*automatic stay*, tenga comunque una condotta aggressiva nei confronti del debitore o del suo patrimonio ovvero della massa, violando così il divieto prescritto dalla norma in commento: di ciò, si darà conto nel capitolo finale del presente lavoro¹⁰.

Prima di volgere all'analisi approfondita della disciplina sin qui soltanto abbozzata, e secondo le scansioni poc'anzi descritte, è tuttavia opportuno soffermarsi sugli obiettivi che, mediante tale disposizione, la legislazione fallimentare statunitense intende perseguire, nonché, ineludibilmente, sulla stessa natura giuridica dell'*automatic stay*.

2. Le finalità perseguite e gli interessi protetti dall'*automatic stay*

Le diverse e concorrenti finalità che l'*automatic stay* persegue riflettono l'idoneità dell'istituto ad ergersi a protezione degli interessi di una molteplicità di soggetti: non si tratta, dunque, di uno strumento posto nell'esclusivo interesse del debitore, ma la sua polifunzionalità può essere apprezzata nelle concorrenti finalità di tutela degli interessi del ceto creditorio, nonché della stessa procedura fallimentare.

Costantemente definito quale uno dei fondamentali istituti che la legge fallimentare nordamericana pone a protezione del debitore, l'*automatic stay*, con espres-

⁹ A tale tematica, particolarmente interessante anche in chiave comparatistica, sarà dedicato il Cap. III, Sez. III.

¹⁰ Cap. IV, che, come già si è avuta occasione di anticipare, sarà dedicato al tema della violazione dell'*automatic stay*.

sione tanto efficace quanto invalsa nella letteratura e nella giurisprudenza statunitensi, offre anzitutto a tale soggetto un “*breathing spell*”, traducibile con boccata d’ossigeno, dai propri creditori, precludendo a questi ultimi la possibilità di arrecare al debitore qualsivoglia tipo di molestia, dalla forma più lieve a quella più grave ed invasiva¹¹.

Ciò accorda al debitore indiscutibili vantaggi, specialmente nelle procedure di natura conservativa, ove l’*automatic stay* s’atteggia quale istituto indispensabile al fine di assicurare al medesimo la tranquillità essenziale per predisporre un piano volto alla composizione della propria crisi, ponendolo al riparo, per il tempo a ciò necessario, dalle turbative provenienti dai propri creditori¹²: ciò può essere apprezzato soprattutto con riferimento ai creditori titolari di un diritto di prelazione, nella misura in cui la vendita forzata di un bene ritenuto essenziale per la riorganizzazione dell’impresa potrebbe pregiudicare irrimediabilmente gli obiettivi della procedura¹³.

Nei procedimenti di tipo liquidatorio, viceversa, l’istituto in commento è tendenzialmente volto alla conservazione della massa fallimentare in vista della liquidazione e della ripartizione del ricavato tra i creditori¹⁴: in mancanza di un simile meccanismo, infatti, i creditori più celeri, che per primi si rivolgessero al debitore per ot-

¹¹ *House Report No. 95-595*, 95th Cong., 1st Sess. (1977), 340 s.; per tutti, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03; in giurisprudenza, tra le tantissime, *Delpit v. Commissioner*, 18 *F.3d* 768 (1994), 771.

¹² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[2]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. cit.*, 244; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*; J. L. SMAHA, *Automatic stay under the 1978 bankruptcy code: an equitable roadblock to secured creditor relief*, cit., 1116; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, in 10 *Mem. St. U. L. Rev.* (1980), 233; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, in 34 *Clev. St. L. Rev.* (1986), 567; in giurisprudenza, *In re Frigitemp Corp.*, 8 *B.R.* 284 (1981), 289.

Tale tratto peculiare della normativa fallimentare statunitense, ha indubbiamente costituito la fonte d’ispirazione del legislatore italiano, recentemente intervenuto a predisporre meccanismi che consentano, di fatto, un’anticipazione del *dies a quo* di produzione degli effetti protettivi previsti a beneficio dell’imprenditore che richiama l’ammissione ad una procedura di tipo principalmente recuperatorio: il riferimento, in particolare, è all’istituto della domanda di concordato preventivo cd. in bianco, di cui all’art. 161, sesto comma, l. fall. – introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv., con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 134, e recentemente modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv., con modificazioni, in l. 9 agosto 2013, n. 98 -, ed a quello dell’istanza di sospensiva, disciplinato dall’art. 182 *bis*, sesto comma, l. fall., in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, dapprima introdotto dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con modificazioni, in l. 30 luglio 2010, n. 122, ed in seguito modificato dal citato d.l. n. 83/2012; per tutti, L. GUGLIELMUCCI (a cura di F. Padovini), *Diritto fallimentare*, Torino, 2014, 327 s. e 348 s.; nonché, *si vis*, M. MONTANARI, V. BARONCINI, *Appunti sulle procedure concorsuali minori*, Torino, 2014, 7 s. e 34 s.

¹³ D. G. BAIRD, *op. cit.*, 191.

¹⁴ Si veda, ad esempio, l’affermazione in tal senso nel caso *United States v. Sayres*, 43 *B.R.* 437 (1984), 439.

tenere la soddisfazione delle proprie ragioni, otterrebbero piena soddisfazione delle proprie pretese, a detrimento degli altri, in palese contrasto con l'obiettivo sotteso ad ogni legge fallimentare, che è quello di assicurare un'ordinata ripartizione del ricavato dalla vendita dei beni del debitore nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*¹⁵. L'istituto in esame, in tal modo, consente di cristallizzare le diverse posizioni creditorie, così come esistenti antecedentemente alla data di presentazione della *petition*, consentendo la loro soddisfazione, nell'ambito del procedimento fallimentare, nel rispetto dell'ordine legittimo delle cause di prelazione precedentemente acquisite dai creditori¹⁶: osservazione, questa, che si presta a spiegare efficacemente il motivo per cui l'*automatic stay*, apparentemente in contrasto con l'interesse del singolo creditore, atomisticamente considerato¹⁷ – che proprio per far fronte a tale pregiudizio, peraltro, è dalla legge legittimato a proporre un'istanza individuale per ottenere la liberazione dallo *stay* -, rappresenta un istituto a garanzia del ceto creditorio, unitariamente inteso.

L'affermazione compiuta all'esordio del presente paragrafo, per cui l'*automatic stay* non costituisce un istituto preordinato alla esclusiva tutela degli interessi del debitore, in quanto posto altresì a garanzia di quelli del ceto creditorio, ci ricollega alla tematica, che sarà più approfonditamente ripresa nel prosieguo della trattazione¹⁸, circa la disponibilità o meno, da parte del debitore, degli effetti protettivi che l'operatività di tale strumento automaticamente gli accorda: in altri termini, se il debitore possa, con atto unilaterale, ovvero mediante una convenzione bilaterale conclusa con il singolo creditore al momento dell'assunzione dell'obbligazione – e, quindi, quando era *in bonis*, in epoca antecedente alla presentazione della *petition* -, rinunciare al beneficio dell'*automatic stay* cui avrebbe *ex lege* diritto in un successi-

¹⁵ *House Report No. 95-595*, cit.

¹⁶ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[B]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. G. BAIRD, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 177; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 60 s.; L. B. BARTELL, *Visualizing bankruptcy*, New Providence, 2011, 76; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, in 13 *New Mexico L. Rev.* (1983), 602; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, loc. cit.; tra le tante pronunce giurisprudenziali, si legga la decisione *In re Hillis Motors*, 997 F.2d 581 (1993), 585.

¹⁷ L'*automatic stay*, infatti, ritarda, rispetto alla prospettiva extrafallimentare, il momento di realizzazione dell'attivo, addossando sul creditore privilegiato il rischio che il valore del bene su cui insiste la causa di prelazione diminuisca nel corso della procedura, divenendo così incapiente: per simili considerazioni, si legga pure L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*

¹⁸ In particolare, nel corso del Cap. III, Sez. III, § 16.

vo, eventuale procedimento concorsuale, così concedendo a quel singolo creditore la futura possibilità di agire come se il fallimento non fosse stato dichiarato. Senza voler in questa sede anticipare le conclusioni che verranno proposte discorrendo della prassi dei cd. *prepetition waiver agreements*, è sufficiente qui riflettere sul solo dato, poc' anzi evidenziato, che il debitore non costituisce il titolare esclusivo degli interessi protetti dall'istituto, per sollevare seri dubbi in ordine alla sua legittimità. E per chi volesse obiettare che si tratterebbe pur sempre di interessi di parti private, in quanto tali disponibili, basti qui aggiungere – a tacere della difficoltà a considerare l'intero ceto creditorio quale parte di natura squisitamente privatistica –, che l'*automatic stay* è istituito posto a presidio anche di interessi pubblici, rappresentati dalla retta ed ordinata amministrazione della procedura fallimentare. Lo strumento protettivo in rassegna, infatti, è evidentemente volto a garantire anche l'efficace gestione del procedimento da parte degli organi giudiziari: oltre alla necessità di assicurare al *trustee* la possibilità di recuperare e amministrare i beni rientranti nel patrimonio fallimentare, da devolvere al raggiungimento degli scopi della procedura, la mancanza, nell'ordinamento statunitense, di una *vis attractiva* esercitata dal tribunale al momento dell'apertura del procedimento concorsuale¹⁹, richiede inevitabilmente la presenza di un istituto, quale l'*automatic stay*, che prevenga il rischio di un caotico ed incontrollato proliferare di giudizi inerenti il debitore ed il suo patrimonio in differenti tribunali, centralizzando viceversa in un unico foro il contenzioso riguardante la procedura²⁰.

¹⁹ La sez. 1334 del Titolo 28 dello *United States Code*, infatti, se da un lato conferisce alla *district court* – con facoltà di delega alla *bankruptcy court* - «*original and exclusive jurisdiction*» su tutte le procedure concorsuali regolate dal *Bankruptcy Code*, d'altro lato attribuisce alle medesime autorità giudiziarie una *jurisdiction* che è sì *original*, ma non anche *exclusive*, su tutti i procedimenti civili nascenti da, o connessi a, tali procedure; sul punto, si legga anche A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 222. Diversa, come noto, è la situazione nell'ordinamento italiano, ove l'art. 24 l. fall. conferisce al tribunale fallimentare la competenza funzionale, esclusiva e inderogabile a conoscere di tutte le azioni che derivano dal fallimento, indipendentemente dal loro valore: dal combinato disposto tra tale norma e i successivi artt. 52 e 92 ss. l. fall. deriva, per quanto qui interessa, l'esclusività del procedimento di accertamento del passivo; per tutti, M. MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, 1991, 242.

²⁰ W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 178; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 568; J. L. SMAHA, *Automatic stay under the 1978 bankruptcy code: an equitable roadblock to secured creditor relief*, loc. cit.; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, in 12 *U. Mich. J. L. Reform* (1978), 3; in giurisprudenza, ciò ha trovato riconoscimento nel caso *General Motors Acceptance Corp. v. Yates Motor Co.*, 159 *Ga. App.* 215 (1981), 217.

3. *La natura giuridica dell'automatic stay: ragioni metodologiche dell'indagine*

In una letteratura, quale quella statunitense, fortemente caratterizzata da un costante approccio pragmatico, e che sia capace, così, di fungere da ausilio ai pratici, più che da incentivo alle speculazioni degli studiosi, sostanzialmente nessun autore si è occupato di investigare, o almeno di farlo con una sufficiente profondità d'indagine, la natura giuridica dell'*automatic stay*.

Il risultato di tale scelta non può in alcun modo sfuggire al giurista di stampo continentale: il panorama offerto a chi si avvicina, per la prima volta, alla materia che ci occupa è quello di una serie di ricostruzioni dell'istituto che, per quanto meticolose, appaiono inesorabilmente guidate ed occasionate da contingenti necessità di fornire risposte immediate a singoli quesiti occorsi nella prassi, senza preoccupazione alcuna di offrire, al contempo, un complessivo quadro dell'istituto ove le singole risposte fornite possano trovare una sistemazione coerente e logicamente ordinata.

Il quadro descritto, tuttavia, è tutt'altro che scoraggiante, regalandoci piuttosto un'occasione forse irripetibile di avvicinarci ad una materia che, nella sua vastità e complessità, appare ancora allo stato grezzo, completamente da plasmare e riordinare, incasellando ogni istituto nelle adeguate categorie giuridiche.

Il primo passo per ricondurre al giusto ordine lo stato attuale della materia dell'*automatic stay*, non può essere, dunque, che quello di investigarne la natura giuridica: una volta operata tale ricostruzione, poi, operando secondo l'incedere proprio del metodo deduttivo, si tenterà di offrire una risposta ragionata, e complessivamente armoniosa, agli stessi quesiti, di cui sopra, che hanno costituito la base per le indagini compiute dai giuristi americani.

3.1. *La tesi che riconduce l'automatic stay nel novero delle cd. moratory laws*

Seppur per differenti fini, l'unico commentatore che, a quanto ci consta, si sia occupato in modo sufficientemente approfondito del tema che ora ci occupa, ossia la natura giuridica dell'*automatic stay*, ha preso le mosse da una disamina delle manifestazioni che, nell'ordinamento statunitense, storicamente lo *stay* ha conosciuto, per individuare, così, due distinti fenomeni, cui ricollegare, evidentemente, due differenti

possibili origini dell'istituto in esame: le *injunctions*, quali rimedi di *equity*, e le cd. *moratory laws*²¹.

In particolare, è stato evidenziato come numerose apparizioni di *stays* possano essere rinvenute nelle svariate moratorie racchiuse nelle legislazioni emergenziali emanate dai singoli Stati in occasione di eventi bellici ovvero particolari congiunture economiche sfavorevoli²²; tali legislazioni, infatti, erano tutte volte a sollevare temporaneamente il debitore dall'oppressione del proprio ceto creditorio, facendo ricorso a diversi metodi: il più drastico era senz'altro costituito dalla chiusura dei tribunali, ma validi strumenti alternativi furono pure la rimodulazione dei termini originariamente previsti per il soddisfacimento delle singole obbligazioni, nonché, soprattutto, per quanto di rilievo ai nostri fini, la possibilità di incidere sul rimedio legalmente previsto per far fronte all'inadempimento del debitore, in particolare proprio tramite l'imposizione del divieto di istituire nuovi giudizi nei confronti del medesimo, ovvero della loro sospensione, se già cominciati²³. Fu proprio quest'ultima forma – di semplice incisione sul rimedio – quella che venne assunta dalle leggi di moratoria statunitensi, stante la limitazione prevista dall'art. 1, sez. 10, cl. 1 della Costituzione Federale che, come già si è avuto modo di ricordare nel corso della trattazione²⁴, impone il divieto, per le leggi statali, di modificare o diminuire la forza vincolante dei contratti²⁵.

Dall'assonanza dell'effetto giuridico prodotto, si è così pervenuti *de plano* alla conclusione per cui l'essenza dell'*automatic stay* sarebbe la medesima delle *moratory laws*: da queste ultime ripeterebbe, così, la natura di strumento a carattere eccezionale, predisposto da legislazioni di tipo emergenziale, promulgate per far fronte a eventi di natura straordinaria, e al fine di temporaneamente liberare il debitore

²¹ L'autore cui si fa riferimento è T. A. BARNES, *The plain meaning of automatic stay in bankruptcy: the void/voidable distinction revisited*, in 57 *Ohio St. L. J.* (1996), 312.

²² T. A. BARNES, *The plain meaning of automatic stay in bankruptcy: the void/voidable distinction revisited*, cit., 314; per una rassegna, anche in chiave comparatistica, di tali leggi, si veda altresì A. H. FELLER, *Moratory legislation: a comparative study*, in 46 *Harv. L. Rev.* (1933), 1064 s.

²³ Di nuovo, A. H. FELLER, *Moratory legislation: a comparative study*, cit., 1065 s., e spec. 1067.

²⁴ Cap. I, § 1, e ivi nota 10.

²⁵ E, quindi, di incidere sul contenuto stesso di un'obbligazione contrattualmente pattuita; A. H. FELLER, *Moratory legislation: a comparative study*, cit., 1067.

dall'oppressione dei creditori che, proprio in virtù di tali eventi straordinari, egli non è più in grado di soddisfare²⁶.

3.2. Le ragioni dell'inesattezza di tale ricostruzione. L'automatic stay quale rimedio di equity. La sez. 362 quale norma che prevede una rebuttable presumption a favore del debitore. Natura processuale dell'istituto

A nostro parere, l'opinione espressa nel paragrafo precedente, che l'*automatic stay* pretende di ricondurre all'ambito di quella legislazione di tipo emergenziale che ha trovato espressione nelle *moratory laws*, non può essere condivisa, in quanto viziata da una grave superficialità d'indagine, oltre che da una prospettiva di analisi assolutamente astorica.

Una delle caratteristiche principali di una moratoria, è quella di essere, come accennato, un tipo di legislazione che trova la sua unica ragione giustificatrice nella situazione emergenziale cui è volta a far fronte, senza poter estendere i propri effetti oltre alle situazioni ed ai tempi interessati dalla crisi e da essa espressamente contemplati²⁷.

Lo studio delle origini e dello sviluppo dell'istituto dell'*automatic stay*, condotto nel precedente capitolo, ci offre ora gli strumenti per affermare che, seppur le prime leggi fallimentari federali fossero state, esse sì, promulgate e conservate solo in occasione di particolari crisi economiche, l'esigenza di proteggere il debitore ed il suo patrimonio dalle iniziative aggressive dei creditori si presentò sistematicamente, trovando una prima risposta nei poteri riconosciuti al tribunale di emanare provvedimenti sospensivi a tutela di tali entità, poteri che si sono imposti quale caratteristica costante e stabile di ciascuna di tali normative, e la cui forza può essere maggiormente apprezzata ove solo si consideri che essi non erano, o non erano completamente, prescritti dalla legge, ma la loro scaturigine ed il loro sviluppo era dovuto a prassi spontaneamente affermatesi nei tribunali fallimentari. In altri termini, un istituto *praeter legem*, che si è imposto quale carattere costante nel susseguirsi di diverse ed

²⁶ T. A. BARNES, *The plain meaning of automatic stay in bankruptcy: the void/voidable distinction revisited*, loc. cit.

²⁷ A. H. FELLER, *Moratory legislation: a comparative study*, cit., 1077.

effimere legislazioni federali in materia concorsuale, al fine di far fronte a problemi pratici, alla cui risoluzione tali leggi non avevano adeguatamente provveduto.

È proprio l'analisi storica dell'istituto che, ci pare, può ora aiutarci a ricostruire l'esatta natura giuridica dell'*automatic stay*.

Come più volte si è avuta occasione di affermare nel corso di detta indagine storica, i menzionati poteri di adottare provvedimenti di natura inibitoria, o sospensiva, delle iniziative creditorie nei confronti del debitore e della massa fallimentare, sin dalle prime decisioni giudiziali hanno trovato giustificazione nei poteri di *equity* che ogni legge concorsuale riconosceva in capo al tribunale investito della procedura. Come meglio si vedrà, tali provvedimenti assumevano precisamente la forma di *injunctions*, definibili in prima battuta quali rimedi di natura equitativa con cui l'istante può domandare all'autorità giudiziaria la pronuncia di un provvedimento che ordini o vieti il compimento di un'azione, allorché non sia fruibile un adeguato rimedio legale e sussista, per il richiedente, in mancanza di un intervento tempestivo, il rischio di soffrire un pregiudizio irreparabile²⁸.

Consci di esporre concetti già noti, appare opportuno, a questo punto, dedicarci ad un breve approfondimento sull'equità, e sui rimedi che nella medesima trovano il proprio fondamento, al fine di acquisire le nozioni necessarie per cercare un riscontro sull'esattezza della tesi appena abbozzata.

L'*equity*, di origine inglese, costituisce un corpo di norme sviluppatesi al fine di mitigare la severità della *common law*, e trova la propria fonte nei poteri giurisdizionali residuali del Re – la cd. *prerogative of mercy* -, che il *Lord Chancellor* esercitava per portare giustizia tra i soggetti dell'ordinamento, in circostanze in cui, per qualche motivo, giustizia non potesse essere ottenuta in un tribunale di *common law*²⁹.

I diritti soggettivi riconosciuti dalla *common law* primitiva, infatti, non erano il frutto di un processo di sviluppo sistematico ed integrato, bensì erano sorti in maniera del tutto empirica, tramite l'episodica creazione, in via giurisprudenziale, di

²⁸ Si veda, in prima battuta, la definizione di *injunction* fornita da B. A. GARNER, *Black's law dictionary*, cit., 855.

²⁹ J. E. MARTIN, *Hanbury & Martin modern equity*, London, 2008, 4; G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, 22 s. Per un approfondimento delle ragioni storiche che hanno condotto alla nascita dell'*equity*, quale strumento di temperamento del *rigor iuris*, si veda pure il contributo di A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 311 s. e 321 s.

una speciale azione per la tutela del particolare interesse di volta in volta affermato: in altri termini, un diritto sostanziale esisteva nella misura in cui vi fosse uno strumento giudiziario – cd. *remedy* – atto a farlo valere³⁰. Fu proprio dal moltiplicarsi delle situazioni nelle quali non era possibile fruire di un adeguato *remedy* di *common law* che l'*equity* trovò l'occasione della propria nascita³¹. Essa costituiva, dunque, una fonte autonoma del diritto, da cui scaturiva un tipo speciale di giustizia, esercitata solo da tribunali speciali, in quanto autorizzati alla concessione di tale peculiare forma di tutela³².

Si trattava, originariamente, di norme dettate dalla coscienza e dal senso di giustizia del singolo *Chancellor*, in quanto tali idonee, verosimilmente, a condurre ad una decisione differente rispetto a quella, evidentemente inadeguata, ottenibile innanzi all'ordinario tribunale³³; solo a partire dal '600, con l'ascesa, agli uffici di Cancelliere, di giuristi in luogo di ecclesiastici, iniziò un lento processo di sviluppo di un sistema basato su norme, principi e precedenti, progressivamente più prevedibile e sottratto all'arbitrio del singolo³⁴.

Proprio in corrispondenza del principio di tale processo, iniziò altresì a dibattersi sulla possibilità, per il *Chancellor*, di pronunciare *injunctions*, un potere, questo, che suscitava non poche perplessità poiché ritenuto idoneo, in quanto in grado di impedire il compimento di azioni legalmente riconosciute, a rendere inoperante la *common law*; il contrasto trovò tuttavia una composizione nell'affermazione del principio per cui i rimedi in esame non avrebbero avuto siffatta efficacia sulla legge,

³⁰ Per l'esattezza, il sistema di amministrazione della giustizia vigente in Inghilterra nei secoli successivi all'XI, era fondato sul sistema dei *writs*, ossia documenti contenenti l'ordine impartito dal Re al convenuto di compiere una determinata attività, pena l'instaurazione di un giudizio dinanzi al giudice ivi designato. Ogni *writ* tendeva pertanto alla tutela di una particolare pretesa, fondata su determinate premesse: nei casi in cui non vi fosse un *writ* utilizzabile – il cui processo creativo si arrestò tra il XIII e il XIV secolo –, non vi era un *remedy at law* esperibile e, quindi, neppure un diritto sostanziale protetto dalla *common law*: per tali nozioni, si rinvia di nuovo a A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, cit., 317 s.; G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 20 s.

³¹ Da ciò, il carattere integrativo, o suppletivo – e, perciò, non autosufficiente –, dell'*equity* rispetto alla *common law*, e la sua conseguente mancanza di organicità e sistematicità: sul punto si legga A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, cit., 315 e, spec., 331 s.; per alcuni esempi, si veda pure G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 22 s.

³² A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, cit., 313 s. Si tenga presente che nel corso del XIX secolo sia in Inghilterra che in quasi tutti gli Stati degli Stati Uniti si è attuata un'unificazione della *law* e dell'*equity*, con l'eliminazione, di conseguenza, del doppio sistema di tribunali (*courts of law* e *courts of equity*).

³³ J. E. MARTIN, *op. cit.*, 7 s.; A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, cit., 323; G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 23 s.

³⁴ J. E. MARTIN, *op. cit.*, 13 s.; un'analisi di tale evoluzione è svolta anche da A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, cit., 336 s.

essendo strumenti destinati ad operare esclusivamente *in personam*, e quindi sul singolo individuo, comandandogli, su basi equitative, di non procedere nelle proprie iniziative giudiziali: non era dunque la legge ad essere affetta e menomata dal rimedio di equità, bensì il singolo soggetto dell'ordinamento, sulla base di superiori istanze di giustizia. In tal modo, l'*equity* espressa dalle *injunctions*, da mezzo di distruzione della *common law* divenne uno strumento di sua giusta realizzazione³⁵.

Si cristallizzò, così, una definizione moderna di *injunction*, nei termini di provvedimento *in personam* mediante il quale, sulla base di determinati principi di equità, ad un certo soggetto viene richiesto oppure vietato il compimento di una determinata azione: in particolare, il compimento di un atto verrà comandato quando ciò appaia essenziale ai fini della giustizia, mentre verrà proibito quando la sua verifica appaia, all'opposto, contraria all'equità ed al buon senso³⁶. Le caratteristiche essenziali del rimedio sono state individuate nell'essere frutto dell'esercizio di un potere discrezionale del tribunale, basato sull'impossibilità, per l'ordinamento di *common law*, di offrire un rimedio adeguato per far fronte al pregiudizio che con l'*injunction* si vuole prevenire – ciò che equivale ad affermarne la natura residuale -, nonché, come detto, operante *in personam*, ossia pronunciato e diretto nei confronti del singolo, che in caso di mancata ottemperanza all'ordine può essere dichiarato in *contempt of court*³⁷.

Per quanto riguarda il contenuto che tale provvedimento può assumere, è possibile, per l'istante, richiedere la concessione di diversi tipi di *injunction*: per quanto rileva ai nostri fini, è utile distinguere tra *mandatory* (o *affirmative*) *injunctions*, volte cioè a comandare il compimento di uno specifico atto o l'assunzione di una determinata condotta, e *prohibitory* (o *restrictive*) *injunctions*, che costituiscono la tipologia

³⁵ J. E. MARTIN, *op. cit.*, 12 s.; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *Civil procedure*, cit., 629.

³⁶ H. C. JOYCE, *A treatise on the law relating to injunctions*, Albany, 1909, 1, 2 s.; J. E. MARTIN, *op. cit.*, 34 s.; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 630; nella dottrina italiana, si legga M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 394, oltre a G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 184 e A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, II, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1118.

³⁷ Ossia, sottoposto a diverse possibili sanzioni, civili o penali, per aver tenuto un comportamento disobbediente o irrispettoso nei confronti dell'autorità del tribunale, anche tramite l'inottemperanza ai comandi da esso pronunciati: per queste caratteristiche, si veda J. E. MARTIN, *op. cit.*, 797 s.; M. TARUFFO, *op. cit.*, 396; A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, II, cit., 1118 s.; nonché i cenni in G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 185 e 187. Proprio la possibilità di comminare una sanzione, nel caso di una loro violazione, richiede che le attività comandate o proibite dalle *injunctions* siano descritte nei termini più precisi ed analitici possibili, al fine di assicurare al destinatario la certezza in ordine alle condotte consentite e quelle, viceversa, vietate.

di più frequente concessione, finalizzate a proibire o limitare determinate attività³⁸; in secondo luogo, e in relazione alla loro efficacia temporale, possono essere pronunciate *perpetual* (o *permanent* o *final*) *injunctions*, se emanate mediante provvedimenti definitivi, idonei a concludere la controversia – salva la possibilità di modifica o revoca in caso di successivo mutamento delle circostanze -, e *interlocutory* (o *interim* o *preliminary*) *injunctions*, provvedimenti cautelari di carattere temporaneo, pronunciati prima o durante il giudizio sul merito, in contraddittorio con la controparte, ove sussista il rischio di verificazione di un pregiudizio irreparabile nel tempo occorrente per addivenire alla decisione finale; esse sono naturalmente destinate ad essere confermate ovvero revocate con il provvedimento conclusivo del giudizio³⁹. Ove il pregiudizio sia così imminente da non consentire neppure la convocazione della controparte, è inoltre possibile richiedere una *ex parte injunction*, ossia *inaudita altera parte*, con contraddittorio differito: essa, infatti, mantiene la propria efficacia per un termine massimo di quattordici giorni – prorogabili per eccezionali motivi -, entro i quali dovrà essere chiesta una *preliminary injunction*⁴⁰.

Conclusa questa breve, ma necessaria, rassegna del rimedio equitativo in questione, è ora possibile spostare nuovamente l'attenzione del discorso sull'*automatic stay*.

I provvedimenti che, a partire dal caso *Ex parte Christy*⁴¹, i tribunali fallimentari iniziarono a pronunciare per inibire le iniziative aggressive dei singoli creditori del fallito, al fine di proteggere i beni confluiti nella massa fallimentare e così posti sotto la propria *custodia legis*, costituiscono con tutta evidenza *prohibitory injunctions*, pronunciate sulla base dei poteri equitativi a detti organi riconosciuti. Mediante la loro pronuncia, infatti, il tribunale fallimentare ordinava al creditore – si trattava

³⁸ H. C. JOYCE, *op. cit.*, 174 s., che le definisce pure «preventive»; J. E. MARTIN, *op. cit.*, 795 s.; B. A. GARNER, *Black's law dictionary*, loc. cit.; A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, II, cit., 1118; più recentemente, P. PUCCIARIELLO, G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. Capponi (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, 55.

³⁹ H. C. JOYCE, *op. cit.*, 190 s.; J. E. MARTIN, *op. cit.*, 796; B. A. GARNER, *Black's law dictionary*, loc. cit.; G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *Civil procedure*, cit., 404; A. P. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, II, loc. cit.

⁴⁰ J. E. MARTIN, *op. cit.*, 797; B. A. GARNER, *Black's law dictionary*, loc. cit.; H. C. JOYCE, *op. cit.*, 199 s.; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 631; G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. loc. cit.*; M. TARUFFO, *op. cit.*, 395; G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 185 s. Le *preliminary* e le *ex parte injunctions* – cd. *temporary restraining orders* - sono oggi espressamente disciplinate dalla Rule 65 delle *Federal Rules of Civil Procedure*.

⁴¹ Cap. I, § 2.

infatti, come specificato a suo tempo, di provvedimenti *in personam* - di non instaurare o proseguire giudizi e, soprattutto, procedimenti esecutivi nei confronti del fallito ovvero dei beni di sua proprietà o del patrimonio fallimentare, così sopperendo alla mancanza, nella medesima legge, di adeguati strumenti che consentissero di pervenire al medesimo risultato, ossia di prevenire un pregiudizio irreparabile, rappresentato dal rischio di disgregazione e dissoluzione della massa, viceversa da devolvere alla soddisfazione dei creditori tutti, nel rispetto dei principi della *par condicio*.

Le leggi successive alla citata pronuncia, come visto, recepirono progressivamente tale prassi, codificando detti poteri sospensivi in espresse previsioni legislative⁴²; ma, nell'ambito di un processo di graduale perfezionamento normativo, l'*equity* continuava ad irrompere con interventi interstiziali tesi a colmare i vuoti normativi persistenti e a comminare divieti ulteriori a quelli espressamente prescritti, segnando così decenni di interventi correttivi della legge federale, in conformità a ciò che appariva più giusto ed equo, a tutela di tutti gli interessi coinvolti nella procedura: un esempio di tale processo può essere rinvenuto nei *temporary restraining orders* che, nell'ambito di un procedimento disciplinato dal *Chapter X del Bankruptcy Act* del 1898, come modificato dal *Chandler Act*, il tribunale pronunciava in via d'urgenza al fine di sospendere le iniziative creditorie nell'attesa che lo *stay* automaticamente decorrente dal provvedimento di approvazione del piano da parte del tribunale entrasse in funzione⁴³: essi costituivano, con tutta evidenza, delle *ex parte injunctions*, funzionali ad apprestare una tutela immediata all'istante, differendo il contraddittorio con il creditore ad un momento successivo.

La testimonianza più lampante del fenomeno evolutivo appena descritto, tuttavia, è forse costituita dalle *Rules of Bankruptcy Procedure*: le disposizioni sullo *stay*, forgiate dalla Corte Suprema, da un lato recepivano le norme del vigente *Bankruptcy Act*, che già offrivano al debitore strumenti protettivi assai più evoluti, e perciò più adeguati, rispetto alle normative precedenti, e dall'altro provvedevano a

⁴² Si pensi, ad esempio, alle sezioni 77 e 77B, introdotte negli anni '30, che positivizzarono il potere del tribunale di sospendere le iniziative esecutive dei creditori privilegiati, recependo la prassi prima fondata sui generici poteri equitativi che la sez. 2a(15) conferiva ai tribunali fallimentari al fine di garantire il raggiungimento degli scopi della procedura.

⁴³ Cap. I, § 4.3; ma si pensi pure, per fare un ulteriore esempio, al potere di sospendere l'inizio di nuovi giudizi di merito, che sempre nei poteri di *equity* del tribunale fallimentare trovò la propria fonte, a fronte della sez. 11 della legge fallimentare del 1898, che si occupava espressamente solo dei giudizi già pendenti.

congiungervi i residui accorgimenti fino a quel momento ancora affidati ai poteri di *equity* dei tribunali fallimentari. In altri termini, una positivizzazione del vigente e confuso apparato di protezione del debitore, in parte - e a volte con decorrenza automatica -, prescritto *ex lege*, e per il residuo ancora lasciato agli interventi equitativi dell'autorità giudiziaria. E tale processo, in verità, come si vedrà trattando dei possibili utilizzi dell'attuale sez. 105(a) del *Bankruptcy Code* – disposizione equivalente alla previgente sez. 2a(15) -, non può dirsi esaurito neppure oggi⁴⁴.

Il moderno *automatic stay*, dunque, non può che essere considerato quale il risultato di un lento e progressivo processo di recezione legislativa di prassi nate dall'*equity*, che si sono storicamente affermate, sviluppate, e sempre più raffinate all'interno dei tribunali fallimentari. La sua natura giuridica, pertanto, non può che essere rinvenuta nelle *injunctions*⁴⁵.

L'opinione contraria, riportata nel paragrafo precedente, pretende di negare il legame tra *automatic stay* ed *equity* sulla base di due argomenti. Si dice, nello specifico, che nel caso del moderno *automatic stay* l'efficacia protettiva, anzitutto, scatta in via automatica e necessaria, nonché, in secondo luogo, che è presunto in via assoluta il pregiudizio derivante dalla possibilità che i creditori possano liberamente aggredire il debitore ed i suoi beni – e proprio tale presunzione giustificerebbe l'automaticità descritta; nel caso delle *injunctions*, all'opposto, il potere di concessione da parte del tribunale è discrezionale e subordinato alla dimostrazione, da parte dell'istante, di un pregiudizio irreparabile⁴⁶.

Appare a questo punto lampante, crediamo, la censura di astoricismo cui poc'anzi si accennava.

Che l'istituto in commento sia oggi dotato del carattere dell'automaticità, o necessità, nella produzione degli effetti suoi propri, nel momento della presentazione della *petition*, è certo un dato innegabile, forse al punto da costituirne il tratto in asso-

⁴⁴ Il riferimento è a quanto si dirà nel corso del Cap. III, Sez. I, § 1.1, e nella successiva Sez. II, §§ 5, 10.

⁴⁵ Che l'*automatic stay* costituisca una *injunction*, è affermazione pure in B. A. BLUM, *op. cit.*, 243 s.; D. R. COWANS, *op. loc. cit.*; proprio di *statutory injunction*, ossia imposta direttamente dalla legge, peraltro, discorre L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; in giurisprudenza, si legga il caso *Mueller v. Nugent*, 184 U.S. 1 (1902), 14.

⁴⁶ T. A. BARNES, *The plain meaning of automatic stay in bankruptcy: the void/voidable distinction revisited*, cit., 313.

luto più caratterizzante⁴⁷. Ma tale caratteristica, lungi dall'essere un aspetto originario nella disciplina dello *stay*, è stata da quest'ultimo assunta proprio in virtù del fenomeno di progressivo sviluppo e raffinamento degli strumenti nati dall'esperienza curiale testé descritta, fenomeno che, nel recepimento operato dal legislatore, ha progressivamente sposato nuove esigenze emerse dalla prassi, quale, in particolare, la necessità di anticipare il più possibile la produzione dell'effetto sospensivo, al fine di ridurre al minimo il rischio di disgregazione della massa fallimentare, nell'interesse non solo del debitore, ma altresì del ceto creditorio e della stessa amministrazione della procedura: ciò che si è tradotto, in ultima istanza, nel ritenere che il rischio di un pregiudizio per il patrimonio del debitore ricorra sempre, a fronte della presentazione di una *petition*, sicché la produzione dello *stay* deve verificarsi quale sua conseguenza automatica.

La vicenda descritta si presta ad essere efficacemente illustrata mediante il ricorso al concetto di presunzione – in particolare, come si vedrà tra breve, di presunzione legale relativa –, capace di chiarire in maniera ottimale il meccanismo di funzionamento dell'*automatic stay* e l'evoluzione che tale meccanismo ha conosciuto: ferma, naturalmente, la scarsa sovrapponibilità da un punto di vista squisitamente dogmatico dei due fenomeni – quello presuntivo e l'*automatic stay* –, dato che non ci troviamo di fronte ad una semplificazione della fattispecie normativa funzionale al riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva ed alla concessione della tutela richiesta⁴⁸, bensì alla mera produzione automatica di un effetto giuridico di tipo sospensivo.

Se l'automaticità, come detto, è una connotazione peculiare che, al termine del suo sviluppo, l'istituto in rassegna ha infine assunto, non può tuttavia essere dimenticato come l'operatività dello strumento originario fosse, all'opposto, condizionata alla discrezionalità del tribunale, che valutava l'opportunità della concessione o meno dell'inibitoria vagliando le esigenze di tutela dell'amministrazione della massa fallimentare: tali esigenze costituiscono oggi oggetto di una sorta di presunzione le-

⁴⁷ A questo punto della trattazione non siamo ancora, o almeno non del tutto, in possesso degli strumenti necessari per affermare se l'aspetto più caratterizzante dell'*automatic stay* sia il suo contenuto sospensivo, ovvero il carattere di automaticità della produzione dei suoi effetti: tale questione, la cui soluzione è comunque già intuibile in queste pagine, sarà più diffusamente ripresa in seguito (Cap. III, Sez. II, § 10).

⁴⁸ Per questi concetti, con riguardo all'ordinamento italiano, si rinvia a G. FABBRINI, voce *Presunzioni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 282 s.

gale⁴⁹. Ciò che un tempo costituiva emanazione di un potere discrezionale del tribunale fallimentare, rappresenta oggi l'espressione della volontà del Congresso, confluita nella sez. 362 del *Bankruptcy Code*⁵⁰.

Una breve riflessione – che si avrà modo di approfondire oltre⁵¹ –, merita dunque l'affermazione appena svolta, ossia che la sez. 362 racchiuda oggi un meccanismo operativo assimilabile ad una presunzione legale, o, meglio, una *presumption of law*: una regola probatoria, cioè, che ricollega la produzione di un determinato effetto giuridico alla integrazione di una determinata fattispecie⁵². Anche il diritto statunitense, peraltro, conosce la ripartizione tra presunzioni relative, o *iuris tantum*, denominate *inconclusive* o *rebuttable presumptions*, nel vigore delle quali è fatta salva la possibilità, per la parte a cui sfavore la presunzione è posta, di presentare una prova contraria, evitando così la produzione dell'effetto giuridico in questione, e presunzioni assolute, o *iuris et de iure*, denominate *conclusive* o *irrebuttable presumptions*, che, all'opposto, non ammettono prova contraria⁵³. Non ci sembra di cadere in errore, dunque, affermando che la disposizione racchiusa nella sez. 362 preveda la produzione di un effetto giuridico in conseguenza del perfezionamento di una vicenda simile a quelle tipicamente poste a fondamento di una *rebuttable presumption*: è ivi previsto, infatti, che all'integrazione della fattispecie posta a base del meccanismo presuntivo – ossia, la presentazione della domanda di ammissione ad una delle procedure previste dal *Bankruptcy Code* –, consegua in via diretta ed immediata la realizzazione dell'effetto giuridico ad essa connesso, ossia l'*automatic stay*, senza che il soggetto a cui favore opera la presunzione, ossia il debitore, debba fornire la prova del fatto presunto, da individuarsi nel pregiudizio che la procedura subirebbe in man-

⁴⁹ Per una qualificazione della sez. 362 come una “*presumption*”, si veda pure D. G. BAIRD, *op. cit.*, 195.

⁵⁰ Per tutti, W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:5.

⁵¹ In particolare nel corso del Cap. III, Sez. III.

⁵² Per tutti, J. H. WIGMORE, *A treatise on the anglo-american system of evidence*, 3rd ed., Boston, 1940, IX, 288; si legga altresì la voce *presumption*, in B. A. GARNER, *Black's law dictionary*, cit., 1304.

⁵³ Oltre a B. A. GARNER, *Black's law dictionary*, cit., 1304 s., si veda J. H. WIGMORE, *op. cit.*, 289 e 292, ove pure la precisazione che le *conclusive presumptions* non sarebbero regole probatorie bensì piuttosto regole di diritto sostanziale, in quanto tali da escludere dai *principles of evidence*; in senso conforme, G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 467; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 941. Sul tema generale delle presunzioni, si vedano altresì i contributi di C. T. MCCORMICK, *Charges on presumptions and burden of proof*, in 5 *N.C. L. Rev.* (1927), 289 s.; E. M. MORGAN, *Observations concerning presumptions*, in 44 *Harv. L. Rev.* (1931), 906 s.; per l'ordinamento italiano, si rinvia di nuovo a G. FABBRINI, *op. loc. cit.*

canza della protezione accordata; sarà invece il creditore, ossia il soggetto contro cui la presunzione opera, a dover offrire la prova contraria, vertente o su fatti opposti a quello presunto – e, quindi, la mancanza di pregiudizio in capo al debitore in ipotesi di cessazione dell'*automatic stay* -, o su fatti incompatibili con l'esistenza del medesimo - ossia la sussistenza di un pregiudizio in capo al creditore in caso di sua prosecuzione -, al fine di ottenere la disapplicazione della disciplina invocata, ossia, nel caso che ci occupa, la concessione di un provvedimento giudiziale di liberazione – cd. *relief* – dall'*automatic stay*⁵⁴.

L'indagine svolta, crediamo, costituisce ulteriore conferma dell'origine e della natura dell'*automatic stay*, conclusione che non può certo essere confutata da un superficiale confronto tra il moderno istituto, nella sua attuale configurazione, e le antichissime *injunctions*.

Se un esempio, esso sì, di *moratory law* si voglia rinvenire tra le normative analizzate nel corso del precedente capitolo, esso va piuttosto ricercato nel cd. *Frazier-Lemke Act*, e nella sottosezione (s) in quell'occasione inserita nella sez. 75. Tale previsione, come si ricorderà, prevedeva una procedura liquidatoria d'emergenza, a favore dell'imprenditore agricolo, nel corso della quale il tribunale era tenuto a sospendere i procedimenti contro il medesimo ed il suo patrimonio per un periodo di cinque anni: essa trovava la sua *ratio* giustificatrice nella crisi che aveva investito il settore agricolo in coincidenza della grande depressione del 1929⁵⁵. La temporaneità della misura, introdotta per superare una crisi che aveva colpito una determinata categoria imprenditoriale, e quindi calibrata per operare per il periodo presumibilmente necessario a favorirne il superamento, unitamente all'assenza di qualsivoglia valutazione discrezionale da parte del tribunale, che solo in virtù dell'esecuzione del piano previsto nella speciale procedura doveva disporre la menzionata sospensione quinquennale, costituiscono un duplice dato che inequivocabilmente fa propendere per la considerazione di tale *stay* in termini di moratoria, e non certo di rimedio di *equity* che, all'opposto, nasce e si sviluppa da una valutazione ponderata dei differenti inte-

⁵⁴ Come anticipato, sulla questione, anche allo scopo di meglio definire le possibili prove contrarie producibili dal creditore al fine di vincere la presunzione legale relativa che la sez. 362 pone a suo sfavore, si avrà modo di tornare nel corso del Cap. III, Sez. II, trattando del procedimento per ottenere la liberazione dall'*automatic stay*.

⁵⁵ Cap. I, § 4.1; per una sintetica disamina, si legga pure, per tutti, F. C. ROBERTS, *The new Frazier-Lemke Act – its provisions, its constitutionality*, cit., 15.

ressi coinvolti in una procedura fallimentare, quale istituto stabilmente preordinato a ricondurre ad equità una legislazione fatalmente lacunosa.

Per quanto concerne, infine, l'effetto precipuo prodotto dall'operatività dell'*automatic stay*, va evidenziata la natura processuale, e non certo sostanziale, dell'istituto in commento.

L'effetto sospensivo, come più volte accennato, opera *in personam* nei confronti dei creditori del soggetto istante, precludendo ai medesimi il compimento di diverse attività, giudiziali e non: proprio quest'ultimo dato, del divieto parimenti operante con riguardo alle iniziative extragiudiziali, costituisce ulteriore conferma dell'incidenza dell'inibitoria sul singolo creditore piuttosto che, ad esempio, direttamente sulla pendenza del giudizio. È il singolo creditore a costituire il destinatario del comando racchiuso nella sez. 362 del *Bankruptcy Code*, ed esso solo, a tale comando, deve conformarsi, in assonanza all'operatività *in personam* delle *injunctions*.

L'*automatic stay*, in altri termini, crea in capo al destinatario del comando in esso racchiuso dei doveri positivi di comportamento, variamente finalizzati a sospendere quelle attività che possano arrecare molestia ai beneficiari della protezione: in caso di mancato adeguamento, così come di deliberata violazione, tale soggetto sarà dunque individualmente chiamato a rispondere delle relative conseguenze⁵⁶.

Il contenuto dell'effetto in esame, come si accennava, riveste natura processuale: l'*automatic stay*, infatti, non è istituto volto ad incidere, modificandoli, sui diritti sostanziali dei creditori, quanto a precludere l'utilizzo degli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione dei medesimi per ricercare ed ottenere la soddisfazione di tali posizioni giuridiche soggettive, sospendendone la fruibilità per il tempo in cui si protrae la sua operatività; esso, in altri termini, non incide sul contenuto delle posizioni sostanziali delle parti, bensì solo sui mezzi che il creditore ha a disposizione per ottenere la prestazione dovuta, ritardando la possibilità di accedervi per il tempo in cui, stante l'apertura di una procedura fallimentare, tale soddisfazione deve avvenire in via concorsuale, innanzi all'autorità giudiziaria a ciò competente, e non individuale⁵⁷.

⁵⁶ Dei doveri positivi imposti dall'*automatic stay*, e delle conseguenze derivanti dalla sua violazione, si tornerà più diffusamente nel corso del Cap. IV.

⁵⁷ A. N. RESNICK, *op. cit.*, 67; B. A. BLUM, *op. cit.*, 246; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 61 e 70; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 602 s.

CAPITOLO TERZO

L'AMBITO DI EFFICACIA DELL'*AUTOMATIC STAY*

SEZIONE PRIMA

L'EFFICACIA SOGGETTIVA DELL'*AUTOMATIC STAY*

1. I beneficiari dell'effetto protettivo: a) il debitore

Variamente disseminati tra gli otto numeri identificanti le iniziative specificamente precluse ai creditori¹, i beneficiari della protezione offerta dall'*automatic stay* sono individuati dalla sottosezione (a) della sez. 362 del *Bankruptcy Code* in tre distinte entità, ossia «*the debtor*», «*the property of the estate*», nonché «*the property of the debtor*»: sia le iniziative personalmente rivolte al debitore, che quelle aventi ad oggetto il suo patrimonio personale, ovvero quello fallimentare, sono dunque assoggettate all'efficacia protettiva in esame².

Se tale efficacia soggettiva tridimensionale dell'*automatic stay* trova corrispondenza, nella dimensione processuale, nella tradizionale distinzione, peculiare all'ordinamento statunitense, tra *proceedings in rem* e *proceedings in personam* – i primi, aventi ad oggetto una controversia riguardante determinati beni o *status*, i secondi, instaurati avverso una determinata persona -, dall'altro, e più genericamente, si giustifica altresì con le finalità perseguite dall'istituto, già illustrate nel corso del precedente capitolo: se il debitore, grazie all'istituto in commento, viene posto al riparo dalle iniziative aggressive provenienti dai propri creditori, ivi compresi, naturalmente, i tentativi di costituire diritti di prelazione sui suoi beni personali, diviene d'altra parte essenziale proteggere, al contempo, i beni confluiti nel patrimonio falli-

¹ Cui, di nuovo, ci si riferisce per comodità espositiva, salvo procedere all'identificazione delle precise «*entities*» destinatarie del divieto in esame nel corso del successivo § 4.

² S. V. KELLEY, *Ginsberg & Martin on bankruptcy*, 5th ed., 1, cit., § 3.01[C]; D. G. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, cit., 47; L. B. BARTELL, *Visualizing bankruptcy*, cit., 76; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *Bankruptcy*, cit., 178; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *Bankruptcy*, cit., 66; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 10.

mentare, per garantire che i relativi momenti di liquidazione e ripartizione tra i creditori concorsuali avvengano in maniera ordinata e coordinata innanzi al tribunale fallimentare³.

Occorre sin d'ora avvertire che le precise iniziative che l'*automatic stay* preclude ai creditori si differenziano a seconda di quale sia il beneficiario preso in considerazione: l'ambito oggettivo della protezione, in altri termini, e come meglio si vedrà nella prossima Sezione, varia a seconda che sia posto a vantaggio del debitore, della massa fallimentare, ovvero del patrimonio personale del debitore⁴.

Il primo soggetto a beneficiare dell'inibitoria comandata dalla sez. 362 è dunque il debitore, ossia colui che abbia presentato domanda di ammissione ad una delle procedure concorsuali disciplinate dal *Bankruptcy Code*, ovvero che della medesima sia stato il destinatario⁵: potrà trattarsi, pertanto, di un imprenditore individuale o collettivo, soggetto ad una procedura di *liquidation*, ai sensi del *Chapter 7* della legge, ovvero di *reorganization*, ai sensi del successivo *Chapter 11*; oppure di un *family farmer* o di un *fisherman with regular annual income*, ovvero ancora di un *individual with regular income* coinvolti in una procedura di ristrutturazione dei debiti, ai sensi, rispettivamente, dei *Chapters 12* e *13* della legge fallimentare statunitense.

Appare peraltro opportuno anticipare sin d'ora che la legge, con riferimento ad alcune categorie di debitori, a danno dei quali vengono disposte specifiche limitazioni alla possibilità di presentare una seconda domanda di ammissione ad una delle procedure summenzionate, stabilisce l'inoperatività dell'*automatic stay*: poiché, peraltro, l'esclusione degli effetti protettivi è prevista solo con riguardo ad una specifica iniziativa creditoria, di tale questione, nel rispetto della *sedes materiae* prescelta

³ Per tutti, D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *Bankruptcy*, cit., 66 s. Appare opportuno ricordare, inoltre (ma si vedano i cenni già effettuati nel Cap. II, § 1), che l'efficacia protettiva, nei confronti delle tre entità soggettive appena illustrate, si configura in maniera differente a seconda del momento in cui la pretesa fatta valere sia sorta: se si tratti, cioè, di crediti sorti anteriormente o successivamente alla data del deposito della *petition*; sul punto, essenziale per comprendere il raccordo tra l'*automatic stay* e i contigui istituti della *discharge* e del *fresh start*, si avrà modo di tornare più approfonditamente oltre (in particolare, Cap. III, Sez. II, §§ 6.1, 7.2, 8).

⁴ Già da ora, tuttavia, questo dato non può essere trascurato, al fine di meglio comprendere, ad esempio, il significato di quanto si dirà con riguardo alla disciplina dei beni sopravvenuti (*infra*, § 2) ovvero di quelli che dall'*estate* confluiscono nei beni di proprietà del debitore (*infra*, § 3).

⁵ L'*automatic stay*, come si ricorderà, si produce infatti sia nei *voluntary* che negli *involuntary proceedings*: per tutti, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *Collier on bankruptcy*, 16th ed., 3, cit., § 362.02; sul punto, pure D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 68.

dal legislatore statunitense, si parlerà discorrendo delle eccezioni all'ambito oggettivo di operatività dell'*automatic stay*⁶.

Tutte le iniziative extragiudiziali, nonché i *proceedings in personam*, che abbiano quale destinatario tale soggetto – e salve le eccezioni espressamente dettate dalla sottosezione (b) -, sono dunque impediti dall'operatività dell'*automatic stay*. Rinviando a quanto già si è detto del corso del precedente capitolo riguardo alle *rationes* sottese all'istituto, basti qui ricordare soltanto che tale disciplina, con particolare riguardo alle iniziative giudiziali, trova giustificazione nell'esigenza di assicurare che la soddisfazione delle pretese sorte nei confronti del debitore antecedentemente al deposito della *petition* avvenga innanzi al tribunale fallimentare, nell'ambito della procedura avviata: la sospensione in rassegna è esattamente finalizzata ad impedire al creditore di assumere iniziative in luogo diverso rispetto a quello del *forum concursus*, ciò che comporterebbe, con tutta evidenza, una diseconomica moltiplicazione di tempi, costi, nonché una inefficiente gestione della procedura⁷.

1.1. L'efficacia dell'automatic stay nei confronti dei terzi. Natura eccezionale della sez. 362 del Bankruptcy Code. Possibilità di ricorso in via integrativa alla sez. 105(a) del Bankruptcy Code

Se l'*automatic stay* è idoneo a fornire una diretta e immediata protezione al debitore che abbia richiesto l'ammissione ad una delle procedure predisposte dal *Bankruptcy Code*, di tale protezione, naturalmente, non potranno godere altri soggetti, ossia i terzi: in particolare, nel silenzio della legge sul punto, non potranno avvalersene tutti quei terzi che, pur essendo *in bonis*, si trovino legati al debitore da un qualche rapporto giuridico⁸.

È il caso, ad esempio, dell'ammissione ad una procedura concorsuale di una *partnership*: poiché nessuna norma prevede che a tale evento consegua

⁶ Il riferimento è alla sez. 362(b)(21) del *Bankruptcy Code*, in materia di *petition* presentata dal cd. *ineligible debtor* o in violazione di un precedente provvedimento del tribunale fallimentare, per cui si rinvia al Cap. III, Sez. II, § 10.4.

⁷ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[B]; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 67 e 69.

⁸ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[3][d]; W. R. NORTON, JR., *Norton bankruptcy law and practice*, 2nd ed., 2, cit., § 36:4; D. R. COWANS, *Cowans bankruptcy law and practice*, cit., 2, 469 s.; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 203; D. G. EPSTEIN, *op. loc. cit.*; A. N. RESNICK, *Bankruptcy law manual*, cit., 69 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 68 s.

l'assoggettamento automatico al procedimento dei *general partners*, ossia dei soci illimitatamente responsabili della medesima, lo *stay* di cui si trovi a beneficiare l'ente societario non può estendersi anche a detti soci, che rimarranno perciò esposti alle iniziative creditorie nei limiti della loro responsabilità⁹.

Altra ipotesi è costituita dai garanti del debitore, nei cui confronti i creditori di quest'ultimo rimangono liberi di procedere, senza essere assoggettati a preclusione alcuna¹⁰.

L'affermazione appena compiuta – ossia che la protezione offerta dall'*automatic stay* riguarderebbe solo il debitore istante, non potendo gli effetti protettivi ad esso connessi, in mancanza di una previsione normativa in tal senso, andare a beneficio di soggetti terzi -, non ha, tuttavia, valenza assoluta, conoscendo temperamenti espressamente dettati dalla legge, nonché la possibilità di essere superata in via giudiziale.

Quanto ai primi, il riferimento è alle sezioni 1201 e 1301 del *Bankruptcy Code*, le quali, rubricate «*Stay of action against codebtor*» dettano una disciplina particolare con riguardo alle procedure recuperatorie di *adjustment of debts of a family farmer or fisherman with regular annual income (Chapter 12)* e di *adjustment of debts of an individual with regular income (Chapter 13)*. Entrambe le citate disposi-

⁹ A meno che, naturalmente, anche i *general partners* presentino o siano destinatari di una *petition of bankruptcy*, nel qual caso pure nei loro confronti entrerebbe in funzione la protezione offerta dall'*automatic stay*: ma si tratterebbe, con tutta evidenza, di un *automatic stay* distinto ed autonomo rispetto a quello operante nei confronti della società. Sul tema, si veda A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*

Ciò, almeno per quanto riguarda la disciplina del fallimento – e, quindi, della *liquidation* disciplinata dal *Chapter 7* -, differenzia l'ordinamento statunitense da quello italiano ove, come noto, l'art. 147 l. fall. prescrive che il fallimento della società produca in via automatica il fallimento dei soci illimitatamente responsabili della medesima, cui si applicherà, da tale momento, il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali prescritto dall'art. 51. Con riguardo alla disciplina del concordato preventivo, viceversa, la normativa italiana appare peggiore rispetto a quella statunitense: l'ammissione di una società alla procedura, come noto, non produce l'assoggettamento alla medesima pure dei suoi soci illimitatamente responsabili, i quali, tuttavia, non rivestendo la qualifica di imprenditori commerciali, non possono essere soggetti personalmente ad una procedura di natura concorsuale, diversamente dalle possibilità offerte dalla normativa statunitense. Qualche spiraglio in tal senso, tuttavia, sembra essersi aperto con la recente introduzione, ad opera della legge 27 gennaio 2012, n. 3, delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, cui il socio illimitatamente responsabile può senz'altro richiedere l'ammissione *iure proprio*: sul tema, G. TRISORIO LIUZZI, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore civile e del consumatore dopo il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 397; nonché, se si vuole, M. MONTANARI, V. BARONCINI, *Appunti sulle procedure concorsuali minori*, cit., 48; in termini dubitativi, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 401.

¹⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, *op. loc. cit.*; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 569.

zioni, infatti, prevedono che l'*automatic stay* che la legge ricollega al deposito di una *petition* per l'ammissione ad una delle menzionate procedure si produca anche nei confronti dell'individuo – da intendersi esclusivamente quale persona fisica - che sia coobbligato ovvero garante del debitore con riguardo ad un *consumer debt* del medesimo, ossia di un debito da egli contratto per motivi personali, familiari, ovvero domestici, e purché l'assunzione di tale garanzia non sia avvenuta nell'ambito dell'ordinario corso degli affari del medesimo condebitore¹¹: la *ratio* di tali disposizioni risiede, evidentemente - oltre che in una logica di stimolo per i consumi -, nell'esigenza di evitare che il debitore sia sottoposto a quelle pressioni indirette che gli deriverebbero dalle iniziative che fossero comunque esercitabili dai creditori nei confronti di parenti o di persone altrimenti legate al medesimo da vincoli affettivi, e che presumibilmente si siano impegnati nella garanzia dell'adempimento delle obbligazioni summenzionate¹².

Al di fuori delle due ipotesi menzionate, nessuna disposizione del *Bankruptcy Code* prevede l'operatività dell'*automatic stay* oltre i confini soggettivi posti dalla sez. 362¹³.

A tal proposito, è opportuno menzionare la prassi affermatasi in alcuni tribunali, ove, al fine di superare la rigidità del dettato normativo, si è proceduto ad applicare analogicamente la sez. 362 a vantaggio di soggetti terzi in presenza di *unusual circumstances*: queste ultime ricorrerebbero, in particolare, allorché si verifici una sorta di identificazione tra il debitore ed il terzo, tale per cui le conseguenze negative che interessano la sfera giuridica di quest'ultimo finiscano per pregiudicare, di fatto,

¹¹ In virtù di ciò, la protezione sarà esclusa, ad esempio, nei confronti di un socio del debitore istante.

¹² Tale aspetto sarebbe inoltre idoneo a fugare ogni dubbio circa la costituzionalità della disciplina testé esposta. Il *codebtor stay*, infatti, è istituito funzionale, in prima battuta, alla protezione del debitore principale, mentre la protezione del soggetto coobbligato o garante degrada ad una conseguenza meramente secondaria nel perseguimento di tale fine: con ciò si esclude che, con tali norme, si sia introdotta un'illegitima discriminazione, derivante dall'aver esteso l'effetto sospensivo in rassegna ad un soggetto che non riveste la qualifica di debitore ai sensi del *Bankruptcy Code*. Sulla disciplina in discorso, si rinvia a A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 8, §§ 1201.01, 1301.01, 1301.02 e 1301.04; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.03[B]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *Introduction to bankruptcy law*, cit., 395 e 464 s.; D. G. EPSTEIN, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 77; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 49 s.

¹³ In particolare, e restando tra i Capitoli di natura riorganizzativa, nessuna analoga disposizione è dettata nell'ambito del *Chapter 11*: sulla tematica, si legga il contributo specifico di B. L. ZARETSKY, *Codebtor stays in chapter 11 bankruptcy*, in 73 *Cornell L. Rev.* (1988), 214 s.

il primo, con conseguente riemersione della *eadem ratio* di tutela degli interessi della procedura sottesa all'ordinario operare dell'*automatic stay*¹⁴.

La possibilità di applicare analogicamente la sez. 362 del *Bankruptcy Code* a vantaggio di soggetti diversi da quelli ivi espressamente contemplati merita, tuttavia, una riflessione più profonda. Nel corso dell'indagine svolta sulla natura giuridica dell'*automatic stay*¹⁵, abbiamo dimostrato che l'odierno istituto è il risultato di un lento e progressivo processo di recezione normativa di poteri giudiziali di natura equitativa, infine culminato nella configurazione di un meccanismo protettivo a produzione automatica, ove tale automatica operatività si spiega con l'istituzione di una presunzione legale circa la sussistenza di un pregiudizio ai danni della procedura in assenza di uno strumento protettivo. In altri termini, l'*automatic stay* pone il suo beneficiario in una posizione di assoluto vantaggio, esonerandolo dall'onere di dimostrare la sussistenza degli ordinari presupposti necessari per la pronuncia di un provvedimento inibitorio, essendo l'esistenza dei medesimi presunta *iuris tantum*: un vantaggio processuale¹⁶ del tutto eccezionale, giustificato esclusivamente dalle acclamate esigenze di tutela di cui si è detto, e che si riflette sulla natura altrettanto eccezionale della norma racchiusa nella sez. 362 del *Bankruptcy Code*. Ne consegue, dunque, l'impossibilità di applicare analogicamente tale norma a favore di soggetti diversi da quelli ai quali il legislatore ha espressamente deciso di accordare un siffatto vantaggio¹⁷, mentre rimane possibile, all'opposto, procedere ad una sua interpretazione

¹⁴ Tale prassi, per l'esattezza, si è affermata a partire dal caso *A. H. Robins Co. v. Piccinin*, 788 F.2d 994 (1986), 999, che ha individuato le menzionate *unusual circumstances* nelle ipotesi di identificazione tra il debitore ed un terzo convenuto in un giudizio extrafallimentare, tale per cui il primo possa dirsi essere il reale destinatario della sentenza che sarà ivi emanata: è il caso, ad esempio, del terzo che vanta nei confronti del debitore il diritto ad un totale indennizzo per ogni conseguenza negativa che gli derivi, appunto, dall'esito del giudizio extraconcorsuale, sicché appare opportuna l'applicazione anche nei suoi confronti della protezione offerta dall'*automatic stay*: sul punto, D. R. COWANS, *op. cit.*, 470; D. G. BAIRD, *The elements of bankruptcy*, cit., 195.

¹⁵ Cap. II, § 3.2.

¹⁶ Per la natura processuale delle norme che disciplinano le presunzioni legali relative, si veda, nella nostra dottrina, V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, 768; conf., implicitamente, con riguardo all'ordinamento statunitense, L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *Civil procedure*, cit., 942.

¹⁷ Il ricorso all'analogia *iuris* – sebbene, naturalmente, sia più frequentemente l'applicazione analogica di precedenti giudiziari –, trova cittadinanza anche nel diritto statunitense, seppure non sia fatto oggetto di una specifica norma di legge, assimilabile al nostro art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale. A tal riguardo, si ritiene che il ricorso all'analogia incontri il proprio limite nei rapporti tra Congresso e potere giudiziario: quest'ultimo, in particolare, non godendo della legittimazione democratica propria del primo, è chiamato ad un uso cauto dell'analogia. Si può affermare, dunque, che ove una norma posta dal legislatore assuma i caratteri dell'eccezionalità il giudice non possa liberamente applicarla a disciplinare casi e situazioni dalla medesima non espressamente contemplati. Sulla pro-

estensiva, al fine di garantire la più ampia protezione possibile al debitore ed alle altre entità ivi individuate¹⁸.

Quanto detto, tuttavia, non è destinato a lasciare una lacuna incolmabile nel sistema, ogniqualvolta ci si trovi ad affrontare situazioni in cui, in effetti, pare opportuno intervenire a protezione pure di soggetti sì terzi, eppure in qualche modo legati al debitore. Con riguardo a tali situazioni rimane infatti possibile – ed è questa, appunto, la soluzione che ci pare più corretta – ricorrere agli strumenti offerti dai poteri equitativi riconosciuti al tribunale fallimentare dalla sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*: ed è appunto questa possibilità di deroga di natura giudiziale l'altra ipotesi di temperamento alla regola generale dei limiti soggettivi di efficacia della protezione cui si è fatto riferimento. La norma citata, in particolare, riconosce al tribunale fallimentare il potere di emanare i provvedimenti che si rendano necessari o opportuni al fine del raggiungimento degli scopi della procedura: si tratta di un potere, di natura equitativa, equivalente a quello dettato dalla sez. 2a(15) nell'ambito del *Bankruptcy Act* del 1898¹⁹. Sulla scorta di tale previsione, comunemente si ammette il potere del tribunale di pronunciare, sulla base di una valutazione discrezionale, provvedimenti di tipo inibitorio aventi contenuto o, per quanto qui interessa, destinatari differenti rispetto alle prescrizioni della sez. 362, ove ricorrano i presupposti tradizionalmente richiesti per la pronuncia di una *injunction*²⁰: in tal modo, dunque, si garantisce comunque a soggetti terzi la possibilità di ricevere, ove appaia opportuno e necessario, un'adeguata protezione di fronte alle possibili iniziative aggressive dei creditori del debitore principale, ma tale possibilità rimane subordinata alla disciplina ordinaria, e

blematica menzionata si leggano le considerazioni di R. A. POSNER, *Legal reason: the use of analogy in legal argument*, in 91 *Cornell L. Rev.* (2006), 773 s.

¹⁸ Operazione effettuata nel caso *In re Lockard*, 884 *F.2d* 1171 (1989), 1177 s., ma ivi pervenuta a una soluzione negativa (si trattava, in particolare, della possibilità di ricomprendere determinati beni della *property of the estate*).

¹⁹ Già analizzato, come si ricorderà, nel corso del Cap. I della presente trattazione. Per alcune considerazioni di ordine generale su tale norma, si veda A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 2, § 105.01.

²⁰ Ossia, come costantemente affermato in giurisprudenza in materia fallimentare [per tutte, si veda il caso *In re Eagle-Picher Industries, Inc.*, 963, *F.2d* 855 (1992), 858]: a) la verosimile fondatezza della domanda nel merito; b) la probabilità, per l'individuo o per la massa fallimentare, di subire un pregiudizio irreparabile in mancanza del provvedimento richiesto; c) che il pregiudizio, che la procedura fallimentare subirebbe in assenza dell'*injunction*, sia maggiore rispetto a quello che dovrebbe sopportare il terzo destinatario della medesima – in modo che la valutazione comparatistica degli interessi in gioco risulti a vantaggio della prima; d) la considerazione, infine, di istanze di pubblico interesse, in particolare con riguardo al tipo di azione giudiziale che si mira a sospendere: per tali nozioni, si rinvia a A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, §105.03[1]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[B]; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 97, nt. 2; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 48.

dunque alla previa dimostrazione da parte dei medesimi del pregiudizio cui essi verrebbero esposti, senza possibilità di beneficiare dell'eccezionale vantaggio configurato dalla presunzione racchiusa nella sez. 362, quale fondamento per la produzione automatica dello *stay*²¹.

Nei confronti di garanti, fideiussori, soci illimitatamente responsabili del debitore, la concessione dell'inibitoria fondata sulla sez. 105(a) diviene quindi opportuna nei casi in cui le iniziative creditorie nei loro confronti siano idonee a pregiudicare gli esiti della procedura fallimentare, stante, in particolare, la possibilità per quest'ultima di avvalersi delle risorse economiche e finanziarie messe a disposizione da tali categorie di condebitori (si pensi, ad esempio, al caso in cui un piano di risanamento predisposto nell'ambito di una procedura di *reorganization* preveda l'intervento di terzi garanti quale fattore determinante per l'esito positivo della proposta): tali risorse, con tutta evidenza, verrebbero distratte da tale destinazione nel caso in cui il condebitore dovesse impegnarsi altrove a fronteggiare il contenzioso instaurato nei suoi confronti²².

Legittimo è domandarsi, a questo punto, quale sia l'elemento idoneo a fondare la *jurisdiction* del tribunale fallimentare a pronunciare provvedimenti a contenuto inibitorio a favore di soggetti terzi rispetto alla procedura: ricordando quanto si è detto con riguardo al *Bankruptcy Act* del 1898, ed alla *jurisdiction* ivi basata sul criterio della *custodia legis*, seppur intesa in senso estensivo – e quindi idonea a comprendere i beni in proprietà del debitore ovunque situati –, è evidente, infatti, che in siffatte condizioni, la pronuncia di una sospensione a vantaggio di un mero condebitore non sarebbe rientrata tra i poteri del tribunale. La facoltà di cui ora è discorso, infatti, è dovuta ad una delle principali novità dell'attuale disciplina fallimentare, ossia alla più ampia *jurisdiction* che, come già si è avuta occasione di accennare, la sez. 1334(b) del Titolo 28 dello *United States Code* accorda alle *district courts* e, così, al-

²¹ Per una lettura restrittiva, guidata dal principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, e in quanto tale contraria a qualsivoglia possibilità di prevedere *stays* a favore di terzi, in quanto ciò tradirebbe la volontà espressa dal Congresso, si legga però la sintesi di M. D. LEAL, *The power of the bankruptcy court: section 105*, in 29 *S. Tex. L. Rev.* (1988), 514 s.

²² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 105.04[1]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.03[C][2]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *op. loc. cit.*; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 204; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 98; D. G. BAIRD, *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 190; D. G. EPSTEIN, *op. loc. cit.*; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 571; con specifico riguardo alla procedura di *reorganization* disciplinata dal *Chapter 11*, B. L. ZARETSKY, *Co-debtor stays in chapter 11 bankruptcy*, 237 s., 255 s. e 274 s.

le *bankruptcy courts for the district*: una *jurisdiction*, cioè, idonea a ricomprendere tutti i procedimenti civili che insorgano nell'ambito del *Bankruptcy Code*, ovvero che derivino o siano altrimenti collegati a casi in detto ambito scaturiti²³. Tra i procedimenti civili collegati ad una procedura disciplinata dalla legge fallimentare, in particolare, la giurisprudenza pacificamente ricomprende i giudizi il cui esito possa essere idoneo ad arrecare pregiudizio alla massa attiva fallimentare²⁴: ove la richiesta di *stay* a favore del condebitore sia giustificata dalla possibilità, in caso di sospensione delle iniziative creditorie avverso il medesimo, di apportare un contributo essenziale alla procedura, il tribunale fallimentare potrà pertanto affermare la propria *jurisdiction* e pronunciare il provvedimento equitativo offerto dalla sez. 105(a)²⁵.

1.1.1. Automatic stay e giudizi con pluralità di parti: permissive e required joinder of parties

Discorrendo dell'efficacia dell'*automatic stay* nei confronti dei terzi, una menzione a parte, per la particolare rilevanza che essa assume nell'ambito della presente indagine, merita la questione circa l'incidenza esercitata dagli effetti protettivi in esame sui giudizi con pluralità di parti (cd. *joinder of parties*), una delle quali, naturalmente, sia il debitore che abbia richiesto l'ammissione ad una delle procedure disciplinate dal *Bankruptcy Code*.

Anche il diritto processuale civile statunitense, come noto, conosce, nell'ambito di una disciplina regolatrice delle cause soggettivamente complesse flessibile ed improntata ad assicurare, quale obiettivo primario, l'economia dei giudizi²⁶, la distinzione tra litisconsorzio facoltativo – cd. *permissive joinder of parties* – e litisconsorzio necessario – cd. *required joinder of parties* -, sicché l'indagine dovrà procedere analizzando partitamente le due fattispecie²⁷. Poiché, peraltro, e come meglio

²³ Nella dottrina italiana, si veda A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 222; nonché i cenni compiuti *retro*, Introduzione, § 3, nonché Cap. II, § 2, nota 19.

²⁴ Per tutte, *In re Pacor, Inc.*, 743 F.2d 984 (1984), 994.

²⁵ Sul punto, si veda anche B. L. ZARETSKY, *Co-debtor stays in chapter 11 bankruptcy*, cit., 222 s.

²⁶ G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *Civil procedure*, cit., 241.

²⁷ Per alcuni cenni sulle nozioni cui si è fatto riferimento nel testo si rinvia, nella nostra dottrina, a G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., 177 s.

vedremo²⁸, la sospensione offerta dalla sez. 362 del *Bankruptcy Code* riguarda solamente i giudizi instaurati contro il debitore, l'ipotesi da prendere in considerazione è precisamente quella dei litisconsorzi passivi (cd. *joinder of defendants*).

Prendendo le mosse dalla prima, tra le fattispecie soggettivamente complesse testé menzionate, il *permissive joinder of defendants* è disciplinato dalla *rule 20(a)(2)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, che l'instaurazione di tale tipo di litisconsorzio consente al ricorrere di due circostanze previste in via cumulativa: anzitutto, che il diritto dell'attore, sorto da un unico e medesimo fatto giuridico, sia fatto valere nei confronti di più persone, in via solidale, parziaria o subordinata, e, in secondo luogo, che la controversia verta su una questione di fatto o di diritto comune a tutti i convenuti²⁹.

Poiché caratterizzato, naturalmente, dalla scindibilità del cumulo soggettivo, e quindi dalla possibilità che ciascun litisconsorte sia citato in giudizio separatamente³⁰, la pendenza di un *permissive joinder of defendants* non importa particolari criticità nel momento in cui sopravvenga l'*automatic stay* nei confronti del litisconsorte-debitore, in quanto l'efficacia sospensiva ad esso connessa potrà incidere esclusivamente nella sfera giuridica di quest'ultimo: così, il giudice potrà procedere ad estromettere tale soggetto dal giudizio, ovvero a separare la causa intercorrente tra lui e l'attore³¹, mentre il processo originario potrà proseguire nei confronti degli altri litisconsorti facoltativi *in bonis*. Questi ultimi, pertanto, non beneficeranno degli effetti sospensivi in discorso, né ne subiranno la sopravvenienza in via riflessa, in quanto il

²⁸ Cap. III, Sez. II, § 6.1, trattando della sottosezione (a)(1).

²⁹ Il testo della norma, per la precisione, recita: «*Persons [...] may be joined in one action as defendants if: (A) any right to relief is asserted against them jointly, severally, or in the alternative with respect to or arising out of the same transaction, occurrence, or series of transactions or occurrences; and (B) any question of law or fact common to all defendants will arise in the action*».

Non è necessario, dunque, che tutte le questioni siano comuni, ma è sufficiente la comunanza anche di una sola questione che, peraltro, non deve necessariamente essere contestata, sicché l'eventuale ammissione o non contestazione, da parte di uno dei convenuti, circa l'esistenza del fatto posto a base della questione comune non è impeditiva della possibilità di instaurare il litisconsorzio; gli unici limiti, oltre alle condizioni testé esposte, riguardano il rispetto delle norme in materia di *subject-matter jurisdiction*, *personal jurisdiction* e *venue* (ossia la competenza territoriale): in argomento, G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 557 s.; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 727 s.; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *Civil procedure*, cit., 351 s.

³⁰ L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 728; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 354 s.

³¹ Si veda, a tal proposito, la *rule 21* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ai sensi della quale il tribunale, su istanza di parte o d'ufficio può, in ogni momento, e ove sussistano le condizioni, estromettere una parte dal giudizio, ovvero disporre la separazione di una delle cause cumulate.

giudizio nei confronti dei medesimi potrà comunque proseguire³². Rimane tuttavia ferma la possibilità, per i medesimi, di domandare al tribunale fallimentare un adeguato provvedimento sospensivo del giudizio anche nei loro confronti, ai sensi della citata sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*: tale richiesta può trovare fondamento, ad esempio, nel pregiudizio che l'*automatic stay* produce nei loro confronti, stante la conseguente impossibilità di proporre domande incidenti – cd. *cross-claims* – contro il debitore³³, ovvero la mancata partecipazione di quest'ultimo alla cd. *discovery*, ossia il procedimento volto a rendere edotta ogni parte delle prove di cui dispongono le altre parti, e ad acquisire gli elementi istruttori che possano rivelarsi utili³⁴; oppure, ancora, l'opportunità di sospendere il giudizio anche nei confronti dei litisconsorti *in bonis* può ricollegarsi all'esigenza di scongiurare una moltiplicazione dei giudizi, e le conseguenti diseconomie³⁵. Si noti che, in questa circostanza, il provvedimento inibitorio diviene opportuno, ai sensi della sez. 105(a), al fine di garantire che il raggiungimento degli scopi della procedura non comporti iniquità a danno di altri soggetti: una giustificazione, dunque, differente dalle esigenze di protezione analizzate poc'anzi, con riguardo ai coobbligati del debitore.

Diversa, evidentemente, è la situazione che si presenta nel caso in cui, nell'ambito del giudizio extrafallimentare, sussista un litisconsorzio (passivo) necessario, ossia un *required* (o *compulsory*) *joinder of parties*, tra il debitore ed uno o più

³² Sul tema, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 3, § 362.04[3]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.03[C][1]; D. R. COWANS, *op. cit.*, 471; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *Creditors' rights in bankruptcy*, cit., 178; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 70; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 71; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 570 s. L'ipotesi tipica di litisconsorzio facoltativo passivo è rappresentata dall'ipotesi di più soggetti coobbligati per una medesima obbligazione, di origine contrattuale ovvero per fatto illecito.

³³ L'istituto del *cross-claim* è disciplinato dalla *rule 13(g)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, e consiste nella pretesa che una parte può far valere nei confronti di un litisconsorte, «*if the claim arises out of the transaction or occurrence that is the subject matter of the original action or of a counterclaim, or if the claim relates to any property that is the subject matter of the original action*»: sul tema, L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 665; G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 254 s.; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 377 s.

³⁴ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*

³⁵ Si tratta dell'argomento speso nel notissimo caso *Lynch v. Johns-Manville Sales Corp.*, 710 F.2d 1194 (1983), 1199, ove una domanda di risarcimento del danno non patrimoniale era stata proposta nei confronti di diversi produttori di amianto. A seguito delle richieste di ammissione ad una procedura di *reorganization*, con conseguente produzione dell'*automatic stay* a vantaggio di due soli convenuti, gli altri litisconsorti *in bonis* domandarono la pronuncia di un provvedimento sospensivo ai sensi della sez. 105(a) al fine, appunto, di evitare la frammentazione dei giudizi: il tribunale, tuttavia, rigettò la richiesta, rilevando che predominanti, rispetto a tale valore, fossero gli interessi propri delle parti attrici, e segnatamente la circostanza che molti di essi ed alcuni testimoni cruciali fossero sul punto di morire, e dunque si rendesse necessario procedere con urgenza.

soggetti *in bonis*. L'istituto è disciplinato dalla precedente *rule 19* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ove è previsto che, se possibile, il litisconsorzio debba essere instaurato al ricorrere di tre circostanze, previste in via alternativa: per quanto qui interessa, rileva la prima delle ipotesi previste, ossia la circostanza che, in mancanza di un litisconsorte, il tribunale non possa concedere una tutela completa all'attore nei confronti delle parti presenti³⁶.

Se viene accertato che una *required party* non è stata citata, il tribunale deve ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti della medesima: ove ciò, tuttavia, si riveli non praticabile³⁷ – ed è proprio tenendo conto di questa eventualità che è presente l'inciso “se possibile” nel testo della norma –, il tribunale deve determinare se, «*in equity and good conscience*», l'azione possa comunque proseguire nei confronti delle sole parti presenti ovvero debba essere chiusa con una pronuncia di *cd. dismissal*³⁸.

È proprio in questa duplicità dei possibili sviluppi della controversia che s'inserisce l'ulteriore sottopartizione, peculiare all'ordinamento statunitense e sconosciuta, viceversa, a quello italiano, che dottrina e giurisprudenza hanno individuato all'interno della categoria generale di *required parties*: ivi si distingue, infatti, tra *necessary parties*, ossia quelle che devono essere incluse nella causa, ma il cui eventuale e giustificato *nonjoinder*³⁹ non comporta la chiusura del giudizio, e *indispensable parties*, ossia quelle la cui partecipazione è così essenziale al fine della risoluzione della controversia che, nell'impossibilità di citarle in giudizio, la causa non può esse-

³⁶ Solo tale ipotesi, infatti, appare applicabile all'ipotesi di litisconsorzio necessario passivo, mentre sono evidentemente dedicate alla fattispecie attiva le altre condizioni, che si verificano quando il litisconsorte rivendichi un diritto relativo all'oggetto della controversia, tale per cui una decisione presa in sua assenza è idonea a menomare o impedire la possibilità, per tale soggetto, di tutelare adeguatamente la propria situazione, ovvero a lasciare una delle parti presenti, evidentemente convenuta, esposta al rischio di dover rispondere più volte dell'obbligazione assunta in virtù di un medesimo rapporto obbligatorio, con una moltiplicazione di giudizi; su tale norma, si vedano L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 710 s.; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 355.

³⁷ Ad esempio, per difetto di *personal* o *subject-matter jurisdiction* o di *venue* in capo al tribunale: per tutti, L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 711.

³⁸ Il *dismissal* costituisce una pronuncia di rigetto che può essere fondata su diversi motivi tra cui, in particolare, il mancato rispetto, da parte dell'attore, di una condizione di procedibilità o di ammissibilità. L'ampia gamma di situazioni che possono dare luogo ad una pronuncia di *dismissal*, peraltro, si riflette sull'altalenante natura che può essere riconosciuta alla relativa pronuncia: se, cioè, costituisca un provvedimento «*on the merits*», e dunque idoneo a produrre gli effetti di *res judicata*, oppure no, come sembrerebbe nel caso qui in commento. Sul tema, si rinvia a D. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, 2007, 231 s.

³⁹ Ossia, appunto, l'impossibilità di integrare il contraddittorio nei confronti di una parte, da considerarsi *required* ai sensi della *rule 19*: per tutti, G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 244.

re proseguita⁴⁰. La disciplina degli effetti prodotti dalla mancata instaurazione, originaria o successiva, del litisconsorzio necessario, non comporta dunque nel diritto processuale statunitense, sempre ed ineludibilmente le gravi conseguenze previste nell'ordinamento italiano, ossia l'estinzione del processo o l'inesistenza della sentenza che sia comunque pronunciata, pur nella mancata integrazione del contraddittorio: se la parte assente sia soltanto *necessary*, infatti, è ben possibile, pur a fronte della sua mancata partecipazione al processo, proseguire il giudizio se il tribunale discrezionalmente valuti che è possibile rendere utilmente ed equamente una decisione anche tra le sole parti presenti⁴¹; ove, all'opposto, la parte sia *indispensable*, il giudice dovrà optare per l'improcedibilità del giudizio, e quindi ordinarne la chiusura⁴².

Se una parte rivesta la qualifica di *necessary* ovvero *indispensable*, tuttavia, non è questione predeterminata dalla legge, la quale piuttosto si limita, con la *rule* 19(b), a dettare al giudice alcuni criteri guida, idonei a coadiuvarlo in una valutazione che rimane comunque discrezionale, da effettuarsi caso per caso; egli dovrà considerare, in particolare: se una sentenza resa in assenza della parte qualificata come *required* possa pregiudicare quest'ultima ovvero le altre parti del giudizio; se tale pregiudizio possa essere adeguatamente evitato con opportune disposizioni che egli stesso può adottare; se la tutela accordata a contraddittorio non integro sia comunque adeguata e soddisfacente per le parti presenti; infine, se l'attore possa comunque ottenere un'adeguata tutela alternativa ove il giudizio venga chiuso in rito per *nonjoinder*⁴³.

⁴⁰ Su tale ripartizione, G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 283; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. loc. cit.*; nella nostra dottrina, L. ZANUTTIGH, *L'utilità della decisione nel litisconsorzio necessario e nel «necessary joinder of parties»*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 694.

⁴¹ Sul punto, si veda pure, nella nostra dottrina, G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 180.

⁴² Di nuovo, G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 285; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 356.

⁴³ La norma citata, in particolare, è la seguente: «*If a person who is required to be joined if feasible cannot be joined, the court must determine whether, in equity and good conscience, the action should proceed among the existing parties or should be dismissed. The factors for the court to consider include: (1) the extent to which a judgment rendered in the person's absence might prejudice that person or the existing parties; (2) the extent to which any prejudice could be lessened or avoided by: (A) protective provisions in the judgment; (B) shaping the relief; or (C) other measures; (3) whether a judgment rendered in the person's absence would be adequate; and (4) whether the plaintiff would have an adequate remedy if the action were dismissed for nonjoinder*». Sul tema, L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. loc. cit.*; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 362 s.; per una valorizzazione pure dell'interesse pubblico ad evitare una moltiplicazione dei giudizi, G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 286 s.; per un'analisi della norma nel suo antico tenore ove, alla stregua del nostro art. 102 c.p.c., essa rappresentava una cd. norma in bianco, L. ZANUTTIGH, *L'utilità della decisione*, cit., 695 s.

Solo se, all'esito di questa valutazione, al tribunale appaia chiaro che non è in alcun modo possibile evitare i menzionati pregiudizi derivanti dalla definizione della controversia a contraddittorio non integro né integrabile, la parte assente sarà dichiarata *indispensable*, e si procederà alla chiusura in rito del giudizio⁴⁴.

Terminata la disamina della disciplina generale del *required joinder of parties*, possiamo volgere nuovamente l'attenzione alle interrelazioni tra la medesima ed il sopravvenuto *automatic stay*.

Se il debitore è un soggetto dotato della qualifica di *required defendant*, cosicché s'imponga come necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti del medesimo, occorre dunque preliminarmente valutare se tale integrazione sia possibile: a tal fine, è evidente come la protezione offerta dall'*automatic stay* si estenda ad impedire qualsiasi iniziativa giudiziale esperibile nei confronti del medesimo, ivi compresa la sua citazione nel giudizio, da instaurarsi o già pendente. L'*automatic stay*, in altri termini, costituisce precisamente una fattispecie di impossibilità di integrazione del contraddittorio nei confronti del debitore-*required defendant*. Tale dato, come visto, ci conduce all'interrogativo successivo, ossia alla necessità di verificare se tale soggetto sia una *necessary* ovvero una *indispensable party*, e dunque se la sua mancata assunzione della qualità di parte non impedisca la prosecuzione del giudizio nei confronti delle parti presenti, oppure se conduca ad una pronuncia di *dismissal*: l'indagine, naturalmente, sarà svolta valutando i fattori, poc'anzi illustrati, dettati dalla *rule* 19(b), e potrà sfociare o in una decisione di *dismissal* nei confronti di tutte le parti – salva la possibilità di instaurare la controversia nei confronti di tutti gli *indispensable defendants* quando sarà cessato l'effetto protettivo a favore del debitore –, ovvero nell'instaurazione o prosecuzione del giudizio nei confronti delle sole parti già costituite. Ad ogni modo, l'*automatic stay* intervenuto a protezione del debitore-*required defendant* impedisce l'attuazione del litisconsorzio necessario nei confronti del medesimo.

Nell'ipotesi, viceversa, in cui il litisconsorzio necessario sia già stato instaurato, in epoca antecedente al deposito della *petition*, nei confronti del debitore, occor-

⁴⁴ Per una lucida analisi del *modus procedendi* che il tribunale è tenuto a seguire, G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 292; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. loc. cit.*; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 365; si vedano pure i cenni in L. ZANUTTIGH, *L'utilità della decisione*, cit., 700.

re valutare quali conseguenze abbia, sul giudizio pendente, l'intervenuta inibitoria a favore di tale soggetto.

Abbastanza agevole ci pare la soluzione del problema per l'eventualità in cui il debitore sia un litisconsorte meramente *necessary*: poiché, in tal caso, l'indagine effettuata ai sensi della *rule* 19(b) ha condotto a qualificare il debitore nei termini di soggetto la cui mancata partecipazione al giudizio non impedisce la prosecuzione del processo nei confronti degli altri litisconsorti passivi *in bonis*, lo scenario non sarà dissimile rispetto a quanto visto con riguardo al *permissive joinder of defendants*. L'effetto sospensivo prodotto dall'*automatic stay*, dunque, inciderà solamente nella sfera giuridica del debitore, che verrà estromesso dal giudizio, la cui prosecuzione rimarrà comunque possibile nei confronti degli altri litisconsorti⁴⁵, salva la possibilità per questi ultimi di richiedere un provvedimento inibitorio ai sensi della sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*.

Più marcate criticità, viceversa, emergono nel caso in cui, al termine dell'analisi svolta ai sensi della citata *rule* 19(b), il giudice constati che il debitore sia una *indispensable party*: in tal caso infatti, come visto, la legge richiede ineludibilmente che il contraddittorio sia esteso anche a tale soggetto, pena la chiusura del processo. Ora, nel caso che ci occupa, la controversia era stata instaurata antecedentemente al deposito della *petition*, e pure il debitore era stato correttamente citato in giudizio per ivi assumere la qualità di parte; l'intervenuto *automatic stay* nei confronti di tale soggetto tuttavia comporta, come accennato, che il giudizio non possa essere proseguito nei suoi confronti: ma in questo caso, a differenza di quanto visto con riguardo alla fattispecie di *necessary party*, l'estromissione del debitore dal giudizio si rivela soluzione assai diseconomica, oltretutto *contra legem*, in quanto, come detto, la mancata assunzione della qualità di parte in capo ad un soggetto qualificato come *indispensable* comporta la pronuncia di un provvedimento di *dismissal*⁴⁶. Ne consegue, dunque, che le possibili strade percorribili siano due: vi è, anzitutto, la possibilità per l'attore di richiedere un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*

⁴⁵ Il riferimento è sempre alla *rule* 21 delle *Federal Rules of Civil Procedure*, che consente l'estromissione di una parte dal giudizio.

Sugli effetti dell'*automatic stay* nell'ipotesi in commento, D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*

⁴⁶ Per l'impossibilità di estromettere una *indispensable party* dal giudizio, si veda J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 355.

finalizzato a consentirgli la prosecuzione del giudizio nei confronti del debitore e, dunque, di tutti i litisconsorti necessari; in secondo luogo, correttamente si sostiene che l'inscindibilità della controversia imponga, evidentemente, che all'operatività dell'*automatic stay* sopravvenuto a vantaggio del debitore-litisconsorte necessario, possa conseguire la sospensione del processo anche a favore degli altri litisconsorti, al fine precipuo di garantire che la lite possa essere riassunta, nei confronti di tutti, dinanzi al tribunale fallimentare, ovvero ripresa, in sede extraconcorsuale, solo una volta che l'efficacia sospensiva intervenuta a favore del debitore sia cessata⁴⁷. A tal proposito, tuttavia, va osservato che la giurisprudenza è solita fondare tale sospensione su quella applicazione analogica della sez. 362 a favore di soggetti terzi, giustificata dal ricorso di *unusual circumstances*, di cui si è detto, circostanze che sarebbero integrate, per la precisione, da una sorta di identificazione, che qui si attua su un piano processuale, tra il debitore e gli altri litisconsorti necessari, da doversi considerare quali entità inestricabilmente connesse⁴⁸. Già si è avuto modo di esprimere la nostra opinione sull'orientamento appena descritto⁴⁹: la natura eccezionale della norma racchiusa nella sezione citata, che pone a favore del soggetto richiedente l'ammissione ad una delle procedure disciplinate dal *Bankruptcy Code* una presunzione legale relativa, unicamente giustificata dalla situazione peculiare in cui versa il soggetto a favore del quale essa è posta, si oppone alla possibilità di una sua applicazione a soggetti diversi dal debitore medesimo, sicché, anche in questo caso, appare preferibile il ricorso all'inibitoria ottenibile tramite i poteri conferiti al tribunale fallimentare dalla sez. 105(a). Nel caso di specie, peraltro, è ragionevole ritenere che tra i requisiti, già noti⁵⁰, previsti per la concessione di tale misura, il tribunale valuterà altresì le eventuali conseguenze negative derivanti dalla decisione di *dismissal* della domanda soggettivamente complessa.

2. Segue. b) il patrimonio fallimentare

⁴⁷ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*

⁴⁸ Tra i tanti, si veda il caso *Oklahoma federated gold and numismatics, Inc. v. Michael W. Blodgett*, 24 F.3d 136 (1994), 141 s.

⁴⁹ Si veda *supra*, § 1.1.

⁵⁰ E illustrati nella precedente nota 20.

La seconda categoria, tra i beneficiari degli effetti protettivi prodotti dall'*automatic stay* è rappresentata, come accennato, dalla massa fallimentare, ossia, per dirla con le parole utilizzate dalla sez. 362, «*the property of the estate*»⁵¹: essa, naturalmente, è composta dai cespiti del debitore che verranno destinati al soddisfacimento dei creditori, nell'ambito della procedura concorsuale avviata.

Tale entità trova specifica disciplina nella sez. 541 del *Bankruptcy Code*, ove è prescritto che con il deposito di una *petition* per l'apertura di uno dei procedimenti disciplinati dai *Chapters 7, 11, 12 o 13* della legge, si ha la creazione dell'*estate*⁵².

Esso, anzitutto, comprende, ai sensi della sottosezione (a) della norma da ultimo citata, tutti gli *interests in property*⁵³, di natura legale od equitativa, di cui il debitore sia titolare alla data di inizio della procedura, ovunque si trovino e da chiunque siano posseduti: essi, in altri termini, dal momento del deposito della *petition* confluiscono nella massa fallimentare. La norma è dunque idonea a ricomprendere tutti i tipi di situazioni giuridiche soggettive di vantaggio – e non solo, dunque, i diritti di proprietà – esistenti in capo al debitore, esercitabili su beni materiali od immateriali, nonché le pretese dal medesimo azionabili in giudizio; a tale generalissima e sostanzialmente onnicomprensiva disposizione, si aggiungono, tra l'altro, gli *interests in*

⁵¹ In generale, sull'argomento, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 5, § 541.01; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.03[C][2]; B. A. BLUM, *Bankruptcy and debtor/creditor*, cit., 291 s.; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 236 s.; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 29 s.; D. G. BAIRD, *op. cit.*, 95 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 91 s.; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 604; R. W. RIEHL, *Property of the estate*, in 1 *Bankr. Dev. J.* (1984), 331 s.; G. ORLANDI, *Property of the estate: section 541*, in 3 *Bankr. Dev. J.* (1986), 341 s.; S. C. GIESER, *Property of the estate: section 541(a)(1)*, in 4 *Bankr. Dev. J.* (1987), 123 s.

⁵² Per tutti, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.01[A]; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 29; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 65.

⁵³ Il termine "*interest*" indica una vastissima categoria giuridica idonea a ricomprendere qualsiasi diritto, pretesa, titolo, porzione, quota o partecipazione in un bene o diritto, o il bene o diritto stesso; per l'esattezza, esso è idoneo ad indicare, di volta in volta, un diritto in genere o una quota di esso, un interesse giuridico, un diritto sottoposto a condizione o a termine, un diritto acquisito, un'aspettativa di diritto o di fatto, uno *status* od altra situazione giuridica soggettiva, nonché un'obbligazione relativa ad un bene determinato, che trovi la propria origine nella *common law* ovvero nell'*equity*: per tali definizioni, F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Milano, 1984, 857.

È discusso se una situazione di mero possesso – ivi comprese quelle corrispondenti alla detenzione – possa essere ricondotta alla categoria degli *interests*, potendo così confluire nell'*estate*: in tal senso appare orientata la giurisprudenza maggioritaria [si veda, tra gli altri, il caso *In re International home design, Inc.*, 28 B.R. 584 (1983), 586]; per una sintesi della questione, in dottrina, R. W. RIEHL, *Property of the estate*, cit., 332; G. ORLANDI, *Property of the estate: section 541*, cit., 353 s.; *contra*, W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 35.

Se il debitore sia titolare di un determinato *interest in property*, costituisce evidentemente questione rimessa alla normativa extrafallimentare, perlopiù alle leggi statali: per tutti, di nuovo, G. ORLANDI, *Property of the estate: section 541*, cit., 343 s.; nonché il noto caso *Butner v. United States*, 440 U.S. 48 (1979).

community property del debitore e del coniuge, i frutti, gli incrementi ed i profitti della massa fallimentare, nonché ogni *interest in property* che l'*estate* acquisti successivamente all'inizio del procedimento⁵⁴. Particolare menzione, poi, meritano gli *interests in property* che il *trustee* recuperi al patrimonio fallimentare grazie all'esercizio dei suoi *turnover* o *avoiding powers*: nel primo caso, si tratta di cespiti sui quali il debitore vanti una situazione giuridica soggettiva di vantaggio e che si trovino, alla data di avvio del procedimento fallimentare, in possesso di terzi, sicché, con l'apertura della procedura, la massa diviene titolare nei confronti di tali soggetti di un diritto alla loro restituzione⁵⁵; nel secondo caso, viceversa, si è in presenza di un atto di esercizio, da parte del *trustee*, di poteri volti al recupero alla massa fallimentare di beni, diritti od altre situazioni soggettive che siano stati oggetto, da parte del debitore, di atti di disposizione prima o dopo il deposito della *petition*⁵⁶.

Una disciplina particolare, viceversa, è dettata con riguardo alle sopravvenienze: i beni e diritti che il debitore acquisisca dopo il deposito della *petition*, così come i guadagni derivanti da prestazioni di servizi da lui effettuate in epoca successiva a tale momento, infatti, generalmente non confluiscono nell'*estate*, essendo funzionali a garantirgli il *fresh start*, ossia la possibilità di instaurare nuovi rapporti giuridici sin dal giorno successivo alla richiesta di ammissione ad una procedura concorsuale⁵⁷; tuttavia, se ciò è vero per il procedimento di *liquidation* instaurato ai sensi

⁵⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 541.02; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.01[B]; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 65 s.; R. W. RIEHL, *Property of the estate*, cit., 338 s.; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 605; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 220 s.; S. C. GIESER, *Property of the estate: section 541(a)(1)*, cit., 124.

I beni e diritti espressamente esclusi dall'*estate*, viceversa, sono analiticamente individuati dalla lettera (b) della citata sez. 541.

⁵⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 541.03; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.04[A]; B. A. BLUM, *op. cit.*, 298; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 255.

I menzionati *turnover powers* sono disciplinati dalla sez. 542 del *Bankruptcy Code*, ove è previsto che qualsiasi soggetto – compreso lo stesso debitore – che sia in possesso, custodia o controllo di beni o diritti sui quali l'*estate* sia titolare di un *interest*, deve restituirli in natura o per equivalente al *trustee*: per i dovuti approfondimenti, si rinvia a L. B. BARTELL, *op. cit.*, 70 s.; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 36; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 223.

⁵⁶ Poteri disciplinati dalla successiva sez. 548: sul tema, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.03[D]; B. A. BLUM, *op. cit.*, 299 s.; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, loc. cit.

⁵⁷ Tale aspetto differenzia l'ordinamento statunitense da quello italiano, ove, in virtù dell'art. 42 l. fall. i beni che sopravvengano al fallito nel corso della procedura sono acquisiti al fallimento, sia pure, come si ritiene preferibile, previa manifestazione di volontà in tal senso del curatore: sul punto, per tutti, L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 107 s.

del *Chapter 7*, ciò non vale per le procedure di natura riorganizzativa disciplinate dai successivi *Chapters 11, 12 e 13*, ove dette acquisizioni, con riguardo al debitore persona fisica, costituiscono *property of the estate*, da destinare all'esecuzione del piano di risanamento, e in quanto tali protette dall'*automatic stay* specificamente posto a protezione dell'*estate*⁵⁸.

Una interessante criticità connessa alla definizione di cosa costituisca *property of the estate*, nel silenzio della legge sul tema, è rappresentata dalla sorte della cd. *arguable property*, ossia dei beni o diritti cd. litigiosi, relativamente ai quali, cioè, al momento della presentazione della *petition* sia incerta la sussistenza, in capo al debitore, di un *interest*: ciò, con tutta evidenza, acquista fondamentale importanza ai presenti fini, poiché alla spettanza o meno, in capo al debitore, di una determinata situazione giuridica soggettiva, rilevante in quanto idonea a confluire nell'*estate* in conseguenza della richiesta di ammissione ad una procedura concorsuale, consegue la sua assoggettabilità, o meno, alla protezione offerta dall'*automatic stay* alla massa fallimentare, e quindi, in ultima istanza, la possibilità per il creditore che, in tesi, neghi l'appartenenza del bene o del diritto al debitore - e dunque la successiva confluenza nella massa fallimentare -, di agire esecutivamente sul medesimo, senza l'onere di richiedere preventivamente la liberazione dallo *stay*, ovvero senza il ri-

⁵⁸ E si vedrà, nella successiva sezione del presente capitolo, cosa ciò effettivamente comporta. Basti qui anticipare che, nei confronti del debitore e del suo patrimonio personale, l'*automatic stay* esplica la propria efficacia preclusiva solo nei confronti dei creditori concorsuali, sicché, per quanto qui interessa, nell'ambito della procedura di *liquidation* i soggetti terzi che intraprendano nuovi rapporti giuridici con il debitore, in epoca successiva al deposito della *petition*, saranno liberi di agire nei confronti delle sopravvenienze - confluite, come detto, nella «*property of the debtor*», peraltro liberata, grazie alla *discharge*, dalle pretese residue dei creditori concorsuali -, coerentemente all'obiettivo di garantire a tale soggetto l'immediato *fresh start*. All'opposto, nelle procedure riorganizzative di cui ai *Chapters 11, 12 e 13*, l'*automatic stay* posto a protezione del patrimonio fallimentare ha efficacia con riguardo sia ai crediti concorsuali, che a quelli sorti successivamente al deposito della *petition*: pertanto, poiché le sopravvenienze confluiscono nell'*estate*, esse saranno inattaccabili anche per i soggetti terzi con i quali il debitore decida di intraprendere nuove relazioni giuridiche successivamente alla richiesta di ammissione ad una delle menzionate procedure, e ciò allo scopo di garantire che anche le sopravvenienze siano destinate all'esecuzione del piano. Le disposizioni di riferimento, per quanto riguarda i *Chapters* di natura riorganizzativa, sono, rispettivamente, le sezioni 1115(a), 1207(a) e 1306(a); sul tema, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.03; B. A. BLUM, *op. cit.*, 296 s.; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 29 e 35; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 239 s.; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 67; sulla sez. 1306, si vedano pure A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 8, § 1306.02[2] e [3]; T. E. RAY, *Post-petition claims and the automatic stay in chapter 13*, in 19 *A.B.I. J.* (2000), 12.

Un'ulteriore eccezione, poi, riguarda gli *interests in property* che il debitore acquisti nei 180 giorni successivi al deposito della *petition*: in particolare, ai sensi della citata sez. 541, indipendentemente dal tipo di procedura avviata, diventano di proprietà dell'*estate* i cespiti che, in tale arco temporale, il debitore acquisti per eredità o legato, in virtù di un accordo di divisione con il coniuge o di divorzio, ovvero come beneficiario di un'assicurazione sulla vita: per tutti, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.03[B].

schio di incorrere in una violazione del divieto imposto dalla sez. 362⁵⁹. In casi del genere, in altri termini, il riconoscimento della titolarità di un *interest in property* in capo al debitore costituisce una questione pregiudiziale rispetto alla sopravvenuta appartenenza del medesimo alla massa fallimentare, e quindi all'assoggettabilità al beneficio che l'*automatic stay* offre all'*estate*. È evidente, pertanto, che per procedere ad una qualsivoglia iniziativa che involga problematiche afferenti l'operatività dell'*automatic stay*, occorra preliminarmente risolvere la questione presupposta, ossia, appunto, quella attinente l'originaria esistenza della situazione giuridica soggettiva di vantaggio in capo al debitore. Siffatta problematica ha trovato soluzione, nella giurisprudenza statunitense, tramite una condivisibile valorizzazione di una, tra le fondamentali finalità perseguite dalla normativa, ossia l'esigenza di assicurare una paritaria distribuzione dell'attivo fallimentare tra i creditori, obiettivo che sarebbe evidentemente frustrato ove, ad esempio, si consentisse ad uno solo di essi di soddisfarsi su un bene la cui appartenenza al debitore, e quindi alla massa, sia ancora da accertare: tale argomento ha così condotto all'opportunità di affermare una presunzione di appartenenza della *arguable property* in capo al debitore, sicché la medesima, confluendo nell'*estate*, possa beneficiare appieno dell'*automatic stay*⁶⁰. Si può affermare, dunque, che tale istituto sia chiamato a svolgere, nella circostanza, una funzione simile a quella di un sequestro giudiziario, ossia la custodia del bene o del diritto durante il tempo necessario ad accertarne la titolarità; ne consegue che il creditore che voglia dimostrarne l'estraneità al patrimonio del debitore – e, di riflesso, alla massa fallimentare –, per poter liberamente agire in via esecutiva sul medesimo, sarà quindi onerato della previa richiesta di liberazione dall'*automatic stay*: la decisione circa la sussistenza, in capo al debitore, di un determinato *interest in property* non può dunque essere in alcun modo lasciata alla unilaterale iniziativa del creditore⁶¹.

L'*estate*, in conclusione, costituisce un patrimonio separato, di cui il debitore perde la proprietà, mentre il *trustee* ne assume la rappresentanza, sia sostanziale che

⁵⁹ Il caso tipico è rappresentato dall'incertezza circa l'appartenenza di un bene alla comunione legale tra i coniugi – uno dei quali sia il debitore –, piuttosto che al patrimonio personale di un coniuge, in particolare di quello *in bonis*.

⁶⁰ Si veda il caso *In re Chesnut*, 422 F.3d 298 (2005), poi seguito dal caso *In re Levenstein*, 371 B.R. 45 (2007).

⁶¹ Sul problema della *arguable property*, si legga il contributo specifico di D. B. LANGEHENNIG, S. MANZ, *To infinity and beyond: exploring the reach of the automatic stay*, in 30 *A.B.I. J.* (2011), 34 s.

processuale⁶². In quanto entità autonoma, la sez. 362 considera dunque partitamente la massa fallimentare quale beneficiaria dell'*automatic stay*, allo scopo di impedire le iniziative creditorie volte ad ottenere la soddisfazione delle relative pretese al di fuori dell'apposito procedimento, da svolgersi nelle forme concorsuali, dinanzi al tribunale fallimentare⁶³.

3. Segue. c) *il patrimonio personale del debitore*

Beneficiario degli effetti protettivi riconnessi all'*automatic stay*, infine, è il patrimonio personale del debitore, rappresentato dall'insieme di *interests in property* che, per qualche motivo, non confluiscono nella massa fallimentare.

Il *fresh start* del debitore, come sovente si afferma nella dottrina nordamericana, deve poter avere inizio sin dal giorno del deposito della *petition*: è conseguenziale che la legge, per assicurare tale scopo, debba provvedere ad apprestare dei meccanismi che consentano all'istante di ricostituire quanto prima un patrimonio personale⁶⁴, autonomo e separato rispetto a quello destinato a soddisfare i creditori concorsuali, funzionale ad un suo ritorno sul mercato, e sottratto, a tal fine, alle iniziative aggressive di tali soggetti, sia durante lo svolgimento della procedura concorsuale – tramite, appunto, l'*automatic stay* –, sia successivamente alla sua chiusura, grazie all'intervenuta *discharge*.

Prima di tutto, come già accennato, costituiscono «*the property of the debtor*» le sopravvenienze, ossia i beni, i diritti ed i guadagni che il debitore acquisisca successivamente alla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura

⁶² Salva, nelle procedure di natura conservativa, la possibilità – per vero costituente la regola –, che il debitore venga lasciato nel possesso dei propri beni (cd. *debtor in possession*). Sul tema, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.01[B][2] e [3]; G. ORLANDI, *Property of the estate: section 541*, loc. cit.; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 222; nella nostra dottrina, anche per una riflessione sul nesso tra la descritta separazione patrimoniale e l'istituto della *discharge*, A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 57 s.

Diversamente, come noto, avviene nell'ordinamento italiano, dove l'art. 42, primo comma, l. fall., non prevede che il fallito perda la titolarità del proprio patrimonio, bensì ne dispone il suo mero spossamento – ossia la perdita dei relativi poteri di disposizione e amministrazione – per il tempo in cui è pendente la procedura concorsuale (per tutti, L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 97 s.); nel contesto del *Bankruptcy Code*, come visto, al debitore viene invece sottratta la proprietà dei beni compresi nell'*estate* che, come accennato, vanno a formare un patrimonio separato e destinato, affidato al *trustee*.

⁶³ B. A. BLUM, *op. cit.*, 248.

⁶⁴ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.03[A]; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 87.

di *liquidation* disciplinata dal *Chapter 7*⁶⁵: come detto, infatti, nell'ambito dei procedimenti di tipo conservativo-recuperatorio di cui ai *Chapters 11, 12 e 13*, tali beni confluiscono nella massa fallimentare, in quanto necessari e funzionali a dare implementazione al piano di risanamento predisposto⁶⁶.

In secondo luogo, vanno considerate due categorie di *interest in property* che, seppur confluiti, in prima battuta, all'*estate*, possono in un secondo momento cessare di far parte di tale patrimonio separato, andando a (ri)confluire in quello personale del debitore.

Il riferimento, anzitutto, è ai poteri che la sez. 554 del *Bankruptcy Code* riconosce al *trustee* di abbandonare una determinata *property of the estate* al ricorrere di due alternative circostanze: che essa sia eccessivamente gravosa per la massa fallimentare, ovvero quando il suo valore, e conseguente beneficio per la procedura, sia di entità irrilevante⁶⁷. Il descritto potere di abbandono del *trustee*, tuttavia, è dalla legge assoggettato ad alcuni limiti e cautele: ai sensi della *rule 6007(a)* delle *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*, tale soggetto deve infatti previamente comunicare la sua intenzione ai creditori, che sono legittimati a presentare opposizione nei successivi quattordici giorni; in presenza di opposizioni, si svolgerà un'udienza innanzi al tribunale fallimentare, nel contraddittorio delle parti, all'esito della quale sarà eventualmente pronunciato il provvedimento permissivo dell'abbandono; in mancanza di opposizioni, presunto il consenso dei creditori, il *trustee* potrà viceversa procedere anche in assenza di autorizzazione giudiziale⁶⁸. Nel caso in cui il *trustee* rimanga inerte, peraltro, può anche essere una parte, a ciò interessata, a richiedere all'autorità giudiziaria la pronuncia di un provvedimento che obblighi tale soggetto ad esercitare

⁶⁵ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*

⁶⁶ Si veda quanto detto nel corso del paragrafo precedente, con riguardo alle norme racchiuse nelle sezioni 1115(a), 1207(a) e 1306(a) del *Bankruptcy Code*.

⁶⁷ Si legga la sez. 554 del *Bankruptcy Code* che, per la parte che qui interessa, dispone che «*the trustee may abandon any property of the estate that is burdensome to the estate or that is of inconsequential value and benefit to the estate*».

Immediata è l'associazione a due norme della legge fallimentare italiana: il già citato art. 42, secondo comma, ove, con riguardo ai beni sopravvenuti nel corso della procedura, è altresì prevista la facoltà del curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, di rinunciare alla loro acquisizione, qualora i costi da sostenere per l'acquisto e la conservazione risultino superiori al loro presumibile valore di realizzo; e l'art. 104 *ter*, penultimo comma, ove è previsto che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, possa non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente (in tal caso, tali cespiti saranno liberamente aggredibili dai creditori mediante azioni esecutive o cautelari).

⁶⁸ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.06[A]; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 255 s.

il proprio potere di abbandono: anche in questo caso, solo in caso di opposizione del *trustee* si aprirà una parentesi contenziosa davanti al tribunale fallimentare⁶⁹. L'abbandono di una *property* facente parte dell'*estate* comporta, ovviamente, che essa cessi di appartenere alla massa fallimentare⁷⁰: ciò implica altresì che gli effetti protettivi che l'*automatic stay* specificamente predisponeva con riguardo alla «*property of the estate*», con riguardo a tale cespite, vengano meno⁷¹. Tuttavia, nella assoluta maggioranza dei casi, tale *property* è destinata a (ri)confluire nel patrimonio del debitore: ciò accadrà, per l'esattezza, quando tale soggetto fosse titolare del relativo *interest* già in epoca antecedente al deposito della *petition*, e quindi già prima della avvenuta confluenza nell'*estate*; ove ciò si verifici, evidentemente, la *property* abbandonata dal *trustee* e (ri)confluita nel patrimonio personale del debitore, riceverà la protezione a tale entità specificamente accordata dall'*automatic stay*⁷².

La seconda categoria di *property* che può confluire nel patrimonio personale del debitore è costituita dalla cd. *exempt property*, rappresentata dai cespiti che possono essere esclusi dal fallimento e così sottratti all'esecuzione concorsuale⁷³; in particolare, ai sensi della sez. 522(b) del *Bankruptcy Code*, al debitore è riconosciuta la facoltà di scegliere se avvalersi delle *exemptions* concesse dalla legge del suo Stato ovvero quelle accordate dalla normativa federale, previste dalla sottosezione (d)⁷⁴. Occorre tuttavia avvertire sul fatto che la *exempt property* non è sottratta alla massa

⁶⁹ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 74; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 256 s. Un'ulteriore ipotesi di abbandono, disciplinata alla lettera (c) della sez. 554, è rappresentata dall'eventualità in cui il *trustee* ometta di amministrare gli *interests in property* facenti parte dell'*estate*, così implicitamente dimostrando un disinteresse nei confronti dei medesimi: essi, in tal caso, riconfluiranno nel patrimonio personale del debitore: sul tema, di nuovo, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.06[B][1].

⁷⁰ Per tutti, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 5, § 541.03.

⁷¹ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.06[B].

⁷² Con le differenze e peculiarità di cui, in parte, già si è detto alla precedente nota 58. Sul tema, si vedano pure S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*

⁷³ Anche per garantire il futuro *fresh start*: per un inquadramento generale, W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 42 s.

⁷⁴ Ivi sono considerati gli *interests*, rientranti entro determinati limiti di valore, che il debitore possiede, tra gli altri, nell'immobile adibito a sua residenza, in un veicolo a motore, in alcuni beni personali ovvero di uso domestico, in alcuni strumenti di natura professionale, nonché il contratto di assicurazione sulla vita.

Il debitore è tenuto a scegliere uno dei due sistemi di esenzioni accordati dall'ordinamento, senza poter beneficiare di entrambi, fermo che la facoltà di scelta può essere menomata dalla normativa statale che, appunto, impedisca ai propri cittadini la possibilità di beneficiare del sistema di esenzioni federale: sul punto, H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 224 s.; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 43 s.

fallimentare *ex lege*, giacché, al momento della presentazione della *petition*, confluisce anch'essa nell'*estate*: è il debitore che, per iniziativa assunta nel corso della procedura, può dichiarare di avvalersi di una *exemption*, che dovrà essere approvata dall'autorità giudiziaria, previa eventuale risoluzione delle opposizioni presentate dalle parti interessate⁷⁵. La *exempt property*, naturalmente, dalla massa fallimentare confluirà nel patrimonio personale del debitore, con le medesime ripercussioni, per quanto concerne il regime dell'*automatic stay*, che subiscono i beni abbandonati dal *trustee*, cui già si è avuta occasione di accennare⁷⁶.

4. I soggetti che subiscono gli effetti dell'*automatic stay*

Esaurita la disamina dei beneficiari della protezione offerta dall'*automatic stay*, occorre concludere l'analisi inerente l'efficacia soggettiva di tale istituto con una rassegna dei soggetti che, viceversa, tale inibitoria devono subire.

È opportuno a questo punto ricordare che, trattandosi di provvedimento operante, oltreché *ex lege*, altresì *in personam*⁷⁷, destinatari del comando – ed eventualmente delle conseguenze derivanti dalla sua violazione –, saranno singolarmente ed individualmente i soggetti idonei a ricadere nell'ambito applicativo della sez. 362 del *Bankruptcy Code*.

A tal proposito, la disposizione da ultimo citata precisa che l'*automatic stay* produce la propria efficacia inibitoria nei confronti di «*all entities*»: per l'esatta delimitazione dei soggetti considerati da tale generalissima e potenzialmente onnicomprensiva locuzione, è necessario, poi, fare riferimento alla precedente sez. 101 - norma generale recante una serie di definizioni dei termini variamente utilizzati nel testo

⁷⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 5.01[B]; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. cit.*, 241 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 89; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 226. Parti interessate, e in quanto tali legittimate a proporre opposizione, sono i creditori, le persone che affermino un *interest* sulla *property* in questione, ovvero il *trustee*.

Anche con riguardo a tale disciplina, dunque, numerose sono le differenze tra *Bankruptcy Code* e legge fallimentare italiana: a parte i diversi tipi di beni che il nostro art. 46 l. fall. sottrae al fallimento, è soprattutto l'automaticità dell'esclusione propria del nostro ordinamento – in virtù della quale i cespiti ivi individuati, ad eccezione della previsione *sub b)*, in nessun modo confluiscono nella massa fallimentare –, a costituire il principale tratto differenziale rispetto alla disciplina statunitense, brevemente tratteggiata nel testo: per la disciplina italiana, per tutti, si veda L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 108 s.

⁷⁶ Si veda, di nuovo, quanto detto nella precedente nota 58.

⁷⁷ Di ciò, come si ricorderà, si è già detto *supra*, Cap. II, § 3.2.

della legge -, ove, al numero (15), è statuito che «*the term "entity" includes person, estate, trust, governmental unit, and United States trustee*»⁷⁸.

La disposizione appare dunque idonea ad assoggettare all'inibitoria un'ampia gamma di soggetti, sia privati che pubblici: persone fisiche e giuridiche, società⁷⁹, enti associativi ed unità governative di ogni tipo⁸⁰.

In primo luogo, dunque, interessati dall'*automatic stay* saranno tutti i potenziali soggetti che possano vantare un *claim* nei confronti del debitore: quest'ultimo, per l'esattezza, è un termine idoneo a ricomprendere qualsiasi diritto ad un pagamento nei confronti del debitore, a prescindere dal fatto che tale diritto sia determinato o indeterminato, liquido o illiquido, scaduto o a termine, puro o condizionato, controverso o non controverso, chirografario o garantito, originante nella legge o nell'*equity*⁸¹.

Si badi, tuttavia, che per ricadere nell'ambito applicativo della norma non è necessario essere titolari di un *claim*, ossia rivestire la qualifica di creditori del soggetto beneficiario dell'*automatic stay*, pur essendo questa, naturalmente, l'ipotesi più rilevante: come detto, infatti, la sez. 362 si riferisce genericamente al concetto di *entity*, senza richiedere ulteriori requisiti, sicché a vedere bloccate le proprie iniziative aggressive non saranno, evidentemente, soltanto i titolari di un *claim*. Per stabilire se un soggetto, appartenente alla vastissima categoria riportata dalla norma, sia assoggettato all'*automatic stay*, pur non essendo titolare di un diritto al pagamento nei confronti del debitore, occorre dunque fare riferimento all'ambito oggettivo di efficacia dell'istituto - che, come si vedrà nel corso della prossima Sezione, va ben oltre le sole iniziative aventi ad oggetto un diritto di credito -, ossia verificare quale inizia-

⁷⁸ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 3, § 362.03; B. A. BLUM, *op. cit.*, 244.

⁷⁹ In virtù, in particolare, della sez. 101(41), ove è chiarito che per «*person*» si intendono «*individual, partnership, and corporation*».

⁸⁰ Si legga, ad integrazione di quanto detto, la sez. 101(27), ove si precisa che per «*governmental unit*» si debba intendere «*United States; State; Commonwealth; District; Territory; municipality; foreign state; department, agency, or instrumentality of the United States [...], a State, a Commonwealth, a District, a Territory, a municipality, or a foreign state; or other foreign or domestic government*».

Per quanto riguarda lo *United States trustee*, si tratta di un organo di natura amministrativa, dotato di poteri di supervisione e controllo sull'operato dei singoli *trustees*: per tutti, H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part I: a review of some of the significant changes in bankruptcy law*, in 10 *Mem. St. U. L. Rev.*, (1980), 210 s.

⁸¹ La sez. 101(5) definisce *claim* nei termini di «*right to payment, whether or not such right is reduced to judgment, liquidated, unliquidated, fixed, contingent, matured, unmatured, disputed, undisputed, legal, equitable, secured, or unsecured*». Su tale concetto, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C]; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 77 s.

tiva, tale soggetto, sia intenzionato a porre in essere nei confronti del debitore, a prescindere dalla ragione che a ciò lo legittima⁸².

Ne deriva, ad esempio, che, pur non essendo titolare di un *claim*, sarà assoggettato all'*automatic stay* pure il comodante che pretenda la restituzione del bene di cui il debitore-comodatario, in virtù di un contratto di comodato, abbia la detenzione – situazione giuridica soggettiva integrante, come detto, un *interest in property* del debitore⁸³ - al momento del deposito della *petition*, e sia così confluito nella massa fallimentare⁸⁴. Lo stesso varrà, *a fortiori*, per le iniziative esperibili dal locatore nei confronti del debitore-locatario: anche in tali circostanze l'*automatic stay* impedisce al primo di sciogliere il contratto di locazione stipulato con il secondo, ovvero di rientrare nel possesso dei locali⁸⁵, e lo stesso varrà nell'ipotesi in cui il locatore notifichi al locatario una disdetta, con l'effetto di provocare la cessazione del contratto di sublocazione tra il locatario-sublocatore e il debitore-sublocatario⁸⁶. La questione, più in generale, riguarda tutti i casi in cui la parte *in bonis* decida di recedere da un contratto dopo che la controparte presenti una domanda di ammissione ad una procedura concorsuale, avvalendosi di una clausola contrattuale che espressamente attribuisca alla parte *in bonis* il diritto di recesso: il deliberato esercizio di tale diritto è precluso dall'*automatic stay*. In tale eventualità, tuttavia, dottrina e giurisprudenza statunitensi hanno ritenuto opportuno contemperare i configgenti valori dell'autonomia contrattuale delle parti e quelli sottesi alla normativa concorsuale, consentendo alla parte *in bonis* di dimostrare che l'esercizio del diritto di recesso è del tutto indipendente dalla sopravvenuta richiesta di controparte di ammissione ad una procedura concorsuale, e che dunque avrebbe agito in tal senso anche in mancanza di tale evento: solo all'esito positivo di tale dimostrazione la parte *in bonis* potrà così ottenere un provvedimento di liberazione – *relief* – dall'inibitoria, che gli consentirà di procedere nella volontà di sciogliersi dal rapporto contrattuale, rima-

⁸² D. R. COWANS, *op. cit.*, 459; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 65.

⁸³ Si veda *supra*, nota 53.

⁸⁴ Tale preclusione si giustifica in quanto, come si vedrà, in virtù della sez. 362(a)(3), sono vietati dall'*automatic stay* tutti gli atti volti ad esercitare poteri di controllo su beni confluiti nell'*estate*. Sulla fattispecie, si vedano S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C], nota 93; D. R. COWANS, *op. cit.*, 493; D. G. BAIRD, *op. cit.*, 191.

⁸⁵ D. R. COWANS, *op. cit.*, 459; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 222.

⁸⁶ In tal senso, si legga il caso *In re 48th Street Steakhouse, Inc.*, 835 F.2d 427 (1987), 430 s.

nendo al contempo preclusi dall'*automatic stay* i recessi volontari causati esclusivamente dal sopravvenuto deposito di una *petition*⁸⁷.

Un altro soggetto interessato dall'efficacia preclusiva prodotta dall'*automatic stay*, e di cui appare opportuno far menzione, è poi l'autorità giudiziaria, in quanto entità idonea a ricadere della categoria delle *governmental units*⁸⁸: il riferimento, naturalmente, è esclusivamente alle autorità diverse dall'adito tribunale fallimentare e, anche in questo caso, occorre rinviare all'analisi sull'efficacia oggettiva dell'*automatic stay* al fine di comprendere l'esatta portata dell'inibitoria vigente nei confronti di tali soggetti⁸⁹.

Un dubbio, infine, può legittimamente sorgere sull'idoneità dell'istituto ad inibire anche lo stesso debitore, così precludendo, a lui od al *trustee*, le iniziative, specie di natura giudiziale, che dal medesimo possano essere assunte: e ciò, in quanto il termine «*person*» - che, lo si ricorda, è una delle *entities* assoggettate agli effetti preclusivi in discorso -, è senz'altro astrattamente idoneo a ricomprendere anche tale soggetto⁹⁰.

A parte l'argomento letterale, ossia il fatto che la sez. 362 del *Bankruptcy Code*, nell'individuare le singole azioni precluse dall'*automatic stay*, si riferisce sistematicamente al debitore quale soggetto passivo delle iniziative assunte da altre *entities*, vi è anche un argomento sistematico a sostegno dell'esclusione, qui sostenuta,

⁸⁷ A maggior ragione, dunque, sono inefficaci nei confronti della procedura le clausole di scioglimento automatico del contratto in caso di sopravvenuta presentazione di una *petition*: sul tema, si vedano D. G. BAIRD, *op. cit.*, 193; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 187; in giurisprudenza, *In re M.J. & K. Co., Inc.*, 161 B.R. 586 (1993), 591 s. Sul punto, si avrà modo di tornare più dettagliatamente *infra*, Cap. III, Sez. II, § 7.2.

⁸⁸ W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:5; ma non mancano, in giurisprudenza, pronunce che negano la riconducibilità dell'autorità giudiziaria alle *entities* colpite dall'*automatic stay*: così, ad esempio, *In re Willard*, 15 B.R. 898 (1981).

⁸⁹ Su ciò si tornerà, dunque, nel corso della prossima Sezione, mentre nel Cap. IV verranno analizzate le conseguenze derivanti dal compimento, da parte del tribunale extrafallimentare, di un'attività preclusa dall'*automatic stay*.

⁹⁰ Il soggetto interessato, in particolare, sarà il debitore ovvero il *trustee* a seconda che si tratti di diritti d'azione che non siano confluiti nell'*estate*, o che da questo siano (ri)confluiti nel patrimonio personale del debitore, ovvero di diritti d'azione confluiti nel patrimonio fallimentare: sul tema, per tutti, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 5, § 541.07.

È così apprezzabile una sensibile differenza tra ordinamento italiano e statunitense: se nel primo, infatti, lo spossamento del debitore da tutti i suoi beni e rapporti giuridici di natura patrimoniale si ripercuote, sul piano processuale, nella perdita della capacità di stare in giudizio, ai sensi dell'art. 43 l. fall. - salva la cd. capacità processuale suppletiva - (sul tema, L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 104 s.), nell'ambito della normativa statunitense gli *interests in property* del debitore vanno più radicalmente a formare un patrimonio separato e destinato, di cui è il *trustee* ad assumere la rappresentanza sostanziale e processuale. Per quanto qui interessa, dunque, il debitore rimane titolare di tutti i diritti d'azione che non confluiscono nell'*estate*, o che, per i motivi esposti, cessino di appartenere al medesimo.

del debitore, dal novero dei soggetti destinatari dell'inibitoria in commento. Il riferimento è alla sottosezione (a) della disposizione citata, ove, dopo l'enumerazione della serie di atti, giudiziali ed extragiudiziali, preclusi a tutte le *entities* di cui si è detto, al numero (8) è dedicata una disposizione particolare inerente ai procedimenti innanzi alla *Tax Court*, con cui se ne inibisce l'inizio o la prosecuzione. Ora, poiché, conformemente a quanto accade in Italia, anche nell'ordinamento statunitense i giudizi di natura tributaria possono essere instaurati esclusivamente su ricorso del contribuente, se al debitore fosse precluso il compimento di iniziative giudiziali od extragiudiziali, in via generale, pel tramite della sua riconduzione al novero delle *entities*, non vi sarebbe stato alcun bisogno di prevedere una disciplina speciale riguardante i procedimenti tributari: proprio tale disposizione, all'opposto, sta ad indicare che la regola generale è nel senso della normale libertà di azione del debitore o del *trustee*, e che la preclusione dei giudizi di natura tributaria è da considerarsi un'eccezione a detta regola⁹¹.

Quanto appena detto ci introduce, peraltro, ad alcune interessanti problematiche appunto connesse alla libertà di azione in sede giudiziale di cui godono il debitore od il *trustee* pur in corso di procedura: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui a fronte dell'iniziativa giudiziale legittimamente avviata dal debitore, il convenuto *in bonis* sia titolare, nei confronti del primo, di un *counterclaim*, ossia di una contropretesa, la cui proposizione, se ammessa, rischierebbe evidentemente di aggirare i divieti imposti dall'*automatic stay*; oppure, ancora, all'operatività dell'*automatic stay* nei confronti dei giudizi d'appello promossi dal debitore, specie se nel grado precedente egli avesse assunto le vesti di parte convenuta: su tali tematiche si tornerà proprio nel corso della prossima Sezione, dedicata all'analisi dell'ambito oggettivo di operatività dell'istituto, ossia delle singole iniziative che l'efficacia protettiva accordata dalla sez. 362 del *Bankruptcy Code* specificamente preclude.

⁹¹ Per alcune considerazioni sulla questione, D. R. COWANS, *op. cit.*, 468; in generale, sulla sottrazione del debitore agli effetti preclusivi dell'*automatic stay*, si veda pure J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 569.

SEZIONE SECONDA
L'EFFICACIA OGGETTIVA DELL'AUTOMATIC STAY

5. Le iniziative che subiscono l'effetto protettivo. Loro tassatività. Possibilità di ricorso in via integrativa alla sez. 105(a) del Bankruptcy Code

Conclusa, nel corso della Sezione precedente, l'analisi relativa, da un lato, ai soggetti beneficiari della protezione offerta dall'*automatic stay*, e, dall'altro, a quelli che, agli effetti inibitori imposti da tale istituto, sono viceversa assoggettati, si procederà nel corso della presente Sezione alla partita disamina delle singole iniziative che la sez. 362 del *Bankruptcy Code*, mediante gli otto numeri in cui si articola la sottosezione (a), specificamente preclude nei confronti di un soggetto ammesso ad una procedura concorsuale, andando così a delineare "in positivo" l'ambito oggettivo di efficacia dell'*automatic stay*.

Poiché, peraltro, le iniziative che tale norma considera sono, almeno in parte, differenti a seconda dell'entità beneficiaria della protezione ivi accordata, alla disamina appena tratteggiata si procederà in perfetta simmetria con la trattazione svolta nella precedente Sezione, ossia con distinto riguardo alle tre categorie analizzate: il debitore, il patrimonio fallimentare, ed il patrimonio personale del debitore.

Come apparirà immediatamente chiaro nel corso dell'analisi delle singole iniziative precluse, la formulazione della disposizione in oggetto è, peraltro, assolutamente ridondante. Spesso, infatti, una medesima fattispecie è idonea ad essere ricompresa nell'ambito applicativo di più norme, connotate, perciò, da una reciproca sovrapposibilità: segno evidente, questo, della preoccupazione, fin troppo avvertita dal legislatore, di offrire al debitore la più ampia protezione possibile.

Le azioni precluse dai menzionati otto numeri, vale la pena precisarlo, sono da considerarsi tassative: in conseguenza di quanto osservato nel corso della precedente Sezione a proposito della natura eccezionale che occorre riconoscere alla nor-

ma racchiusa nella sez. 362¹, anche con riguardo all'ambito oggettivo di efficacia dell'*automatic stay* è giocoforza concludere che la disciplina speciale in discorso, di accentuato *favor* per i suoi beneficiari, possa spiegare i propri effetti solo in relazione alle fattispecie ivi espressamente contemplate. Solo con riguardo a tali condotte, in altri termini, può con sicurezza affermarsi che il legislatore abbia ritenuto in ogni caso sussistente quel pericolo di pregiudizio per la procedura che ha giustificato la codificazione della *rebuttable presumption* cui si ricollega l'automatica operatività dello *stay*. Ne consegue, dunque, che nell'eventualità – per vero assai remota, stante la molteplicità e poliedricità delle fattispecie considerate dalla disposizione - in cui un'iniziativa non sia espressamente contemplata nella sez. 362, quest'ultima norma non possa essere oggetto di interpretazione analogica allo scopo di far ricadere anche tale attività nell'ambito di applicazione dell'*automatic stay*. La circostanza che un'iniziativa, in quanto non contemplata dalla sez. 362, non sia assoggettata all'*automatic stay*, non significa comunque che le entità beneficiarie di tale protezione, nella pendenza di una procedura concorsuale, siano ineludibilmente condannate a subirla: come a questo punto risulterà già chiaro, significa soltanto, infatti, che tali soggetti non potranno avvalersi del vantaggio processuale insito nella disciplina in esame, e dunque della posizione legislativa di una presunzione legale cui si riconnette l'operatività automatica della sospensione; ne consegue, dunque, che residua la possibilità, per il debitore od il *trustee*, di richiedere al tribunale fallimentare di pronunciare un provvedimento di tipo inibitorio, nell'esercizio dei poteri equitativi di *injunction* a tale autorità conferiti dalla già menzionata sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*², previa dimostrazione dei relativi presupposti³.

¹ Cap. III, Sez. I, § 1.1.

² B. A. BLUM, *Bankruptcy and debtor/creditor*, cit., 247; D. G. BAIRD, *The elements of bankruptcy*, cit., 195; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *Creditors' rights in bankruptcy*, cit., 189.

Nel corso del Cap. III, Sez. I, §§ 1.1 e 1.1.1, si sono analizzati i possibili utilizzi dei poteri equitativi riconosciuti dalla sez. 105(a) al tribunale fallimentare con riguardo all'opportunità di offrire a soggetti terzi, in quanto tali esclusi dall'operatività della sez. 362, effetti protettivi analoghi a quelli prodotti dall'*automatic stay*: il rimedio equitativo, in tali circostanze, è dunque idoneo ad estendere l'ambito soggettivo di efficacia dell'istituto. Nella presente sede, all'opposto, i medesimi poteri si rendono utili nella misura in cui consentono di inibire l'esperibilità di iniziative non espressamente precluse dalla sez. 362: poteri equitativi, dunque, che agiscono in via suppletiva per espandere l'ambito, questa volta oggettivo, di operatività dell'istituto.

Entrambi tali fenomeni, se da un lato sono espressione dell'idoneità dei rimedi di *equity* ad affrontare le più differenti esigenze di tutela, oltretutto a porsi come strumento integrativo rispetto alla legge scritta, dall'altro suonano quale ulteriore conferma delle radici equitative della complessiva disciplina oggetto del presente studio, e della persistente attualità di quel processo di progressivo raffinamento e

6. a) *Sospensioni poste a protezione del debitore*

Prendendo le mosse dal primo, tra i soggetti beneficiari della protezione offerta dall'*automatic stay*, le iniziative che la sez. 362 preclude nei confronti del debitore che abbia presentato o sia stato destinatario di una domanda di ammissione ad una delle procedure disciplinate dal *Bankruptcy Code*, sono⁴: (1) l'inizio (o la prosecuzione) di un procedimento che avrebbe potuto essere (o è stato) cominciato prima dell'inizio della procedura concorsuale, ovvero che sia diretto a recuperare un credito sorto antecedentemente a tale momento; (2) l'esecuzione di una sentenza ottenuta prima dell'inizio della procedura concorsuale; (6) qualsiasi atto diretto a recuperare o riscuotere un credito che sia sorto antecedentemente l'inizio della procedura concorsuale; (7) la compensazione di reciproche pretese sorte in epoca anteriore all'inizio della procedura; (8) l'inizio o la prosecuzione di un giudizio innanzi alla *United States Tax Court*, riguardante debiti d'imposta del debitore.

Procediamo, a questo punto, ad un approfondimento delle singole ipotesi appena menzionate.

6.1. L'inizio o la prosecuzione di un procedimento contro il debitore, che avrebbe potuto essere o è stato iniziato prima dell'inizio della procedura, o che sia diretto a recuperare un credito contro il medesimo soggetto, sorto in epoca antecedente a tale momento

L'inibitoria imposta dalla disposizione in oggetto⁵ è di portata applicativa amplissima, in quanto idonea a ricomprendere tutti i tipi di procedimenti - giudiziali,

ricezione legislativa delle soluzioni che, proprio grazie all'equità, è stato ed è tuttora possibile offrire di fronte all'emergere di situazioni sempre nuove (sulla questione, si rinvia *supra*, Cap. II, § 3.2).

³ Per i quali si rinvia al Cap. III, Sez. I, nota 20.

⁴ La numerazione, cui di seguito si farà ricorso, rispecchia, per chiarezza espositiva, la stessa utilizzata nell'elencazione contenuta nella menzionata sottosezione (a), e per questo motivo non si svilupperà in ordine rigorosamente progressivo.

⁵ Il riferimento è alla sez. 362(a)(1), ai sensi della quale una domanda di ammissione ad una delle procedure previste dal *Bankruptcy Code* «operates as a stay, applicable to all entities, of [...] the commencement or continuation, including the issuance or employment of process, of a judicial, administrative, or other action or proceeding against the debtor that was or could have been commenced before the commencement of the case under this title, or to recover a claim against a debtor that arose before the commencement of the case under this title».

amministrativi, o di altro tipo -, instaurabili o già instaurati contro il debitore alla data del deposito della *petition*, eccezion fatta, naturalmente, per quelli espressamente eccettuati dalla successiva sottosezione (b)⁶.

A) Il primo dato che emerge dalla mera lettura della norma, e che particolarmente attira l'attenzione in quanto rappresenta un importante tratto differenziale tra la normativa in commento e le corrispondenti disposizioni rinvenibili nell'ordinamento italiano, è costituito dal fatto che la disposizione non provvede ad identificare alcuna specifica tipologia di procedimenti interessati dal divieto, bensì si limita, piuttosto, a richiedere che essi presentino, quale requisito minimo, quello di essere instaurati «*against the debtor*»: a prescindere, poi, da ulteriori specificazioni, salvo riservare una autonoma menzione a quelli aventi ad oggetto un diritto di credito per l'importanza che, evidentemente, rivestono⁷. Così, saranno preclusi dalla protezione in commento, ad esempio, i giudizi finalizzati ad ottenere un *declaratory judgment* - assimilabili alle nostre azioni di mero accertamento in quanto volte ad ottenere dal giudice la determinazione della certezza giuridica in ordine ad una situa-

⁶ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *Collier on bankruptcy*, 16th ed., 3, cit., § 362.03[3]; W. R. NORTON, JR., *Norton bankruptcy law and practice*, 2nd ed., 2, cit., § 36:5; D. G. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, cit., 46; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 12.

⁷ Nell'ordinamento italiano, come noto, le disposizioni che precludono determinate iniziative nei confronti del soggetto istante o ammesso ad una procedura concorsuale si riferiscono esclusivamente ad azioni esecutive o cautelari individuali ed acquisti di titoli di prelazione (si vedano, a tal proposito, gli artt. 51, 168, 182 *bis*, terzo e sesto comma l. fall. e 10, secondo comma, lett. c), 12 *bis*, secondo comma, 14 *quinquies*, secondo comma, lett. b) della l. n. 3/2012). Nessuna esplicita preclusione, all'opposto, è prevista per gli altri tipi di giudizi, in particolare quelli di cognizione. A tal proposito, dispone oggi l'art. 43, terzo comma, l. fall., ove è previsto che la dichiarazione di fallimento determini l'interruzione automatica dei giudizi pendenti in ordine a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento, che possono essere proseguiti o riassunti da o nei confronti del curatore (sul punto, M. MONTANARI, *La sopravvenienza del fallimento in corso di causa tra riforma e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Fallimento*, 2008, 310 s.), salvo che, a detta possibilità, si frapponga l'impedimento derivante dal principio di esclusività del procedimento speciale di accertamento dello stato passivo, ex art. 52, secondo comma, l. fall., eventualità in cui il giudizio pendente sarà improcedibile (per tutti, M. MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2015, ...). Poiché, dunque, il citato art. 43 ha sancito l'equiparazione della intervenuta dichiarazione di fallimento agli eventi cui tipicamente si ricollega l'interruzione del processo, consequenziale è dedurre ciò che ne è presupposto, ossia la perdita, in capo al fallito, della capacità di stare in giudizio nelle controversie relative a rapporti compresi nel fallimento; ciò comporta che tali giudizi debbano essere instaurati nei confronti del curatore, salvo, di nuovo, che a ciò si oppongano ragioni di esclusività del rito ex art. 52 l. fall., quale motivo d'inammissibilità della domanda avanzata in sede extrafallimentare (di nuovo, M. MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, cit., ...). Per un'analisi di tali problematiche in epoca antecedente alla riforma del 2006, M. MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, cit., 83 s.

zione oggetto di contestazione⁸ -, quelli di natura esecutiva, i cd. *eviction proceedings*, ossia i procedimenti di sfratto, e persino i giudizi di divorzio, almeno nella parte in cui siano diretti a dividere il patrimonio coniugale, e non con riguardo al solo provvedimento di scioglimento del vincolo⁹. Né il campo dei procedimenti interessati dalla norma dev'essere ristretto a quelli di natura giudiziale: come anticipato, infatti, non solo tutte le tipologie di contenzioso civile, indipendentemente dalla fase o dal grado in cui si trovi la controversia - ivi compresi, dunque, eventuali sub-procedimenti incidentali -, e a prescindere dalla competenza statale o federale a decidere sulla medesima sono assoggettati all'*automatic stay*, bensì pure i procedimenti di natura amministrativa, e gli *alternative dispute resolution*, ossia arbitrato e mediazione¹⁰.

Un secondo dato desumibile dalla lettera della norma, riguarda poi la delimitazione dei procedimenti preclusi, effettuata con riguardo al tempo in cui la pretesa, che mediante di esse si faccia (o si voglia far) valere, è sorta. In altri termini, circoscrivendo l'ambito dei procedimenti assoggettati all'*automatic stay* a quelli già iniziati, o che avrebbero potuto essere iniziati antecedentemente al deposito della *petition*, il legislatore assoggetta ad inibitoria le sole pretese sorte in epoca antecedente rispetto al momento della richiesta di ammissione ad una procedura concorsuale, ossia quelle che nella medesima possono e devono trovare la loro ordinata soddisfazione.

⁸ I *declaratory judgments* sono annoverati nell'ambito della cd. *preventive adjudication*, definita in negativo rispetto alla cd. *remedial adjudication*, mediante la quale si mira ad ottenere la condanna al risarcimento del danno ovvero la pronuncia di una *injunction*: si tratta, in altri termini, delle azioni esperibili per ottenere solo un accertamento di una determinata situazione giuridica ed evitare future controversie o lesioni, senza che venga pronunciato un comando nei confronti della parte soccombente. Sul tema, S. L. BRAY, *Preventive adjudication*, in 77 *U. Chi. L. Rev.* (2010), 1276 s., del quale si può riportare la seguente definizione: «*Generally speaking, in remedial adjudication, a plaintiff seeks damages or an injunction to correct past harm; in preventive adjudication, a plaintiff seeks only a declaration and does so to avoid future harm*».

⁹ D. R. COWANS, *Cowans bankruptcy law and practice*, 2, cit., 489; L. B. BARTELL, *Visualizing bankruptcy*, cit., 77; si veda pure l'opinione di D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *Bankruptcy*, cit., 70 s., secondo i quali occorrerebbe, in via d'interpretazione sistematica, che il procedimento contro il debitore consista in un'iniziativa comunque finalizzata a creare nuove responsabilità in capo a tale soggetto, o a ridurre il patrimonio fallimentare, ovvero diretta ad incidere sulla situazione finanziaria del medesimo.

¹⁰ L. B. BARTELL, *op. cit.*, 76 s.; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 185 s.; A. N. RESNICK, *Bankruptcy law manual*, cit., 67 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 70; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 13; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 606; per alcuni cenni, pure A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[3][b]; S. V. KELLEY, *Ginsberg & Martin on bankruptcy*, 5th ed., 1, cit., § 3.01[C]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; in giurisprudenza, *In re R. S. Pinellas Motel Partnership*, 2 *B.R.* 113 (1979), 117 s.

ne. Il requisito viene ribadito in relazione ai procedimenti aventi ad oggetto crediti, riguardo ai quali, per la precisione, occorre aver riferimento al momento in cui l'obbligazione sorge – e non a quello, necessariamente posteriore, in cui essa diviene esigibile –, con la conseguenza che saranno da ritenersi ricompresi nell'ambito di efficacia dell'inibitoria anche i procedimenti aventi ad oggetto crediti non ancora esigibili, illiquidi ovvero sottoposti a condizione sospensiva¹¹. All'opposto, i procedimenti instaurabili nei confronti del debitore aventi ad oggetto pretese sorte successivamente al deposito della *petition* non subiscono gli effetti preclusivi propri dell'*automatic stay*¹²: ciò riflette, da un lato, la vocazione di ogni procedura concorsuale a fungere da veicolo per il soddisfacimento dei titolari di crediti sorti in data anteriore alla sua apertura e, dall'altro, l'esigenza di assicurare al debitore l'immediato *fresh start*, e dunque la possibilità per tale soggetto di intrattenere da subito nuovi rapporti con soggetti terzi, che devono essere liberi di agire, eventualmente, nei confronti del primo¹³. Per concludere sul tema dei requisiti che deve possedere la pretesa vantata nei confronti del debitore al fine dell'assoggettamento ad *automatic stay*, è opportuno precisare che non rileva che la medesima possa o meno benefi-

¹¹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[3][a]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C][1]; D. R. COWANS, *op. cit.*, 492; B. A. BLUM, *op. cit.*, 247 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 76 s.; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, loc. cit.; in senso contrario, si veda l'isolata pronuncia *In re M. Frenville Co., Inc.*, 744 F.2d 332 (1984), 337 s.

E si ricordi, a tal proposito, la definizione di *claim* già esposta *supra*, Cap. III, Sez. I, nota 81; il momento in cui un'obbligazione può dirsi sorta, è questione che naturalmente attiene alla legge extrafallimentare.

Per quanto riguarda gli interessi, nell'ordinamento statunitense vige la regola fondamentale secondo la quale i medesimi, generalmente, non decorrono nel tempo compreso tra il deposito della *petition* e il momento in cui il creditore riceve soddisfazione della propria pretesa pecuniaria: ciò si ricava dalla sez. 502(b)(2), ove è previsto che il tribunale fallimentare ammetta allo stato passivo il credito per l'ammontare per il quale è insinuato, salvo per la misura in cui «*such claim is for unmatured interest*», ossia si tratti di interessi che non siano ancora maturati all'epoca del deposito della *petition*: sul punto, B. A. BLUM, *op. cit.*, 451.

¹² Tuttavia, sarà precluso ai creditori postconcorsuali trovare soddisfazione delle proprie pretese nel patrimonio fallimentare, essendo questo riservato al soddisfacimento dei creditori concorsuali, come risulta dai successivi numeri (3) e (4), mentre, come si vedrà trattando del numero (5), potranno ovviamente soddisfarsi sul patrimonio personale del debitore. Sul punto, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[3][c]; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 12; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 573.

¹³ Si rinvia, sul punto, alle considerazioni già svolte *supra*, Cap. II, § 1.

ciare della *discharge*¹⁴: in ogni caso, infatti, si tratta di crediti aspiranti a trovare soddisfazione all'interno del concorso¹⁵.

Appare così d'immediata evidenza la *ratio* specifica sottesa a tale disposizione - cui peraltro già si è accennato nel corso della trattazione¹⁶ -, ossia, oltre alle consuete istanze protettive del debitore avverso iniziative moleste¹⁷, l'opportunità di convogliare tutti i procedimenti, di accertamento ed esecutivi, contro il medesimo, dinanzi al tribunale fallimentare, sì da assicurare una efficiente gestione della procedura ed una ordinata soddisfazione dei creditori concorsuali¹⁸; ne consegue, con tutta evidenza, che i procedimenti interessati dall'*automatic stay* saranno solo quelli incardinati (o incardinabili) presso i tribunali ordinari, mentre nessun effetto preclusivo interesserà i giudizi instaurati presso il tribunale fallimentare¹⁹.

B) Veniamo, a questo punto, ad analizzare le conseguenze che l'operatività dell'*automatic stay* esercita sui procedimenti, già instaurati o da instaurare, nei confronti del debitore. Si ricordi, a tal fine, che l'istituto in commento rappresenta una *injunction*, imposta direttamente dalla legge, per sua natura destinata ad operare *in personam*, ossia nei confronti del singolo destinatario – le «*entities*» di cui è menzione nella norma - per essa previsto²⁰.

Per quanto concerne i procedimenti ancora da instaurare, l'efficacia preclusiva imposta dalla sez. 362 comporta dunque che al soggetto a ciò legittimato sia precluso di avviare qualsiasi iniziativa giudiziale nei confronti del debitore: come espressamente prescritto dalla norma, assoggettati al divieto in esame sono anche gli atti di cd. *issuance* o *employment of process*, ossia gli adempimenti, disciplinati dalla

¹⁴ Per un'approfondita analisi dei debiti soggetti (o non) a *discharge*, si rinvia a A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 163 s.

¹⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[3]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 70.

Tale aspetto differenzia la legge attuale dal sistema dettato dalle previgenti *Rules of Bankruptcy Procedure*, ove la *rule* 401, nell'ambito del procedimento di *liquidation*, limitava lo *stay* ai debiti *dischargeable* ovvero, solo in alcune limitate ipotesi, ad alcuni *not dischargeable*: si veda *supra*, Cap. I, § 4.4.

¹⁶ Cap. III, Sez. I, § 1.

¹⁷ Per un cenno a tale finalità, perseguita tuttavia da tutte le preclusioni prodotte dall'*automatic stay*, F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, loc. cit.

¹⁸ Per tutti, D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 69.

¹⁹ D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 74; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 587.

²⁰ Si rinvia, per ulteriori approfondimenti, al Cap. II, § 3.2.

rule 4 delle Federal Rules of Civil Procedure, con cui il cancelliere, verificata la regolarità della documentazione presentata dall'attore (*plaintiff*), riconsegna l'atto introduttivo (*complaint*) a quest'ultimo affinché provveda alla notificazione (*service*) al convenuto (*defendant*)²¹.

Nel caso di procedimento già pendente, nei confronti del debitore, all'epoca del deposito della *petition*, l'operatività dell'*automatic stay* comporta, viceversa, la nascita in capo alla *entity* assoggettata all'inibitoria del divieto di assumere qualsiasi ulteriore iniziativa in sede processuale: e ciò, come già noto, in via legale ed automatica, ossia in virtù del solo fatto dell'avvenuto deposito della domanda di ammissione ad una procedura concorsuale, e senza che sia necessario, da parte del tribunale o dell'ufficio, emettere un qualsivoglia provvedimento o assumere specifiche iniziative.

È opportuno sin da subito precisare un duplice aspetto inerente la disciplina dell'*automatic stay* che ne riflette, con tutta evidenza, l'essenza di *injunction* a carattere speciale, in quanto disciplinata direttamente dalla legge.

Da un lato, infatti, l'effettività dello strumento è assicurata, a valle, dall'incisività delle conseguenze riconnesse alla sua violazione, tali, come si vedrà, da comportare l'inefficacia (in senso lato)²² delle attività che siano compiute nonostante l'operatività del divieto, e a prescindere, peraltro, dall'effettiva conoscenza dell'*automatic stay* in capo al soggetto agente – salva la comminatoria di sanzioni aggiuntive a carico del violatore in caso di violazione perpetrata nella consapevolezza dell'operatività del divieto²³ -, sicché il raggiungimento del risultato prescritto dalla legge è in ogni caso garantito.

D'altro lato, e a monte, è evidente che, in entrambe le ipotesi, l'operatività in concreto della inibitoria è lasciata all'iniziativa della *entity* che vi è assoggettata, ossia dalla circostanza che la medesima rispetti o meno il divieto di inizio o prosecuzione del procedimento contro il debitore che sorge in virtù del sopravvenuto *automatic stay*. Ciò accade in quanto, volendo dare finalmente sviluppo alle conclusioni cui siamo pervenuti in sede di analisi della natura giuridica dell'istituto in commento,

²¹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[3][b].

²² Si è parlato, nel testo, di inefficacia in senso lato per lasciare impregiudicata la questione inerente il regime giuridico degli atti compiuti in violazione dell'*automatic stay*: un tema, come si dirà, tra i più dibattuti nella dottrina e nella giurisprudenza statunitensi.

²³ Tali aspetti saranno analiticamente analizzati nel successivo Cap. IV, § 7.

all'automatica operatività dello *stay* si ricollega l'insorgenza, a carico del suo destinatario, degli obblighi tipicamente discendenti da una *prohibitory injunction*, ossia di determinati doveri di comportamento integrati dal divieto di compiere determinate attività - nel caso di specie l'inizio o la prosecuzione di un giudizio -, pena l'assoggettamento a determinate sanzioni.

Il principio affermato, pur ponendosi in modo identico nelle due fattispecie qui prese in considerazione, comporta tuttavia che differenti siano i doveri che concretamente sorgono in capo alle *entities* destinatarie dell'*injunction*, funzionali all'obbedienza al comando in essa racchiuso: divieto di iniziare e divieto di proseguire, in altri termini, richiedono, affinché siano rispettati, il compimento di differenti attività. Se nell'ipotesi di procedimento ancora da iniziare, infatti, sarà sufficiente, per adempiere a tale dovere, una mera condotta omissiva del suo destinatario, che si astenga, cioè, dall'assunzione di qualsiasi iniziativa idonea ad avviare un procedimento avverso il debitore, in caso di procedimento già pendente a tale soggetto è richiesto qualcosa in più: pur nel silenzio della sez. 362 sul punto, sorgono cioè in capo al soggetto destinatario dell'inibitoria anche determinati doveri "positivi" di attivazione al fine di assicurare che il giudizio nei confronti del debitore non sia proseguito, e che dunque il risultato perseguito dall'*automatic stay* trovi concreta attuazione. Nello specifico, tale soggetto avrà l'obbligo di notificare al tribunale ove il procedimento è pendente il fatto dell'avvenuto deposito della *petition* e della conseguente necessità di arrestare il corso del giudizio, oltretutto di assumere ogni altra iniziativa idonea ad assicurarne la non prosecuzione²⁴; l'inottemperanza a tali doveri, ancorché consistente in una mera condotta omissiva, non è dunque idonea ad assicurare che il giudizio pendente venga in concreto arrestato - o, se si preferisce, determina il rischio che esso continui -, e comporta perciò una violazione dell'*automatic stay* cui conseguono determinate sanzioni in capo alla *entity* in questione²⁵.

²⁴ Si coglie, qui, una sensibile differenza tra l'ordinamento statunitense e quello italiano: è noto, infatti, che ai sensi dell'art. 43, terzo comma, l. fall., l'apertura del fallimento determina l'interruzione automatica del processo, rilevabile d'ufficio dal giudice anche a seguito della semplice acquisizione della notizia, per qualsiasi via, dell'intervenuto fallimento; nell'ambito del *Bankruptcy Code*, all'opposto, la non prosecuzione del giudizio pendente è lasciata all'attivazione, in tal senso, della controparte del debitore fermo, come detto, che in mancanza di tale attivazione "a monte" gli atti compiuti saranno affetti, "a valle", da inefficacia (in senso lato).

²⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[3]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C]; tali iniziative, propedeutiche all'arresto del procedimento pendente, sono dunque sottratte agli effetti preclusivi deri-

Come anticipato, tra le *entities* che subiscono l'efficacia preclusiva in commento, vi è inoltre lo stesso tribunale innanzi al quale pende, o può essere incardinato un giudizio avverso il debitore: in tal caso, l'*automatic stay* comporta l'insorgenza di un divieto, a carico dell'organo giudiziario, di assumere o proseguire il procedimento, sicché la sua *potestas iudicandi* ne risulta, di fatto, sospesa²⁶. Il punto merita ora un approfondimento stanti le differenze che, evidentemente, intercorrono tra questa situazione e quella riguardante una *entity* di differente natura, in particolare un creditore od un soggetto terzo. Ci riferiamo, in particolare, all'ipotesi in cui il procedimento sia già pendente. Qui, a differenza di quanto appena visto, è da escludere che in capo al tribunale sorga alcun dovere positivo di attivazione volto ad assicurare l'effettiva sospensione del giudizio, in quanto tale dovere può sorgere solo su chi si trovi nella condizione di adempiervi: il soggetto, cioè, che sia venuto a conoscenza del deposito della *petition* e che, in quanto controparte in un giudizio instaurato contro il debitore, è chiamato ad assicurare che la prosecuzione ne sia impedita²⁷. In mancanza di tale iniziativa, perciò, le uniche conseguenze derivanti dalla prosecuzione del giudizio riguarderanno l'inefficacia (in senso lato) delle attività compiute dal tribunale: mentre le altre sanzioni conseguenti all'inottemperanza del divieto racchiuso nell'inibitoria ricadranno, nella sussistenza dei relativi presupposti, solo in capo alla controparte del debitore, unico soggetto che può essere a conoscenza della presentazione della *petition* e, in quanto tale, tenuto all'assunzione delle dovute iniziative. In secondo luogo, con riguardo agli atti che possono essere compiuti dal tribunale, vengono generalmente esclusi dall'ambito applicativo dell'*automatic stay* i

vanti dall'*automatic stay*: D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*; in giurisprudenza, *Eskanos & Adler, P.C. v. Leetien*, 309 F.3d 1210, 1214 (2002).

²⁶ Così, per tutte, *Maritime Elec. Co. Inc. v. United Jersey Bank*, 959 F.2d 1194 (1991), 1206, ove si è affermato che "*Once triggered by a debtor's bankruptcy petition, the automatic stay suspends any non-bankruptcy court's authority to continue judicial proceedings then pending against the debtor. This is so because § 362's stay is mandatory and "applicable to all entities", including state and federal courts*". Sul punto, si legga pure W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*

²⁷ A tal proposito, va precisato che la notizia dell'intervenuto deposito della *petition* può anche provenire dallo stesso debitore, e dunque in virtù di tale iniziativa si provveda a sospendere il giudizio; tuttavia, nella prassi ciò accade assai raramente, visto che tale soggetto è consapevole del fatto che qualsiasi iniziativa compiuta in violazione dell'*automatic stay* sarà comunque affetta da inefficacia (in senso lato), con la conseguenza che l'onere di attivazione viene di fatto a ricadere sempre sulla *entity* assoggettata a tale divieto.

Per quanto concerne, viceversa, la conoscenza che la *entity* colpita dall'inibitoria abbia dell'*automatic stay*, essa è assicurata dall'avviso di cui alla sez. 342, analiticamente disciplinato dalla *Official Form 9* («*Notice of commencement of case under the Bankruptcy Code, meeting of creditors, and deadlines*») che, oltre a fissare il termine per la presentazione delle domande di ammissione allo stato passivo e della data della relativa udienza, informa i creditori dell'entrata in vigore dell'*automatic stay*.

cd. *ministerial acts*, ossia quegli atti di natura meramente burocratica, compiuti dalla cancelleria, che non involgono in alcun modo l'esercizio di poteri decisori o comunque giudiziali: l'esempio tipico è rappresentato dalla mera registrazione, da parte della cancelleria, di una sentenza precedentemente pronunciata dal tribunale. A causa della vocazione espansiva dell'istituto dell'*automatic stay*, la definizione di *ministerial act* viene peraltro costruita in termini restrittivi, in modo da limitare il novero delle azioni che sfuggono all'inibitoria ai soli atti che costituiscano realmente adempimenti puramente burocratici²⁸.

Il divieto di proseguire un procedimento pendente, inoltre, è interpretato in senso così restrittivo da precludere anche la possibilità di ottenere, presso il tribunale extrafallimentare, una pronuncia di *dismissal* della domanda pendente contro il debitore: obiettivo che, con la comminatoria di una sospensione automatica, l'istituto in esame intende perseguire è, infatti, il mantenimento dello *status quo*, che pure una pronuncia siffatta, con tutta evidenza, verrebbe a mutare; l'espressione «*continuation*», in altri termini, viene interpretata in senso così estensivo da ricomprendere qualsiasi cambiamento o accadimento nel corso del giudizio, ivi compreso il rigetto della domanda proposta contro il debitore²⁹. Tale principio conosce un interessante sviluppo in materia di *injunctions*: nell'eventualità in cui, al momento del deposito della *petition*, il debitore risulti assoggettato ad una *prohibitory injunction* che gli vieti il compimento di determinate attività, infatti, il mantenimento dello *status quo* implica che il debitore rimanga tenuto al rispetto del comportamento comandato anche nel vigore dell'*automatic stay*³⁰; e, naturalmente, in caso di violazione dal medesimo perpetrata, controparte resterà libera di attivarsi per ottenere un *contempt order* nei confronti del medesimo, visto che l'illecito da cui detto provvedimento trae occasione si è verificato in epoca posteriore alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura concorsuale, mentre l'opzione contraria significherebbe, con tut-

²⁸ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[3][e]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *op. cit.*, 494 s.; si veda pure il caso *Rexnord Holdings Inc. v. Bidermann*, 21 F.3d 522 (1994), 527 s.

²⁹ D. R. COWANS, *op. cit.*, 491; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 68, e ivi nota 2; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 72; si veda pure il caso *In re Westwood Lumbert, Inc.*, 113 B.R. 684 (1990), 686 s.; *contra*, nel caso in cui la pronuncia di *dismissal* sia fondata su «*jurisdictional grounds*», *MTGLQ Investors, L.P. v. Guire*, 286 F. Supp. 2d 561 (2003), 563.

³⁰ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. cit.*, 247 s.; in giurisprudenza, *Dominic's Rest. of Dayton, Inc. v. Mantia*, 683 F.3d 757 (2012), 760 s.

ta evidenza, permettere al debitore di continuare indisturbato nella sua condotta illecita.

Il soggetto che, in conseguenza dell'intervenuto *automatic stay*, veda inibite le proprie iniziative processuali, viene posto di fronte ad una triplice alternativa. In primo luogo, naturalmente, egli può far valere la propria pretesa all'interno della procedura concorsuale avviata, insinuandosi al relativo stato passivo (ovvero provvedendo al cd. *removal*, ossia alla *translatio*, del giudizio già instaurato in sede ordinaria presso il tribunale fallimentare); in tal caso, ove un procedimento avente ad oggetto la pretesa veicolata in sede concorsuale fosse già pendente, presso un tribunale ordinario, esso potrà essere ripreso (o, in caso di precedente *removal*, ne potrà essere instaurato un altro per il recupero del residuo), dopo la chiusura della procedura concorsuale, salvo che intervenga la *discharge* a favore del debitore, eventualità in cui, ovviamente, tale possibilità sarà per sempre preclusa³¹; in ogni caso, come già accennato, sarà impedita, in costanza di procedura, la pronuncia di un provvedimento di *dismissal*³². In secondo luogo, tale soggetto potrà richiedere un provvedimento di liberazione – cd. *relief* – dall'*automatic stay*, al fine di poter iniziare o continuare il procedimento nei confronti del debitore pur nella pendenza della procedura concorsuale. Infine, egli potrà semplicemente limitarsi ad attendere la chiusura della procedura, al fine di iniziare o riprendere, solo in quel momento, il procedimento avverso il debitore: salvo, di nuovo, che non sia intervenuto un provvedimento di *discharge* a favore di quest'ultimo³³. Implicito, nel ragionamento appena svolto, è il regime cui viene assoggettato il procedimento che, per l'intervenuto *automatic stay*, non possa essere proseguito: si tratta, per la precisione, di mera sospensione, una conclusione resa evidente sia dalla possibilità, per il soggetto colpito dall'inibitoria, di riprendere la sua iniziativa una volta che quella sia cessata - per la chiusura della procedura, ovvero per la concessione di un provvedimento di *relief* -, sia dall'esclusione della possibilità di emettere differenti provvedimenti (quale una pronuncia di *dismissal*), implicanti un altrettanto differente esito del giudizio pendente.

³¹ Su ciò, si avrà modo di tornare nel Cap. III, Sez. III, § 14.

³² D. R. COWANS, *op. loc. cit.*

³³ Su tali scenari, si veda pure R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 617 s.

C) La circostanza, poc' anzi accennata, secondo la quale requisito sufficiente affinché un procedimento ricada nell'ambito di efficacia dell'*automatic stay* di cui al numero (1) della sez. 362 è che si tratti di un procedimento «*against the debtor*», induce, *a contrario*, a ritenere che i giudizi instaurati o instaurabili dal debitore siano, all'opposto, sottratti al divieto in esame, e dunque liberamente attivabili o proseguibili³⁴. Tale considerazione ci conduce ad alcune criticità, scaturenti proprio nel caso in cui il debitore, dopo la presentazione di una *petition*, inizi o prosegua un giudizio nei confronti di un soggetto terzo: si tratta, in particolare, della questione circa le iniziative difensive che, nel vigore dell'*automatic stay*, rimangono esperibili da quest'ultimo - nel cui ambito un rilievo particolare è assunto dalla possibilità di proporre un *counterclaim*, ossia una domanda riconvenzionale -, e di quella inerente la sorte dei giudizi d'appello. Analizziamo dunque separatamente le problematiche appena tratteggiate.

La prima, delle fattispecie anticipate, riguarda dunque l'eventualità in cui il debitore, dopo il deposito della *petition*, inizi o prosegua un procedimento avverso un altro soggetto, evidentemente colpito dall'*automatic stay*: le iniziative assumibili da quest'ultimo potrebbero infatti risentire delle preclusioni derivanti dall'intervenuta inhibitoria. È opportuno, a questo punto, ricordare quali siano le attività che il convenuto può compiere all'interno del giudizio: esse sono disciplinate dalla *rule 8* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ove vengono classificate secondo la crescente incisività che esercitano sulle attività svolte da parte attrice. Anzitutto, nell'ambito delle cd. *defenses* troviamo, in particolare, i cd. *denials*, con cui il convenuto si limita a negare l'esistenza di uno o più fatti allegati dall'attore, rendendoli dunque controversi³⁵; in secondo luogo, vi sono le cd. *affirmative defenses*, con le quali il convenuto,

³⁴ A tal proposito, si veda pure quanto affermato *supra*, Cap. III, Sez. I, § 4. Naturalmente, affinché ciò sia possibile, dovrà trattarsi di poteri d'azione giudiziale che non siano confluiti nell'*estate*, nel qual caso, evidentemente, la legittimazione ad agire transita in capo al *trustee*; ma anche a voler ipotizzare la persistenza, in capo al debitore, di una legittimazione processuale suppletiva, tale iniziativa sarebbe comunque destinata ad essere impedita dalla norma racchiusa nel successivo numero (3) della sez. 362(a) che, come meglio si vedrà, preclude qualsivoglia atto destinato ad esercitare il controllo sul patrimonio fallimentare: sul punto, D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 75.

³⁵ I *denials* possono essere *general* o *specific*, a seconda della loro idoneità a negare l'esistenza di tutti i fatti allegati dall'attore, ovvero solo alcuni (differenziandosi, così, dai nostri concetti di contestazione generica e specifica, funzionali, come noto, ad individuare una contestazione efficace). Ai *denials* si contrappongono le *admissions*, che vincolano il convenuto a ritenere per vera, nel corso del giudizio, l'esistenza del fatto che ne è stato oggetto, al contempo liberando l'attore dall'onere di provarlo. Sul punto, J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *Civil procedure*, cit., 302 s.

anziché limitarsi a negare l'esistenza dei fatti allegati dall'attore, allega uno o più fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto vantato da tale soggetto³⁶. Infine, il convenuto può proporre un cd. *counterclaim* nei confronti del debitore: tale iniziativa è disciplinata dalla successiva *rule 13*, e rappresenta una contro-pretesa che il convenuto a sua volta fa valere nei confronti dell'attore, nell'ambito del giudizio da questi instaurato; il *counterclaim*, in particolare, può essere *compulsory*, se sussiste un onere per il convenuto di proporlo nell'ambito del giudizio già pendente, pena la perdita definitiva della possibilità di far valere la pretesa in un successivo, autonomo giudizio, ovvero *permissive*, se tale attività, all'opposto, costituisce una mera facoltà³⁷. Nella valutazione delle conseguenze che il sopravvenuto *automatic stay* eserciterebbe su tali attività, è interessante prendere le mosse dalla ricostruzione offerta da una parte della dottrina e della giurisprudenza statunitensi che suole distinguere tra le iniziative meramente difensive (*defensive o responsive actions*, ossia i *denials* di cui s'è detto), che si sottrarrebbero all'efficacia preclusiva in discorso, ed iniziative viceversa offensive (*affirmative defenses e counterclaims*), che per la loro natura aggressiva nei riguardi del debitore sarebbero all'opposto impedito dall'*automatic stay*³⁸.

La soluzione è solo in parte condivisibile. Il problema, peraltro, va impostato diversamente, ossia pur sempre sul presupposto nella necessità di rinvenire, nel novero delle attività difensive di cui s'è detto, una possibile attività del terzo che possa ri-

³⁶ La *rule* menzionata, alla sottosezione (c)(1) racchiude un'elencazione, da ritenersi non tassativa, di possibili *affirmative defenses*, tra le quali possiamo menzionare l'esistenza di una convenzione di arbitrato, la cosa giudicata, o l'intervenuto pagamento. Esse devono essere contenute nella *answer* che il convenuto presenta di fronte al *complaint* dell'attore, anche se alcuni tribunali si sono espressi a favore della possibilità del rilievo d'ufficio di alcuna di esse, specialmente quella relativa all'intervenuta *res judicata*. Sul tema, J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 308 s.

³⁷ Le fattispecie di *compulsory counterclaim* ricorrono, ai sensi della *rule 13(a)*, quando la pretesa vantata dal convenuto sorga dallo stesso rapporto posto ad oggetto della domanda proposta dall'attore: in ogni altra ipotesi – e, dunque, anche il mancanza di connessione –, il *counterclaim* è meramente *permissive*, ai sensi della successiva lettera (b). A differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, pertanto, la connessione tra il diritto fatto valere in riconvenzione e quello posto ad oggetto della domanda attorea non costituisce requisito di ammissibilità dell'istituto (almeno per quella parte della dottrina in tal senso orientata: sul tema, si rinvia a E. VULLO, voce *Riconvenzione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 539 s.), bensì solo la caratteristica strutturale che ne impone, a pena di preclusione, la proposizione nel giudizio pendente.

Sull'istituto, si rinvia a G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *Civil procedure*, cit., 252 s.; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 368 s.; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *Civil procedure*, cit., 661 s.; J. E. KENNEDY, *Counterclaims under Federal rule 13*, in 11 *Hous. L. Rev.* (1974), 255 s.

³⁸ Così, W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 75 s.; V. C. DURRER II, K. D. JAIMEZ, *Competing bankruptcies: what defenses survive the automatic stay?*, in 30 *A.B.I. J.* (2011), 52 s. e 74 s.; e il caso *In re Financial News Network Inc.*, 158 *B.R.* 570 (1993), 573.

velarsi idonea a rientrare nella tipologia di iniziative precluse dal numero (1) qui in esame, in quanto idonea ad iniziare o proseguire un procedimento nei confronti del debitore. Anzitutto, dunque, poiché ci si muove nel contesto di un procedimento già pendente instaurato dal debitore, non appare ipotizzabile alcuna condotta, da parte del convenuto, assimilabile alla prosecuzione di un giudizio contro il primo soggetto menzionato, il quale, come detto, riveste i panni dell'attore; ciò significa, inoltre, che non sarà vietata al convenuto la riattivazione del procedimento instaurato dal debitore che per qualsivoglia motivo abbia subito un arresto, in quanto, appunto, si tratterebbe pur sempre di giudizio instaurato dal debitore. Ne consegue, perciò, che l'unica iniziativa ipotizzabile come vietata nel caso in esame è quella del convenuto che, nel contesto di un procedimento già pendente instaurato dal debitore compia un'attività corrispondente all'inizio di un procedimento nei confronti di quest'ultimo: in conclusione, l'attività vietata dall'*automatic stay* sarà l'iniziativa mediante la quale venga fatta valere, nei confronti del debitore-attore, una pretesa che sarebbe autonomamente azionabile in un altro giudizio – e che, evidentemente, sarebbe destinato a subire l'inibitoria in esame. Da ciò, in prima battuta, si ricava egualmente la libera azionabilità, da parte del convenuto, di *defensive o responsive actions* contro il debitore, con le quali, infatti, il terzo non fa valere nei confronti di tale soggetto una pretesa che potrebbe essere posta ad oggetto di un autonomo procedimento, e dunque non “inizia” un nuovo giudizio avverso il medesimo. D'altro lato, la fattispecie tipicamente idonea a ricadere nell'ambito applicativo dell'*automatic stay* sarà proprio la proposizione di un *counterclaim* nei confronti del debitore, per definizione volto a far valere, nei confronti di quest'ultimo, una pretesa vantata dal convenuto, e dunque, in un certo senso, ad avviare un nuovo procedimento nei confronti del beneficiario dell'inibitoria; a tal proposito, tuttavia, occorre integrare il requisito di operatività della protezione di cui al numero (1), poc'anzi ricordato, con l'altro requisito, di natura temporale, riguardante il momento dell'insorgenza della pretesa vantata nei confronti del debitore: la proponibilità di un *counterclaim*, in conclusione, sarà preclusa solo nell'ipotesi in cui la pretesa con esso veicolata dal convenuto sia sorta in epoca antecedente alla data di presentazione della *petition*, stante la necessità di sottoporla ad accertamento innanzi al tribunale fallimentare, mentre liberamente proponibili re-

steranno quelle aventi ad oggetto pretese sorte successivamente a tale momento³⁹. A conclusione differente rispetto a quella proposta dagli autori citati, tuttavia, si deve pervenire con riguardo alle cd. *affirmative defenses*: queste ultime, come detto, costituiscono allegazioni di fatti diversi da quelli allegati dall'attore, funzionali ad ottenere il rigetto della domanda attrice, e che dunque, dal punto di vista che qui interessa, in nulla si differenziano dalle *defensive o responsive actions*; non vi è, in altri termini, alcuna pretesa vantata nei confronti del debitore-attore, idonea a costituire l'oggetto di un autonomo procedimento avverso tale soggetto, e tale da far confluire la detta iniziativa nell'ambito delle azioni precluse dal divieto in commento⁴⁰.

La soluzione accolta da certa letteratura statunitense non può, evidentemente, non lasciare perplessi: se applicata, infatti, essa può portare alla situazione per cui, ad

³⁹ E, poiché l'*automatic stay* impedisce sì la proposizione del *counterclaim* nel giudizio ordinario, ma non la presentazione della domanda di ammissione del credito al concorso, è da escludere che in tal caso operi, ove si tratti di *compulsory counterclaim*, la menzionata preclusione alla sua riproposizione: un aspetto, questo, che potrebbe forse rivelarsi utile anche all'interno del dibattito vigente circa l'individuazione dell'esatta fonte (se, in particolare, sia da ravvisarsi nella *res judicata* ovvero in altri principi) di tale preclusione. Sul tema si rinvia, nella nostra dottrina, a D. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, cit., 271 s.

Assai travagliata, come noto, è stata l'evoluzione di dottrina e giurisprudenza italiane in merito alla sorte della domanda riconvenzionale proposta nei confronti della curatela fallimentare, all'interno del giudizio da quest'ultima promosso per recuperare un credito vantato dal fallito nei confronti di un soggetto terzo: una questione, questa, che sorge dal tenore dell'art. 52 l. fall., ed il principio ivi espresso che richiede che ogni credito vantato nei confronti del fallito venga accertato all'interno del procedimento di verifica dello stato passivo. In un primo momento, Cass., sez. un., 6 luglio 1979, n. 3878 (la si legga in *Giur. comm.*, 1980, 346, con nota di E. F. RICCI, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*), ha affermato che la domanda avanzata dalla curatela, e la riconvenzionale proposta dal convenuto, ove avvinte da un nesso di pregiudizialità-dipendenza tale da richiedere il *simultaneus processus*, andrebbero entrambe trasferite dinanzi al tribunale fallimentare, in sede di verifica dello stato passivo, ferma l'impossibilità, per l'eventuale *surplus*, di accogliere la domanda della curatela, onerata dunque di agire per tale residua pretesa in via ordinaria (conf., in dottrina, F. LAMANNA, *Domanda del curatore per il credito del fallito e riconvenzionale del convenuto*, in *Fallimento*, 2003, 281 s.). Successivamente, alla soluzione della *translatio iudicii* si è sostituita quella della separazione delle cause, secondo la quale il giudice ordinario dovrebbe, dunque, trattenere quella proposta dal curatore e rimettere al tribunale fallimentare la riconvenzionale proposta dal soggetto terzo, al fine di sottoporla al rito speciale della verifica dello stato passivo, con eventuale sospensione della causa dipendente ex art. 295 c.p.c. in caso di connessione per pregiudizialità (così, Cass., 10 gennaio 2003, n. 148, in *Corr. giur.*, 2003, 603 s., adesivamente annotata da E. VULLO, *La riconvenzionale nei confronti del curatore: né simultaneus processus, né inammissibilità, ma separazione delle cause*). L'orientamento oggi vigente, sposato da Cass., sez. un., 12 novembre 2004, n. 21499 (in *Corr. giur.*, 2005, 197 s., con nota sostanzialmente adesiva di E. VULLO, *Le sezioni unite si pronunciano per l'inammissibilità della riconvenzionale nei confronti del curatore*), depone per la declaratoria di inammissibilità della riconvenzionale proposta in sede ordinaria nei confronti del curatore, salva la possibilità per il creditore di far valere la propria pretesa come domanda di ammissione allo stato passivo.

⁴⁰ A conclusioni, *mutatis mutandis*, equivalenti, si è pervenuti anche nell'ordinamento italiano, con riguardo alla libera azionabilità di un'eccezione di compensazione opposta alla curatela fallimentare nell'ambito di un giudizio dalla medesima instaurato in sede extrafallimentare, in quanto iniziativa esclusivamente volta ad ottenere il rigetto, totale o parziale, della domanda attrice: in tal senso, la recente Cass., 7 giugno 2013, n. 14418, in *Fallimento*, 2014, 341.

esempio, un soggetto citato in giudizio dal debitore per la condanna al pagamento di un credito non possa opporre a quest'ultimo l'eccezione di prescrizione (l'*affirmative defense* rappresentata dalla decorrenza di uno *statute of limitations*), con evidente compromissione del suo diritto di difesa⁴¹. Tale discutibile posizione può essere tuttavia meglio compresa ove solo ci si cimenti nello sforzo di calarsi più approfonditamente nell'ottica di funzionamento del sistema nordamericano: un sistema, cioè, dove l'esigenza di offrire al debitore una protezione il più possibile estesa e tempestiva riveste un ruolo del tutto centrale. Questo dato, unitamente alla preordinazione dell'*automatic stay* alla conservazione dello *status quo*, può forse meglio chiarire la drasticità della scelta interpretativa descritta: con il deposito della *petition* occorre garantire, e da subito, la massima protezione al debitore dalle iniziative altrui; d'altro lato, e a riequilibrare una situazione comunque connotata da un forte *favor debitoris*, rimane salva la possibilità per i soggetti terzi di richiedere un provvedimento di liberazione dall'*automatic stay* per poter procedere nelle proprie iniziative (e, nell'esempio poc'anzi formulato, per poter validamente opporre l'eccezione di compensazione)⁴². Queste poche battute ci offrono peraltro alcune indicazioni per abbozzare, quale ipotesi di lavoro, un confronto tra le protezioni offerte dall'ordinamento italiano e l'illustrata disciplina statunitense: se, infatti, ad un primo e superficiale approccio quest'ultimo, in virtù dei suoi assai più estesi ambiti applicativi, appare connotato da una maggiore rigidità rispetto al primo, in realtà l'interpretazione e l'applicazione pratica di tali istituti mostra tutta la flessibilità di tale normativa ove, a

⁴¹ Tanto più che, in effetti, non mancano nella giurisprudenza statunitensi pronunce allineate alla soluzione interpretativa da noi proposta, e che dunque vietano la sola proposizione di *counterclaims*: si veda a tal proposito il caso *In re Merrick*, 175 B.R. 333 (1994), 338, ove si afferma che «*given this freedom for the debtor or the trustee to prosecute the debtor's claims, an equitable principle of fairness requires a defendant to be allowed to defend himself from the attack without imposing on him a gratuitous impediment in dealing with an adversary who suffers no correlative constraint. The automatic stay should not tie the hands of a defendant while the plaintiff debtor is given free rein to litigate. [...] Though this paragraph will include choses in action and claims by the debtor against others, it is not intended to expand the debtor's rights against others more than they exist at the commencement of the case.*».

Vietano l'azionabilità dei *counterclaims* senza tuttavia prendere posizione con riguardo alle altre iniziative J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, loc. cit.; in giurisprudenza, *Koolik v. Markowitz*, 40 F.3d 567 (1994), 568.

⁴² Come infatti affermato nel citato caso *In re Financial News Network Inc.*, 572.

Si veda, in argomento – ancorché con riguardo all'ipotesi di giudizi *against the debtor* –, il contributo di F. VAZQUEZ, *Modification of automatic stay to permit litigation to proceed remains possible*, in 27 A.B.I.J. (2008), 34 s.; nonché, in particolare, il caso *In re The SCO Group Inc.*, 395 B.R. 852 (2007), 857, ove il tribunale identifica, tra le circostanze da valutare per la concessione di un provvedimento di liberazione dall'*automatic stay* che inibisce la prosecuzione di un giudizio contro il debitore, la ragionevole probabilità di accoglimento delle ragioni vantate dal creditore.

differenza di quanto accade nel sistema domestico, viene lasciata ai creditori la possibilità di superare i divieti posti dalla legge ed ottenerne la disapplicazione. È un aspetto, questo, che riflette anche la natura di *injunction*, e dunque cautelare, dell'*automatic stay*: l'urgenza di tutelare il debitore dalle iniziative aggressive altrui impone, come detto, una immediata e generalizzata inibitoria, che tuttavia di fronte a giustificati motivi è suscettibile, in un momento successivo, di cedere il passo agli acclarati e prevalenti interessi dei creditori. Se la *ratio* della soluzione rigorista appena illustrata, che le *affirmative defenses* vuole in ogni caso precluse dal vigore dell'*automatic stay*, appare forse di più facile comprensione una volta esplicitata l'ottica da cui prende le mosse, riteniamo comunque preferibile la lettura da noi elaborata – peraltro seguita, come detto, da alcune pronunce giurisprudenziali. Questa, infatti, oltre ad essere più rispettosa del dato testuale, che individua quali azioni vietate l'inizio o la prosecuzione di un giudizio contro il debitore – mentre, con tutta evidenza, la mera proposizione di un'eccezione non pare configurare alcuna delle condotte descritte -, consente anche di evitare l'instaurazione di un apposito contenzioso, finalizzato alla pronuncia di un provvedimento di liberazione dall'inibitoria, il cui positivo esito, il più delle volte, non può che apparire scontato, pena, altrimenti, il rischio di compromettere fatalmente il diritto di difesa del convenuto.

Questione contigua, ma differente, da quella appena analizzata è poi quella attinente la sorte del *counterclaim* promosso dal debitore-convenuto, nei confronti del proprio creditore-attore, e nell'ambito di un procedimento da questi instaurato. Come sappiamo, infatti, in tale circostanza il giudizio principale promosso dal creditore deve arrestarsi, in virtù dell'operatività dell'*automatic stay*; tuttavia nulla si rinviene, nella legge, circa la sorte del *counterclaim* promosso dal debitore. L'interpretazione prevalente è nel senso di consentire la prosecuzione del *counterclaim* proposto dal debitore, pure se l'azione principale, promossa dal creditore, sia sospesa dall'*automatic stay*: viene, in altri termini, valorizzata l'autonomia tra la causa principale e quella introdotta mediante il *counterclaim*, in modo che l'intervenuto *automatic stay* si rifranga unicamente sulla prima, mentre la seconda, in quanto giudizio promosso dal debitore, possa proseguire⁴³. L'applicazione alla fattispecie dei criteri risolutivi elaborati poc'anzi confermano l'esattezza dell'interpretazione esposta.

⁴³ D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 75; A. N. RESNICK, *op. loc. cit.*

Altra criticità, che la delimitazione dell'ambito di operatività dell'*automatic stay* ai procedimenti instaurati «*against the debtor*» comporta, riguarda gli effetti che l'inibitoria produce sui giudizi d'appello. Il riferimento, in particolare, è alla questione se la proposizione di un appello da parte del debitore avverso una sentenza pronunciata in epoca antecedente rispetto alla richiesta di ammissione ad una procedura concorsuale costituisca o meno un'attività in violazione dell'*automatic stay*. A tale riguardo, alcuni tribunali, soprattutto statali, hanno rilevato che un giudizio d'appello instaurato dal debitore non può, evidentemente, essere considerato un procedimento «*against the debtor*», sicché tale iniziativa processuale non sarebbe preclusa dall'*automatic stay*, potendo anzi arrecare un potenziale beneficio alla procedura, in quanto idonea a rimuovere una soccombenza intervenuta a carico del debitore⁴⁴. A livello federale si è, viceversa, affermata una diversa lettura, nel senso di ritenere che l'unico criterio utilizzabile per risolvere la questione sia quello fondato sull'analisi della posizione processuale ricoperta dal debitore all'inizio del procedimento, ossia nel corso del primo grado di giudizio: se, cioè, in tale sede il debitore ricopriva la posizione di convenuto, l'appello proposto, seppur da tale soggetto, avverso la sentenza emanata a conclusione di tale giudizio, non può non essere considerato «*against the debtor*», in quanto prosecuzione del primo grado⁴⁵. Sulla scia di questo secondo orientamento si è peraltro assestata pure la dottrina maggioritaria: se, in conclusione, con riguardo ai giudizi da instaurarsi in primo grado, il criterio discrezionale da utilizzare è fondato sul soggetto che assume tale iniziativa - con la conseguenza che saranno preclusi dall'*automatic stay* i giudizi instaurati contro il debitore, mentre potranno procedere quelli iniziati dal debitore medesimo -, la validità di tale criterio viene meno quando si passi a considerare i giudizi d'appello, ove valore assorbente ha la considerazione della posizione assunta dal debitore nel grado precedente, ché se in detta sede egli rivestiva la qualità di parte convenuta, l'inibitoria in esame è idonea a colpire indistintamente tutti gli appelli, indipendentemente dal fatto che siano proposti da

⁴⁴ In tal senso si veda, ad esempio, il caso *Southern Bank & Trust Co. v. Harley*, 295 S.C. 423 (1988).

⁴⁵ Per la prima affermazione di tale principio si legga il caso *Association of St. Croix Condominium Owners v. St. Croix Hotel Corp.*, 682 F.2d 446 (1982); successivamente, *Farley v. Henson*, 2 F.3d 273 (1993); ma si legga pure quanto affermato in *Cathey v. Johns-Manville Sales Corp.*, 711 F.2d 60 (1983), 62, nel senso che “*it would be anomalous for this Court to adjudge that the instant appeal is not ‘against the debtor’ and therefore not subject to the automatic stay when it is undisputed that, should the merits of the appeal be reached and the action remanded for a new trial, the stay of proceeding would then attach since J-M would have been returned to its initial status of defendant*”.

o contro il debitore medesimo⁴⁶; rimane salva, naturalmente, la possibilità anche per il debitore di richiedere la liberazione dall'*automatic stay*⁴⁷. D'altro canto, e come logica conseguenza della ricostruzione proposta, l'*automatic stay* non esplicherà effetti preclusivi nei riguardi degli appelli, da chiunque proposti, se il giudizio di primo grado era stato instaurato dal debitore⁴⁸.

È evidente che le divaricazioni di opinione illustrate si fondano e si giustificano sulla base di due differenti qualificazioni del giudizio d'appello: un procedimento autonomo, per la prima, una fase del complessivo procedimento iniziato in primo grado, per la seconda. L'approccio è senz'altro corretto, essendo necessario anche nell'ipotesi in esame individuare una fattispecie equivalente alle condotte di inizio o prosecuzione di un procedimento contro il debitore⁴⁹: in altri termini, se il giudizio d'appello viene considerato una prosecuzione del procedimento iniziato in primo grado, occorrerà rifarsi a tale momento per verificare se si tratti di procedimento «*against the debtor*», e in tale ipotesi la sua prosecuzione mediante la proposizione dell'appello, da chiunque proposta, e a prescindere, dunque, da quale soggetto risulti soccombente, costituirà attività preclusa dall'*automatic stay*; se, viceversa, il giudizio d'appello viene qualificato quale autonomo procedimento⁵⁰, si dovrà procedere ad una nuova valutazione, indipendente dalle posizioni processuali assunte in primo grado, e precludere così i soli procedimenti, in questo caso appelli, «*against the debtor*», e dunque proposti dalla controparte.

D) Tra i procedimenti interessati dalla norma in commento sono ricompresi, infine, anche quelli di natura esecutiva instaurati o proseguiti nei confronti del debi-

⁴⁶ Su tale tematica, con un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale descritta nel testo, si veda K. J. DERR, A. K. LAYDEN, *The automatic stay: what are proceedings "against the debtor"?*, in 13 *A.B.I. J.* (1994), 27; P. A. AVRON, *Does automatic stay apply to appeals being prosecuted by debtor of adverse order?*, in 31 *A.B.I. J.* (2012), 22 s.; A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[3]; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 72 s.; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 186.

⁴⁷ P. A. AVRON, *Does automatic stay apply to appeals being prosecuted by debtor of adverse order?*, *op. cit.*, 80.

⁴⁸ D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 73.

⁴⁹ Sul presupposto, naturalmente, che, avendo l'appello la funzione di revisione delle questioni di diritto erroneamente decise in primo grado e risultanti dagli atti processuali, non sarà possibile in tal sede, per la controparte del debitore, allargare l'oggetto del giudizio ed ivi dedurre una nuova pretesa nei confronti del primo: su tali aspetti, L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 976; G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 697 s.; G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., 208 s.

⁵⁰ Come, ad esempio, è affermato da G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 208.

tore personalmente⁵¹: si tenga presente sin d'ora, tuttavia, che tali procedimenti sono idonei a ricadere anche nell'inibitoria disposta dal successivo numero (2). Un'interessante questione, a tal proposito, è rappresentata dalla sorte di una vendita forzata, la cui esecuzione fosse già stata disposta in epoca anteriore al deposito della *petition*: a rigore, infatti, procedere nella vendita già disposta, ma ancora da eseguirsi, può costituire la prosecuzione di un procedimento pendente, e dunque vietato dalla norma in esame⁵². In tale circostanza, la maggioritaria giurisprudenza statunitense consente al creditore, pur nella vigenza dell'*automatic stay*, di richiedere una posticipazione della data delle operazioni di vendita, al fine di assicurarsi il tempo necessario per avanzare, *medio tempore*, una richiesta di liberazione – cd. *relief* – dall'inibitoria e, in caso di concessione, procedere poi nella vendita forzata: tale prassi si rivela del tutto coerente con la menzionata finalità dell'istituto, ossia la conservazione dello *status quo*, ché, evidentemente, la mera posticipazione di una vendita previamente disposta in nessun modo può confliggere con tale scopo⁵³; altro discorso, naturalmente, riguarda la sua conciliabilità con i principi della *par condicio creditorum*, l'opportunità della cui deroga, tuttavia, è vagliata e assorbita dal provvedimento di *relief* nel caso di specie concesso.

6.2. L'esecuzione, contro il debitore, di una sentenza ottenuta prima dell'inizio della procedura

Se la disposizione, dianzi esaminata, di cui al numero (1) della sez. 362(a), è idonea a sospendere l'inizio o la prosecuzione di qualsivoglia procedimento contro il debitore, la protezione accordata dal successivo numero (2)⁵⁴ è viceversa rivolta alle

⁵¹ *In re Karis*, 208 B.R. 913 (1997), 916. All'opposto, i procedimenti esecutivi instaurati contro l'*estate* saranno preclusi dal successivo numero (3).

⁵² E difatti, in Italia, il processo esecutivo individuale si ritiene pendente fino all'esaurimento della fase di assegnazione del bene pignorato o di distribuzione delle somme ricavate dalla vendita giudiziale, e pertanto la prosecuzione, finché non si siano portate a compimento tali operazioni, è da ritenersi preclusa ai sensi del divieto posto dall'art. 51 l. fall.

⁵³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; in giurisprudenza, si veda il caso *In re Lynn-Weaver*, 385 B.R. 7 (2008), 11, ove si afferma che “*a single continuance of a foreclosure sale following the filing of a petition is not a violation of the automatic stay if, before the continued sale date, the creditor filed an appropriate motion for relief from stay*”.

⁵⁴ La sez. 362(a)(2) del *Bankruptcy Code*, in particolare, dispone che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi previste «*operates as a stay, applicable to all entities, of [...] the enforcement, against the debtor [...] of a judgment obtained before the commencement of the case under this title*».

iniziative che, rispetto alla pendenza del giudizio, si pongono in un momento posteriore, in quanto finalizzate a portare ad esecuzione una sentenza già ottenuta dal creditore, per la precisione ottenuta prima dell'inizio della procedura concorsuale⁵⁵: in tale limitazione, è naturalmente implicita la circostanza che la pretesa ad oggetto della decisione sia sorta antecedentemente all'inizio della procedura⁵⁶.

La disposizione, che appare una specificazione – oltreché, in realtà, una vera e propria ripetizione, probabilmente dettata dalla preoccupazione del legislatore di fornire al debitore la più ampia protezione possibile - del divieto già posto dal precedente numero (1), è idonea a precludere l'attuazione in via coattiva sia delle sentenze a contenuto pecuniario, sia dei provvedimenti aventi un differente contenuto.

Con riguardo alla prima, il divieto di portare ad esecuzione (*writ of execution*) una sentenza a contenuto pecuniario nei confronti del debitore personalmente implica, altresì, ed inevitabilmente, il divieto di procedere con il pignoramento (*levy*), ivi compreso quello presso terzi (*garnishment*) o con la vendita (*execution sale*) nei confronti del patrimonio personale dello stesso, ancorché tale entità non sia espressamente contemplata dalla norma⁵⁷; ciò appare del tutto coerente con la circostanza per cui i creditori qui in considerazione – quelli, cioè, la cui pretesa sia sorta antecedentemente al deposito della *petition* - debbano trovare soddisfazione all'interno della procedura concorsuale e, pertanto, dalla distribuzione del ricavato della liquidazione della *property of the estate*.

L'inibitoria in esame, come anticipato, riguarda poi anche sentenze a differente contenuto, ossia gli altri provvedimenti che tipicamente possono essere pronunciati nei confronti di una persona fisica o giuridica: è il caso, ad esempio,

⁵⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[4]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:6; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 77; D. G. EPSTEIN, *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 185; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 72; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 14; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, loc. cit.

Naturalmente, tutt'altra ipotesi è quella rappresentata dalle sentenze ottenute dopo il deposito della *petition*: tale eventualità o costituisce una violazione dell'*automatic stay*, sicché la sentenza ottenuta non avrà alcuna efficacia, o presuppone che l'attore abbia previamente ottenuto un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay* disposto dalla sez. 362(a)(1), ma, in tal caso, pure la possibilità di procedere con l'esecuzione richiede la concessione della liberazione dell'inibitoria: per tali considerazioni, si vedano pure W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.* e J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 574.

⁵⁶ Per tale ovvia considerazione, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C][1], nota 131.

⁵⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*

dell'esecuzione di un provvedimento di sfratto pronunciato a carico del debitore antecedentemente al deposito della *petition*⁵⁸.

Nell'ambito applicativo della norma, peraltro, rientrano pure quei procedimenti che, rispetto alla sentenza, si pongono in posizione accessoria od ancillare: si pensi, per tutti, ad un *civil contempt proceeding* che venga avviato in funzione coercitiva al fine di indurre il debitore ad adempiere al comando racchiuso nella sentenza⁵⁹.

La *ratio* specifica della disposizione è dunque duplice: oltre alla consueta necessità di garantire al debitore un riparo dalle iniziative aggressive altrui⁶⁰, il divieto di portare ad esecuzione le sentenze aventi contenuto pecuniario si riconnette, evidentemente, all'opportunità di convogliare il momento di soddisfacimento delle pretese creditorie innanzi al tribunale fallimentare, nel concorso di tutti i creditori.

6.3. *Gli atti diretti a recuperare o riscuotere, nei confronti del debitore, un credito sorto prima dell'inizio della procedura*

Seppur la presenza del verbo «*to recover*» possa farla apparire una ripetizione della protezione già accordata dal numero (1), la disposizione racchiusa nel numero (6) della sez. 362(a), laddove impone l'inibitoria di qualsiasi atto che sia in vario modo diretto a recuperare o riscuotere, presso il debitore, un credito sorto prima dell'inizio della procedura⁶¹, è di portata applicativa più assai più estesa della prima, poiché idonea a ricomprendere qualsiasi iniziativa a tale scopo diretta, a prescindere dalla sua connessione con un procedimento, di natura giurisdizionale o meno. È dunque sul terreno stragiudiziale che la norma ritrova la propria autonomia ed utilità, anche e soprattutto rispetto all'inibitoria disposta dal numero (2), con riguardo all'esecuzione delle sentenze aventi contenuto pecuniario⁶². In altri termini, se le ini-

⁵⁸ W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:7, nota 58; per un caso analogo, si veda *In re Lewis*, 15 B.R. 643 (1981).

⁵⁹ D. R. COWANS, *op. cit.*, 495.

⁶⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*

⁶¹ In virtù di tale norma, il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure previste dal *Bankruptcy Code* «*operates as a stay, applicable to all entities, of [...] any act to collect, assess, or recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title*».

⁶² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[8]; D. R. COWANS, *op. cit.*, 504; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 77 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 80 s.; F. R. KENNEDY, *Automatic*

bitorie di cui ai numeri (1) e (2) sono idonee a bloccare, rispettivamente, i procedimenti finalizzati a recuperare o a riscuotere un diritto di credito nei confronti del debitore, e le esecuzioni forzate delle sentenze pronunciate avverso il medesimo soggetto, l'ampio dettato del numero (6) qui in esame si presta (anche, ma soprattutto) a precludere le equivalenti attività che trovino compimento sul piano stragiudiziale⁶³.

Idonea a ricadere nel divieto in oggetto è dunque qualsivoglia condotta, giudiziale ovvero a carattere informale, finalizzata ad ottenere dal debitore un pagamento. Ciò significa che preclusi dall'*automatic stay* saranno pure, ad esempio: un mero contatto telefonico tra creditore e debitore avente ad oggetto la richiesta, rivolta a quest'ultimo, di procedere volontariamente all'adempimento dovuto; l'invio di una lettera di intimazione ad adempiere; la minaccia di agire in giudizio per ottenere soddisfazione delle proprie pretese; la decisione, assunta da una compagnia telefonica, di interrompere l'erogazione del servizio a causa del rifiuto, da parte del debitore ammesso alla procedura concorsuale, di pagare le bollette. Assoggettate al divieto sono, inoltre, pure le condotte meramente omissive tra cui, ad esempio, la mancata interruzione, ad opera del creditore, di attività preordinate alla riscossione di un credito: si pensi alla mancata interruzione delle detrazioni automatiche sugli stipendi, autorizzata in epoca pre-fallimentare, che evidentemente divengono precluse in conseguenza dell'intervenuta operatività dell'*automatic stay* dalla data del deposito della *petition*⁶⁴.

Si tenga presente che, nella maggior parte dei casi, la disposizione in commento esplicherà i propri effetti specialmente nei confronti dei creditori chirografari: i titolari di diritti di prelazione, viceversa, saranno più propensi ad assumere iniziative finalizzate a dare attuazione al privilegio posseduto, specificamente contemplate da altri numeri – per la precisione, (4) e (5) - della sez. 362(a)⁶⁵.

stays under the new bankruptcy law, cit., 21; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 607.

⁶³ Si legga, a tal proposito, l'affermazione compiuta nel caso *In re Heath*, 3 B.R. 351 (1980), 355, secondo cui «*The legislative history of section 362(a)(6) clearly indicates that Congress intended to prohibit creditors from collecting prepetition debts in any manner*».

⁶⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[8][a]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:10; D. R. COWANS, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 186; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 77 s.

⁶⁵ W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 185; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, loc. cit.

È forse nella disposizione in commento che è possibile cogliere la più genuina espressione della finalità di garantire un effettivo *fresh start* al debitore: se tale soggetto, infatti, dev'essere posto in condizione di riprendere l'ordinario corso degli affari dal giorno stesso del deposito della *petition*, è anche e soprattutto con riguardo a tali attività stragiudiziali, idonee a condizionarne la quotidianità, che è opportuno garantirgli la massima protezione⁶⁶.

6.4. La compensazione di un debito, sorto prima dell'inizio della procedura, con un credito vantato nei confronti del debitore

Una disposizione di assoluto interesse, anche in ottica comparata, è quella racchiusa nel numero (7) della sez. 362(a), che preclude al creditore la possibilità di compensare i crediti vantati nei confronti del debitore con i propri debiti verso il medesimo soggetto⁶⁷.

Necessario, al fine di comprendere appieno l'effetto sospensivo in oggetto, è richiamare la successiva sez. 553 che, nel dettare la disciplina della compensazione all'interno di una procedura concorsuale, precisa che le disposizioni speciali contenute nella legge fallimentare non inficiano in alcun modo il diritto del creditore, riconosciuto in via generale dalla legge ordinaria, di compensare un debito verso il proprio debitore, sorto prima dell'inizio della procedura, con il credito vantato nei confronti del medesimo soggetto, parimenti sorto prima del deposito della *petition*, salvo, appunto, quanto previsto dalla sez. 362⁶⁸. Ciò significa che, seppur il creditore vanti un diritto alla compensazione che, per le caratteristiche testé riportate, sia efficace ed opponibile in sede fallimentare, la sua azionabilità – ma solo quest'ultima, ché il contenuto sostanziale del diritto, come appena visto, e come tipicamente accade quale conseguenza dell'operatività dell'inibitoria, non viene in alcun modo inficiato dalla

⁶⁶ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[8][a]; D. R. COWANS, *op. loc. cit.*; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 22.

⁶⁷ Ai sensi della sez. 362(a)(7), in particolare, il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure previste dal *Bankruptcy Code* «operates as a stay, applicable to all entities, of [...] the set-off of any debt owing to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against any claim against the debtor».

⁶⁸ La menzionata sez. 553, per la parte che qui interessa, prevede che «except as otherwise provided in this section and in sections 362 and 363 of this title, this title does not affect any right of a creditor to offset a mutual debt owing by such creditor to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against a claim of such creditor against the debtor that arose before the commencement of the case».

sospensione - risulta preclusa dall'*automatic stay* di cui al numero (7) ora in commento salva, naturalmente, la possibilità di richiedere un provvedimento di *relief* dall'inibitoria⁶⁹.

La *ratio* della disposizione risiede, dunque, nell'opportunità di garantire che anche il credito vantato da un soggetto a sua volta obbligato nei confronti del debitore, sia sottoposto ad accertamento nel procedimento instaurato innanzi al tribunale fallimentare, cosicché la facoltà di compensazione ritorni fruibile al termine di detta verifica⁷⁰.

Le reciproche pretese di debito-credito, come accennato, per essere opponibili alla procedura devono essere sorte entrambe in epoca antecedente alla sua apertura: l'una, per espressa previsione di legge, l'altra, per generale condizione di concorsualità del credito. Ciò comporta, naturalmente, che tale requisito di mutualità non sia integrato laddove le contrapposte pretese siano sorte, l'una, in epoca anteriore, e l'altra, in epoca posteriore rispetto a tale momento.

I meccanismi compensativi impediti dalla sez. 362, poi, sono solo quelli che si vorrebbero far operare dopo il deposito della *petition*: le compensazioni effettuate prima dell'apertura della procedura, all'opposto, sono riconosciute dalla medesima sez. 553, che ne riconosce la generale validità e opponibilità al fallimento⁷¹.

La disposizione nulla dice, all'opposto, con riguardo alla possibilità di compensare reciproche pretese sorte entrambe dopo il deposito della *petition*: è evidente che, trattandosi di rapporti giuridici relativi al nuovo corso degli affari del debitore, e

⁶⁹ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[E]; D. R. COWANS, *op. cit.*, 506; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 80; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 107; B. A. BLUM, *op. cit.*, 249; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 23; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, loc. cit.

⁷⁰ F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, loc. cit.

Differente, come noto, è la disciplina della compensazione di cui all'art. 56 della legge fallimentare italiana, ai sensi del quale, per ragioni di giustizia sostanziale, è riconosciuto ai creditori il diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ove entrambe le pretese siano sorte in data anteriore al fallimento. La norma, dunque, costituisce un'eccezione ai principi del concorso formale e sostanziale, non essendo necessaria l'insinuazione allo stato passivo, e per l'evidente deroga ai principi della *par condicio creditorum*.

⁷¹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[9]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:11; D. R. COWANS, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 78 s.; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 577.

Si noti, peraltro, che la successiva sottosezione (b) riconosce al *trustee* il potere di revocare le compensazioni effettuate nei 90 giorni antecedenti il deposito della *petition*, periodo in cui, ai fini della sezione, è presunto lo stato di insolvenza del debitore.

resi possibili dall'intervenuto *fresh start*, la compensazione sarà liberamente praticabile.

Si ricorda, peraltro, che la norma in commento ha riferimento alle compensazioni effettuate nei confronti del debitore: se il diritto di credito in questione, infatti, è transitato nella *property of the estate*, i meccanismi compensativi saranno impediti dalla sez. 362(a)(3)⁷².

Distinta dalla compensazione è la fattispecie rappresentata dal recupero di un pagamento in eccesso effettuato al debitore in epoca antecedente all'inizio della procedura, attuato mediante una trattenuta (*recoupment*) di parte del pagamento dovuto al medesimo debitore in virtù di una successiva operazione. Questo tipo di recupero differisce dalla compensazione in quanto, mentre in quest'ultima i reciproci rapporti di debito-credito insorgono da distinti e separati rapporti giuridici, il primo coinvolge le due parti di un unico rapporto; esso, pertanto, non è considerato in violazione dell'*automatic stay* in esame, anche perché sarebbe iniquo lasciare che debitore possa godere dei benefici derivanti da un contratto senza assumerne le relative obbligazioni⁷³.

6.5. L'inizio o la prosecuzione di un procedimento innanzi alla U.S. Tax Court

L'ultima sospensione che concerne iniziative riguardanti la persona del debitore, è quella disciplinata al successivo numero (8), che assoggetta all'*automatic stay* l'inizio o la prosecuzione, presso la *United States Tax Court*, di un procedimento riguardante debiti d'imposta del debitore⁷⁴.

⁷² D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 106.

⁷³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[9][b]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *op. loc. cit.*; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 79, nota 43.

Si veda, a tal proposito, la classificazione effettuata nel caso *In re Holyoke Nursing Home Inc.*, 273 B.R. 305 (2002), 311: "Setoff is in the nature of a counterclaim, enabling a creditor to reduce the amount of a claim against it by an amount owed to the creditor on a mutual unrelated debt [...] *recoupment is the satisfaction of an obligation by the crediting against it of a reciprocal obligation arising from the same transaction, typically the same contract*".

⁷⁴ La sez. 362(a)(8), in particolare, prescrive che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure previste dal *Bankruptcy Code* «operates as a stay, applicable to all entities, of [...] the commencement or continuation of a proceeding before the United States Tax Court concerning a tax liability of a debtor that is a corporation for a taxable period the bankruptcy court may determine or concerning the tax liability of a debtor who is an individual for a taxable period ending before the date of the order for relief under this title». Per una breve storia legislativa di tale disposizione, si veda F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 23 s.

Già si è fatta menzione della disposizione in esame in occasione dell'analisi dei soggetti che subiscono gli effetti sospensivi derivanti dall'*automatic stay*⁷⁵, e già in quella sede si era osservato che, quella in commento costituisce l'unica ipotesi in cui lo stesso debitore risulta eccezionalmente assoggettato all'inibitoria prevista dalla sez. 362: ché, essendo il giudizio tributario un procedimento avviabile solo su istanza del contribuente, il destinatario del divieto non può che essere tale soggetto⁷⁶.

La norma riguarderebbe i soli giudizi di primo grado, mentre la disciplina riguardante gli appelli andrebbe rinvenuta nel divieto posto al precedente numero (1)⁷⁷. A questo proposito, dunque, occorre rifarsi ai criteri, elaborati poc'anzi⁷⁸, utili a valutare se e quando il giudizio d'appello proposto avverso una sentenza emanata dalla *U.S. Tax Court* al termine del procedimento avviato dal debitore possa considerarsi «*against the debtor*». Dirimente, pertanto, sarà la posizione assunta sulla questione circa la natura del giudizio d'appello: se, cioè, si tratti di un procedimento autonomo ovvero della prosecuzione del primo grado. Applicando tali criteri alla fattispecie in esame risulterebbe, dunque, che, seguendo il primo orientamento, dovrebbero essere sospesi solo gli appelli proposti contro il debitore, mentre, seguendo il secondo, nessun appello potrebbe essere impedito dall'inibitoria, trattandosi in ogni caso di giudizio *ab origine* instaurato dal debitore. Da queste conclusioni emerge, tuttavia, che il trasferimento *de plano* dei criteri generali elaborati con riguardo all'*automatic stay* imposto dal numero (1) si riveli, in realtà, di difficile praticabilità: a prescindere dall'orientamento preferito circa la natura dell'appello ne deriverebbe, infatti, che, mentre i giudizi di primo grado instaurati dal debitore sarebbero sempre preclusi dal numero (8) qui in esame, l'instaurazione o la prosecuzione dei giudizi d'appello, da parte dello stesso debitore, sarebbe sempre ammessa⁷⁹. Si rende necessario, pertanto, procedere ad un adattamento, ossia concludere che tutti i giudizi d'appello, a prescindere dalla circostanza che siano stati avviati dal debitore ovvero

⁷⁵ Cap. III, Sez. I, § 4.

⁷⁶ D. R. COWANS, *op. cit.*, 508; ma si veda, sul punto, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[10], ove il destinatario dell'inibitoria è altresì rinvenuto nella stessa *Tax Court*, quale *governmental unit* colpita dall'*automatic stay*.

⁷⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *op. loc. cit.*

⁷⁸ *Supra*, § 6.1.

⁷⁹ L'applicabilità dei menzionati criteri, con riguardo al secondo orientamento riportato, sarebbe esclusa anche da ciò, che se la legge dispone la sospensione di un giudizio che può essere avviato solo su iniziativa del debitore, che necessariamente riveste la qualità di attore, significa che la determinazione degli appelli interessati dal divieto in esame non possa dipendere dalla posizione processuale di parte convenuta assunta dal debitore in primo grado.

dall'amministrazione finanziaria, debbano essere assoggettati all'inibitoria in commento⁸⁰.

La sospensione, inoltre, opera diversamente a seconda che il debitore-contribuente sia una persona fisica ovvero una società: nel primo caso, i giudizi sospesi sono quelli relativi ai periodi d'imposta antecedenti l'inizio della procedura, mentre con riguardo alle società tale limite temporale non rileva, ricadendo nel prescritto divieto anche i giudizi relativi ai periodi d'imposta successivi al deposito della *petition*, purché individuati dal tribunale fallimentare⁸¹.

Tale norma si completa con la previsione racchiusa nella successiva sez. 505, ove è attribuita al tribunale fallimentare la *jurisdiction* in ordine all'accertamento dei debiti d'imposta del debitore, quale realizzazione della *ratio* di convergenza nel *forum concursus* dei relativi giudizi di accertamento⁸².

7. Segue. b) *Sospensioni poste a protezione del patrimonio fallimentare*

Passando ora ad analizzare le protezioni accordate alla *property* che, con l'apertura della procedura, confluisce nell'*estate*⁸³, le iniziative espressamente precluse sono⁸⁴: (2) l'esecuzione, contro la *property* confluita nel patrimonio fallimentare, di una sentenza ottenuta prima dell'inizio della procedura; (3) gli atti finalizzati ad ottenere il possesso od esercitare il controllo sulla *property of the estate*; (4) gli atti volti a creare, perfezionare o portare ad esecuzione un diritto di prelazione sulla medesima.

⁸⁰ Ci appare errata, dunque, la decisione assunta nel caso *Freemen v. Commissioner*, 799 F.2d 1091 (1986), ove si è affermato che l'appello promosso dal debitore non è sospeso dalla sez. 362(a)(1) in quanto non rappresenta un'azione *against the debtor*: ma tale requisito non è richiesto neppure per sospendere il giudizio di primo grado, sicché un'applicazione della disposizione citata alla fattispecie in esame richiede, ai fini della sua compatibilità, che tale requisito non sia richiesto neppure con riguardo agli appelli.

⁸¹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:12; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*

⁸² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*

Nell'ordinamento italiano, come noto, vige una riserva di giurisdizione a favore del giudice tributario per l'accertamento dei crediti d'imposta, che dunque, ai sensi dell'art. 88 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 sono ammessi al passivo fallimentare con riserva, nell'attesa degli esiti del giudizio instaurato presso il giudice tributario: sulla questione, M. MONTANARI, *L'accertamento fallimentare dei crediti d'imposta dopo la riforma*, in *Fallimento*, 2007, 1129 s.

⁸³ Per la cui ricognizione si rinvia *supra*, Cap. III, Sez. I, § 2.

⁸⁴ Anche in questa sede, la numerazione utilizzata rispecchierà quella presente nella sez. 362(a).

Procediamo, dunque, ad un separato approfondimento anche delle iniziative testé illustrate.

7.1. L'esecuzione, contro la property of the estate, di una sentenza ottenuta prima dell'inizio della procedura

La sospensione prevista al numero (2) della sez. 362(a), già analizzata trattando delle iniziative impedito nei confronti del debitore⁸⁵, preclude, nei confronti dei beni e diritti confluiti nel patrimonio fallimentare, l'esecuzione di una sentenza ottenuta dal creditore in epoca antecedente al deposito della *petition*⁸⁶.

Così come il debitore, dunque, anche l'*estate* è protetto da qualsiasi tentativo volto ad ottenere l'attuazione coattiva del *dictum* racchiuso in una decisione giudiziale pronunciata prima dell'inizio della procedura: nell'ambito di applicazione della norma ricadranno, dunque, i procedimenti esecutivi e dunque, di nuovo, pignoramento (*levy*), e vendita (*execution sale*)⁸⁷; poiché, peraltro, l'*automatic stay* non è limitato, quanto al suo ambito operativo, dal criterio della *custodia legis*, l'efficacia sospensiva in discorso potrà andare a vantaggio anche di beni che si trovino materialmente nel possesso di soggetti terzi⁸⁸, come accade con il *writ of garnishment*.

La considerazione complessiva dell'inibitoria disposta dal numero (2) ci permette, peraltro, di restituire alla medesima una sua autonomia: se, infatti, con riguardo al debitore essa appare una ripetizione, attuata mediante la specifica identificazione dei procedimenti preclusi, della protezione accordata dal precedente numero (1), essa ritrova appieno la sua utilità nel momento in cui passa a descrivere le sospensioni operanti a vantaggio del patrimonio fallimentare, nei confronti del quale, come detto, non interviene la norma di cui al citato numero (1), riservata al debitore.

⁸⁵ Si veda *supra*, § 6.2.

⁸⁶ Ai sensi della sez. 362(a)(2) del *Bankruptcy Code*, infatti, il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi previste «*operates as a stay, applicable to all entities, of [...] the enforcement [...] against property of the estate, of a judgment obtained before the commencement of the case under this title*».

⁸⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[4]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C][2]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:6; D. R. COWANS, *op. cit.*, 494 s.; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 77; B. A. BLUM, *op. cit.*, 248; D. G. EPSTEIN, *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 181 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 91.

⁸⁸ Di nuovo, si veda Cap. III, Sez. I, § 2.

Gli interessi protetti dalla disposizione riguardano direttamente l'assicurazione dell'integrità del patrimonio fallimentare. Tale valore, peraltro, assume differenti declinazioni nelle procedure liquidatorie ed in quelle conservative: nelle prime, evidentemente, esso è preordinato a scongiurare il rischio di frammentazione dell'*estate*, allo scopo di garantire un'ordinata liquidazione e successiva distribuzione dell'attivo tra i creditori, nel rispetto delle cause legittime di prelazione; nelle seconde, oggetto di tutela è la possibilità di devolvere i beni confluiti nell'*estate* allo sforzo riorganizzativo e, così, al successo della procedura avviata⁸⁹.

7.2. *Gli atti diretti ad ottenere il possesso della property confluita nel patrimonio fallimentare, o ad esercitare il controllo sulla medesima*

Con una formulazione assai generale, il successivo numero (3) assoggetta ad inibitoria gli atti diretti ad ottenere il possesso dei cespiti confluiti nel patrimonio fallimentare, ovvero che siano volti ad esercitare il controllo sui medesimi⁹⁰.

A tal proposito, è opportuno rilevare sin d'ora che la formulazione originaria della norma precludeva le sole iniziative finalizzate ad ottenere il possesso dei cespiti menzionati: il riferimento all'altro tipo di attività oggi preclusa è stato aggiunto da un emendamento del 1984⁹¹, giustificato dalla necessità di assicurare che la protezione si estendesse anche a vantaggio di quelle iniziative che non si estrinsecassero nel possesso materiale dei beni, e che quindi, in mancanza di tale connotato, sarebbero sfuggite al divieto in esame⁹². Oggi, pertanto, sono espressamente vietati tre tipi di condotte: gli atti diretti ad ottenere il possesso dei beni su cui l'*estate* vanta un diritto di proprietà («*property of the estate*»); gli atti diretti ad ottenere il possesso dei beni confluiti nell'*estate*, ma sui quali il medesimo non è titolare di un diritto di proprietà

⁸⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

⁹⁰ La sez. 362(a)(3) del *Bankruptcy Code*, per la precisione, prevede che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi previste «*operates as a stay, applicable to all entities, of [...] any act to obtain possession of property of the estate or of property from the estate or to exercise control over property of the estate*».

⁹¹ *Act of July 10, 1984, Pub. L. No. 98-353, 98 Stat. 352 (1984)*.

⁹² Per tutti, W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:7; sulla differenza tra possesso e controllo – nel senso della maggiore comprensività del secondo termine –, si veda pure D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 93.

bensì di situazioni di mero possesso o detentive («*property from the estate*»)⁹³; infine, gli atti diretti ad esercitare il controllo su beni o diritti di titolarità dell'*estate*.

La disposizione si presta dunque a precludere una vastissima gamma di iniziative, di natura giudiziale ovvero extragiudiziale, che siano dirette a realizzare le tre condotte descritte⁹⁴: e la comune *ratio* perseguita è, naturalmente, la stessa esigenza di garantire l'integrità del patrimonio fallimentare, già illustrata a conclusione del precedente sottoparagrafo⁹⁵.

Procedendo nell'analisi delle iniziative precluse, alla prima delle categorie riportate – atti diretti ad ottenere il possesso di beni di proprietà dell'*estate* –, può essere ricondotta, ad esempio, la condotta del creditore titolare di un diritto di prelazione che voglia entrare nel possesso del bene su cui detta prelazione insiste⁹⁶; mentre ricadrà nella seconda tipologia di atti vietati – quelli diretti ad ottenere il possesso di beni dall'*estate*, ma non di proprietà di quest'ultimo –, l'iniziativa del soggetto che voglia recuperare dalla massa un cespite di sua proprietà che, tuttavia, sia confluito nell'*estate* (si pensi al caso di un'automobile prestata al debitore in epoca antecedente al deposito della *petition*): egli, evidentemente, non potrà ritenersi libero di agire ma dovrà richiedere un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay* al fine di provare il suo diritto di proprietà innanzi al tribunale fallimentare⁹⁷.

Maggiore interesse suscita, tuttavia, la terza tipologia di condotte vietate, ossia quella ricomprendente le iniziative rivolte ad esercitare il controllo su beni o diritti di titolarità dell'*estate* - introdotta, come si diceva, per liberare il divieto di cui al

⁹³ L'*automatic stay*, lo si ricorda, riguarda tutti gli *interests in property* confluiti nell'*estate*, e, dunque, anche le situazioni di mero possesso o detenzione di cui il debitore era titolare nel tempo antecedente al deposito della *petition*: sul punto, P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 183; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 76; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 92 s.; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 15 s., nota 55; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 606; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 575.

⁹⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[5]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 15.

⁹⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; in giurisprudenza, il caso *In re Chateaugay Corp.*, 87 B.R. 779 (1988), 794.

⁹⁶ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[D].

⁹⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[5].

Nell'ordinamento italiano, come noto, l'art. 87 *bis* l. fall. consente oggi ai terzi titolari di diritti reali o personali chiaramente riconoscibili su beni mobili, in deroga all'ordinario procedimento di insinuazione allo stato passivo fallimentare delle domande di restituzione e di rivendica, di presentare istanza al giudice delegato finalizzata alla restituzione, da disporre con decreto, di tali beni, senza, dunque, la necessità di sottoporsi agli oneri del procedimento di verifica del passivo.

numero (3) dal requisito corporale dell'ottenimento del possesso materiale sui beni -, ed idonea, dunque, a ricomprendere una vasta ed eterogenea gamma di attività.

Anzitutto, ricadranno nella fattispecie in esame le iniziative volte non ad ottenere, bensì a trattenere il possesso, acquisito anteriormente al deposito della *petition*, di beni di proprietà dell'*estate*: in tale situazione, come noto, il *trustee* può esercitare i propri poteri di *turnover*⁹⁸ per rientrare nella disponibilità materiale del cespite; ove il soggetto interessato si rifiuti di restituire i beni alla procedura, incorrerà nella violazione in esame⁹⁹. Lo stesso naturalmente vale, più in generale, per ogni ipotesi in cui un soggetto trattenga il possesso di un cespite a fronte di un'obbligazione restitutoria nei confronti della massa¹⁰⁰.

In secondo luogo, la riformulazione della norma consente di estendere la protezione anche ai beni immateriali, in quanto tali insuscettibili di possesso.

La tematica ci ricollega, anzitutto, alla questione circa la sorte dei contratti in corso di esecuzione: ai sensi della sez. 365 del *Bankruptcy Code*, in particolare, il *trustee* può decidere se subentrare o sciogliersi dai medesimi¹⁰¹; prima di tale decisione, tuttavia, poiché i rapporti giuridici scaturenti da tali contratti sono considerati posizioni giuridiche appartenenti alla massa fallimentare, essi sono protetti contro le altrui iniziative finalizzate allo scioglimento di tali negozi o comunque contro qualsivoglia interferenza che possa menomare le posizioni giuridiche soggettive da essi derivanti. Il riferimento è, per la precisione, alla possibilità di azionare le cd. *bankruptcy termination clauses*, o *ipso facto clauses*, ossia le clausole che prevedano lo scioglimento automatico del contratto in caso di sopravvenuta ammissione ad una procedura concorsuale, ovvero anche alla possibilità di recedere dal contratto in virtù di tale evento: tali iniziative, evidentemente, sono precluse dalla disposizione in oggetto¹⁰². Il principio espresso, peraltro, assume particolare rilevanza in materia di

⁹⁸ Per i quali, si veda quanto detto *supra*, Cap. III, Sez. I, § 2.

⁹⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 94; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, loc. cit.

¹⁰⁰ D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*

¹⁰¹ La sez. 365, per la precisione, prevede, quale regola generale, che «*the trustee, subject to the court's approval, may assume or reject any executory contract or unexpired lease of the debtor*»: una disposizione, dunque, simile alla regola generale posta dall'art. 72 l. fall. e che, nel nostro ordinamento, disciplina gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, salve le norme speciali poste dagli articoli successivi.

¹⁰² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[5][a]; D. R. COWANS, *op. cit.*, 497; D. G. BAIRD, *op. cit.*, 193 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 98 s. e spec. 100. Naturalmente, ove il contratto venisse a scadenza naturale dopo il deposito della *petition*, tale cessazione fisiologica

contratti di locazione, ove il locatore incorre in una violazione del divieto in esame ogniqualvolta tenti di sciogliersi dal contratto con il debitore ovvero – e ciò rileverà anche quale condotta diretta ad ottenere il possesso di beni su cui l'*estate* vanta un *interest* diverso dal diritto di proprietà - di privare comunque quest'ultimo del possesso dei locali¹⁰³. Nelle ipotesi sin qui esaminate, vale la pena rilevarlo, l'*automatic stay* s'atteggia altresì quale istituto volto ad assicurare al *trustee* il tempo necessario per decidere se subentrare ovvero sciogliersi dal contratto pendente¹⁰⁴.

Altra ipotesi interessante è quella relativa alla sorte dei diritti d'azione che, in virtù del deposito della *petition*, confluiscono nell'*estate*: la protezione in esame implica, per la precisione, che siano precluse le cessioni di tali diritti, nonché, ad esempio, il divieto, in capo ai creditori, di promuovere azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori della società debitrice, ovvero di agire in via ordinaria per il recupero di un bene che il debitore abbia trasferito in via fraudolenta (cd. *fraudulent transfer*); il divieto si spiega, naturalmente, non con la sospensione di cui al numero (1) della sez. 362(a) – che, lo si ricorda, opera solo se il debitore assuma le vesti processuali di parte convenuta -, bensì con l'appartenenza alla massa di tali diritti di agire in giudizio¹⁰⁵, sicché un esercizio da parte di terzi comporta un atto diretto ad

non potrebbe essere in alcun modo impedita dal procedimento fallimentare, mentre una richiesta di scioglimento per inadempimento (di obbligazioni di natura pecuniaria) del debitore, sarebbe comunque preclusa anche dal divieto posto dal numero (6), già analizzato. Si rinvia, sulla tematica, anche alle considerazioni già svolte *supra*, Cap. III, Sez. I, § 4.

¹⁰³ D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 103 s.

Diverso è lo scenario nel caso in cui il contratto di locazione venga a scadenza naturale prima o durante la procedura concorsuale: in tal caso, con riguardo alle locazioni ad uso non abitativo, la sez. 362(b)(10) espressamente sottrae al regime preclusivo proprio dell'*automatic stay* gli atti del locatore volti ad ottenere il possesso dei locali: sul tema, per tutti, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.05 [10]. Si tenga presente, peraltro, che la sez. 541(b)(2) esclude dalla *property of the estate* gli *interests* del debitore in qualità di conduttore in un contratto di locazione ad uso non abitativo la cui naturale scadenza sia intervenuta prima o durante la procedura (in questo secondo caso, l'esclusione dall'*estate* interviene al momento della scadenza del contratto), sicché la cessazione dell'*automatic stay* con riguardo a tali cespiti consegue già e solo in virtù di quest'ultima previsione.

¹⁰⁴ D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 100.

¹⁰⁵ Sia le azioni di responsabilità sociale, sia quelle dirette a revocare un *fraudulent transfer*, transitano infatti nell'*estate* e, quindi, in capo al *trustee*, con il deposito della *petition* (si ricordi, a tal proposito, quanto detto nel corso del Cap. III, Sez. I, § 2, con riguardo agli *avoiding powers*). Si coglie, qui, un certo parallelismo con la disciplina italiana, ove, come noto, l'esercizio sia delle azioni di responsabilità (art. 2394 *bis* c.c., art. 146, secondo comma, lett. *a*) e *b*), l. fall.), sia delle azioni revocatorie rientra nella legittimazione esclusiva del curatore; tuttavia, mentre nell'ordinamento italiano l'azione revocatoria proposta dal singolo creditore in pendenza di una procedura concorsuale è inammissibile (si veda Trib. Milano, 26 luglio 2011, in banca dati *Pluris*), nell'ordinamento statunitense tale condotta è all'opposto inibita dall'*automatic stay*, sicché andrà incontro alle specifiche sanzioni previste in caso di sua violazione.

esercitare il controllo su un diritto di titolarità dell'*estate*¹⁰⁶. Ove il *trustee* abbandoni il diritto d'azione, tuttavia, esso cesserà di appartenere all'*estate* e, ove riconfluisca nella titolarità dei creditori, questi ultimi, liberati dalla preclusione in discorso, torneranno liberi di agire in giudizio¹⁰⁷.

Un ulteriore scenario che merita di essere analizzato si presenta, poi, nell'ipotesi di *competing automatic stays*: quando, cioè, due soggetti, entrambi ammessi ad una procedura concorsuale, siano beneficiari degli effetti protettivi qui in esame e vantino pretese reciproche. Tale situazione si è presentata nel conflitto, assai noto alla letteratura statunitense, tra una società affiliata alla *Lehman Brothers Inc.* (cui in seguito ci riferiremo, per semplicità, con l'appellativo «*Lehman*») ed il gruppo *SunCal*, comprensivo di un consorzio di lottizzazione mutuatario della *Lehman*¹⁰⁸. A seguito della crisi del settore immobiliare che ha colpito gli Stati Uniti nel 2008, la *Lehman* aveva avviato dei procedimenti di esecuzione forzata contro il gruppo *SunCal*, che chiedeva così l'ammissione ad una procedura di *reorganization* ai sensi del *Chapter 11*; a sua volta, pure la *Lehman* richiedeva l'ammissione al medesimo tipo di procedura, complicando il quadro della risoluzione delle pretese tra le due società. In particolare, per poter procedere nell'esecuzione forzata avviata contro la *SunCal* ed ottenere la restituzione delle somme concesse a titolo di mutuo, la *Lehman* richiese la liberazione dall'*automatic stay* di cui, dal momento della richiesta di ammissione alla procedura di *reorganization*, beneficiava il gruppo *SunCal*; quest'ultima, tuttavia, si opponeva alla richiesta di *relief* in quanto alcune condotte inique tenute dalla *Lehman* erano piuttosto idonee a giustificare la cd. *equitable subordination* dei diritti di credito vantati dalla medesima¹⁰⁹, ossia la loro degradazione da privilegiati a chiro-

¹⁰⁶ D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 96 s. ove, tuttavia, si individua una giustificazione differente con riguardo ai *fraudulent transfers*: secondo tali autori, infatti, l'*estate* vanterebbe un *interest* sulla *property* oggetto del *fraudulent transfer* – evidentemente ricollegata all'aspettativa di reintegrare il patrimonio fallimentare con il bene oggetto del trasferimento -, sicché l'azione giudiziale del creditore sarebbe vietata proprio in quanto diretta nei confronti di un bene sul quale l'*estate* vanta un *interest*.

¹⁰⁷ D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 97 s.

¹⁰⁸ Caso deciso dalla sentenza *In re Palmdale Hills Property LLC*, 654 F.3d 868 (2011).

¹⁰⁹ Mediante il ricorso ai poteri equitativi che tradizionalmente gli appartengono, il tribunale fallimentare, ai sensi della sez. 510(c) del *Bankruptcy Code*, può, infatti, derogare alle regole generali in materia di ordine di distribuzione delle somme per subordinare il soddisfacimento di determinati crediti, laddove i relativi titolari abbiano tenuto una condotta contraria, appunto, ai principi di equità: ciò si verifica, ad esempio, ove il comportamento tenuto fosse idoneo a danneggiare gli altri creditori o ad arrecare un ingiusto vantaggio al titolare del credito oggetto di *subordination*. Sulla questione, per tutti, W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *Bankruptcy*, cit., 431 s.

grafari, con conseguente trasferimento nel patrimonio fallimentare della *SunCal* dei diritti di prelazione che assistevano i medesimi diritti di credito, in conformità a quanto previsto dalla sez. 510(c)(2) del *Bankruptcy Code*¹¹⁰. A sua volta, la *Lehman* replicava, avverso tale difesa, che l'*equitable subordination* del suo diritto di credito - unitamente al trasferimento del diritto di prelazione -, era idoneo, a sua volta, a violare l'*automatic stay* posto a sua protezione, in quanto atto diretto ad esercitare il controllo sui diritti confluiti nel suo *estate*, in palese violazione della protezione assicurata dal numero (3) qui in esame. Il tribunale fallimentare accolse le repliche della *Lehman*, formulando, in tale occasione, il principio di diritto per cui, in presenza di *competing automatic stays*, ciascun debitore può agire con attività meramente difensive, ma di fronte ad iniziative offensive l'*automatic stay* si pone come barriera insormontabile¹¹¹.

L'efficacia protettiva in discorso, come emerge dal testo della norma, si applica peraltro indipendentemente dal momento in cui sorge la pretesa cui, mediante gli atti proibiti dalla norma, s'intenda dare soddisfazione¹¹². Ciò, come già più volte anticipato¹¹³, è perfettamente coerente e funzionale all'esigenza di assicurare che la *property of the estate* costituisca strumento di soddisfazione ad esclusivo vantaggio dei creditori il cui titolo sia antecedente al deposito della *petition*: ciò che, evidentemente, richiede che le iniziative anche dei creditori post-concorsuali - oltreché, naturalmente, di quelli aspiranti a trovare soddisfazione nel concorso -, nei confronti dell'*estate*, vengano bloccate¹¹⁴; mentre, altrettanto coerentemente, i creditori per titolo successivo al deposito della *petition*, come si vedrà tra breve, sono liberi di agire - oltreché, come già visto discorrendo del numero (1), mediante procedimenti nei confronti del debitore - anche con iniziative dirette nei confronti del patrimonio personale del medesimo, in linea con l'opportunità di garantire al soggetto ammesso ad una procedura concorsuale l'immediato *fresh start*.

¹¹⁰ «[...] *the court may [...] order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate*».

¹¹¹ Sulla vicenda, si legga pure l'analisi di V. C. DURRER II, K. D. JAIMEZ, *Competing bankruptcies: what defenses survive the automatic stay?*, cit., 52 s.

¹¹² D. R. COWANS, *op. cit.*, 499; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

¹¹³ Cap. II, § 1 e *supra*, in questa Sez., § 6.1.

¹¹⁴ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C][2]; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 185; D. G. BAIRD, *op. cit.*, 194; in giurisprudenza, si veda il caso *In re Garofalo's Finer Foods, Inc.*, 186 B.R. 414 (1995), 436.

7.3. *Atti diretti a creare, perfezionare o esercitare un diritto di prelazione insistente sulla property confluita nel patrimonio fallimentare*

L'ultima categoria di iniziative che la sez. 362 del *Bankruptcy Code* preclude nei confronti della cd. *property of the estate* è quella definita al numero (4), che assoggetta ad inibitoria gli atti diretti a creare, perfezionare ovvero esercitare un diritto di prelazione (cd. *lien*) sul patrimonio fallimentare¹¹⁵.

La definizione del termine «*lien*», peraltro, è espressamente posta dal legislatore alla sez. 101(37), ove esso, con definizione assai generica, è identificato in qualsiasi «*charge against or interest in property to secure payment of a debt or performance of an obligation*», sia esso di origine volontaria, legale ovvero giudiziale¹¹⁶.

Il divieto in commento riguarda, come accennato, tre diverse attività, accomunate dall'aver tutte, come oggetto, un *lien*: la costituzione, il perfezionamento, ovvero l'esercizio dei diritti ad esso connessi. Si ricordi, tuttavia, come, antecedentemente all'entrata in vigore dell'odierna legge fallimentare, gli effetti inibitori che le *Rules of Bankruptcy Procedure* ricollegavano all'operatività dell'*automatic stay* erano molto più ristretti, riguardando solo le iniziative volte ad esercitare il diritto di prelazione sussistente sui beni fallimentari¹¹⁷. La riforma ha provveduto ad estendere l'ambito operativo della sospensione, sino a ricomprendere anche gli atti volti a costituire e perfezionare un siffatto diritto, all'evidente scopo di evitare che l'ordine delle cause di prelazione venga alterato in epoca successiva al deposito della *petition*¹¹⁸: se, infatti, i diritti di prelazione acquisiti in epoca antecedente a tale momento sono opponibili all'interno della procedura da parte dei relativi titolari, è necessario garantire che l'ordine dei privilegi così costituito rimanga cristallizzato a tale data, impedendone la successiva alterazione mediante la costituzione ed il perfezionamento di nuovi diritti di prelazione¹¹⁹.

¹¹⁵ Si legga la sez. 362(a)(4) del *Bankruptcy Code*, ove la previsione che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi disciplinate «*operates as a stay, applicable to all entities, of [...] any act to create, perfect, or enforce any lien against property of the estate*».

¹¹⁶ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[6]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[D]; L. B. BARTLETT, *op. loc. cit.*; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 81; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 110; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 576.

¹¹⁷ *Supra*, Cap. I, § 4.4.

¹¹⁸ Sulla descritta evoluzione legislativa, W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:8; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 80; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 17.

¹¹⁹ D. R. COWANS, *op. cit.*, 501; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 110, nota 5.

La disposizione, peraltro, neppure limita il proprio ambito di operatività ai soli crediti sorti prima del deposito della *petition*: le condotte assoggettate ad inibitoria, in altri termini, sono sempre sospese, a prescindere dal momento in cui sorge il credito in questione¹²⁰.

L'assai comprensivo tenore della norma comporta, sul piano concreto, che, essendo preclusi gli atti costitutivi di un *lien*, un creditore chirografario al tempo della presentazione della *petition* rimarrà tale agli effetti del concorso; in secondo luogo, per i creditori già titolari di un *lien* saranno precluse le iniziative, giudiziali o stragiudiziali¹²¹, volte a dare attuazione a tale diritto di prelazione, ivi compresa la vendita forzata, e ciò, naturalmente, anche se il creditore prelazionario si trovi in possesso del bene su cui insiste la causa di prelazione medesima¹²².

L'impossibilità, per il creditore titolare di un *lien*, di portarlo ad esecuzione non significa però, naturalmente, che tale soggetto perda il proprio diritto di prelazione: l'*automatic stay*, come noto, non è istituto idoneo ad incidere sul piano sostanziale sulle situazioni giuridiche facenti capo ai soggetti che ne subiscono gli effetti, quanto a impedirne semplicemente l'azionabilità in sede extraconcorsuale ossia, nel caso di specie, che il creditore possa portare ad esecuzione il diritto di prelazione di cui è titolare al di fuori del concorso e, quindi, del procedimento gestito dal tribunale fallimentare¹²³; d'altro canto, tale diritto resterà pienamente opponibile all'interno del procedimento concorsuale.

È opportuno precisare che la protezione in esame si estende ai soli beni su cui l'*estate* vanta un diritto di proprietà: ove l'*interest* vantato sia un diritto differente – quale, ad esempio, una situazione meramente possessoria –, il bene non potrà beneficiare della protezione offerta dal numero (4), ma potrà eventualmente ricadere nella disposizione generale di cui al numero (3), poc' anzi esaminato, ferma inoltre la residuale possibilità per il *trustee* o per il *debtor in possession*, ove ciò si appalesi neces-

¹²⁰ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C][2]; D. R. COWANS, *op. cit.*, 502; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 110; in giurisprudenza, si veda il caso *In re Reserves Dev. Corp.*, 78 B.R. 951 (1986), 957.

¹²¹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[6][b], ove pure un elenco, meramente esemplificativo, delle iniziative precluse; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[D]; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 181 s.; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 607.

¹²² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*, ove dunque la precisazione circa l'indifferenza del luogo ove il bene si trovi fisicamente situato, ai fini dell'operatività della protezione in discorso.

¹²³ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*

sario, di richiedere la concessione di una *injunction* pronunciata sulla base dei poteri equitativi riconosciuti al tribunale fallimentare dalla sez. 105¹²⁴.

8. Segue. c) *Sospensioni poste a protezione del patrimonio personale del debitore: atti diretti a creare, perfezionare o esercitare un diritto di prelazione posto a garanzia di un credito sorto prima dell'inizio della procedura*

L'ultima entità a beneficiare degli effetti protettivi offerti dalla sez. 362 è il patrimonio personale del debitore, costituito, lo si ricorda, da tutti i beni e diritti abbandonati dal *trustee*, la *exempt property* rivendicata dal debitore, i cespiti, nella procedura di *liquidation*, acquisiti successivamente al deposito della *petition*, e gli altri che comunque non confluiscono nel patrimonio fallimentare¹²⁵.

A favore dei cespiti così individuati, la norma in commento accorda una sola misura protettiva, predisposta dal numero (5) della sottosezione (a) che, in assonanza a quanto già disposto al precedente numero (4) con riferimento all'*estate*, inibisce tutti gli atti diretti a creare, perfezionare od esercitare un diritto di prelazione, con l'ulteriore specificazione, tuttavia, della necessità che esso sia posto a garanzia di un credito sorto prima dell'inizio della procedura¹²⁶.

Tale limitazione temporale, cui consegue che la protezione si applichi nei soli confronti dei creditori concorsuali, mentre essa viene meno in relazione ai crediti sorti successivamente al deposito della *petition*, rappresenta, come già più volte rilevato, un dato coerente con l'obiettivo, proprio di ogni procedura concorsuale, di garantire sin da tale momento l'attuazione del *fresh start*, e dunque l'instaurazione da parte del debitore di nuovi rapporti giuridici¹²⁷.

La considerazione appena svolta ci consente così d'individuare la *ratio* peculiare della norma, rinvenibile, pertanto, oltre che nell'esigenza di evitare trattamenti preferenziali a vantaggio di alcuni creditori, anche e soprattutto nell'opportunità di

¹²⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[6][c].

¹²⁵ Sul tema, si rinvia all'illustrazione effettuata *supra*, Cap. III, Sez. I, § 3.

¹²⁶ La sez. 362(a)(5) del *Bankruptcy Code*, dispone che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi previste «operates as a stay, applicable to all entities, of [...] any act to create, perfect, or enforce against property of the debtor any lien to the extent that such lien secures a claim that arose before the commencement of the case under this title».

¹²⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[7][b]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C][2]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:9; D. R. COWANS, *op. cit.*, 503; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 19 s.

garantire al debitore la *discharge*, ed il conseguente effettivo *fresh start*, obiettivi che verrebbero vanificati se fosse possibile utilizzare il patrimonio personale del debitore, quale entità distinta e separata dall'*estate* – esso solo, come noto, deputato a soddisfare i creditori per titolo antecedente all'apertura del procedimento -, a garanzia del soddisfacimento dei creditori concorsuali, evidentemente per il residuo non pagato all'interno della procedura¹²⁸. Tale divieto, tuttavia, non può non lasciare perplessi ove solo si pensi all'eventualità in cui la *discharge* venga negata: a tal proposito, ragionevole ci appare dunque l'opinione di chi ha criticato la scelta legislativa di impedire ai creditori concorsuali, titolari di crediti *non-dischargeable*, di ottenere un diritto di prelazione sul patrimonio personale del debitore, e poter così competere con i creditori per titolo successivo al deposito della *petition*¹²⁹. Nelle procedure di natura riorganizzativa, viceversa, il divieto in esame può risultare essenziale per garantire il raggiungimento delle finalità di risanamento del debitore, nella misura in cui, ad esempio, la *exempt property* sia fondamentale per assicurare il buon esito della procedura¹³⁰.

Il passaggio di beni e diritti dal patrimonio fallimentare a quello personale del debitore ne muta, pertanto, la condizione giuridica, per quanto riguarda l'efficacia prodotta dall'*automatic stay*¹³¹: i cespiti che, abbandonati dal *trustee*, ovvero oggetto di *exemptions* rivendicate dal debitore, se in un primo momento godevano infatti della protezione contro qualsivoglia iniziativa avente ad oggetto crediti sorti sia anteriormente che successivamente al deposito della *petition*, con il menzionato passaggio alla *property of the debtor* cessano di beneficiare delle inibitorie specificamente dettate a vantaggio dell'*estate* per vedervi subentrare l'operatività della protezione offerta dal numero (5) qui in commento. Con tale evento, dunque, solo le iniziative

¹²⁸ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[7]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 87 s.; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 607, nota 38.

¹²⁹ Si tratta dell'opinione espressa da F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 20 testo e nota 84.

¹³⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.03[7][b].

¹³¹ Si tenga presente, tuttavia, che è ben possibile che il *trustee* abbandoni un cespite confluito nell'*estate* non a favore del debitore, bensì ad un terzo, ed in particolare al titolare del diritto di prelazione che insiste sul cespite medesimo: in tale eventualità, infatti, alla cessazione dell'*automatic stay* predisposta a vantaggio dell'*estate* non corrisponde il subingresso di alcuna differente protezione – poiché, con tutta evidenza, il cespite non passerà nella disponibilità di un'entità beneficiaria dell'inibitoria -, sicché le iniziative esecutive del creditore prelazionario non saranno impedito: sul tema, D. R. COWANS, *op. cit.*, 504.

dei creditori concorsuali, destinati a trovare soddisfazione all'interno del concorso - e che, peraltro, in caso di sopravvenuta *discharge*, che come meglio si vedrà¹³² succede temporalmente all'*automatic stay*, vedranno le proprie pretese al pagamento del residuo definitivamente rinunciate -, resteranno bloccate, coerentemente all'esigenza di assicurare che il patrimonio personale che il debitore inizia a ricostituire sia devoluto al nuovo corso degli affari¹³³.

9. Gli effetti dell'*automatic stay* sul decorso del tempo

Una tematica che consuetamente si accompagna a qualsivoglia meccanismo ad efficacia inibitoria, è quella concernente i rapporti tra il medesimo e l'esercizio di poteri, diritti o facoltà che la legge espressamente assoggetta a prescrizione o decadenza: una problematica che, come noto, trova generalmente soluzione mediante la previsione per cui, nell'arco di tempo in cui le iniziative richieste risultano impedito dall'inibitoria, il decorso dei relativi termini di esercizio, previsti a pena di preclusione, viene parimenti sospeso¹³⁴.

Poiché anche nell'ordinamento statunitense esistono leggi (cd. *statutes of limitations*) che, a salvaguardia della certezza dei rapporti giuridici, richiedono che l'esercizio di un certo diritto debba avvenire, a pena di preclusione, entro un determinato periodo di tempo, occorre domandarsi come tali previsioni possano conciliarsi con l'operatività dell'*automatic stay* che, come poc'anzi illustrato, agisce precludendo il libero esercizio degli atti a detti fini necessari. Il silenzio osservato dalla legge fallimentare sul punto ha riversato l'onere della ricerca di una adeguata soluzione in capo alla giurisprudenza.

Anzitutto, poiché la legge nulla prevede in tal senso, non è ovviamente possibile affermare che all'automatica operatività degli effetti inibitori connessi allo *stay* si riconnetta l'automatica sospensione del decorso dei termini legalmente previsti per

¹³² Si veda *infra*, Cap. III, Sez. III, § 14.

¹³³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, §§ 3.01[C][2] e [D]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 89.

¹³⁴ Si pensi, nell'ordinamento concorsuale italiano, agli artt. 168, secondo comma l. fall. (cui fa rinvio pure il successivo art. 182 *bis*, terzo comma) e 10, quarto comma, della l. n. 3/2012.

l'esercizio di un diritto: l'*automatic stay*, in altri termini, non interrompe né sospende il decorso di tali termini¹³⁵.

Ferme tali premesse, è possibile tuttavia rinvenire proprio nella legge fallimentare alcuni strumenti utili a temperare un sistema che, altrimenti, apparirebbe assolutamente iniquo e pregiudizievole per la *entity* assoggettata all'inibitoria, posta di fronte all'alternativa tra l'inerzia, con conseguente perdita del proprio diritto, e l'agire in violazione dell'*automatic stay* (a prescindere, peraltro, dalla ulteriore questione circa l'idoneità di un atto compiuto in violazione dell'inibitoria ad operare come evento impeditivo dello spirare dei termini in discorso).

Il riferimento è, in primo luogo, alla sez. 108 del *Bankruptcy Code*, rubricata «*Extension of time*», ove alla sottosezione (c) è previsto che nei casi in cui la legge extrafallimentare (quale uno *statute of limitation*, cui si è fatta menzione prima), un provvedimento giudiziale o un contratto fissino un termine (cd. *limitation period*) per l'inizio o la prosecuzione di un'azione giudiziale nei confronti del debitore, tale termine spirerà o alla sua scadenza naturale o il trentesimo giorno successivo alla notizia della cessazione dell'*automatic stay*, a seconda di quale dei due eventi intervenga successivamente¹³⁶. In sostanza, l'utilità della norma si coglie nel caso in cui la scadenza naturale del termine dettato per instaurare un giudizio contro il debitore intervenga nel corso della procedura concorsuale e, dunque, nel vigore dell'*automatic stay*, ovvero ancora prima del trentesimo giorno successivo alla sua cessazione: in tale eventualità, la scadenza del termine viene automaticamente differita nella misura poc'anzi indicata¹³⁷.

La disposizione, tuttavia, ha riguardo limitato, sul piano oggettivo, ai giudizi già instaurati o da instaurare nei confronti del debitore. A tal proposito, e con riguardo a tutti gli altri tipi di atti, soccorre nuovamente la sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*, più volte menzionata, nella misura in cui funzionale alla pronuncia di qualsivoglia provvedimento necessario od opportuno per attuare le previsioni della legge fallimentare o, come nel caso in esame, ricondurre il sistema ad equità: essa, dunque,

¹³⁵ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[C]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:4; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 183; B. A. BLUM, *op. cit.*, 256 s.; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 586; in giurisprudenza, *In re Margulis*, 323 B.R. 130 (2005), 133 s.

¹³⁶ Su tale norma, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 2, § 108.04.

Per un'applicazione giurisprudenziale, *Rogers v. Corrosion Products, Inc.*, 42 F.3d 292 (1995), 295 s.

¹³⁷ D. R. COWANS, *op. cit.*, 474 s.; B. A. BLUM, *op. cit.*, 257; J. L. SMAHA, *Automatic stay under the 1978 bankruptcy code: an equitable roadblock to secured creditor relief*, cit., 1120.

senz'altro si presta a fungere da veicolo per la pronuncia di un comando giudiziale che disponga la sospensione del decorso di un determinato termine, diverso da quelli cui si presta ad essere applicata la sez. 108(c)¹³⁸.

10. Le iniziative sottratte all'effetto protettivo: le eccezioni espresse di cui alla sez. 362(b) del Bankruptcy Code. Loro struttura. Possibilità di ricorrere ai poteri equitativi di cui alla sez. 105(a) del Bankruptcy Code

La successiva sottosezione (b) contiene, come accennato, una lunga serie di iniziative – per l'esattezza, dopo le ultime modifiche apportate nel 2005, si tratta di ventisette diverse fattispecie -, che la legge espressamente eccettua, ossia sottrae, all'ambito applicativo dell'*automatic stay*: si tratta, in altri termini, di azioni che, per loro natura, sarebbero state idonee a rientrare in alcuna delle inibitorie prescritte dalla sottosezione (a), e che solo in virtù di differenti ragioni di politica legislativa – dettate, spesso, su pressione di determinate *lobbies* -, sono state fatte oggetto di altrettante eccezioni¹³⁹. In quanto riflesso di precise e determinate *intentiones legislatoris*, e poste in contrapposizione ad una disposizione, quale la menzionata sottosezione (a), da interpretarsi estensivamente, le singole eccezioni devono essere lette in via rigorosamente restrittiva¹⁴⁰.

Tra le due sottosezioni, (a) e (b), qui in commento, è possibile apprezzare un certo parallelismo: se, cioè, al deposito della *petition* consegue l'operatività immediata e necessaria dell'*automatic stay*, contemporaneamente a tale evento scatta, in via egualmente immediata e necessaria, l'operatività delle eccezioni a tale inibitoria, e dunque la sottrazione all'imposizione automatica dell'efficacia preclusiva descritta di determinate iniziative tassativamente previste dalla legge¹⁴¹.

Appare opportuno, a questo punto, soffermarci in una breve indagine circa la struttura ed il funzionamento di tali eccezioni, appena tratteggiati.

¹³⁸ D. R. COWANS, *op. loc. cit.*

¹³⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 3, § 362.05; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:14; D. R. COWANS, *op. cit.*, 508; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 180; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 192.

¹⁴⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[A]; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 61; in giurisprudenza, *In re Stringer*, 847 F.2d 549 (1988), 552.

¹⁴¹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

Anzitutto, occorre muovere da quanto già affermato in relazione alla natura dell'*automatic stay*¹⁴²: ossia, riassumendo, che la sottosezione (a) racchiude nella propria struttura una presunzione legale relativa, sia pure *sui generis*, circa la sussistenza di un pregiudizio che, in mancanza di una protezione dalle iniziative creditorie, deriverebbe agli interessi della procedura, in quanto tale idonea ad innescare l'immediato decorso dell'inibitoria. E si ricordi, inoltre, che l'introduzione nel sistema concorsuale statunitense dell'*automatic stay* non ha comportato la possibilità di accedere a misure protettive altrimenti non fruibili – ché, come noto, in epoca antecedente rimaneva pur sempre possibile per il debitore ottenere provvedimenti giudiziari a contenuto sospensivo o inibitorio, subordinatamente, tuttavia, ad una sua iniziativa in tal senso -, bensì ha semplificato, a tutto vantaggio del debitore, l'*iter* di ottenimento di tali misure, oggi automaticamente ricollegato al deposito della *petition*. Ebbene, muovendo da tali premesse, a noi pare che la sottrazione di una determinata iniziativa all'ambito di operatività dell'*automatic stay* in conseguenza dell'imposizione di un'eccezione stia a significare, più precisamente, che detta iniziativa è sottratta allo speciale regime che a tale istituto si accompagna e, così, alla summenzionata presunzione relativa: l'effetto specifico dell'operatività di un'eccezione, in altri termini, è quello di ristabilire, tra le parti, il regime probatorio ordinariamente vigente con riguardo alla richiesta di misure a carattere inibitorio. Ciò significa, in concreto, che le singole iniziative poste ad oggetto delle eccezioni all'*automatic stay* possono essere intraprese, ovvero proseguite senza che l'intervenuta presentazione di una *petition* possa esercitare su di esse alcuna influenza; mentre, all'opposto, sarà la parte che intende richiedere un provvedimento protettivo – e, dunque, il debitore o il *trustee* -, a dover fornire la prova del pregiudizio sofferto, al fine di ottenere la concessione dell'inibitoria, con un ripristino, dunque, degli ordinari oneri probatori¹⁴³. L'effetto conseguente all'operatività di un'eccezione, in altri termini, non è quello di sottrarre *tout court* l'iniziativa di un soggetto terzo a qualsivoglia preclusione: ciò che accade, piuttosto, è la cessazione del regime probatorio di *favor* per il debitore derivante dal vigore dell'*automatic stay*, pur restando in ogni caso salva la possibilità, per tale soggetto, di richiedere comunque un provve-

¹⁴² Cap. II, § 3.2.

¹⁴³ Per l'idoneità delle eccezioni a ristabilire i normali oneri probatori vigenti per la richiesta di un *injunctive relief*, anche A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

dimento che inibisca anche il compimento delle azioni oggetto di eccezione, previo assolvimento, come detto, degli ordinari oneri probatori – e quindi, previa dimostrazione del pregiudizio altrimenti subito. Il provvedimento sospensivo, verificata la sussistenza dei presupposti richiesti per la pronuncia di una *injunction*, verrà concesso dal tribunale fallimentare sulla base dei poteri equitativi ad esso conferiti dalla sez. 105 del *Bankruptcy Code*¹⁴⁴.

L'operatività di un'eccezione, in conclusione, riporta il debitore all'epoca in cui, prima dell'entrata in vigore delle *Rules of Bankruptcy Procedure*, era necessario avanzare apposita istanza, presso l'autorità giudiziaria, per ottenere la concessione di un provvedimento sospensivo: un'epoca, cioè, in cui l'onere dell'iniziativa processuale era spostato in capo al debitore.

Questo dato, peraltro, riconferma l'essenza e il tratto peculiare del moderno *automatic stay*: non è, dunque, il contenuto inibitorio in esso racchiuso a costituire l'elemento caratterizzante dell'istituto – ché, come visto, vi sono altre vie fruibili per il debitore per conseguire il medesimo risultato -, bensì proprio la automaticità e la necessarietà con cui tali effetti si producono, al momento ed in virtù del deposito della *petition*, quale riflesso della presunzione legale relativa che la sez. 362 ha recepito, nel suo processo di formazione e sviluppo. In conclusione, le eccezioni previste dalla sottosezione (b) non sono dunque eccezioni al comando di contenuto inibitorio – ossia, si potrebbe dire alla componente di “*stay*” dell'istituto -, quanto piuttosto deroghe al comando di operatività automatica ad esso collegato – e, dunque, alla componente “*automatic*” -, restando possibile per il debitore ottenere comunque il primo (lo “*stay*”), senza tuttavia poter beneficiare del secondo (il suo carattere “*automatic*”)¹⁴⁵.

Le iniziative che la sottosezione (b) sottrae all'*automatic stay*, come accennato, sono ventisette: stante il taglio, incentrato sui profili processuali dell'istituto, che s'intende conferire alla presente trattazione, non si procederà ad una partita analisi di

¹⁴⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[B]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 607 s.; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 233 s.; in giurisprudenza, *Mirant Corp. v. Potomac Elec. Power*, 299 B.R. 152 (2003).

¹⁴⁵ E per questo motivo riteniamo errata, oltreché poco attenta all'evoluzione storica dell'istituto, la posizione di D. R. COWANS, *op. cit.*, 576, secondo il quale sarebbe precluso utilizzare la sez. 105(a) per inibire il compimento di attività poste ad oggetto di eccezione in quanto, secondo tale autore, l'eccezione recherebbe l'intenzione del legislatore di impedire che una determinata iniziativa possa in alcun modo essere bloccata.

ogni fattispecie contemplata dalla norma, ma ci si soffermerà in breve solo su quelle rilevanti ai nostri fini o per finalità comparatistiche, ovvero ancora per motivi di ricostruzione sistematica della materia che ci occupa.

10.1. L'inizio o la prosecuzione di procedimenti penali contro il debitore

La prima iniziativa sottratta al regime dell'*automatic stay*, e che dunque non è in alcun modo interessata dall'inibitoria automaticamente operante in virtù del deposito della *petition*, è contemplata al numero (1) della sottosezione (b), e riguarda l'inizio o la prosecuzione di un procedimento penale a carico del debitore¹⁴⁶.

La *ratio* della norma è abbastanza evidente: se il divieto di iniziare o proseguire un procedimento nei confronti del debitore dev'essere funzionale anche allo scopo di garantire a quest'ultimo uno strumento di protezione dalle iniziative aggressive altrui, non deve tuttavia divenire un mezzo per sottrarsi alle conseguenze previste per il compimento di atti penalmente rilevanti¹⁴⁷.

La disposizione assume particolare interesse nella misura in cui il risultato del procedimento penale può portare al pagamento, da parte del debitore e a favore di un soggetto terzo, di una somma di denaro, ciò che può condurre al rischio di aggirare i divieti prescritti dall'*automatic stay*: in tal caso, ferma la natura penale del procedimento e, dunque, l'applicabilità dell'eccezione in commento, il debitore potrà richiedere al tribunale fallimentare la pronuncia di un provvedimento inibitorio ai sensi della sez. 105(a) ove dimostri che lo scopo principale del procedimento è in realtà l'ottenimento di un pagamento da parte sua¹⁴⁸.

¹⁴⁶ La sez. 362(b)(1) del *Bankruptcy Code*, dispone che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi disciplinate «does not operate as a stay [...] under subsection (a) of this section, of the commencement or continuation of a criminal action or proceeding against the debtor».

¹⁴⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[1]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:15; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 83; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 79; B. A. BLUM, *op. cit.*, 250; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *Introduction to bankruptcy law*, cit., 249.

¹⁴⁸ Sulla questione, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[1][a]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[C]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 192 s.; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 578; R. M. HUTCHINSON, *Automatic stay exceptions: section 362(b)*, in 4 *Bankr. Dev. J.* (1987), 43 s.; *contra*, per l'applicabilità diretta dell'*automatic stay*, A. N. RESNICK, *op. cit.*, 83 s.

Ove al procedimento penale si accompagni un'azione civile per il risarcimento del danno derivante dal reato (quale, ad es., una *civil wrongful death action*), questa sarà naturalmente bloccata dall'*automatic stay*¹⁴⁹.

10.2. I procedimenti in materia lato sensu familiare

Altra disposizione di assoluto rilievo è quella racchiusa nella successiva sottosezione (b)(2), al cui interno le lettere (A) e (B) sottraggono all'efficacia preclusiva propria dell'*automatic stay* un corposo novero di iniziative, tutte riguardanti relazioni interne al gruppo familiare. Si tratta, tra le altre: *a*) dell'inizio o della prosecuzione di un procedimento civile, *i*) per la dichiarazione di paternità e maternità; *ii*) per la determinazione o modifica giudiziale dell'obbligo di prestare gli alimenti; *iii*) riguardante il diritto di affidamento o di visita del minore; *iv*) per lo scioglimento del matrimonio, escluse le domande di divisione di cespiti che siano confluiti nell'*estate*; nonché *b*) degli atti diretti ad ottenere il pagamento di un'obbligazione alimentare, sempreché non siano rivolti alla *property of the estate*¹⁵⁰.

I procedimenti elencati *sub a*), introdotti nel corpo della norma dal *Bankruptcy Reform Act* del 1994¹⁵¹ e dal successivo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* del 2005¹⁵² (d'ora in poi, anche «*BAPCPA*»), sono evidente espressione del principio per cui la gestione dei rapporti di natura personale del debitore, che in nessun modo possono avere ripercussioni sulla procedura, non può essere impedita o pregiudicata da quest'ultima¹⁵³.

Per quanto concerne, poi, gli atti volti al recupero di un'obbligazione alimentare¹⁵⁴, facile è individuare la *ratio* dell'eccezione nelle ragioni assistenziali insite in

¹⁴⁹ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, loc. cit.

¹⁵⁰ La sez. 362(b)(2) del *Bankruptcy Code*, dispone che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi disciplinate «*does not operate as a stay [...] under subsection (a) – (A) of the commencement or continuation of a civil action or proceeding – (i) for the establishment of paternity; (ii) for the establishment or modification of an order for domestic support obligations; (iii) concerning child custody or visitation; (iv) for the dissolution of a marriage, except to the extent that such proceeding seeks to determine the division of property that is property of the estate; [...] (B) of the collection of a domestic support obligation from property that is not property of the estate [...]*».

¹⁵¹ *Pub. L. No. 103-394* (1994).

¹⁵² *Pub. L. No. 109-8* (2005).

¹⁵³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[2]; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. loc. cit.*

¹⁵⁴ Il termine obbligazione alimentare è definito dalla sez. 101(14A) come «*a debt that accrues before, on, or after the date of the order for relief in a case under this title, including interest that accrues on that debt as provided under applicable nonbankruptcy law notwithstanding any other provision of this*

tali obblighi, volti a far fronte a bisogno essenziali dei beneficiari i quali, peraltro, sono creditori che sorgono in un contesto domestico e non legato all'attività d'impresa svolta dal debitore¹⁵⁵. Inoltre, tali crediti sono dichiarati *non-dischargeable* dalla sez. 523(a)(5)¹⁵⁶, sicché l'eccezione è funzionale a permetterne unicamente l'immediato pagamento, a fronte di bisogni primari della persona e, perciò, non procrastinabili.

Si tenga presente, come accennato, che la norma espressamente limita la possibilità di ottenere il pagamento di un'obbligazione alimentare alla circostanza che le risorse per farvi fronte non provengano dall'*estate* bensì, evidentemente, dalla *property of the debtor*; ora, se si ricorda quanto detto con riguardo alla disciplina dei beni sopravvenuti, ed in particolare degli stipendi percepiti dal debitore successivamente al deposito della *petition*, si ricorderà anche che nelle procedure di cui ai *Chapters 11 e 13* tali sopravvenienze confluiscono nell'*estate*¹⁵⁷: sicché, in caso di ammissione ad una di esse, la possibilità per i creditori alimentari di ottenere gli alimenti ne risulta, di fatto, notevolmente ristretta¹⁵⁸. A tal proposito, le modifiche apportate alla norma dal *BAPCPA* del 2005 hanno inserito una nuova eccezione nella sez. 362(b)(2)(C) prevedendo, appunto, la possibilità di ordinare la trattenuta di parte delle sopravvenienze che confluiscono anche nel patrimonio fallimentare, al fine di destinarle al pagamento di un'obbligazione alimentare, purché essa risulti accertata da un provvedimento giudiziale o amministrativo¹⁵⁹.

title, that is (A) owed to or recoverable by (i) a spouse, former spouse, or child of the debtor or such child's parent, legal guardian, or responsible relative; or (ii) a governmental unit; (B) in the nature of alimony, maintenance, or support (including assistance provided by a governmental unit) of such spouse, former spouse, or child of the debtor or such child's parent, without regard to whether such debt is expressly so designated; (C) established or subject to establishment before, on, or after the date of the order for relief in a case under this title, by reason of applicable provisions of (i) a separation agreement, divorce decree, or property settlement agreement; (ii) an order of a court of record; or (iii) a determination made in accordance with applicable nonbankruptcy law by a governmental unit; and (D) not assigned to a nongovernmental entity, unless that obligation is assigned voluntarily by the spouse, former spouse, child of the debtor, or such child's parent, legal guardian, or responsible relative for the purpose of collecting the debt».

¹⁵⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 180 s.

¹⁵⁶ Per tutti, A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 193 s.

¹⁵⁷ Cap. III, Sez. I, § 2.

¹⁵⁸ Così, infatti, si esprimeva D. R. COWANS, *op. cit.*, 510.

¹⁵⁹ Sulla questione, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[H]; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. cit.*, 253.

Nell'ordinamento italiano, come noto, non esiste nessuna disciplina di *favor* a vantaggio dei titolari di crediti alimentari nei confronti del fallito. Dibattuta, peraltro, è la questione riguardante il coordinamento tra l'art. 46, primo comma, n. 1) l. fall., nella parte in cui esclude dal fallimento gli assegni di

All'opposto, non rientrano nell'ambito di operatività dell'eccezione i procedimenti esecutivi aventi ad oggetto un credito alimentare: essi, pertanto, resteranno impediti dall'inibitoria, salva la concessione di un provvedimento di *relief*¹⁶⁰.

10.3. L'inizio o la prosecuzione di un procedimento, anche di natura esecutiva, da parte di una governmental unit, per la protezione di interessi pubblici

Almeno un rapido cenno merita, poi, l'eccezione di cui alla sez. 362(b)(4), considerata tra le più importanti in quanto sottrae agli effetti preclusivi dell'*automatic stay* l'inizio o la prosecuzione di un procedimento, ivi compresi quelli di natura esecutiva, da parte di una *governmental unit*, nell'esercizio dei suoi poteri di polizia o regolamentari¹⁶¹.

La *ratio* della disposizione è, evidentemente, assai simile a quella formulata con riguardo ai procedimenti penali: l'*automatic stay* costituisce strumento volto a garantire l'ordinata gestione della procedura concorsuale, ma non può trasformarsi in un mezzo utile a consentire ai trasgressori di determinate norme o regolamenti pubblici di sottrarsi alle relative responsabilità¹⁶². Tra le più frequenti applicazioni dell'eccezione in commento possiamo menzionare, ed esempio, quelle in materia di procedimenti disciplinari, di azioni contro la discriminazione sul lavoro, di protezione dei consumatori e di tutela ambientale¹⁶³.

carattere alimentare del fallito nei limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia, e l'art. 545 c.p.c., ove si consente la pignorabilità dei crediti alimentari esclusivamente per cause di alimenti: se, in particolare, l'avocazione degli assegni citati al fallimento sia possibile, quantomeno per la soddisfazione di altri crediti alimentari. Su tale tematica, sia consentito rinviare a M. MONTANARI, V. BARONCINI, *L'esclusione dal fallimento dei beni necessari ai bisogni della famiglia (art. 46, R.D. 16.3.1942, n. 267)*, in G. F. Basini, G. Bonilini, M. Confortini (a cura di), *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, II, Milano, 2014, 4070 s.

¹⁶⁰ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*

¹⁶¹ La sez. 362(b)(4) del *Bankruptcy Code*, dispone che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi disciplinate «*does not operate as a stay [...] under paragraph (1), (2), (3), or (6) of subsection (a) of this section, of the commencement or continuation of an action or proceeding by a governmental unit [...] to enforce such a governmental unit's [...] police and regulatory power, including the enforcement of a judgment other than a money judgment, obtained in an action or proceeding by the governmental unit to enforce such governmental unit's [...] police or regulatory power*».

¹⁶² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[5][a]; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 182; D. G. BAIRD, *op. cit.*, 196 s.

¹⁶³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[5][b]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[D]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:18; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 195; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 88 s.; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 80; R. M. HUTCHINSON, *Automatic stay exceptions: section 362(b)*, cit., 49.

La disposizione, come detto, consente anche l'avvio di procedimenti esecutivi aventi ad oggetto sentenze ottenute dalla *governmental unit*: per espressa previsione della norma fanno eccezione, tuttavia, le decisioni aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro od il trasferimento di beni da parte del debitore, la cui esecuzione, poiché diretta nei confronti dell'*estate* ed idonea ad interferire con la procedura, rimane subordinata alla necessità di ottenere un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*¹⁶⁴.

10.4. L'ipotesi del deposito della petition da parte del cd. ineligible debtor o in violazione di un precedente provvedimento del tribunale fallimentare

Una disposizione assai peculiare è quella racchiusa nella sez. 362(b)(21), anch'essa introdotta dal menzionato *BAPCPA* del 2005, ove vengono sottratti agli effetti preclusivi dell'*automatic stay* gli atti finalizzati a portare ad esecuzione un diritto di prelazione insistente su un bene immobile nelle ipotesi in cui il debitore istante presenti determinate caratteristiche: si tratta, per la precisione, del caso in cui egli sia «*ineligible*» ai sensi della sez. 109(g) del *Bankruptcy Code*, ovvero, in via alternativa, abbia depositato la *petition* in violazione di un precedente provvedimento del tribunale fallimentare che gli vietava la presentazione di una successiva domanda di ammissione ad una procedura concorsuale¹⁶⁵.

La disposizione interviene a colmare una precedente lacuna, e a placare così il connesso dibattito che, a cagione della medesima, per anni aveva affaticato dottrina e giurisprudenza statunitensi. Prima dell'introduzione della norma testé menzionata,

¹⁶⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[5][a]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 195 s.; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 92 s.; B. A. BLUM, *op. cit.*, 251; R. MARKER, *When is a governmental unit's action to enforce its police or regulatory power exempt from the automatic stay provisions of section 362?*, in 9 *Fla. St. U. L. Rev.* (1981), 369 s.

¹⁶⁵ La sez. 362(b)(21) del *Bankruptcy Code*, prevede che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi disciplinate «*does not operate as a stay [...] under subsection (a), of any act to enforce any lien against or security interest in real property (A) if the debtor is ineligible under section 109(g) to be a debtor in a case under this title; or (B) if the case under this title was filed in violation of a bankruptcy court order in a prior case under this title prohibiting the debtor from being a debtor in another case under this title*».

Per un inquadramento generale, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[19][b]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[J][11]; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 46 s.; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 81; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, in 25 *A.B.I.J.* (2006), 75.

infatti, dubbi sussistevano attorno alla questione se il deposito di una *petition* in violazione della sez. 109(g) – e, dunque, da parte di un debitore considerato dalla legge *ineligible*¹⁶⁶ – fosse comunque idoneo a far decorrere gli effetti dell'*automatic stay*: secondo parte della giurisprudenza¹⁶⁷, seguita da certa dottrina¹⁶⁸, la domanda presentata in violazione del comando racchiuso nella sez. 109(g) sarebbe infatti stata affetta da nullità radicale, con la conseguente sua inidoneità, tra l'altro, a produrre l'operatività dell'inibitoria in commento; secondo altri¹⁶⁹, invece, siffatta domanda non avrebbe dovuto essere considerata radicalmente nulla, con la conseguenza che l'*automatic stay* sarebbe entrato sì in vigore, ma vi sarebbe stato spazio per un suo successivo annullamento *ex tunc* previa valutazione giudiziale della effettiva *ineligibility* del debitore.

La neointrodotta disposizione di cui alla sez. 362(b)(21) interviene su tale contesto in una duplice direzione.

Anzitutto, mediante la regolamentazione dell'ipotesi in commento nel novero delle eccezioni all'*automatic stay*, viene operata una scelta parzialmente favorevole al primo orientamento citato – di cui si accoglie l'idea dell'inoperatività *ex lege* dell'inibitoria nel caso in cui, tra l'altro, il debitore sia *ineligible*, -, sicché le iniziative eventualmente compiute dai creditori successivamente al deposito della *petition*

¹⁶⁶ Un debitore persona fisica, od un *family farmer*, sono considerati *ineligible*, ai sensi della sez. 109(g), nel caso in cui avessero presentato una *petition* nei 180 giorni precedenti al deposito della nuova domanda, e: *a*) la prima procedura fosse stata chiusa (*dismissed*) dal tribunale fallimentare in conseguenza dell'inottemperanza del debitore ad un suo provvedimento o della mancata comparizione in udienza per garantire la prosecuzione del procedimento; ovvero *b*) quando lo stesso debitore avesse richiesto ed ottenuto la chiusura della procedura in conseguenza della presentazione di una richiesta di liberazione (*relief*) dall'*automatic stay*. Si tratta, evidentemente, di una disposizione di natura sanzionatoria volta a punire condotte di tipo abusivo ed a limitare la prassi dei cd. *serial filings* – ossia, quella dei depositi seriali di domande di ammissione ad una procedura allo scopo esclusivo di beneficiare dell'*automatic stay* -, mediante la preclusione, per 180 giorni, della possibilità di presentare una nuova *petition*. Sul tema, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 2, § 109.08; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, 1, § 18:14.

Naturale, peraltro, è l'associazione tra tale previsione e quelle, presenti nel nostro ordinamento, che sanzionano con l'inammissibilità la domanda presentata dal debitore seriale: si pensi, in particolare, all'art. 161, nono comma, l. fall., inserito dal d.l. n. 83/2012, in materia di concordato preventivo, e all'art. 7, secondo comma, lett. *b*), l. n. 3/2012, in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: su tali disposizioni sia consentito rinviare a M. MONTANARI, V. BARONCINI, *Appunti sulle procedure concorsuali minori*, cit., 9 e 48.

¹⁶⁷ *In re Casse*, 198 F.3d 327 (1999), 342.

¹⁶⁸ R. LEFKOWITZ, *The filing of a bankruptcy petition in violation of 11 U.S.C. § 109(g): does it invoke the automatic stay?*, in 26 *Cardozo L. Rev.* (2004), 326 s.

¹⁶⁹ *In re Flores*, 291 B.R. 44 (2003), 55 s.

resteranno valide ed efficaci¹⁷⁰. A tal proposito, occorre tuttavia svolgere una precisazione: che il debitore istante rientri nelle categorie contemplate dalla norma qui in commento non è, ovviamente, circostanza che appaia contestualmente al deposito della *petition*, quale fatto impeditivo allegato alla domanda idoneo a precludere l'operatività dell'*automatic stay*, ma emergerà piuttosto a seguito di apposito accertamento giudiziale dedicato al riscontro delle predette circostanze; è da ritenere, dunque, che il soggetto a ciò interessato possa rivolgersi al tribunale fallimentare affinché dichiari che il debitore rientra nella categoria di soggetti cui si applica la sez. 362(b)(21), con un provvedimento che al contempo accerti l'inoperatività dell'*automatic stay*, nei confronti del medesimo, sin dalla data di deposito della *petition*, salvo che, naturalmente, non sia già intervenuto un provvedimento di *dismissal* della procedura per accertata *ineligibility* del debitore a norma della sez. 109(g).

In secondo luogo, poi, le iniziative eccettuate dall'*automatic stay* vengono limitate, sul piano oggettivo, ai soli atti volti a portare ad esecuzione un diritto di prelazione insistente su un bene immobile. A tal proposito, se tenga presente – ma sul punto si tornerà ampiamente nel corso della prossima Sezione -, che con riguardo ad alcune qualificate ipotesi di depositi seriali di *petitions*, il medesimo legislatore del 2005 è intervenuto a disporre la generale inoperatività dell'*automatic stay* (ovvero la sua cessazione anticipata), salva la possibilità, al ricorrere di determinate circostanze, di beneficiare della protezione a decorrere da un momento successivo (ovvero di ottenere una proroga della sua durata): su ciò, tuttavia, si avrà modo di tornare trattando dell'efficacia temporale dell'inibitoria, quali ipotesi di deroga alle regole generali in materia di produzione e cessazione dell'*automatic stay*.

10.5. Ulteriori eccezioni all'*automatic stay*: rinvio

Di particolare interesse sono, infine, due ulteriori fattispecie che la sottosezione (b) sottrae agli effetti inibitori derivanti dall'*automatic stay*: si tratta, in particolare, delle previsioni racchiuse ai numeri (22) e (23), anch'essi introdotti dal *BAPC-PA* del 2005, che consentono la procedibilità di specifiche iniziative inerenti procedimenti e azioni di sfratto, subordinatamente al ricorso di determinate condizioni. In

¹⁷⁰ Per tale riflessione, pure L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, in 79 *Am. Bankr. L. J.* (2005), 755.

altri termini, il legislatore avrebbe inteso codificare delle eccezioni destinate ad operare non solo, come consuetamente accade, in virtù del deposito della *petition*, in quanto operanti nel senso di neutralizzare la *rebuttable praesumption* posta a base dell'automaticità dello *stay*, bensì anche, e naturalmente in via alternativa, in un momento successivo, previa valutazione della ricorrenza di determinati presupposti, qualificandosi, in quest'ultima eventualità, come fattispecie di cessazione anticipata dell'inibitoria. Questi aspetti, assai peculiari, della normativa ci inducono, pertanto, ad una riflessione se la sottosezione (b) sia effettivamente la *sedes materiae* più congrua per recare una disciplina di questo tipo; o se non sia il caso, piuttosto, di trattare tali fattispecie nell'ambito della complessa disciplina riguardante l'efficacia temporale dell'*automatic stay*, cui sarà dedicata la prossima Sezione. Diversi dati, che non ci è possibile anticipare ora, ci inducono a preferire questa seconda soluzione: in tal sede, naturalmente, acquisite le nozioni necessarie, si tenterà altresì di offrire una giustificazione alla scelta qui operata.

11. Le controversie sull'operatività dell'effetto protettivo: l'individuazione del giudice competente

Se il quadro descritto, circa l'ambito oggettivo di efficacia dell'*automatic stay*, appare abbastanza chiaro, certamente le cose si complicano nel momento in cui ci si voglia calare nella realtà applicativa, ove l'appartenenza di una determinata iniziativa a quelle interessate dall'inibitoria, piuttosto che a quelle fatte oggetto di eccezione, è spesso incerta od oggetto di disputa tra le parti.

Nei casi in cui l'applicabilità dell'*automatic stay* sia controversa, le parti hanno evidentemente interesse ad ottenere una decisione giudiziale idonea a portare certezza sulla questione, soprattutto a tutela della *entity* che subirebbe l'effetto sospensivo, esposta, come già si è accennato, a determinate sanzioni nel caso di violazione del divieto: è dunque senz'altro sconsigliabile, per quest'ultima, agire nella supposizione che una determinata eccezione trovi applicazione, ovvero che l'*automatic stay* sia altrimenti non operativo, essendo assolutamente preferibile richiedere l'intervento del giudice sul punto.

La legge, tuttavia, ignora del tutto l'eventualità descritta, ed in particolare nulla prevede circa l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente a conoscere della questione riguardante l'applicabilità dell'*automatic stay*: ciò, anche a cagione della complessità del tema del riparto di *jurisdiction* tra tribunali fallimentari e ordinario, si traduce in una evidente criticità nel caso in cui, in particolare, l'iniziativa in discorso sia un procedimento giurisdizionale, ipotesi in cui si è dunque in presenza di due differenti tribunali – quello ove il giudizio è incardinato, e quello fallimentare –, entrambi astrattamente idonei ad essere investiti della questione.

Di fronte a tale scenario, la giurisprudenza appare assolutamente divisa. Alcune decisioni, infatti, sostengono che competenti a conoscere della questione siano sia i tribunali innanzi ai quali pende il procedimento – che, assieme alla determinazione della propria *jurisdiction*, sarebbero altresì competenti a decidere sull'applicabilità dell'*automatic stay*, non ricadendo tale attività nel divieto di cui alla sez. 362(a)(1) –, sia il tribunale fallimentare ove è stata incardinata la procedura¹⁷¹. Altra pronuncia, con riferimento ad una decisione assunta da un tribunale statale, ha tuttavia precisato che il conferimento, ad opera della sez. 1334(a) del Titolo 28 dello *United States Code*, di *exclusive jurisdiction* in capo alla *district court* – e, dunque, alla *bankruptcy court for the district* cui la *jurisdiction* sia stata delegata (*referred*) – sui casi regolati dal *Bankruptcy Code*, comporta che la decisione sulla questione spetti comunque a quella, o al tribunale fallimentare, né a ciò può essere opposto il cd. *collateral estoppel* derivante dalla sentenza emanata dal giudice statale¹⁷²: questo effetto, più precisamente definito *issue preclusion*, consiste nella preclusione, per le parti, in un successivo processo vertente su una diversa *cause of action*, di sottoporre a riesame una medesima questione, di fatto o di diritto, controversa, decisiva e che sia stata esplicitamente decisa da una sentenza¹⁷³. Ove, nel caso in considerazione, avesse potuto verificarsi l'effetto di *issue preclusion*, ne sarebbe derivata la definitività e indiscutibilità della decisione sull'applicabilità dell'*automatic stay* emessa dal tribunale statale, con conseguente preclusione, per il tribunale fallimentare, della

¹⁷¹ In questo senso, *In re Baldwin-United Corp. Litigation*, 765 F.2d 343 (1985), 347.

¹⁷² Il principio è stato espresso nel caso *In re Gruntz*, 202 F.3d 1074 (2000), 1083.

¹⁷³ Sul punto, G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *op. cit.*, 635 s.; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 1000 s.; A. W. SCOTT, *Collateral estoppel by judgment*, in 56 *Harv. L. Rev.* (1942), 1 s.; A. N. POLASKY, *Collateral estoppel – effects of prior litigation*, in 39 *Iowa L. Rev.* (1954), 217 s.; nella dottrina italiana, D. VOLPINO, *op. cit.*, 287 s. e 300 s.; M. TARUFFO, “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 653 s.

possibilità di nuovamente conoscerne; la decisione richiamata, tuttavia, muovendo dall'assenza, in capo al tribunale statale, della necessaria *jurisdiction* a pronunciarsi sulla questione, ha affermato la nullità della sentenza da tale organo pronunciata, e la conseguente impossibilità di verifica del descritto effetto di *issue preclusion*¹⁷⁴. Sulla scia di questo orientamento si inserisce, così, l'opinione opposta alla prima ricordata, peraltro preferita dalla dottrina¹⁷⁵, favorevole ad attribuire esclusivamente al tribunale fallimentare la competenza a pronunciarsi sull'applicabilità dell'*automatic stay*: l'opinione viene peraltro ulteriormente supportata facendo appello alle esigenze di evitare conflitti di decisioni nei diversi fori extrafallimentari e, comunque, nell'opportunità di affidare la gestione della procedura al tribunale fallimentare¹⁷⁶.

La ricerca di una soluzione a tale quesito richiede di addentrarci nuovamente nella complessa disciplina riguardante la *jurisdiction* in materia fallimentare nell'ordinamento statunitense.

Partiamo, a tal proposito, proprio dal riferimento compiuto dalla sentenza poc'anzi citata alla sez. 1334(a) del Titolo 28 dello *United States Code*, sulla cui base si è affermata la *exclusive jurisdiction* della *district court* – e, così, della *bankruptcy court* – a decidere sulla questione circa l'applicabilità dell'*automatic stay*. Ora, l'argomento non ci pare decisivo in quanto non appropriato: come detto, infatti, l'attribuzione di *original and exclusive jurisdiction* sancita in tale norma è limitata ai «*cases under title 11*» e dunque, sostanzialmente, all'apertura della procedura ed all'amministrazione della massa fallimentare¹⁷⁷; d'altra parte, come già noto, per l'espressa previsione di cui alla successiva sottosezione (b), *original* ma non *exclusive jurisdiction* è conferita con riguardo ai procedimenti civili aventi ad oggetto questioni nate o collegate alla legge fallimentare o alla procedura concorsuale aperta¹⁷⁸. Tra i procedimenti civili aventi ad oggetto questioni sorte in occasione dell'apertura della procedura concorsuale pare proprio potersi annoverare il giudizio che venga instaurato al fine di determinare l'applicabilità dell'*automatic stay* ad una determinata iniziativa in quanto, appunto, situazione che rinviene la propria fonte esclusiva nell'apertura della procedura.

¹⁷⁴ Sul punto, si veda pure G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 202.

¹⁷⁵ Così, D. R. COWANS, *op. cit.*, 467 s.

¹⁷⁶ In tal senso, il caso *In re Hunt*, 93 B.R. 484 (1988), 489.

¹⁷⁷ B. A. BLUM, *op. cit.*, 126.

¹⁷⁸ B. A. BLUM, *op. cit.* 127 s.

Riassumendo, i giudizi per la determinazione dell'applicabilità dell'*automatic stay*, costituendo procedimenti aventi ad oggetto una questione sorta in occasione dell'inizio della procedura e creata dal *Bankruptcy Code*, sono ricompresi tra i giudizi sui quali la *district court* – e dunque, generalmente, la *bankruptcy court* – è dotata di *original* ma non pure *exclusive jurisdiction*. Ne deriva che la relativa competenza appartiene, in linea di principio, proprio al tribunale fallimentare, ma non è da escludere la possibilità di pronunciarsi anche da parte di altre autorità giudiziarie, non trattandosi di *jurisdiction esclusiva*¹⁷⁹. Ad ogni modo, pare senz'altro preferibile, in via di prassi, riservare le questioni circa l'applicabilità dell'*automatic stay* alla cognizione del tribunale fallimentare, oltre che per i condivisibili motivi già esposti, anche per i vantaggi collegati alla specializzazione del giudice, senz'altro più esperto e competente nella valutazione della questione in discorso. E coerentemente a tale conclusione, come si vedrà nel corso del prossimo Capitolo, si è espresso lo stesso legislatore, che nel disciplinare determinate fattispecie di cessazione anticipata dell'*automatic stay* ha attribuito la competenza a pronunciare il provvedimento di accertamento della sopravvenuta inoperatività dell'inibitoria alla *bankruptcy court*.

¹⁷⁹ Diversa sarebbe la conclusione ove si ritenesse non tassativa l'elencazione di cui alla sez. 157(b)(2) del Titolo 28 dello *United States Code* - ovvero si ritenesse l'iniziativa in discorso annoverabile tra le cd. «*matters concerning the administration of the estate*» di cui alla lettera (A) della medesima norma -, e dunque si considerasse il procedimento in esame come un cd. *core proceeding*, la cui *jurisdiction* è attribuita, tramite *referral*, alla *bankruptcy court* (è questa, come si vedrà, la soluzione prescelta con riguardo al procedimento per la concessione del *relief* dall'*automatic stay*: sul punto, Cap. III, Sez. III, § 15.2).

SEZIONE TERZA

L'EFFICACIA TEMPORALE DELL'AUTOMATIC STAY ED IL PROCEDIMENTO PER LA CONCESSIONE DEL RELIEF

12. *La produzione dell'effetto protettivo: il termine iniziale di efficacia dell'automatic stay. Le modifiche introdotte dal Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act del 2005*

Nell'illustrazione delle caratteristiche peculiari che connotano la struttura dell'*automatic stay*, già a più riprese si è avuto modo di far cenno al momento in cui gli effetti inibitori ad esso connessi si producono: l'automaticità del suo operare è data, infatti, dalla circostanza che lo *stay* inizia a produrre i propri effetti in virtù del solo deposito della *petition*, ossia della domanda di ammissione ad una delle procedure disciplinate dal *Bankruptcy Code*, senza che si renda necessaria, a detto fine, alcuna ulteriore iniziativa, nei termini di espressa richiesta del debitore o di apposito provvedimento giudiziale.

E già è stata effettuata un'analisi di tale fenomeno, correttamente intelligibile solo mediante un'analisi storica dell'evoluzione che gli *stays* hanno conosciuto nell'ambito della legislazione fallimentare statunitense, ed in particolare della progressiva emersione della necessità di provvedere ad anticipare il più possibile il momento della concessione dell'inibitoria a favore del debitore, al fine di sottrarre tempestivamente il patrimonio fallimentare a qualsivoglia rischio di disgregazione: evoluzione, come noto, infine sfociata nell'attuale soluzione di ritenere presunta la sussistenza di un pregiudizio per la procedura – circostanza, questa, precedentemente oggetto di valutazione giudiziale –, sì da consentire la produzione della protezione solo ed esclusivamente in virtù, appunto, del deposito della *petition*¹.

Il dato testuale della norma, nel corpo della sez. 362(a), esprime la disciplina appena illustrata circa il termine iniziale di efficacia dell'*automatic stay* prevedendo

¹ Sull'evoluzione descritta, si rinvia alle riflessioni svolte *supra*, Cap. II, § 3.2.

che «*a petition filed under section 301, 302, or 303 of this title [...] operates as a stay*». Un breve approfondimento merita il richiamo, ivi compiuto, alle sezioni 301, 302 e 303: fermo, lo si ricorda, che la collocazione dell'istituto all'interno del *Chapter 3* della legge fallimentare – ossia, uno dei cd. *universal chapters*, le cui disposizioni sono cioè destinate a trovare applicazione con riguardo a tutti i cd. *operative chapters* – è indicativo della sua idoneità ad operare con riguardo a tutte le procedure disciplinate dal *Bankruptcy Code*, il richiamo a tali norme sta a significare che detta operatività prescinde, inoltre, dal soggetto che prenda l'iniziativa per il deposito della *petition*, sia cioè egli il debitore medesimo (nei cd. *voluntary cases*, disciplinati dalla sez. 301), ovvero un creditore od un soggetto terzo a ciò legittimato (secondo quanto previsto dalla sez. 303, che disciplina i cd. *involuntary cases*, avviabili tuttavia con esclusivo riguardo alle procedure di *liquidation*, di cui al *Chapter 7*, e *reorganization*, di cui al *Chapter 11*), ovvero ancora nelle ipotesi di *joint cases* di cui alla sez. 302, ossia di domanda presentata dal debitore persona fisica unitamente al proprio coniuge².

Per deposito della *petition* si intende, poi, il momento in cui la domanda di ammissione ad una procedura concorsuale è presentata presso la cancelleria del tribunale competente, e da quest'ultima presa in consegna³.

L'operatività dello *stay* quale conseguenza necessaria ed automatica di tale adempimento, peraltro, non solo vale ad escludere, come detto, la necessità di un apposito provvedimento di concessione giudiziale, ma significa altresì che neppure è necessaria, per la sua vincolatività ed opponibilità alle *entities* ad esso assoggettate, l'effettuazione di alcuna comunicazione riguardante la sua entrata in vigore: tali entità, in altri termini, vi saranno assoggettate dal momento del deposito della *petition* ed in virtù di tale evento soltanto, ancorché non abbiano ricevuto notizia della sua sopravvenuta operatività né, a monte, dell'apertura della procedura concorsuale – ciò che, come noto, avviene con l'avviso di cui alla sez. 342 del *Bankruptcy Code*⁴ -, di

² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *Collier on bankruptcy*, 16th ed., 3, cit., § 362.02; S. V. KELLEY, *Ginsberg & Martin on bankruptcy*, 5th ed., 1, cit., § 3.01[B]; W. R. NORTON, JR., *Norton bankruptcy law and practice*, 2nd ed., 2, cit., § 36:4; B. A. BLUM, *Bankruptcy and debtor/creditor*, cit., 243; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 10; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 232.

³ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *Bankruptcy*, cit., 64.

⁴ Su tale avviso, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[B][4]; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 604.

talché le attività che siano egualmente compiute nell'ignoranza incolpevole del divieto saranno comunque affette da inefficacia (in senso lato)⁵.

Altra questione, poi, è quella riguardante la sorte dell'*automatic stay* nel caso in cui la procedura inizialmente avviata venga convertita in un'altra, sempre disciplinata dal *Bankruptcy Code* e, per quanto qui interessa, se a tale conversione consegua l'inizio di un nuovo decorso dell'inibitoria: la questione, peraltro, non è puramente speculativa ma ha una notevole importanza pratica, nella misura in cui, ad esempio, il decorso di un nuovo *automatic stay* verrebbe a neutralizzare i provvedimenti di *relief* dall'inibitoria che il creditore possa aver ottenuto nel corso della prima procedura. La risposta a tale quesito è fornita invero dalla stessa legge fallimentare, che alla sez. 348(a), rubricata «*Effect of conversion*» prevede che «*conversion of a case from a case under one chapter of this title to a case under another chapter of this title [...] does not effect a change in the date of the filing of the petition, the commencement of the case, or the order for relief*»: ciò significa che la conversione non comporta l'inizio di una nuova procedura e, per quanto qui interessa, non muta la data della prima (ed unica) *petition* sicché, essendo quest'ultima il solo adempimento idoneo a produrre l'operatività dell'inibitoria in commento, ne consegue che lo *stay* in vigore rimanga pur sempre quello originariamente prodottosi, essendo da escludere, all'opposto, l'inesco di un nuovo e differente *stay*⁶.

Il lineare quadro sin qui tratteggiato ha tuttavia subito radicali mutamenti a seguito dell'entrata in vigore, nel 2005, del già menzionato *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, che rappresenta forse l'intervento riformatore più significativo conosciuto dal vigente *Bankruptcy Code*. E ciò non soltanto, come si vedrà tra breve, per le incisive modifiche apportate ad un istituto, quale quello qui in commento, considerato tra i più importanti nella legislazione concorsuale nordamericana, ma anche (e soprattutto) per il mutamento ideologico ad esso sotteso: se, infatti, prima di allora il ricorso ad una delle procedure disciplinate dal *Bankruptcy Code* era considerato uno strumento nella piena disponibilità del debitore, utile a sistemare il suo stato di insolvenza sì da garantirgli un agile e celere ritorno agli affari

⁵ Ma, come meglio si vedrà nel corso del Cap. IV, non si applicheranno, alla *entity* in discorso, le sanzioni aggiuntive previste per l'ipotesi di violazione intenzionale dell'*automatic stay*. Sul punto, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[B][1]; D. G. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, cit., 45; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*

⁶ D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 64 s.

– tanto più che il numero dei *voluntary cases*, negli Stati Uniti, supera di gran lunga quello degli *involuntary cases*, in una proporzione che quasi s’inverte rispetto alla realtà italiana –, le riformate norme intervengono ad arginare le possibilità di accesso indiscriminato a siffatto strumento con particolare riguardo al debitore persona fisica – tra cui, in special modo, il consumatore –, ponendo alcuni limiti insormontabili avverso i ricorsi che appaiano abusivi, in quanto palesemente finalizzati al raggiungimento di scopi diversi da quelli propri delle procedure concorsuali e, in particolare, a lucrare esclusivamente i benefici connessi alla protezione offerta dall’*automatic stay* senza mirare ad una seria e fattibile sistemazione del proprio dissesto⁷.

Tale normativa, come si vedrà più analiticamente oltre, è dunque intervenuta a limitare in vario modo, sul piano temporale, l’operatività dell’*automatic stay* al ricorrere di alcune tassative circostanze in cui il suo decorso secondo l’ordinaria disciplina appare abusivo ovvero in altro modo contrario ai principi di buona fede⁸. Le particolarità che, in tali eventualità, assume la disciplina temporale dell’*automatic stay* hanno peraltro indotto la dottrina statunitense a descrivere tale fenomeno, con espressioni tra loro fungibili, nei termini di “*not-so-automatic stay*”, ovvero di “*semi-automatic stay*”. L’esame del complessivo sistema, così come scaturito dal *BAPCPA*, ci ha suggerito peraltro l’opportunità di suddividere la riformata regolamentazione, con una certa utilità sul piano sistematico, in due distinte categorie, efficacemente compendiabili utilizzando proprio le due distinte locuzioni, poc’anzi riportate, coniate dalla dottrina nordamericana: in particolare, ci avvarremo dell’espressione “*not-so-automatic stay*” per indicare quelle ipotesi in cui, al ricorrere di determinate circostanze, l’*automatic stay* non si produce in conseguenza del deposito della *petition*, ma rimane ferma la possibilità per il debitore e al ricorrere dei necessari presupposti, di richiedere al tribunale di dichiarare in un momento successivo l’operatività differita dell’inibitoria che, dunque, si produce in modo “non così automatico” come accade nella normalità delle ipotesi; mentre con “*semi-automatic stay*” verranno indicate

⁷ Sugli obiettivi perseguiti dalla citata riforma del 2005, J. BRAUCHER, *A guide to interpretation of the 2005 bankruptcy law*, in 16 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (2008), 376 s.; C. E. DOBBS, E. W. ANDERSON, *Bankruptcy law changes will affect business cases too: the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, in 11 *Ga. B.J.* (2005), 41; B. A. BLUM, *op. cit.*, 254 s.

⁸ Per tale inquadramento generale della riformata normativa, P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *Creditors’ rights in bankruptcy*, cit., 180 s.; L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 749 s.; L. J. MARGULIES, *Understanding the new semi-automatic stay*, in 25 *A.B.I.J.* (2006), 26; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, cit., 22.

le fattispecie in cui l'efficacia sospensiva in commento entra sì in vigore con il deposito della *petition* ma, in mancanza del compimento, da parte del debitore, di specifici atti richiesti dalla legge, essa viene a cessare, in particolare in un momento precedente rispetto a quello in cui dovrebbe intervenire la cessazione fisiologica, sicché si può dire che l'operatività dell'inibitoria sia solo in parte automatica. Come logica conseguenza dalle caratteristiche appena tratteggiate, ci pare inoltre opportuno discorrere delle ipotesi di *not-so-automatic stay* nell'immediata prosecuzione della trattazione, costituendo, come anticipato, ipotesi di deroga alla disciplina ordinaria in materia di decorso iniziale dell'efficacia protettiva, mentre la disamina delle ipotesi di *semi-automatic stay* verrà svolta dopo aver analizzato la disciplina generale riguardante la cessazione fisiologica dell'effetto sospensivo, comportandone, come detto, una eccezionale anticipazione.

La descritta inversione di rotta, che connota l'attuale evoluzione della disciplina fallimentare statunitense nel senso di rendere il ricorso alle relative procedure ed ai connessi benefici meno libero e comunque maggiormente monitorato dall'autorità giudiziaria, in un'ottica di prevenzione di abusi e di maggiore tutela degli interessi dei creditori, con parziale sacrificio delle necessità di recupero ad ogni costo del debitore al mondo degli affari, costituisce sicuramente un momento di avvicinamento di tale normativa a quella italiana che, dal canto suo, sta conoscendo un'evoluzione in senso opposto, ossia verso una minore afflittività della disciplina concorsuale nei confronti del debitore, a tutto vantaggio di neointrodotti istituti di *favor* nei confronti di tale soggetto, soprattutto nell'ambito della composizione negoziale delle crisi d'impresa. E non è un caso, dunque, che proprio ad alcuni aspetti introdotti dal *BAPCPA* del 2005 paiono essersi ispirate, come si vedrà, alcune tra le più recenti riforme intervenute nella disciplina concorsuale italiana – le stesse, peraltro, che hanno portato alla diffusione della locuzione «*automatic stay*» nella nostra dottrina, e che ci hanno suggerito l'opportunità di cimentarci nel presente studio.

L'ordine della trattazione qui prescelto per illustrare la disciplina temporale dell'*automatic stay* appare per vero inedito nella letteratura statunitense, essendo il frutto di uno sforzo sistematico che, in quella, consuetamente cede il passo alle più avvertite esigenze di pragmatismo, e ad un'illustrazione della materia che rimanga più fedele alle scansioni presenti nel testo della sez. 362. Dopo aver completata

l'analisi della disciplina inerente la produzione dell'effetto sospensivo con le previsioni che derogano alla regola ordinaria, poc'anzi illustrata, procederemo dunque ad analizzare la disciplina riguardante la cessazione dell'effetto protettivo, distinguendo ulteriormente due livelli d'indagine: il primo, destinato alle ipotesi di cessazione automatica dell'inibitoria, comprensive della disciplina ordinaria e delle ipotesi di *semi-automatic stay*; il secondo, ampiamente dedicato all'ipotesi di cessazione giudiziale dell'effetto protettivo in commento, ottenibile mediante l'instaurazione dell'apposito procedimento per la liberazione (*relief*) dall'*automatic stay*.

12.1. Le ipotesi di *cd. not-so-automatic stay*: i) *precedente presentazione di due o più petitions*

Prima di trascorrere all'analisi delle singole fattispecie di *cd. not-so-automatic stay*, è opportuno svolgere una precisazione in merito all'inquadramento, qui operato, delle medesime all'interno della regolamentazione dell'istituto che si vuole offrire.

Come anticipato, la categoria in commento è costituita da ipotesi in cui l'*automatic stay* non si produce quale conseguenza necessaria del deposito della *petition*, ma può entrare in vigore in un momento successivo, al ricorrere di determinati presupposti. L'operatività delle fattispecie di *not-so-automatic stay*, in altri termini, condivide in parte i meccanismi già studiati con riguardo alle vere e proprie eccezioni all'*automatic stay* medesimo⁹ ché, in entrambi i casi, il legislatore ha provveduto ad individuare alcune aree in cui, per differenti motivi, la presunzione legale posta a base del funzionamento dell'inibitoria non opera, con conseguente mancato innesco automatico dello *stay*. In entrambe le ipotesi, peraltro, ciò che viene meno è proprio l'automaticità dello *stay* e non la possibilità *tout court* di ottenere un'inibitoria a protezione del debitore o del patrimonio, avendo anticipato che anche in presenza di una fattispecie di *not-so-automatic stay* non è esclusa la possibilità di beneficiare di una protezione successivamente innescata: occorre quindi chiarire in cosa, esattamente, i due istituti si differenzino e perché, di conseguenza, si è ritenuto di trattarli in differenti *sedes materiae*. La risposta è semplice e, probabilmente, già adombrata nei con-

⁹ Per le quali si rinvia *supra*, Cap. III, Sez. II, § 10.

cetti sin qui esposti, ma esigenze di chiarezza sistematica impongono nondimeno di esplicitarla. Mentre nelle eccezioni, infatti, al venir meno dell'automatica operatività della protezione offerta dalla sez. 362(a) si accompagna unicamente la possibilità, per il debitore, di ottenere un provvedimento a contenuto inibitorio ai sensi della sez. 105(a), previo assolvimento degli oneri probatori per essi provvedimenti previsti, e con efficacia circoscritta alla singola iniziativa ivi contemplata, nelle ipotesi di *not-so-automatic stay* il regime speciale dettato dalla citata sez. 362(a) non è definitivamente caducato bensì, piuttosto, sospeso, in quanto i presupposti che il debitore è chiamato a dimostrare sono funzionali non ad ottenere un singolo e circoscritto provvedimento protettivo a norma della sez. 105(a), bensì, come si vedrà, proprio alla riattivazione della disciplina racchiusa nella sez. 362(a), e quindi dell'*automatic stay*, dimostrando l'inesistenza delle ragioni di mala fede che, nel progetto del legislatore, ne avevano giustificato la provvisoria disapplicazione. In conclusione, è proprio la possibilità di ottenere la successiva riattivazione dell'*automatic stay* (e, con essa, i relativi ambiti soggettivi ed oggettivi di efficacia) che differenzia le fattispecie in oggetto dalle eccezioni, ove all'opposto il vigore della disciplina posta dalla sez. 362(a) è per sempre preclusa; e la circostanza che l'attivazione della disciplina dell'*automatic stay* possa avvenire in un momento successivo giustifica altresì la scelta di trattare delle fattispecie in oggetto nel corso dell'analisi dell'ambito temporale di efficacia dell'istituto, quali deroghe al regime ordinario.

La prima e più importante deroga all'automatica operatività che solitamente connota l'*automatic stay* quale conseguenza del mero deposito della *petition*, introdotta con il *BAPCPA* del 2005, è disciplinata alla sez. 362(c)(4), ove è previsto che il deposito di una *petition* da parte di (o contro) un debitore persona fisica, nei confronti del quale, nell'anno precedente a tale deposito, fossero pendenti due o più procedure concorsuali che siano state chiuse con un provvedimento di *dismissal*, non innesci un *automatic stay*¹⁰.

La norma discorre, letteralmente, di "*individual*", la cui traduzione più corretta appare, appunto, essere quella di persona fisica, a prescindere, peraltro, dalla sua

¹⁰ La sez. 362(c)(4), alle sottosezioni (A)(i), prevede che «*if a single or joint case is filed by or against a debtor who is an individual under this title, and if 2 or more single or joint cases of the debtor were pending within the previous year but were dismissed, [...] the stay under subsection (a) shall not go into effect upon the filing of the later case*».

qualificazione nei termini di imprenditore commerciale, ciò che consente di ricondurre anche la figura del consumatore¹¹.

Si noti che la previsione appena menzionata è di carattere generalissimo e, in particolare, non circoscrive in alcun modo il proprio ambito applicativo: ciò significa che l'*automatic stay* non sarà operativo nei confronti di alcuna delle entità che generalmente ne beneficiano – debitore, patrimonio fallimentare e patrimonio personale del debitore -, nonché con riguardo all'intero ambito oggettivo di sua applicazione¹².

La norma è evidentemente finalizzata ad arginare la prassi dei cd. *serial filings*, ossia della presentazione, in un arco di tempo assai breve, di molteplici ricorsi per l'ammissione ad una delle procedure disciplinate dal *Bankruptcy Code*, che tuttavia si rivelino, in un momento successivo, non accompagnati da una seria volontà di sistemare il proprio dissesto – sì da condurre alla pronuncia di *dismissal* -, bensì mossi esclusivamente dall'intento di lucrare gli effetti protettivi che il deposito della *petition*, ed il connesso *automatic stay*, possono assicurare al ricorrente¹³.

La prassi dei *serial filings* costituisce, infatti, una problematica avvertita dalla giurisprudenza statunitense sin dagli anni '80, la quale, prima della previsione repressiva introdotta con la riforma del 2005, si era assai spesso impegnata nella ricer-

¹¹ D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *Bankruptcy*, cit., 184 s.

¹² Per tale riflessione, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[G][2]; *contra*, la decisione assunta nel caso *In re Johnson*, 335 B.R. 805 (2006), 806, ove si afferma che un'interpretazione sistematica della norma con la precedente sottosezione (c)(1) conduce a limitare l'applicazione della sez. 362(c)(4) esclusivamente nei confronti del debitore e del suo patrimonio personale; critica nei confronti di tale pronuncia, L. J. MARGULIES, *Understanding the new semi-automatic stay*, cit., 60.

¹³ L. B. BARTELL, *Visualizing bankruptcy*, cit., 85; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *Introduction to bankruptcy law*, cit., 254; L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 772.

Ispirato a tale disciplina appare l'art. 161, nono comma, l. fall., ove è previsto che la domanda di concordato preventivo cd. in bianco disciplinata dal precedente sesto comma sia «inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti». Ora, è certamente vero che tale disposizione preclude, precisamente, la presentazione della domanda di concordato in bianco – e non, come nella disciplina statunitense, la mera produzione degli effetti protettivi a favore del debitore e della procedura -, ma si tratta pur sempre di un istituto la cui introduzione si giustifica proprio con l'esigenza di anticipare la produzione dell'inibitoria di cui gode il debitore, ricollegandola alla presentazione di una semplice domanda non corredata da proposta e piano, purché seguita dal successivo provvedimento ammissivo; poiché, dunque, al debitore seriale non è impedito di presentare una domanda di concordato "classica", bensì solo di accedere all'istituto del concordato cd. in bianco, è possibile concludere che la norma limitativa dianzi riportata abbia, come effetto pratico, quello di sottrarre al debitore la possibilità di beneficiare in via anticipata degli effetti protettivi normalmente collegati al concordato preventivo, con un meccanismo, in definitiva, per certi versi simile a quello, esposto nel testo, vigente nell'ordinamento statunitense. Per alcuni cenni alla normativa italiana, si veda, se si vuole, M. MONTANARI, V. BARONCINI, *Appunti sulle procedure concorsuali minori*, cit., 9.

ca di soluzioni idonee ad arginare un fenomeno che non trovava una diretta regolamentazione all'interno della legge fallimentare. Ciò era avvenuto, prevalentemente, mediante il ricorso a due differenti espedienti¹⁴: la comminatoria, al momento della chiusura della procedura mediante una pronuncia di *dismissal*, di un divieto di depositare un'altra *petition* per un determinato periodo di tempo (cd. *refiling bar*); ovvero, ancorché a ciò si sia fatto ricorso in ipotesi assai più rare, la pronuncia, fondata sulla sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*, di un provvedimento contenente un cd. *prospective relief* dall'*automatic stay*¹⁵, idoneo quindi a garantire la liberazione dall'inibitoria ad un particolare creditore – quello, evidentemente, le cui iniziative aggressive il debitore mirava a precludere mediante i ricorsi seriali –, nel caso in cui si fosse verificato il deposito di una nuova *petition*¹⁶; rimaneva peraltro salva, per quest'ultimo, la possibilità di richiedere un'inibitoria ai sensi della sez. 105(a) sicché, di fatto, la soluzione descritta si risolveva in un'inversione, ai danni del debitore seriale, dell'onere di provare le esigenze di protezione¹⁷.

La rinnovata disciplina legislativa si distacca, peraltro, da entrambe le soluzioni riportate, pur restando più vicina, quantomeno nella *ratio* ispiratrice, alla seconda, operando quale circostanza impeditiva dell'automatica operatività dello *stay*.

Tornando al tenore della norma attuale, ai fini dell'applicazione della sez. 362(c)(4) è dunque sufficiente che nell'anno antecedente al deposito della *petition* fossero state pendenti e successivamente chiuse con un provvedimento di *dismissal*, nei confronti del debitore istante, due o più procedure ai sensi di uno qualsiasi dei

¹⁴ Sull'argomento, si vedano le sintesi di S. Z. BARETZ, *Combating the Chapter 13 serial filer: an argument for orders containing prospective relief from the automatic stay provision*, in 25 *Hofstra L. Rev.* (1997), 1316 s.; J. D. KEY, *The advent of the serial Chapter 11 filing and its implications*, in 8 *Bankr. Dev. J.* (1991), 245 s.; L. A. COLEMAN, *Individual consumer "chapter 20" cases after Johnson: an introduction to nonbusiness serial filings under Chapter 7 and Chapter 13 of the Bankruptcy Code*, in 9 *Bankr. Dev. J.* (1992), 357 s.; K. L. NELSON, *Abusive filings: can courts stop the abuse within the confines of the Bankruptcy Code?*, in 17 *Bankr. Dev. J.* (2000), 331 s. e spec. 336 s.

¹⁵ Una variante di tale provvedimento, per le procedure avviate ai sensi del *Chapter 13*, era costituito dai cd. "*drop dead*" orders, ossia decisioni in cui era previsto che, ove nel corso della successiva procedura il debitore non desse dimostrazione di riuscire a portarla a compimento, o non avesse effettuato le attività promesse, il beneficiario avrebbe goduto di una immediata liberazione dall'*automatic stay*, ovvero la procedura sarebbe stata *dismissed*: sul punto, S. Z. BARETZ, *Combating the Chapter 13 serial filer: an argument for orders containing prospective relief from the automatic stay provision*, cit., 1323 s.; K. L. NELSON, *Abusive filings: can courts stop the abuse within the confines of the Bankruptcy Code?*, cit., 345 s.

¹⁶ Ciò che è avvenuto, tra l'altro, nel caso *In re Felberman*, 196 B.R. 678 (1995); favorevole a tale prassi era S. Z. BARETZ, *Combating the Chapter 13 serial filer: an argument for orders containing prospective relief from the automatic stay provision*, cit., 1331 s.

¹⁷ S. Z. BARETZ, *Combating the Chapter 13 serial filer: an argument for orders containing prospective relief from the automatic stay provision*, cit., 1322.

capitoli operativi del *Bankruptcy Code* (7, 11, 12 o 13)¹⁸. A tal proposito, occorre aggiungere che la norma fa salvo il caso in cui con l'ultima *petition* si richieda l'ammissione ad una procedura diversa da quella di *liquidation* (*Chapter 7*), dopo che la precedente procedura fosse stata *dismissed* ai sensi della sez. 707(b)¹⁹, ossia quando il ricorso alla procedura liquidatoria da parte del debitore, in considerazione degli ingenti introiti mensili del medesimo (cd. *means test*), sia apparso abusivo²⁰: probabilmente la *ratio* sottesa a tale clausola di salvezza è racchiusa nell'intento di veicolare il debitore persona fisica sulle procedure più adatte a gestire il proprio dissesto (nel caso di specie, una di natura recuperatoria anziché quella di *liquidation*), ancorché non si possa negare che anche tali fattispecie, e le connesse pronunce di *dismissal*, siano volte a sanzionare condotte abusive, sicché la loro esenzione dalla disciplina in commento desta, in realtà, qualche perplessità; d'altro canto, e coerentemente, non viene fatta salva l'altra ipotesi, contemplata dalla medesima disposizione, in cui, in presenza dei medesimi presupposti, si proceda, dietro consenso del debitore, alla conversione della procedura di *liquidation* in una rioriganizzativa disciplinata dai *Chapters 11* o *13*, ché, come noto, la conversione della procedura non implica il deposito di una nuova *petition*, essendo considerata prosecuzione di quella precedente, sicché ci si muove al di fuori del campo dei *serial filings*.

Ove una parte a ciò interessata lo richieda – e si tratterà, evidentemente, di chiunque, confidando nell'applicazione della norma in commento, intenda agire nei confronti del debitore, ma voglia assicurarsi di non incappare in una violazione dell'inibitoria -, il tribunale fallimentare dovrà emettere un provvedimento di accertamento che confermi che l'*automatic stay* non è in vigore²¹.

L'inoperatività dell'*automatic stay* nei confronti dell'individuo *serial filer* non è, tuttavia, definitiva ed irreversibile, secondo la caratteristica peculiare che abbiamo visto appartenere alle fattispecie annoverabili tra le ipotesi di cd. *not-so-automatic stay*, bensì superabile tramite lo speciale procedimento contemplato dalla

¹⁸ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.06[4]; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 49; L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 769.

¹⁹ «other than a case refiled under a chapter other than chapter 7 after dismissal under section 707(b)».

²⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 766 s.

²¹ Si legga la successiva sottosezione (ii), ove è previsto che «on request of a party in interest, the court shall promptly enter an order confirming that no stay is in effect».

medesima norma, attivabile da chiunque vi abbia interesse, finalizzato ad ottenere un provvedimento del tribunale fallimentare impositivo, seppur in via differita, dello *stay*. In particolare, il soggetto a ciò interessato deve attivarsi entro trenta giorni dal deposito dell'ultima *petition*, domandando al tribunale la pronuncia di un provvedimento impositivo dell'inibitoria nei confronti di tutti ovvero alcuni creditori, previa dimostrazione, da fornire in apposita udienza, che il deposito dell'ultima domanda era avvenuto in buona fede, ossia senza intenzione di pregiudicare i creditori mediante gli effetti sospensivi ricollegati alla medesima²²; a tal proposito, la legge introduce anche una *rebuttable presumption*, superabile mediante una «*clear and convincing evidence to the contrary*», predeterminando una serie di ipotesi in cui la presentazione della domanda è da considerarsi come non avvenuta in buona fede²³.

²² Così, infatti, prosegue la norma: «*if, within 30 days after the filing of the later case, a party in interest requests the court may order the stay to take effect in the case as to any or all creditors (subject to such conditions or limitations as the court may impose), after notice and a hearing, only if the party in interest demonstrates that the filing of the later case is in good faith as to the creditors to be stayed*».

²³ E si tratta, precisamente, delle seguenti ipotesi: «*(i) as to all creditors if (I) 2 or more previous cases under this title in which the individual was a debtor were pending within the 1-year period; (II) a previous case under this title in which the individual was a debtor was dismissed within the time period stated in this paragraph after the debtor failed to file or amend the petition or other documents as required by this title or the court without substantial excuse (but mere inadvertence or negligence shall not be substantial excuse unless the dismissal was caused by the negligence of the debtor's attorney), failed to provide adequate protection as ordered by the court, or failed to perform the terms of a plan confirmed by the court; or (III) there has not been a substantial change in the financial or personal affairs of the debtor since the dismissal of the next most previous case under this title, or any other reason to conclude that the later case will not be concluded, if a case under chapter 7, with a discharge, and if a case under chapter 11 or 13, with a confirmed plan that will be fully performed; or (ii) as to any creditor that commenced an action under subsection (d) in a previous case in which the individual was a debtor if, as of the date of dismissal of such case, such action was still pending or had been resolved by terminating, conditioning, or limiting the stay as to such action of such creditor*». In argomento, si vedano A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. loc. cit.*; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, *op. cit.*, 181; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 86; L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 771 s.; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, cit., 74.

Si tenga presente, peraltro, che nel momento in cui la norma richiede, ai fini della pronuncia del provvedimento impositivo dello *stay*, la dimostrazione, da fornirsi in ogni caso, che il deposito dell'ultima *petition* è avvenuto in buona fede, la successiva codificazione delle ipotesi, dianzi illustrate, in cui detto deposito è presunto come avvenuto in mala fede non può assumere, sul piano del riparto degli oneri probatori, alcun reale significato: integrata la fattispecie cui si ricollegano gli effetti tipici del cd. *not-so-automatic stay*, l'operatività differita nell'inibitoria può essere ottenuta dimostrando che il deposito dell'ultima domanda è avvenuto in buona fede, senza, dunque, che possa assumere un concreto significato la presenza di ipotesi in cui la sussistenza di uno stato di mala fede si presume, visto che, esplicitando ulteriormente il ragionamento, la buona fede dev'essere dimostrata in ogni caso. È da ritenersi, dunque, che si tratti di fattispecie a carattere meramente esemplificativo, evidentemente recepite dal legislatore dalla previgente prassi giurisprudenziale, che nulla aggiungono alla regola generale, esposta nel testo, relativa agli oneri probatori vigenti in materia, ma che divengono indicative di una discutibile tecnica normativa.

Una volta accertato, anche tramite la somministrazione di idonee prove contrarie alla menzionata presunzione legale relativa, che il deposito dell'ultima *petition* è avvenuto in buona fede, il tribunale fallimentare può pronunciare, valutate discrezionalmente tutte le circostanze, un provvedimento di imposizione dello *stay* che, secondo quanto previsto dalla stessa disposizione entra in vigore alla data dell'emissione di detta pronuncia²⁴.

Il meccanismo complessivo così costruito appare un chiaro disincentivo al ricorso abusivo - poiché inteso ad utilizzare un istituto per il raggiungimento di scopi differenti da quelli per cui la legge lo ha coniato - alle procedure di cui al *Bankruptcy Code*: il soggetto che abbia già fatto plurimo ricorso, nell'arco di tempo di un anno, a tali strumenti, al solo fine di beneficiare degli effetti protettivi ad essi connessi - come l'esito in una pronuncia di *dismissal* lascia intendere -, sa che alla presentazione di una nuova ed ulteriore domanda, che a detti fini sia preordinata, non conseguirà il decorso dell'*automatic stay*, trattandosi evidentemente di condotta affetta da mala fede; tuttavia, ed opportunamente, la legge fa salva l'eventualità in cui il successivo deposito ambisca all'ammissione di una procedura al genuino fine di risolvere una situazione di crisi mediante gli strumenti offerti dall'ordinamento, attribuendo all'istante la possibilità di dimostrare la propria buona fede e, con essa, la facoltà di chiedere una imposizione, seppur differita, dallo *stay*. In ogni caso, pur in questa seconda eventualità, rimane inevitabile, e in un certo senso irrimediabile, la sussistenza di un periodo di tempo, che può protrarsi sino, almeno, a trenta giorni (termine entro cui deve essere presentata l'istanza in discorso²⁵), in cui l'*automatic stay* non opera, e il debitore è lasciato alle iniziative aggressive dei propri creditori: una situazione certamente strana, ove alla pendenza della procedura non si accompagna, almeno in parte, una piena ed equa realizzazione del concorso sul patrimonio del debitore.

Un'ultima precisazione riguarda gli effetti che l'operatività della norma testé esposta esercita sul cd. *codebtor stay*, ossia, lo si ricorda, quello che, ai sensi delle

²⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. cit.*, 256; L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 771.

²⁵ Si veda, a tal proposito, la discutibile lettura di S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*, ove è affermato che, se la presentazione dell'istanza deve avvenire entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'ultima *petition*, l'udienza, all'opposto, non possa aver luogo prima dello spirare di tale periodo di tempo.

sez. 1201 e 1301 del *Bankruptcy Code* si produce a favore della persona fisica coobbligata o garante per un *consumer debt* del soggetto ammesso ad una procedura di *adjustment of debts* di cui ai *Chapters 12* o *13*²⁶: in tali ipotesi, è espressamente previsto che il *not-so-automatic stay* di cui alla sez. 362(c)(4), che colpisce il debitore principale, non ripercuota i suoi effetti negativi sul predetto *codebtor stay*, che dunque continua a pienamente godere degli effetti protettivi di cui si avvantaggia con il deposito dell'ultima *petition*, lasciando inoltre sul creditore l'onere di richiedere un provvedimento di *relief*²⁷. La scelta appare coerente con l'opportunità di non gravare un soggetto delle sanzioni che l'ordinamento pone a repressione di comportamenti abusivi altrui, a maggior ragione in quanto connotati da qualificati stati soggettivi.

Si tenga presente, infine, che la giurisprudenza maggioritaria ritiene che, pur in mancanza di attivazione per ottenere il decorso differito dell'*automatic stay*, rimanga possibile per la parte a ciò interessata richiedere la pronuncia di una *injunction* ai sensi della sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*, previa, ovviamente, dimostrazione dei presupposti legittimanti alla pronuncia di un provvedimento inibitorio²⁸.

12.2. Segue. ii) la disciplina speciale applicabile al cd. small business debtor

Una disciplina derogatoria dell'ordinario regime temporale di produzione dell'*automatic stay* è poi dettata dalla sez. 362(n), anch'essa introdotta dal *BAPCPA* del 2005 per arginare e punire il fenomeno dei ricorsi seriali.

Se la prima disposizione, poc'anzi illustrata, recante un'ipotesi di *not-so-automatic stay*, era destinata al cd. *individual debtor*, ossia al debitore persona fisica tra cui, in particolare, il consumatore, la norma ora oggetto della nostra attenzione è specificamente dedicata al cd. *small business debtor*, cui il legislatore ha dunque ritenuto opportuno dedicare una disciplina *ad hoc*; tale entità, peraltro, è espressamente definita dalla legge, che alla sez. 101(51D) vi riconduce l'imprenditore commerciale, individuale o collettivo, avente un ammontare di debiti liquidi ed esigibili non

²⁶ Per i dovuti approfondimenti, si rinvia *supra*, Cap. III, Sez. I, § 1.1.

²⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; H. GERSHMAN, *Automatic termination of the stay upon second filing under § 362(c)(3). Has Congress made two strikes an out?*, in 25 *A.B.I.J.* (2006), 12; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, *loc. cit.*

²⁸ *In re Williams*, 346 *B.R.* 361 (2006); in dottrina, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.06[7]; *contra*, *In re Radson*, 462 *B.R.* 911 (2011).

superiore a due milioni di dollari, e che presenti una domanda di ammissione ad una procedura di *reorganization* di cui al *Chapter 11* in cui non sia stato nominato un *committee of creditors* (cd. *small business case*)²⁹.

La sez. 362(n)(1), in particolare, prevede che, ove il cd. *small business debtor* presenti una *petition* per l'ammissione ad uno qualsiasi dei cd. *operative chapters*³⁰, l'*automatic stay* non entri in vigore in una determinata serie di circostanze: *a*) se l'istante, al momento del deposito della nuova *petition*, sia già assoggettato ad un cd. *small business case*, tuttora pendente; *b*) se l'istante è stato assoggettato ad un cd. *small business case* che per qualsivoglia ragione sia stato chiuso con un provvedimento di *dismissal* divenuto definitivo nei due anni antecedenti l'*order for relief* pronunciato in occasione della nuova *petition*; *c*) se l'istante è stato assoggettato ad un cd. *small business case* il cui piano di ristrutturazione sia stato confermato nei due anni antecedenti l'ultimo *order for relief*; *d*) se, infine, l'istante è una *entity* che sia cessionaria dell'attività d'impresa di un *small business debtor* nei casi di cui alle lett. *a*), *b*), o *c*), salvo che dimostri che l'acquisto è avvenuto in buona fede, e non per aggirare le disposizioni di cui alla sezione in commento³¹.

²⁹ Su tale definizione, si vedano pure le riflessioni di T. E. CARLSON, J. FRASER HAYES, *The small business provisions of the 2005 bankruptcy amendments*, in 79 *Am. Bankr. L.J.* (2005), 679 s.; D. K. CASE, J. R. ALDERFER, *BAPCPA and the new provisions relating to small businesses*, in 15 *Widener L.J.* (2006), 587 s.; R. M. LAWLESS, *Small business and the 2005 bankruptcy law: should mom and apple pie be worried?*, in 31 *S. Ill. U. L.J.* (2007), 588 s.

³⁰ R. M. LAWLESS, *Small business and the 2005 bankruptcy law: should mom and apple pie be worried?*, cit., 595; *contra*, per l'esclusione del caso in cui la seconda procedura sia avviata ai sensi del *Chapter 7*, in quanto non sarebbe possibile l'applicazione della successiva sottosezione (2) (di cui si dirà *infra*, nel testo), T. E. CARLSON, J. FRASER HAYES, *The small business provisions of the 2005 bankruptcy amendments*, cit., 689.

³¹ Si riporta, di seguito, il testo della sez. 362(n)(1): «*Except as provided in paragraph (2), subsection (a) does not apply in a case in which the debtor (A) is a debtor in a small business case pending at the time the petition is filed; (B) was a debtor in a small business case that was dismissed for any reason by an order that became final in the 2-year period ending on the date of the order for relief entered with respect to the petition; (C) was a debtor in a small business case in which a plan was confirmed in the 2-year period ending on the date of the order for relief entered with respect to the petition; or (D) is an entity that has acquired substantially all of the assets or business of a small business debtor described in subparagraph (A), (B), or (C), unless such entity establishes by a preponderance of the evidence that such entity acquired substantially all of the assets or business of such small business debtor in good faith and not for the purpose of evading this paragraph*».

Si ricordi, a tal proposito, che il cd. *order for relief* è l'equivalente della vera e propria dichiarazione di fallimento, o di ammissione ad una procedura riorganizzativa. Esso, tuttavia, nei *voluntary* e nei *joint cases* coincide con la *petition*, in quanto è la stessa legge a disporre che il deposito di una *voluntary* o *joint petition* costituisca un *order for relief*; negli *involuntary cases*, viceversa, tra *petition* ed *order for relief* trascorre un periodo di tempo necessario a consentire al debitore di presentare un'opposizione, nel qual caso il tribunale è chiamato ad accertare la sussistenza dei presupposti di ammissione alla procedura. Sul tema, per tutti, A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 52, nota 3.

Anche in questa ipotesi, annoverabile perciò tra le fattispecie di *not-so-automatic stay*, l'inoperatività dell'inibitoria non è irreversibile, in quanto la sottosezione (2) fa salve alcune circostanze in cui la norma di cui alla summenzionata sottosezione (1) non si applica: *a*) negli *involuntary cases*, sempreché sia provata l'assenza di collusione tra il debitore ed i creditori istanti; *b*) ove il debitore dimostri, in primo luogo, che il deposito della successiva *petition* sia dovuto a circostanze indipendenti dalla sua volontà ed imprevedibili al momento in cui fu domandata l'ammissione alla prima procedura, attualmente pendente, nonché, in secondo luogo, il fatto che appaia "*more likely than not*" l'approvazione, da parte del tribunale, di un piano di ristrutturazione (eccettuati quelli a contenuto liquidatorio), entro un ragionevole periodo di tempo³².

A differenza di quanto visto trattando della sez. 362(c)(4), tuttavia, il legislatore non ha provveduto a disciplinare un apposito procedimento finalizzato a dimostrare le circostanze cui si ricollega l'inoperatività del regime derogatorio all'ordinario decorso dell'*automatic stay*, né a chiarire quando, all'esito della positiva dimostrazione delle medesime, l'inibitoria entri in vigore. Ciò ha indotto parte autorevole della dottrina³³ a ricondurre la norma di cui all'art. 362(n) nel novero delle autentiche eccezioni all'*automatic stay*, e a qualificare le circostanze di cui alla sottosezione (2) quali fatti impeditivi dell'applicazione dell'eccezione medesima. A tal proposito – e volendo tralasciare l'argomento topografico ché, come già accennato, le scelte di tecnica legislativa operate dalla riforma del 2005 sono, a nostro parere, tutt'altro che impeccabili –, riteniamo che la disciplina racchiusa nella citata sez. 362(n) presenti aspetti di complessità che ne impediscono un accostamento *de plano* al lineare regime proprio di un'eccezione, e che dunque consigliano di trattare l'argomento tra le ipotesi di deroga all'ordinario regime temporale dell'inibitoria: tale problematica, peraltro, non ha esclusivo carattere speculativo, in quanto dalla qualificazione della fattispecie in un senso o nell'altro discende, evidentemente, l'applicazione di un differente regime giuridico, con conseguenze in parte già note.

³² La successiva sottosezione (2), infatti, prevede che «*Paragraph (1) does not apply (A) to an involuntary case involving no collusion by the debtor with creditors; or (B) to the filing of a petition if (i) the debtor proves by a preponderance of the evidence that the filing of the petition resulted from circumstances beyond the control of the debtor not foreseeable at the time the case then pending was filed; and (ii) it is more likely than not that the court will confirm a feasible plan, but not a liquidating plan, within a reasonable period of time*».

³³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.05[28]; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 88.

Mentre, infatti, con riguardo al meccanismo operativo della norma che, nelle circostanze poc'anzi illustrate, preclude l'entrata in vigore dell'*automatic stay* nei confronti del cd. *small business debtor*, l'accostamento alle eccezioni può anche essere corretto – si pensi, a tal proposito, alla disciplina di cui alla sez. 362(b)(21), che *in parte qua* pare funzionare in modo del tutto analogo³⁴ -, passando ad analizzare la disposizione successiva che, come visto, impedisce l'applicabilità della norma da ultimo menzionata, consentendo all'*automatic stay* di produrre i propri effetti, gli scenari immaginabili, nel silenzio della legge sul punto, paiono essere due: o il cd. *small business debtor*, al momento del deposito della *petition*, provvede già, se del caso, a somministrare la prova delle circostanze summenzionate che gli consentono di sottrarsi al regime di inoperatività dell'*automatic stay*, oppure tale soggetto, alla detta somministrazione, procederà in un momento successivo. Ma in ogni caso la somministrazione di tale prova implica e presuppone necessariamente che essa debba essere vagliata dal giudice, che solo all'esito di attenta valutazione si pronuncerà sulla ricorrenza degli illustrati presupposti e, dunque, sull'applicabilità o meno della norma che impedisce la produzione dell'*automatic stay*. Resta da valutare quale schema procedurale debba essere seguito dal giudice, e che decorrenza debba essere riconosciuta al provvedimento che abbia escluso, nel caso di specie, l'applicazione della norma da ultimo menzionata, pronunciandosi, in altri termini, per l'applicabilità dell'inibitoria. Anche in questo caso le vie percorribili paiono due. Si potrebbe, infatti, sia ipotizzare la facoltà per il tribunale fallimentare di pronunciare un provvedimento dichiarativo dell'operatività *ex tunc* dell'*automatic stay*, una scelta, questa, che appare *prima facie* essere la più equa, in quanto funzionale a rimediare ad un errore iniziale della procedura, in cui si era ritenuto di applicare al debitore una disciplina deteriore sulla ritenuta sussistenza di presupposti di cui in seguito è stata accertata l'inesistenza – ipotesi interpretativa che, inoltre, avvalorerebbe la qualificazione nei termini di eccezione della norma in esame. Ma sappiamo che questa non è la strada che, nella disciplina del fenomeno dei *serial filings*, il legislatore statunitense ha scelto di seguire: la

³⁴ Si veda, sul punto, l'illustrazione compiuta *supra*, Cap. III, Sez. II, § 10.4. R. M. LAWLESS, *Small business and the 2005 bankruptcy law: should mom and apple pie be worried?*, cit., 596, affronta specificamente la problematica relativa al meccanismo che consente di decidere se nel caso di specie si versi in ipotesi di *small business debtor* seriale: nonostante la legge disponga l'inoperatività automatica dello *stay*, infatti, egli ritiene comunque preferibile, per il creditore, richiedere al tribunale fallimentare una pronuncia che accerti la ricorrenza dei presupposti di cui alla sez. 362(n), e dunque la mancata vigenza, in deroga al regime ordinario, dell'*automatic stay*.

disciplina racchiusa nella sez. 362(c)(4), infatti, consente al debitore, ove venga successivamente dimostrato che l'iniziale valutazione della sua condotta come affetta da mala fede fosse stata errata, di ottenere un provvedimento impositivo dello *stay* la cui decorrenza risulta, tuttavia, differita. E poiché le due norme ora in esame paiono sorrette dalle medesime *rationes* – l'inoperatività automatica dello *stay* nei confronti di debitori seriali di dimensioni contenute, salva la dimostrazione di circostanze tutte riconducibili alla presenza di buona fede o, se si preferisce, all'assenza di mala fede –, non pare azzardato proporre l'applicazione in via analogica al caso del cd. *small business debtor* del procedimento dettato dalla sez. 362(c)(4)(B), culminante con l'emissione di un provvedimento impositivo dello *stay* con decorrenza *ex nunc*³⁵: tale conclusione, evidentemente, è coerente ed avvalorata la classificazione qui proposta della fattispecie in esame nel novero delle ipotesi di *not-so-automatic stay*, connotate appunto dalla possibilità di conoscere un'applicazione in via differita del vero e proprio *automatic stay*.

13. La cessazione dell'effetto protettivo. A) La cessazione automatica dell'efficacia protettiva: a) nei confronti del patrimonio fallimentare

Esaurita l'analisi del regime, ordinario ed eccezionale, di produzione dell'*automatic stay*, il prosieguo della Sezione sarà dedicato alla disamina della disciplina inerente la cessazione di tale inibitoria. Essa, come anticipato, è peraltro utilmente scomponibile in due parti: la prima, dedicata alle ipotesi di cessazione automatica, o legale, racchiuse nella sez. 362(c), ivi comprese le relative deroghe, compendiabili nelle ipotesi di *semi-automatic stay*, introdotte dal *BAPCPA* del 2005; la seconda, dedicata all'aspetto forse più peculiare della disciplina fallimentare statunitense, ossia al procedimento che consente alla *entity* assoggettata all'*automatic stay* di ottenere un provvedimento di liberazione da tale inibitoria, e che costituisce l'ipotesi di cessazione giudiziale dell'efficacia protettiva.

³⁵ La decorrenza *ex nunc* dello *stay* pare adombrata pure da T. E. CARLSON, J. FRASER HAYES, *The small business provisions of the 2005 bankruptcy amendments*, cit., 688, ove il meccanismo operativo della disposizione viene descritto nel senso di «*denying the refiling debtor the protection of the automatic stay until the debtor establishes its entitlement to injunctive relief*»; non affrontano la questione, all'opposto, D. K. CASE, J. R. ALDERFER, *BAPCPA and the new provisions relating to small businesses*, cit., 597 s.

Prendendo le mosse, dunque, dalla disciplina ordinaria in materia di cessazione automatica, o legale, dell'*automatic stay*, il primo dato che emerge dalla lettura della sez. 362(c), numeri (1) e (2), è che, secondo la medesima tecnica già seguita nel disciplinare l'efficacia oggettiva di cui alle precedenti sottosezioni (a) e (b), il legislatore ha regolamentato la materia avendo distinto riguardo ai tre soggetti beneficiari dell'inibitoria: debitore, patrimonio fallimentare e patrimonio personale del debitore³⁶. Sembrerebbe emergere, così, una discrasia – in realtà soltanto apparente –, tra la disciplina in materia di produzione dell'effetto sospensivo, che per tutti i soggetti menzionati si rinviene al momento del deposito della *petition*, e quella, ora in discorso, relativa alla sua cessazione legale, che la sottosezione (c), come meglio si vedrà, ricollega a momenti diversi a seconda del soggetto beneficiario preso in considerazione. In particolare, anticipando brevemente ciò che verrà più ampiamente ripreso oltre, se con riguardo al debitore ed al suo patrimonio personale la cessazione dell'*automatic stay* è ricollegata alla chiusura, in qualsiasi modo avvenuta, della procedura, ovvero alla concessione o al diniego della *discharge*, l'inibitoria vigente nei confronti del patrimonio fallimentare si protrae sinché il cespite preso in considerazione rimanga una *property of the estate*, venendo meno, per converso, nel momento in cui venga a cessare tale relazione di appartenenza. Ciò, in realtà, appare una scelta obbligata, oltreché del tutto coerente al sistema: da un lato, infatti, l'*automatic stay* a favore del debitore e del suo patrimonio personale è funzionale, tra l'altro, ad assicurare a tale soggetto l'immediato *fresh start* e la possibilità di intraprendere nuovi rapporti giuridici dal giorno stesso del deposito della *petition*, e senza l'interferenza dei creditori concorsuali, sicché è naturale che tale protezione debba protrarsi finché la procedura, finalizzata alla soddisfazione di questi, non abbia esaurito il suo corso (a prescindere, poi, dalla circostanza che tali creditori siano stati soddisfatti del tutto ovvero solo in parte, tematica, questa, che s'intreccia con la *discharge* e su cui si tornerà *infra*); dall'altro, l'*automatic stay* nei confronti del patrimonio fallimentare si spiega in quanto tale entità rappresenta l'oggetto su cui dovrà avvenire, in via esclusiva, la soddisfazione dei creditori concorsuali, sicché le misure protettive specificamente finalizzate ad assicurare la corretta attuazione del concorso su detti cespiti si giustificano nella misura in cui tali cespiti, appunto, facciano effettivamente parte

³⁶ Per tale constatazione, pure B. A. BLUM, *op. cit.*, 253.

dell'*estate*³⁷, mentre ove tale appartenenza dovesse cessare, simultaneamente deve venire a cessare anche l'*automatic stay* (a prescindere, poi, dall'eventuale assoggettamento di tali cespiti a differenti regimi giuridici e, in particolare, dalla possibilità che confluiscono nel patrimonio personale del debitore beneficiando dei relativi effetti protettivi).

Come anticipato, poi, anche la disciplina sulla cessazione legale dell'*automatic stay* ha subito alcune modificazioni in virtù del *BAPCPA* del 2005, che ha introdotto alcune deroghe alle regole testé illustrate, che intervengono ad anticipare, rispetto al regime ordinario, il momento della cessazione dell'inibitoria. Peraltro, anche tali fattispecie di *semi-automatic stay* sono classificabili a seconda dell'entità beneficiaria della protezione che si prenda in considerazione: la loro disamina, pertanto, si svilupperà parallelamente all'illustrazione della disciplina ordinaria in materia di cessazione legale che, come già anticipato, si snoda, appunto, seguendo le medesime scansioni.

Tornando, dunque, al tenore della regola generale, la sez. 362(c)(1), come già accennato, dispone che l'*automatic stay* operante sugli atti promuovibili nei confronti della *property of the estate* si protrae finché il cespite in questione appartenga al patrimonio fallimentare³⁸; per converso, ove, per qualsiasi motivo (si pensi, ad esempio, alle ipotesi di vendita in corso di liquidazione dell'attivo, *abandonment* o *exemption*) il cespite cessi di appartenere alla *property of the estate*, esso, ovviamente, non potrà più beneficiare della protezione posta a vantaggio di tale entità³⁹.

Nel caso in cui, peraltro, a seguito di *abandonment* avvenuto a vantaggio del debitore, ovvero di *exemption* dallo stesso rivendicata, il cespite vada a confluire nel patrimonio personale del debitore, esso beneficerà dell'*automatic stay* che la sez. 362(a)(5) pone a vantaggio di quest'ultimo, con la già nota conseguenza per cui i creditori per titolo posteriore all'inizio della procedura saranno liberi dall'inibitoria;

³⁷ Considerazioni, queste, adombrate pure da B. A. BLUM, *op. cit.*, 253 s.

³⁸ La sez. 362(c)(1), in particolare, prevede che «*the stay of an act against property of the estate under subsection (a) of this section continues until such property is no longer property of the estate*».

³⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.06[1]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.07[A]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:13; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 183; L. B. BARTLETT, *op. cit.*, 89; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 180; B. A. BLUM, *op. cit.*, 254; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 48 s.; A. N. RESNICK, *Bankruptcy law manual*, cit., 106 s.; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 613; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 37 s.; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 234; J. L. SMAHA, *Automatic stay under the 1978 bankruptcy code: an equitable roadblock to secured creditor relief*, cit., 1120.

nelle altre ipotesi, viceversa, nessuna protezione opererà a vantaggio del cespite medesimo⁴⁰.

13.1. Le ipotesi di *cd. semi-automatic stay*: i) mancato compimento di atti legalmente dovuti

Le fattispecie di *semi-automatic stay* introdotte nel 2005, a differenza di quelle di *not-so-automatic stay*, tutte riconducibili a *rationes* di prevenzione e lotta contro i ricorsi seriali, e perciò abusivi, alle procedure concorsuali ed all'inibitoria ad esse connessa, si caratterizzano per la loro eterogeneità, di contenuti come di motivi giustificativi, oltreché per la loro collocazione sparsa in diverse sottosezioni della sez. 362, se non, addirittura, all'interno di norme differenti da quest'ultima: un dato, questo, a riconferma della discutibile tecnica legislativa adottata dal legislatore, il quale non pare aver dedicato un'adeguata riflessione all'individuazione della corretta *sedes materiae* in cui intervenire, a tutto svantaggio dell'armonia complessiva del sistema. Il criterio da noi adottato per ricondurre ad un ordine le frammentate modifiche introdotte dal *BAPCPA*, al fine di offrire una illustrazione della materia quanto più possibile coerente ed organica, è quello, già anticipato, di individuare le disposizioni che apportino deroghe all'ordinaria disciplina in materia di cessazione dell'*automatic stay*, e, così, raggruppare tali sparse ed eterogenee previsioni nella unitaria categoria di *semi-automatic stay*, ossia di fattispecie caratterizzate sì dalla regolare produzione dell'inibitoria al momento del deposito della *petition*, ma destinate a veder cessare tali effetti in via automatica, in un momento precedente rispetto a quello fisiologico, disciplinato alle sottosezioni (c)(1) o (2), nel caso in cui il debitore (od il *trustee*) non si attivino per il compimento di determinate attività prescritte dalla legge.

Le fattispecie di deroga alla disciplina ordinaria dettata dalla sottosezione (c)(1) con riguardo alla cessazione dell'*automatic stay* nei confronti del patrimonio fallimentare, cui ora è dedicata la nostra attenzione, possono peraltro essere ulterior-

⁴⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.07[F][1]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *Cowans bankruptcy law and practice*, 2, cit., 525 s.; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 49, testo e nota 2; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 107 s.; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 614; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 611 s.; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 38.

mente raggruppate in due sottocategorie: la prima, cui sarà dedicato il prosieguo del presente paragrafo, riguarda l'ipotesi in cui il debitore od il *trustee* omettano di compiere determinati atti dovuti *ex lege*; la seconda, che verrà illustrata nel paragrafo successivo, condivide il presupposto sostanziale appena illustrato ma ha riguardo specifico ai procedimenti di sfratto di immobili ad uso abitativo ove il debitore abbia stabilito la propria abitazione.

Prendendo le mosse, dunque, dalla prima sottocategoria menzionata, essa comprende due differenti ipotesi.

A) La prima è disciplinata dalla sez. 362(h), ove, con formulazione assai oscura, è previsto che, nei casi in cui il debitore sia una persona fisica ed inizi una procedura di *liquidation* ai sensi del *Chapter 7*, l'*automatic stay* posto a protezione di beni di natura personale del medesimo, confluiti nell'*estate* (si pensi, ad esempio, ad un'automobile o alla casa di abitazione), e che siano posti a garanzia di un credito o oggetto di un contratto pendente di locazione, termini, e tali cespiti cessino di appartenere all'*estate*, se il debitore omette di compiere gli adempimenti prescritti nella sez. 521(a)(2)⁴¹, rubricata «*Debtor's duties*»⁴², ossia: a) di depositare entro il termine di trenta giorni decorrente dal deposito della *petition* ovvero entro la data dell'adunanza dei creditori, se precedente, una dichiarazione d'intenti (cd. *statement of intention*) contenente l'espressione della volontà di abbandonare oppure ritenere tali beni e, in questo secondo caso, se egli voglia riscattarli pagando l'intero ammontare del credito garantito, o se intenda concludere un accordo di riconoscimento in

⁴¹ Quando assoggettato ad una procedura concorsuale sia un debitore persona fisica che, nell'elenco dei beni e delle responsabilità che è tenuto a redigere e depositare in cancelleria, indica la sussistenza di debiti garantiti da un bene confluito nell'*estate*, la sez. 521(a)(2) gli impone di dichiarare cosa intenda fare in relazione a tali beni: se, cioè, intenda trattenerli (mediante riscatto – *redemption* – o riconoscimento del debito anche a dispetto della possibile *discharge* – *reaffirmation*), o abbandonarli, rinunciando così a qualunque pretesa di natura petitoria o possessoria sui medesimi. Sul punto, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 4, § 521.14[1] e [2]; L. A. NAPOLI, *Reaffirmation after the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005: many questions, some answers*, in 81 *Am. Bankr. L.J.* (2007), 283 s.; L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, *cit.*, 756 s.

La norma, peraltro, evoca la disciplina racchiusa nell'art. 53 l. fall., in particolare nella parte in cui è prevista la facoltà per il giudice delegato di autorizzare il curatore a riscattare un bene sottoposto a pegno o privilegio, ove il fallimento abbia interesse a recuperarne la disponibilità materiale.

⁴² La limitazione dell'ambito operativo della norma alla procedura di *liquidation* è desumibile proprio dal combinato disposto tra la sez. 362(h) e la sez. 521. Sulla norma, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 3, § 362.11; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.07[F]; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 181; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 92; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, *cit.*, 75 s.

virtù del quale si obblighi al pagamento per l'intero di un debito altrimenti soggetto a *discharge*, ovvero ancora, ove si tratti di un contratto pendente di locazione, se intenda subentrarvi di fronte all'inerzia del *trustee*; e *b*) di dare attuazione a quanto dichiarato entro i trenta giorni successivi alla data dell'adunanza dei creditori⁴³.

La *ratio* della disposizione risiede nella necessità di incoraggiare il debitore ad adempiere ai doveri che la legge, tramite la sez. 521, prescrive a suo carico per l'eventualità in cui sussistano debiti garantiti da beni di natura personale. E la sanzione rappresentata dalla cessazione automatica dell'*automatic stay* nei confronti dei beni in questione - che, inoltre, cesseranno di appartenere all'*estate* - si produce, in altri e più concisi termini, in conseguenza di uno di questi eventi: il mancato deposito dello *statement of intention*, la mancata indicazione, nel contenuto di quest'ultimo, della posizione che il debitore intende assumere in relazione ai propri beni personali, ovvero la mancata tempestiva attuazione delle azioni specificate nello *statement of intention*⁴⁴.

In giurisprudenza, tuttavia, non vi è un pacifico accordo circa le conseguenze derivanti dal mancato compimento delle attività testé descritte. Ciò deriva, in particolare, dall'esistenza di una prassi affermatasi in epoca antecedente al *BAPCPA* del 2005, denominata "*ride through*", e che consentiva al debitore, che provvedesse ad effettuare alle scadenze pattuite i pagamenti dovuti al creditore titolare di un diritto di prelazione, di trattenere il possesso del bene personale oggetto di garanzia, anche in mancanza di *reaffirmation* o *redemption*⁴⁵. Secondo alcune pronunce, infatti, tale

⁴³ Si riporta, di seguito, il testo della sez. 362(h)(1): «*In a case in which the debtor is an individual, the stay provided by subsection (a) is terminated with respect to personal property of the estate or of the debtor securing in whole or in part a claim, or subject to an unexpired lease, and such personal property shall no longer be property of the estate if the debtor fails within the applicable time set by section 521(a)(2): (A) to file timely any statement of intention required under section 521(a)(2) with respect to such personal property or to indicate in such statement that the debtor will either surrender such personal property or retain it and, if retaining such personal property, either redeem such personal property pursuant to section 722, enter into an agreement of the kind specified in section 524(c) applicable to the debt secured by such personal property, or assume such unexpired lease pursuant to section 365(p) if the trustee does not do so, as applicable; and (B) to take timely the action specified in such statement, as it may be amended before expiration of the period for taking action, unless such statement specifies the debtor's intention to reaffirm such debt on the original contract terms and the creditor refuses to agree to the reaffirmation on such terms*».

⁴⁴ Sul punto, pure L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 757 s.

⁴⁵ Sull'argomento, J. BRAUCHER, *Rash and ride-through redux: the terms for holding on to cars, homes and other collateral under the 2005 act*, in 13 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (2005), 477 s.; L. A. NAPOLI, *Reaffirmation after the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005: many questions, some answers*, cit., 287 s.

possibilità sarebbe ancora sussistente, anche in virtù dell'inciso finale della sez. 362(h)(1)(B), che fa salva l'eventualità in cui lo *statement of intention* rechi la volontà del debitore «*to reaffirm such debt on the original contract terms and the creditor refuses to agree to the reaffirmation on such terms*»⁴⁶; secondo altre, all'opposto, ove il debitore intenda trattenere i propri beni di natura personale sarebbe vincolato al compimento delle attività specificamente dettate dalla norma in esame⁴⁷. A ciò, peraltro, si ricollega la questione inerente la tassatività o meno degli adempimenti prescritti da tale sezione vista, in particolare, la non perfetta coincidenza tra i medesimi e quelli di cui alla sez. 521(a)(2), cui pure la norma fa rinvio: secondo alcuni, infatti, l'elenco di cui alla sez. 362(h) non sarebbe da considerarsi tassativo, ma andrebbe piuttosto integrato con quello racchiuso nell'altra norma menzionata, con la conseguenza che l'*automatic stay* non debba necessariamente terminare ove il debitore esegua una delle attività contemplate in quest'ultima disposizione, ma assenti nella sez. 362(h)⁴⁸.

Poiché, tuttavia, la cessazione dell'efficacia protettiva avviene in via automatica allo spirare di uno dei termini anzidetti, senza che il tribunale sia tenuto a pronunciare un apposito provvedimento, i creditori che intendano agire sul presupposto dell'operatività della sez. 362(h) corrono comunque il rischio che, successivamente, venga accertato che il debitore aveva compiuto gli atti richiesti dalla legge e, così, che lo *stay* non era, in realtà, terminato: preferibile, pertanto, è per i medesimi richiedere al tribunale di pronunciare un provvedimento che accerti, appunto, che si è verificata la cessazione dell'*automatic stay* in virtù dell'operare della sez. 362(h)⁴⁹.

Il successivo numero (2) della sez. 362(h) prevede, inoltre, la possibilità per il *trustee* di presentare al tribunale fallimentare, prima della scadenza dei termini previsti per il compimento degli atti legalmente richiesti al debitore, un'istanza volta ad

⁴⁶ *In re Blakeley*, 363 B.R. 225 (2007), 232; in dottrina, J. BRAUCHER, *Rash and ride-through redux: the terms for holding on to cars, homes and other collateral under the 2005 act*, loc. cit.

⁴⁷ *In re Rowe*, 342 B.R. 341 (2006), 351; in dottrina, L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 758 s.; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[J][4].

⁴⁸ In tal senso, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 185.

Si tenga presente sin d'ora, peraltro, che le conseguenze ricollegate da un atto compiuto nella convinzione, in buona fede, che l'*automatic stay* nei confronti del debitore fosse cessato in virtù della norma in commento trovano un'espressa limitazione nella successiva sez. 362(k): di ciò si dirà nel corso del Cap. IV, § 7.

impedire l'applicazione della norma di cui al numero (1) e, così, garantire la permanenza dell'*automatic stay*; il *trustee*, a tal fine, è chiamato a dimostrare in apposita udienza che i beni personali in questione rappresentano un valore o beneficio per l'*estate*, e, una volta accertato tale presupposto, il tribunale ordinerà che sia garantita una protezione adeguata ai diritti del creditore, nonché il trasferimento del possesso dei beni a garanzia dei suoi crediti al *trustee*. Ove il tribunale non accerti il presupposto anzidetto, viceversa, lo *stay* terminerà al momento della conclusione dell'udienza culminata nel rigetto dell'istanza proposta dal *trustee*⁵⁰.

B) Una seconda ipotesi di cessazione legale dell'*automatic stay* prevista in via anticipata rispetto alla disciplina ordinaria, e dipendente dal mancato compimento di atti legalmente dovuti, è rinvenibile alla sez. 365(p): al di fuori, dunque, della norma, di cui alla precedente sez. 362, disciplinante l'istituto oggetto della presente indagine, benché, pur sempre, nell'ambito di una innovazione recata dal *BAPCPA* del 2005.

La sez. 365 del *Bankruptcy Code*, in particolare, racchiude la disciplina in materia di contratti pendenti in cui sia parte il debitore, ivi compresi quelli di locazione, dettando come regola generale la facoltà per il *trustee*, previa autorizzazione del tribunale fallimentare, di subentrare o recedere da tali rapporti.

La sottosezione (p), introdotta, come già accennato, in occasione della riforma del 2005, prevede, al numero (1), che ove il *trustee* receda o non subentri tempestivamente in un contratto pendente di locazione avente ad oggetto un bene di natura personale del debitore (e si pensi, dunque, alla sua casa di abitazione), tale bene cessa di appartenere all'*estate*, con conseguente cessazione immediata dell'*automatic stay*⁵¹.

⁵⁰ Così, in particolare, il numero (2): «*Paragraph (1) does not apply if the court determines, on the motion of the trustee filed before the expiration of the applicable time set by section 521(a)(2), after notice and a hearing, that such personal property is of consequential value or benefit to the estate, and orders appropriate adequate protection of the creditor's interest, and orders the debtor to deliver any collateral in the debtor's possession to the trustee. If the court does not so determine, the stay provided by subsection (a) shall terminate upon the conclusion of the hearing on the motion*».

⁵¹ La norma, per la precisione, prevede che «*If a lease of personal property is rejected or not timely assumed by the trustee under subsection (d), the leased property is no longer property of the estate and the stay under section 362(a) is automatically terminated*».

In argomento, L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 762 s.; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[J][3].

La fuoriuscita del cespite dal patrimonio fallimentare comporta, evidentemente, che esso, in quanto bene di natura personale del debitore, confluisca, appunto, nel patrimonio personale di quest'ultimo; tuttavia, il tenore assai generico della norma, che dispone che lo *stay* di cui alla sez. 362(a) sia automaticamente terminato, induce a ritenere che l'efficacia protettiva, nei confronti di tale bene, cessi *tout court*, e non solo nella misura in cui esso cessi di appartenere all'*estate*: ciò che, in altri termini, significa che non troverà applicazione, a protezione del medesimo, l'inibitoria che normalmente spetta al patrimonio personale del debitore⁵². Tale lettura, peraltro, è avvalorata dalla disciplina di cui ai successivi numeri (2) e (3), su cui tra poco si tornerà.

Il meccanismo di attivazione utile ad evitare la cessazione legale dell'inibitoria, e preservare gli effetti protettivi in discorso, tipico delle fattispecie di *semi-automatic stay*, consiste dunque nella tempestiva manifestazione di volontà da parte del *trustee* di voler subentrare nel contratto pendente di locazione.

La norma, peraltro, trova applicazione in tutti gli *operative chapters* e con riguardo a tutti i tipi di debitori (civili o commerciali, individuali o collettivi)⁵³; essa, tuttavia, predispone due disposizioni speciali destinate a regolare i procedimenti avviati, da un lato, ai sensi del *Chapter 7* e, dall'altro, ai sensi dei *Chapters 11* e *13*.

Per quanto concerne i primi, il numero (2) della norma in esame prevede che il debitore persona fisica il quale, a fronte della volontà di recesso manifestata dal *trustee*, o allo scadere del termine previsto per manifestare l'intenzione di subentrare, voglia proseguire il contratto di locazione, deve comunicare tale sua volontà per iscritto al locatore il quale, a sua volta, può comunicare al primo la sua disponibilità a proseguire nel rapporto, ferma la possibilità, eventualmente, di condizionare la conti-

Evidente è il rapporto tra la norma in commento e la sez. 362(h) poc'anzi illustrata: come detto, infatti, il debitore è onerato di attivarsi ai sensi di quest'ultima disposizione solo di fronte all'inerzia del *trustee*, e dunque in caso di mancata decisione circa il recesso od il subingresso ai sensi della sez. 365(p).

La norma in esame, peraltro, completa quanto previsto dalla sez. 541 che, lo si ricorda, disciplina la composizione dell'*estate*; alla sottosezione (b)(2), per la precisione, dal patrimonio fallimentare è escluso «*any interest of the debtor as a lessee under a lease of nonresidential real property that has terminated at the expiration of the stated term of such lease before the commencement of the case under this title, and ceases to include any interest of the debtor as a lessee under a lease of nonresidential real property that has terminated at the expiration of the stated term of such lease during the case*».

⁵² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 365.10[6].

⁵³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

nuazione al rimedio dei pregressi inadempimenti agli obblighi assunti nel contratto; se, nei trenta giorni successivi alla comunicazione del locatore, il debitore gli trasmette per iscritto l'intenzione di proseguire nel contratto, la responsabilità per le obbligazioni connesse graveranno naturalmente sul debitore personalmente, e non sul patrimonio fallimentare⁵⁴. La norma prosegue specificando che l'*automatic stay* - e ci si riferisce, ovviamente, a quello posto a protezione del debitore, in particolare con il numero (6) della sez. 362(a) -, non è violato da tali comunicazioni e dalle trattative intraprese per l'assunzione degli obblighi di rimediare agli inadempimenti pregressi⁵⁵.

Nell'ambito delle procedure instaurate ai sensi dei *Chapters 11 e 13*, viceversa, è il debitore (cd. *debtor in possession*) a dover decidere se subentrare o sciogliersi dal contratto, prima che il piano di risanamento venga approvato dal tribunale fallimentare; ai sensi del numero (3) della sez. 365(p), è oggi previsto che ove il piano di risanamento approvato non preveda la prosecuzione del contratto pendente di locazione, il contratto debba essere dichiarato sciolto al termine dell'udienza deputata all'approvazione del piano medesimo. In tal caso, anche l'*automatic stay* operante a protezione del bene personale oggetto del contratto di locazione sciolto termina immediatamente⁵⁶.

13.2. Segue. ii) la disciplina speciale in materia di azioni di sfratto su immobili ad uso abitativo costituenti l'abitazione del debitore

⁵⁴ Per quanto riguarda il coordinamento tra la norma in esame e la precedente sez. 362(h), pare che quest'ultima debba trovare applicazione quando, nel termine di trenta giorni decorrenti dal deposito della *petition*, il *trustee* abbia già manifestato la volontà di recedere dal contratto di locazione o sia rimasto inerte.

⁵⁵ «(2) (A) *If the debtor in a case under chapter 7 is an individual, the debtor may notify the creditor in writing that the debtor desires to assume the lease. Upon being so notified, the creditor may, at its option, notify the debtor that it is willing to have the lease assumed by the debtor and may condition such assumption on cure of any outstanding default on terms set by the contract. (B) If, not later than 30 days after notice is provided under subparagraph (A), the debtor notifies the lessor in writing that the lease is assumed, the liability under the lease will be assumed by the debtor and not by the estate. (C) The stay under section 362 and the injunction under section 524(a)(2) shall not be violated by notification of the debtor and negotiation of cure under this subsection.*».

⁵⁶ «(3) *In a case under chapter 11 in which the debtor is an individual and in a case under chapter 13, if the debtor is the lessee with respect to personal property and the lease is not assumed in the plan confirmed by the court, the lease is deemed rejected as of the conclusion of the hearing on confirmation. If the lease is rejected, the stay under section 362 and any stay under section 1301 is automatically terminated with respect to the property subject to the lease.*».

Su tale norma, di nuovo, L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 763 s.; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*

Tra le fattispecie di cessazione anticipata dell'*automatic stay* posto a protezione del patrimonio fallimentare, è poi opportuno ricomprendere due particolari ipotesi, cui già si è avuto modo di accennare in altre parti della presente trattazione⁵⁷, che il legislatore, con la riforma del 2005, ha in verità introdotto nel corpo della sottosezione (b) e, dunque, nel novero delle eccezioni all'efficacia protettiva: fattispecie, queste ultime, connotate dall'inoperatività della presunzione legale relativa posta a base del funzionamento dell'*automatic stay* e, dunque, dell'efficacia preclusiva ad esso connessa, in uno con il deposito della *petition*, con riguardo all'iniziativa posta ad oggetto dell'eccezione medesima.

Sebbene la quasi totalità della dottrina statunitense affronti l'analisi delle due fattispecie in questione rispettando la *sedes materiae* prescelta dal legislatore del 2005, lo studio del meccanismo operativo che le connota, rivelandone tutta la complessità, ci induce, piuttosto, a trattarne nell'ambito della disciplina temporale dell'*automatic stay* e, in particolare, quale deroga al regime ordinario, tra le ipotesi di *semi-automatic stay*⁵⁸.

Le disposizioni cui sinora si è fatto riferimento sono le sezioni 362(b)(22) e (23), entrambe riguardanti procedimenti di sfratto aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo; le peculiarità che connotano il regime temporale dell'inibitoria, in tali fattispecie, derivano peraltro dal combinato disposto tra tali norme e, rispettivamente, le successive sottosezioni (l) ed (m), cui le stesse norme compiono un espresso richiamo.

Entrambe tali disposizioni, come risulterà subito chiaro, sono state introdotte al fine di accogliere le preoccupazioni dei locatori, costretti a subire gli effetti dell'*automatic stay* innescato dal deposito della *petition* da parte dei propri conduttori, al fine di sospendere i procedimenti di sfratto pendenti e poter vivere, così, "*rent free*"⁵⁹.

⁵⁷ In particolare *supra*, Cap. III, Sez. II, § 10.5.

⁵⁸ Gli unici autori, a quanto ci consta, che si siano accorti della discrasia tra disciplina sostanziale e collocazione formale delle due norme che si andranno subito ad analizzare, sono P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 194.

⁵⁹ Su tali aspetti, A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, in 80 *Am. Bankr. L.J.* (2006), 126.

A) Prendendo le mosse dalla prima delle fattispecie menzionate, la sez. 362(b)(22) prevede che «*subject to subsection (l)*» il deposito di una *petition* non produce gli effetti sospensivi di cui alla sottosezione (a)(3) – ossia, lo si ricorda, il divieto di compiere atti diretti ad ottenere il possesso di beni confluiti nel patrimonio fallimentare, o ad esercitare il controllo sui medesimi -, con riguardo alla prosecuzione di sfratti, azioni di reintegrazione del possesso o altri procedimenti simili da parte del locatore nei confronti del debitore, aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo adibiti ad abitazione di quest'ultimo, nei casi in cui il locatore abbia ottenuto prima della data del deposito della *petition* una sentenza attributiva del possesso dei beni medesimi⁶⁰. La norma, come detto, si completa con la previsione di cui alla successiva sottosezione (l): quest'ultima, dal suo canto, dispone, al numero (1), che la norma racchiusa nella sez. 362(b)(22) – ossia la previsione della mancata produzione dello *stay* predisposto dalla sottosezione (a)(3) nelle fattispecie ivi descritte – si applica a decorrere dal trentesimo giorno successivo al deposito della *petition*⁶¹, se il debitore, unitamente a quest'ultima, deposita una dichiarazione giurata attestante che sussistono le condizioni per rimediare all'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie che ha condotto all'emanazione della sentenza, e di aver provveduto al deposito, presso la cancelleria del tribunale fallimentare, dei canoni a maturare nel menzionato periodo di trenta giorni successivi al deposito della *petition*⁶². Ciò comporta, evidentemente, che la disciplina qui esposta possa trovare applicazione solo nei cd. *voluntary cases*, ché è difficile che il debitore provveda ai depositi prescritti ove la *petition*

⁶⁰ Si riporta, di seguito, il testo della sez. 362(b)(22): «*subject to subsection (l), under subsection (a)(3), of the continuation of any eviction, unlawful detainer action, or similar proceeding by a lessor against a debtor involving residential property in which the debtor resides as a tenant under a lease or rental agreement and with respect to which the lessor has obtained before the date of the filing of the bankruptcy petition, a judgment for possession of such property against the debtor*».

Su tale norma, W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 81 s.; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, cit., 76; A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, cit., 128.

⁶¹ All'interno della quale, ai sensi del numero (5), il debitore è tenuto ad indicare che antecedentemente al deposito della *petition* era stata pronunciata una sentenza a favore del locatore di restituzione del possesso dell'immobile adibito ad uso abitativo costituente la propria abitazione.

⁶² Si legga il testo della sez. 362(l): «*(1) Except as otherwise provided in this subsection, subsection (b)(22) shall apply on the date that is 30 days after the date on which the bankruptcy petition is filed, if the debtor files with the petition and serves upon the lessor a certification under penalty of perjury that (A) under nonbankruptcy law applicable in the jurisdiction, there are circumstances under which the debtor would be permitted to cure the entire monetary default that gave rise to the judgment for possession, after that judgment for possession was entered; and (B) the debtor (or an adult dependent of the debtor) has deposited with the clerk of the court, any rent that would become due during the 30-day period after the filing of the bankruptcy petition*».

sia stata depositata da un creditore, il quale, dunque, non dovrà subire neppure la sospensione di trenta giorni appena descritta⁶³.

Già da queste poche battute è possibile trarre le prime considerazioni. Anzitutto, con riguardo all'ambito oggettivo di applicazione della norma, la limitazione dell'eccezione alle iniziative di cui alla sez. 362(a)(3) implica, comunque, che rimarranno preclusi dal precedente numero (1) i procedimenti giudiziali volti ad eseguire la sentenza nonché che, ove questa presenti anche un capo condannatorio per il pagamento dei canoni di locazione arretrati, il locatore che intenda agire resti comunque tenuto, per tale parte, a richiedere un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*, risultando la richiesta di pagamento impedita da altre disposizioni (si pensi, ad esempio, alla norma generale racchiusa nella sottosezione (a)(6))⁶⁴. In secondo luogo, poi, e per quanto concerne i profili strettamente temporali della disciplina, come emerge dall'illustrazione compiuta l'operatività della sez. 362(b)(22) come vera e propria eccezione o come ipotesi di cessazione automatica anticipata dell'*automatic stay* dipende dal comportamento osservato dal debitore e, in particolare, dalla sua attivazione o meno con riguardo agli oneri di depositare la dichiarazione giurata ed i canoni per la locazione cui si è fatto cenno⁶⁵. Tale disciplina, con tutta evidenza, nasce dall'esigenza di contemperare i confliggenti interessi del locatore e della procedura: il primo, infatti, ha già ottenuto, in epoca pre-fallimentare, una sentenza favorevole che riconosce il suo diritto alla restituzione dell'immobile locato; d'altro canto, l'intervenuto deposito della *petition* e la connessa operatività dell'*automatic stay* gli impediscono di agire per il recupero del bene, in quanto la situazione giuridica soggettiva di vantaggio vantata sul medesimo dal debitore è confluita nell'*estate*. Esigenze equitative, dunque, hanno condotto all'elaborazione di una disciplina idonea a tutelare in maggior misura la posizione del locatore: oggi, infatti, o il debitore s'impegna concretamente a rimediare ai trascorsi inadempimenti, oppure l'esigenza

⁶³ A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, loc. cit.

⁶⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[20]; critico nei confronti di tale limitazione, tale da rendere praticamente inefficace le previsioni neointrodotte, A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, cit., 132 e 139 s.

⁶⁵ Il successivo numero (4), infatti, specifica espressamente che ove il debitore non adempia agli oneri prescritti, la sez. 362(b)(22) si applichi immediatamente, cosicché il locatore che voglia recuperare il possesso dell'immobile non sia tenuto a richiedere un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*; inoltre, a tutela delle esigenze di certezza giuridica, la cancelleria del tribunale è tenuta a trasmettere al locatore e al debitore una comunicazione circa il mancato assolvimento degli oneri e l'applicazione dell'eccezione menzionata.

di garantire la posizione del locatore comporta l'inoperatività della protezione offerta dall'*automatic stay* e la possibilità, per tale soggetto, di agire immediatamente per il recupero del bene.

Alla prima eventualità descritta – e, dunque, nel caso in cui il debitore offra garanzie a tutela della posizione del locatore beneficiando, di fatto, di un differimento nella produzione dell'eccezione di cui alla sez. 362(b)(22) di trenta giorni, garantendosi per tale periodo la protezione dai procedimenti menzionati⁶⁶ -, si ricollega poi il meccanismo tipico di ogni fattispecie di *semi-automatic stay* e, dunque, la possibilità di ottenere un ripristino dell'inibitoria – ossia, nel caso di specie, la definitiva inoperatività della sez. 362(b)(22) – previo adempimento di quanto richiesto dalla legge. Il riferimento è al numero (2) della sez. 362(1), ove è prescritto che, ove il debitore, nei trenta giorni successivi al deposito della *petition*, depositi presso la cancelleria una ulteriore dichiarazione giurata ove attesti di aver rimediato agli inadempimenti delle obbligazioni pecuniarie che avevano condotto alla pronuncia della sentenza di restituzione dell'immobile a favore del locatore, la sez. 362(b)(22), appunto, non si applichi⁶⁷. Naturalmente, in mancanza della presentazione di tale dichiarazione, allo spirare del trentesimo giorno successivo al deposito della *petition* l'eccezione in commento entrerà in vigore, con correlativa cessazione dell'*automatic stay* operante sulle iniziative ivi specificamente contemplate⁶⁸. La situazione, peraltro, è complicata dalla facoltà, riconosciuta al locatore, di depositare un'opposizione alle dichiarazioni presentate dal debitore: in tale eventualità, è previsto che, entro i dieci giorni successivi, si svolga un'udienza appositamente dedicata all'accertamento della veridicità di siffatte dichiarazioni; al termine della medesima, se il tribunale conferma l'opposizione del locatore, l'eccezione di cui alla sez. 362(b)(22) si applica immediatamente, cosicché il locatore possa liberamente proseguire nel recupero del

⁶⁶ Sul punto, anche A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, cit., 130.

⁶⁷ «(2) If, within the 30-day period after the filing of the bankruptcy petition, the debtor (or an adult dependent of the debtor) complies with paragraph (1) and files with the court and serves upon the lessor a further certification under penalty of perjury that the debtor (or an adult dependent of the debtor) has cured, under nonbankruptcy law applicable in the jurisdiction, the entire monetary default that gave rise to the judgment under which possession is sought by the lessor, subsection (b)(22) shall not apply, unless ordered to apply by the court under paragraph (3)».

⁶⁸ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[J][2]; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, loc. cit.; A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, cit., 130 s.

possesso del bene, senza – aggiunge la norma con specificazione, per vero, superflua – la necessità di richiedere un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*⁶⁹.

B) Del tutto simile è la previsione di cui alla successiva sez. 362(b)(23), ove è previsto che «*subject to subsection (m)*» il deposito di una *petition* non produce gli effetti sospensivi di cui alla sottosezione (a)(3) con riguardo alle azioni di sfratto avviate dal locatore nei confronti del debitore, aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo adibiti ad abitazione di quest'ultimo, nei casi di messa in pericolo o utilizzo illegale di sostanze in tale immobile, ove il locatore deposita presso il tribunale fallimentare, e comunicata al debitore, una dichiarazione giurata attestante che l'azione di sfratto è già stata instaurata ovvero che il debitore ha intrapreso le descritte attività pericolose nei trenta giorni precedenti la data del deposito della dichiarazione del locatore⁷⁰. Il riferimento compiuto alla successiva sottosezione (m), poi, completa la disciplina racchiusa nell'eccezione citata specificandone il regime temporale di applicazione: ivi è previsto, infatti, che la sez. 362(b)(23) trova applicazione a decorrere dal quindicesimo giorno successivo al deposito, effettuato dal locatore, della dichiarazione giurata summenzionata⁷¹.

In altri termini, il regime di applicazione della sez. 362(b)(23) è il seguente: essa trova applicazione – consentendo, quindi, la prosecuzione dell'azione di sfratto -, solo ove il locatore provveda a depositare le dichiarazioni previste dalla legge, ed in tal caso acquista vigore solo una volta che siano decorsi quindici giorni dal momento di tale deposito⁷²; non è possibile, dunque, e a differenza di quanto visto con riguardo

⁶⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; L. B. BARTELL, *op. cit.*, 82; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, loc. cit.; A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, cit. 131 s.

⁷⁰ Questo il testo della norma: «*subject to subsection (m), under subsection (a)(3), of an eviction action that seeks possession of the residential property in which the debtor resides as a tenant under a lease or rental agreement based on endangerment of such property or the illegal use of controlled substances on such property, but only if the lessor files with the court, and serves upon the debtor, a certification under penalty of perjury that such an eviction action has been filed, or that the debtor, during the 30-day period preceding the date of the filing of the certification, has endangered property or illegally used or allowed to be used a controlled substance on the property*».

⁷¹ «(1) *Except as otherwise provided in this subsection, subsection (b)(23) shall apply on the date that is 15 days after the date on which the lessor files and serves a certification described in subsection (b)(23)*».

⁷² S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, cit., 134.

al precedente numero (22), oltreché alle altre eccezioni codificate nella sottosezione (b), che la norma si applichi già e solo in conseguenza del deposito della *petition*⁷³.

Tale parentesi temporale di mantenimento dell'*automatic stay* è previsto, peraltro, al fine di consentire al debitore di presentare un'opposizione al fine di contestare la veridicità delle dichiarazioni giurate depositate dal locatore. Con riguardo a tale ipotesi, la norma prevede che la sez. 362(b)(23) non si applichi, salvo che sia diversamente ordinato dal tribunale: più corretto, peraltro, appare concludere che l'applicazione, evidentemente differita, dell'eccezione rimanga sospesa per il tempo necessario affinché si svolga un'udienza – da tenersi entro dieci giorni dalla presentazione dell'opposizione -, appositamente deputata alla verifica della sussistenza (o della permanenza) delle condizioni di pericolo denunciate dal locatore. Solo nel caso in cui, al termine di tale udienza, il debitore riesca a fornire la positiva dimostrazione dell'inesistenza delle condizioni denunciate, la disapplicazione della sez. 362(b)(23) diverrà definitiva o, come recita la norma, lo *stay* predisposto dalla sottosezione (a)(3) rimarrà efficace fino alla cessazione fisiologica ordinariamente prevista; nell'eventualità opposta – così come nel caso in cui il debitore non presenti opposizione alcuna -, la sez. 362(b)(23) troverà immediata applicazione, sicché sarà possibile per il locatore procedere con l'azione di sfratto senza, naturalmente, che sia necessario richiedere un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*⁷⁴. Anche con riguardo alla fattispecie in commento, poi, poiché l'eccezione riguarda solo le azioni descritte nella sottosezione (a)(3), ove il locatore intenda compiere differenti iniziative (quale, ad esempio, la richiesta del risarcimento dei danni causati dallo svolgimento dell'attività pericolosa all'interno dell'immobile oggetto di locazione), dovrà, all'opposto, richiedere la liberazione dall'inibitoria, in particolare quella dettata dai numeri (1) e (6)⁷⁵.

14. Segue. *b) nei confronti del debitore e del suo patrimonio personale. Il rapporto di consecuzione, temporale e funzionale, tra automatic stay e discharge*

⁷³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[21].

⁷⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, loc. cit.; A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, cit., 136.

⁷⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; di nuovo, in senso critico verso tale limitazione, A. M. AHART, *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, cit., 143 s.

Esaurita la disamina del regime temporale, ordinario ed eccezionale, di vigenza dell'*automatic stay* nei confronti del patrimonio fallimentare, passiamo ora ad analizzare le previsioni regolanti tali aspetti nei confronti degli altri soggetti che beneficiano dell'efficacia protettiva in discorso, ossia il debitore ed il suo patrimonio personale.

Come già anticipato, la sez. 362(c) – ossia, lo si ricorda, la norma ove è racchiusa la disciplina ordinaria inerente la cessazione dell'*automatic stay* -, provvede a disciplinare tali due entità congiuntamente, ma al tempo stesso con una previsione che si differenzia, nel contenuto, da quella predisposta con riguardo al patrimonio fallimentare; di ciò, peraltro, oltreché della *ratio* sottesa a tale differente trattamento, già si è avuto modo di accennare nei paragrafi precedenti.

Riprendendo ora più approfonditamente l'analisi della normativa, la sez. 362(c)(2), dispone che lo *stay* operante su «*any other act under subsection (a)*» - che, in combinato disposto con la previsione di cui al precedente numero (1), individua appunto le iniziative nei confronti del debitore e del suo patrimonio personale -, si protrae fino ad uno dei seguenti tre momenti, a seconda di quale intervenga per primo: *a*) quello in cui la procedura viene chiusa per raggiungimento dei suoi scopi; oppure *b*) termina a causa della pronuncia di un provvedimento di *dismissal*; ovvero ancora *c*) è concessa o negata la *discharge*⁷⁶.

Il senso della disposizione è facilmente intuibile.

Con riguardo alle prime due ipotesi enunciate, infatti, è evidente che, ove la procedura termini, per il suo naturale esaurimento o in conseguenza di eventi anomali, non vi sia più alcun motivo per cui l'inibitoria debba proseguire⁷⁷. In virtù della sopravvenuta cessazione della procedura, anzi, il tribunale fallimentare perde la *jurisdiction* che precedentemente aveva sull'amministrazione del caso, sicché tale orga-

⁷⁶ Di seguito, il testo della norma: «*the stay of any other act under subsection (a) of this section continues until the earliest of (A) the time the case is closed; (B) the time the case is dismissed; or (C) if the case is a case under chapter 7 of this title concerning an individual or a case under chapter 9, 11, 12, or 13 of this title, the time a discharge is granted or denied*».

⁷⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.06[2]; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 127.

no è sfornito dei poteri per ripristinare ovvero ordinare la prosecuzione dell'inibitoria, anche ai sensi della sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*⁷⁸.

Per quanto attiene l'intervenuta concessione della *discharge*, viceversa, la cessazione dell'*automatic stay* si spiega in quanto gli effetti inibitori che ad esso si collegano vengono sostituiti da quelli discendenti dalla prima⁷⁹: il provvedimento di *discharge*, in altri termini, succede temporalmente, e si sostituisce funzionalmente, all'*automatic stay*. Se quest'ultimo, infatti, costituisce un impedimento alla possibilità, per i creditori, di far valere le proprie pretese nei confronti del debitore durante la procedura, con la sopravvenuta pronuncia dell'*order of discharge*, cui consegue la liberazione del debitore da tutti i debiti sorti prima della data dell'*order for relief* e di quelli ad essi equiparati, salvo quelli definiti *non-dischargeable* ai sensi della sez. 523⁸⁰, è evidente che gli scopi perseguiti dall'*automatic stay* trovano una sistemazione finale proprio in tale definitiva liberazione dalle responsabilità inerenti alla procedura avviata; al contrario, ove la *discharge* non venga concessa, i creditori mantengono integre le proprie residue pretese nei confronti del debitore e, simultaneamente alla cessazione dell'*automatic stay*, riacquistano il libero esercizio delle azioni nei confronti del medesimo⁸¹, ma non anche, ovviamente, nei confronti del patrimonio fallimentare, ché, come visto, il termine di cessazione dell'inibitoria per tale entità è differente ed indipendente da quelli testé esaminati, sicché il regime giuridico dei cespiti fuoriusciti dal medesimo andrà valutato caso per caso⁸². Di vera e propria cessazione dell'*automatic stay*, in altri termini, è corretto parlare solo in caso di negata *discharge* ché, come detto, in caso di intervenuta concessione di quest'ultima, l'*automatic stay* verrà piuttosto assorbito dalla medesima, assumendone le sembianze.

⁷⁸ Per tali principi, si vedano le sentenze *In re Income Property Builders, Inc.*, 699 F.2d 963 (1982), 964, con riguardo alla possibilità di ripristinare lo *stay*, e *In re Solar Equipment Corp.*, 19 B.R. 1010 (1982), 1011, con riguardo alla possibilità di ordinarne la prosecuzione. In dottrina, D. R. COWANS, *op. cit.*, 465.

⁷⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ Per la precisione, a seguito di *discharge* sono nulle tutte le sentenze determinative di una responsabilità personale del debitore in relazione ad un debito colpito da *discharge*, ed è fatto divieto ai creditori di iniziare o proseguire un'azione o compiere altri atti per riscuotere, recuperare o compensare un credito del medesimo tipo: su tali aspetti si rinvia all'ampia e dettagliata analisi di A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 51 s. e 94 s.

⁸¹ Sul rapporto tra *automatic stay* e *discharge* si veda pure, di nuovo, A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 256 s., nota 115; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.07[B]; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

⁸² S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.07[A]; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 614.

La consecuzione tra *automatic stay* e *discharge*, peraltro, è resa possibile dalla circostanza che entrambi i fenomeni – pur differenziandosi per la fonte da cui promanano, essendo il primo di origine legale e il secondo giudiziale –, condividono la medesima natura giuridica: anche la *discharge*, infatti, costituisce una *injunction*⁸³: per la precisione, una *permanent injunction*, destinata così ad assorbire e sostituire l'altra, di natura cautelare e provvisoria, rappresentata dall'*automatic stay*.

Un'ultima precisazione appare assolutamente opportuna: la circostanza che la legge individui, quali distinti momenti cui ricollegare la cessazione dell'*automatic stay* operante a protezione del patrimonio fallimentare, la pronuncia del provvedimento sulla *discharge* e la chiusura della procedura significa, evidentemente, che essi momenti non coincidono. Si consideri, infatti, che la dichiarazione di fallimento, nel sistema concorsuale statunitense, vale anche come richiesta di *discharge*, non essendo necessario che il debitore presenti un'apposita istanza in tal senso: il procedimento per la concessione della *discharge*, in altri termini, inizia simultaneamente all'apertura della procedura, e la sua durata, in ciò scollegata dal corso di quest'ultima, dipende esclusivamente dalla circostanza che siano presentate o meno delle obiezioni da parte dei soggetti a ciò legittimati, potendo dunque concludersi prima o dopo la chiusura del *bankruptcy case*⁸⁴.

14.1. Precedente presentazione di un'altra petition: un'ulteriore ipotesi di semi-automatic stay

Anche con riguardo al regime temporale di cessazione dell'inibitoria nei confronti del debitore e del suo patrimonio personale, il *BAPCPA* del 2005 è intervenuto ad apportare deroghe finalizzate ad arginare e reprimere il fenomeno dei cd. *serial filings* perpetrati dal debitore persona fisica, introducendo ipotesi in cui l'*automatic stay* vede cessare la propria efficacia in un momento antecedente rispetto a quelli, ordinari, esposti nel corso del precedente paragrafo⁸⁵.

⁸³ Su ciò, ancora, A. CASTAGNOLA, *op cit.*, 84 s. e 94 s.

⁸⁴ Su tali aspetti si rinvia, di nuovo, a A. CASTAGNOLA, *op cit.*, 229 s.

⁸⁵ Oltre alla norma cui è dedicato il presente paragrafo, si consideri che la disciplina racchiusa nella sez. 362(h), con riguardo agli adempimenti cui il debitore è tenuto in relazione a propri beni di natura personale posti a garanzia di un credito od oggetto di un contratto pendente di locazione, prevede la cessazione dell'*automatic stay* non solo nei confronti della *property of the estate*, ma anche della *pro-*

Il riferimento, in particolare, è alla sez. 362(c)(3), in cui è previsto che, nel caso in cui una *petition* per l'accesso ad una procedura disciplinata dai *Chapters 7, 11 o 13* sia depositata da o contro un debitore persona fisica, nei confronti del quale, nel corso dell'ultimo anno, sia stata pendente – ma cessata con una pronuncia di *dismissal* – un'altra procedura concorsuale, l'*automatic stay* operante a protezione del debitore medesimo, con riguardo agli atti aventi ad oggetto debiti o beni posti a loro garanzia, termina il trentesimo giorno successivo alla data del deposito dell'ultima *petition*⁸⁶.

La norma, merita rilevarlo sin d'ora, ha sollevato diversi interrogativi.

Anzitutto, per quanto attiene al suo ambito di applicazione, occorre precisare che, mancando un qualsivoglia riferimento al *codebtor stay* tipico dei procedimenti avviati ai sensi del *Chapter 13*, la sottosezione ora in commento non ha alcuna incidenza sul medesimo, e dunque il coobbligato, nella misura e nei modi a suo tempo visti, continuerà e beneficiare della protezione a lui accordata⁸⁷.

In secondo luogo, poi, è doveroso far menzione della complessa questione che il tenore testuale della norma ha sollevato in dottrina: si è rilevato, in particolare, che l'espressa limitazione della cessazione dell'*automatic stay* esclusivamente nei confronti del debitore e del suo patrimonio – e non, viceversa, anche con riguardo al patrimonio fallimentare -, non sarebbe vincolante, essendo anzi necessario offrire una lettura della disposizione capace di provocare la cessazione dell'efficacia protettiva anche nei confronti dell'*estate*, peraltro in assonanza a quanto accade ai sensi della sottosezione (c)(4) che, come visto, sotto tale profilo non effettua distinzioni di sorta⁸⁸. Altri, viceversa, hanno ritenuto che l'intenzione espressa dal legislatore, di

perty of the debtor, sicché anche la norma citata, già illustrata nel corso della presente Sezione, dev'essere annoverata, *mutatis mutandis*, tra le ipotesi di *semi-automatic stay* ora in commento.

⁸⁶ La sez. 362(c)(3), per l'esattezza, recita che «*if a single or joint case is filed by or against a debtor who is an individual in a case under chapter 7, 11, or 13, and if a single or joint case of the debtor was pending within the preceding 1-year period but was dismissed, other than a case refiled under a chapter other than chapter 7 after dismissal under section 707(b) - (A) the stay under subsection (a) with respect to any action taken with respect to a debt or property securing such debt or with respect to any lease shall terminate with respect to the debtor on the 30th day after the filing of the later case*».

⁸⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.06[3][a]; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, cit., 74; H. GERSHMAN, *Automatic termination of the stay upon second filing under § 362(c)(3). Has Congress made two strikes an out?*, loc. cit.

⁸⁸ *In re Curry*, 362 B.R. 394 (2007), 397 s.; in dottrina, H. GERSHMAN, *Automatic termination of the stay upon second filing under § 362(c)(3). Has Congress made two strikes an out?*, cit., 59; L. B.

limitare l'ambito applicativo della fattispecie di *semi-automatic stay* alle entità poc'anzi individuate, sia inequivoco, a maggior ragione considerato che le due disposizioni menzionate, di cui ai numeri (3) e (4) della sez. 362(c), sono state introdotte simultaneamente dal *BAPCPA* del 2005 ed in *sedes materiae* assai contigue⁸⁹.

La seconda lettura riportata, favorevole a riconoscere la limitazione della cessazione anticipata dell'*automatic stay* esclusivamente nei confronti del debitore e del suo patrimonio personale, ci pare quella preferibile, e non solo per i dati, comunque non trascurabili, testé esposti. Non appare, infatti, assurdo che, con la disciplina in oggetto, il legislatore abbia inteso punire in prima persona il debitore, reo di aver abusato degli strumenti offerti dal *Bankruptcy Code*, senza, al contempo, voler pregiudicare i creditori concorsuali, e quindi abbia voluto al contempo mantenere integra la protezione accordata alla *property of the estate*, che alla soddisfazione dei medesimi è esclusivamente deputata. D'altra parte, neppure appare incongrua la discrasia, che così si viene a delineare, con quanto previsto dal successivo numero (4): in quest'ultima ipotesi, infatti, siamo in presenza di una fattispecie più grave di quella ora in commento, in quanto la condotta di *serial filings* ivi descritta presenta un maggior tasso di recidività e, correlativamente, viene punita con sanzioni assai più incisive, ossia con la previsione di un meccanismo di *not-so-automatic stay*, il cui funzionamento, peraltro, si differenzia assai dalla presente ipotesi di *semi-automatic stay*.

Infine, oggetto di dibattito è stata la locuzione «*with respect to any action taken*», mediante la quale il legislatore individua le iniziative destinate a ritornare procedibili a seguito dell'applicabilità della norma in commento. Alcuni tribunali, infatti, hanno ritenuto, in primo luogo, che il termine “*action*” abbia un significato più circoscritto di “*act*”, spesso utilizzato in altre disposizioni della sez. 362, e stia ad indicare una specifica e formale iniziativa giudiziale o amministrativa; in secondo luogo, si è affermato che l'utilizzo del verbo “*taken*” starebbe a circoscrivere sul piano temporale il novero delle iniziative precluse, limitandolo in particolare a quelle ini-

BARTELL, *Staying the serial filer - interpreting the new exploding stay provisions of § 362(c)(3) of the Bankruptcy Code*, in 82 *Am. Bankr. L.J.* (2008), 224 s.

⁸⁹ Così, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. loc. cit.*; L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 767; in giurisprudenza, *In re Holcomb*, 380 *B.R.* 813 (2008), 815 s.

ziate nel passato e, più precisamente, in epoca antecedente al deposito della *petition*⁹⁰.

La norma, poi, continua specificando che su richiesta di una parte che abbia interesse alla prosecuzione dell'*automatic stay*, il tribunale fallimentare può estenderne la durata nei confronti di alcuni o tutti i creditori, previo svolgimento di apposita udienza da tenersi – o, meglio, completarsi – entro lo spirare del termine di trenta giorni summenzionato, nel corso della quale la parte richiedente è onerata di dimostrare che il deposito dell'ultima *petition* è avvenuto in buona fede nei confronti dei creditori che risultano assoggettati, in virtù di esso, all'inibitoria⁹¹.

Il quadro tratteggiato, con tutta evidenza, spiega come la disciplina introdotta nella sez. 362(c)(3) possa essere annoverata tra le fattispecie che si sono definite di *semi-automatic stay*: di inibitoria, cioè, innescata sì dal deposito della *petition*, ma fatalmente destinata a veder cessata la propria efficacia in un momento anticipato rispetto a quello ordinario, in mancanza del compimento di quanto richiesto dalla legge al fine, appunto, di permanere in vigore. Nel caso di specie, la legge richiede dunque che una parte – che, presumibilmente, sarà il debitore, ma la legittimazione non è esplicitamente circoscritta a tale soggetto -, si attivi per dimostrare che la reiterata richiesta di ammissione ad una procedura concorsuale, pur astrattamente sussumibile tra le ipotesi di *serial filings*, è stata effettuata in buona fede, sicché, non sussistendo alcuna condotta abusiva da reprimere e punire, neppure sussiste alcuna ragione per far cessare anticipatamente l'*automatic stay*⁹².

Anche con riferimento al meccanismo ora in commento, peraltro, la legge ha provveduto a codificare una serie di ipotesi integranti una presunzione legale, superabile mediante una «*clear and convincing evidence to the contrary*», circa il fatto che

⁹⁰ Così, il caso *In re Paschal*, 337 B.R. 274 (2006), 279 s.; favorevole a tale lettura, in dottrina, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[G][1]; H. GERSHMAN, *Automatic termination of the stay upon second filing under § 362(c)(3). Has Congress made two strikes an out?*, cit., 58; *contra*, *In re James*, 358 B.R. 816 (2007), 820 s.; contraria ad entrambe le letture, L. B. BARTELL, *Staying the serial filer - interpreting the new exploding stay provisions of § 362(c)(3) of the Bankruptcy Code*, cit., 217 s.

⁹¹ «(B) on the motion of a party in interest for continuation of the automatic stay and upon notice and a hearing, the court may extend the stay in particular cases as to any or all creditors (subject to such conditions or limitations as the court may then impose) after notice and a hearing completed before the expiration of the 30-day period only if the party in interest demonstrates that the filing of the later case is in good faith as to the creditors to be stayed».

⁹² S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. loc. cit.*

il deposito della *petition* non sia avvenuto in buona fede⁹³; tali ipotesi, peraltro, coincidono con quelle già richiamate *supra*, con riguardo alla fattispecie di *not-so-automatic stay* racchiusa nella sez. 362(c)(4)⁹⁴.

La disciplina appena esposta si completa, peraltro, con quanto previsto nella sez. 362(i), ove è previsto che la presunzione legale codificata nella sottosezione (c) non si applichi – e, dunque, il successivo deposito non possa essere considerato in mala fede –, se la procedura precedente era stata *dismissed* in conseguenza della creazione, da parte del debitore, di un cd. *debt repayment plan* a favore dei propri creditori, ancorché non ancora totalmente adempiuto all'epoca della successiva *petition*⁹⁵: tale circostanza, evidentemente, è indicativa del fatto che il debitore, lungi dall'aver utilizzato gli strumenti offerti dal *Bankruptcy Code* al solo scopo di lucrare dei benefici ad essi connessi, avesse piuttosto ricercato in ogni modo di comporre la propria situazione di insolvenza con i propri creditori, in particolare mediante il ricorso ad un accordo stragiudiziale cui si è accompagnato il *dismissal* della previa procedura concorsuale.

Nel caso in cui l'*automatic stay* termini nel trentesimo giorno successivo al deposito della *petition*, in conseguenza della mancata attivazione della parte interessata alla sua prosecuzione, si è sostenuto, da parte di giurisprudenza invero minorita-

⁹³ Su tale disciplina, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.06[3][b]; L. B. BARTELL, *Visualizing bankruptcy*, cit., 89; nonché L. B. BARTELL, *Staying the serial filer - interpreting the new exploding stay provisions of § 362(c)(3) of the Bankruptcy Code*, cit., 203 s.; B. A. BLUM, *op. cit.*, 256; S. LARSEN, *Understanding the new semi-automatic stay*, loc. cit.; L. A. NAPOLI, *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, cit., 768 s.; L. J. MARGULIES, *Understanding the new semi-automatic stay*, cit., 26.

⁹⁴ La sez. 362(c)(3)(C), infatti, prevede che «*for purposes of subparagraph (B), a case is presumptively filed not in good faith (but such presumption may be rebutted by clear and convincing evidence to the contrary) (i) as to all creditors, if (I) more than 1 previous case under any of chapters 7, 11, and 13 in which the individual was a debtor was pending within the preceding 1-year period; (II) a previous case under any of chapters 7, 11, and 13 in which the individual was a debtor was dismissed within such 1-year period, after the debtor failed to (aa) file or amend the petition or other documents as required by this title or the court without substantial excuse (but mere inadvertence or negligence shall not be a substantial excuse unless the dismissal was caused by the negligence of the debtor's attorney); (bb) provide adequate protection as ordered by the court; or (cc) perform the terms of a plan confirmed by the court; or (III) there has not been a substantial change in the financial or personal affairs of the debtor since the dismissal of the next most previous case under chapter 7, 11, or 13 or any other reason to conclude that the later case will be concluded (aa) if a case under chapter 7, with a discharge; or (bb) if a case under chapter 11 or 13, with a confirmed plan that will be fully performed; and (ii) as to any creditor that commenced an action under subsection (d) in a previous case in which the individual was a debtor if, as of the date of dismissal of such case, that action was still pending or had been resolved by terminating, conditioning, or limiting the stay as to actions of such creditor*».

Anche con riguardo a tale norma valgono le considerazioni svolte *supra*, nota 23.

⁹⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

ria, che sia possibile applicare anche alla fattispecie in esame la disposizione racchiusa nella sez. 362(c)(4)(B), ed ottenere in tal modo un provvedimento giudiziale di imposizione differita dello *stay*⁹⁶.

Anche in questa ipotesi, peraltro, ove un soggetto intenda agire nei confronti del debitore o del suo patrimonio personale confidando sull'operatività della normativa in commento, rimane preferibile la previa attivazione al fine di ottenere dal tribunale fallimentare, ai sensi della sez. 362(j), la pronuncia di un provvedimento che confermi che lo *stay* è terminato a norma della sottosezione (c)(3) qui in esame⁹⁷.

Infine, anche con riguardo alla fattispecie in commento, così come visto in relazione alla disciplina di cui alla sottosezione (c)(4), la giurisprudenza maggioritaria ritiene possibile, da parte del soggetto che vi abbia interesse, richiedere un provvedimento inibitorio ai sensi della sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*, che supplisca all'intervenuta cessazione dell'*automatic stay*⁹⁸.

15. B) La cessazione giudiziale dell'effetto protettivo: il procedimento per la liberazione (relief) dall'automatic stay. La sua funzione all'interno del meccanismo operativo dell'inibitoria

L'argomento che ci accingiamo ad affrontare nel prosieguo della trattazione costituisce, con ogni probabilità, il tratto più peculiare della disciplina concorsuale statunitense in materia di effetti protettivi posti a vantaggio del debitore e della procedura, oltretutto quello che, forse, ne segna il punto di maggior distacco rispetto all'ordinamento italiano. La presenza di un istituto quale quello in oggetto, peraltro, ci consente di effettuare anche una valutazione complessiva del fenomeno dell'*automatic stay*, e si vedrà come tale visione d'insieme della materia ci consentirà di pervenire a risultati opposti rispetto a quelli, suggeriti da un approccio più su-

⁹⁶ Così, *In re Beasley*, 339 B.R. 472 (2006), 473; in dottrina, L. J. MARGULIES, *Understanding the new semi-automatic stay*, cit., 27; L. B. BARTELL, *Staying the serial filer - interpreting the new exploding stay provisions of § 362(c)(3) of the Bankruptcy Code*, cit., 209; *contra*, *In re Williams*, 410 B.R. 491 (2009), 494.

⁹⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.06[5]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 181.

La sez. 362(j), infatti, recita che «*On request of a party in interest, the court shall issue an order under subsection (c) confirming that the automatic stay has been terminated*».

⁹⁸ Si veda, in dottrina, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.06[7].

perficiale o a raggio più ristretto, cui solitamente la dottrina italiana mette capo all'esito della disamina all'istituto oggetto della nostra trattazione.

Ci riferiamo, ovviamente, alla possibilità che la medesima sez. 362 accorda alla *entity* assoggettata all'inibitoria di richiedere la liberazione (cd. *relief*) dall'*automatic stay*, ed ottenere in tal modo un provvedimento giudiziale che, nella sussistenza dei presupposti a tal fine richiesti, faccia terminare l'efficacia preclusiva nei confronti del soggetto istante, sicché egli possa ritornare libero di agire nei confronti del debitore o del suo patrimonio ovvero della *property of the estate*, pur nella pendenza della procedura concorsuale e del persistente assoggettamento delle altre *entities* all'*automatic stay*, con una evidente deroga ai principi della *par condicio creditorum*. Si tratta, in altri termini, di un'ulteriore ipotesi di cessazione dell'*automatic stay*: solo che, a differenza di quelle illustrate nel corso dei precedenti paragrafi, non siamo in presenza di una fattispecie prevista dalla legge, bensì integrata mediante un provvedimento giudiziale, e ad esclusivo vantaggio del soggetto da quest'ultimo interessato⁹⁹.

Ci troviamo di fronte, evidentemente, ad uno strumento che consente al soggetto colpito dall'inibitoria di superare i divieti posti dalla legge ed ottenere un'autorizzazione giudiziale al compimento di attività altrimenti vietate: uno strumento, in altri termini, capace di apportare elementi di indiscutibile flessibilità ad una normativa connotata, altrimenti, da una forte rigidità. La possibilità di richiedere la liberazione dall'*automatic stay* viene anzi a rappresentare l'elemento di riequilibrio dell'intero sistema degli effetti protettivi connessi alle procedure disciplinate dal *Bankruptcy Code*: se, infatti, e a monte, la sola presentazione della *petition* è idonea ad innescare l'*automatic stay* a preclusione dell'ampia gamma di iniziative descritte, con formulazione sostanzialmente onnicomprensiva, dalla sez. 362(a) – sì da bloccare immediatamente qualsiasi azione nei confronti del debitore o del patrimonio -, a valle si consente alle singole *entities* colpite da tali effetti di reagire all'inibitoria automaticamente scattata nei loro confronti per ottenerne la caducazione. È un riflesso,

⁹⁹ Che si tratti di un'ulteriore ipotesi di cessazione dell'*automatic stay*, peraltro, emerge dallo stesso testo della sez. 362(c) – dedicato, come noto, alla disciplina temporale dell'inibitoria appena illustrata -, il cui incipit recita «*Except as provided in subsections (d), (e), (f) [...] of this section [...]*»: sul punto, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.06[6]. Per un'analisi della disciplina nel vigore delle precedenti *Rules of Bankruptcy Procedure*, L. PEITZMAN, M. S. SMITH, *The secured creditor's complaint: relief from the automatic stays in bankruptcy proceedings*, cit., 1216 s.

questo, come già si è avuto modo di affermare¹⁰⁰, della natura cautelare dell'*automatic stay*, che interviene immediatamente, e senza effettuare distinzioni di sorta, a tutelare in via d'urgenza il debitore e la procedura dalle iniziative aggressive altrui, ferma tuttavia la possibilità per il singolo soggetto di instaurare successivamente un apposito procedimento ove sottoporre a più attenta valutazione del giudice l'effettiva sussistenza delle ragioni giustificatrici dell'inibitoria, e con essa i presupposti che gli consentono di sottrarsi agli effetti collegati a tale fenomeno.

Un accostamento tra il sistema appena tratteggiato e la normativa concorsuale italiana consente, così, di sconfessare quelle affermazioni, cui poc'anzi si è fatto riferimento, che, scaturite da una conoscenza *prima facie* della materia, spingono a considerare l'*automatic stay* quale istituto idoneo ad offrire al debitore una protezione più sicura di quanto non accada in Italia: è sì vero, infatti, che dal punto di vista oggettivo l'ambito di applicazione dell'*automatic stay* è assai più comprensivo delle poche e ben identificate attività che la legge italiana preclude al creditore nei confronti del debitore dichiarato fallito o richiedente l'ammissione ad una procedura di composizione negoziale della crisi d'impresa; ma mentre queste ultime, nell'ordinamento italiano, sono destinate a rimanere irreversibilmente precluse nella pendenza della procedura, nella realtà statunitense rimane sempre possibile, per il creditore, richiedere di essere liberato dall'inibitoria, sicché, in definitiva, il debitore risulta condannato ad una situazione di precarietà, mentre gli altri creditori rimangono indefinitamente nell'incertezza circa la reale consistenza del patrimonio fallimentare riservato alla loro soddisfazione¹⁰¹, anche e soprattutto in considerazione della frequenza con cui tali procedimenti vengono instaurati¹⁰².

Prima di procedere nell'analisi del testo della norma, è poi opportuno soffermarci a riflettere anche sui rapporti tra il procedimento in esame ed meccanismo di funzionamento dell'*automatic stay*. Riprendendo concetti già ampiamente illustrati,

¹⁰⁰ *Supra*, Cap. III, Sez. II, § 6.1.

¹⁰¹ Fermo, peraltro, il differente regime giuridico cui vengono assoggettati, nei due ordinamenti, gli atti compiuti in violazione degli effetti inibitori posti a protezione del debitore: se, infatti, nell'ordinamento italiano si usa discorrere di inefficacia di tali atti, la loro esatta qualificazione nell'ordinamento statunitense costituisce, all'opposto, oggetto di un assai acceso dibattito, e, comunque, la tesi che li qualifica come meramente annullabili appare particolarmente deteriore per il debitore e per la salvaguardia degli interessi della procedura (su tali tematiche, si rinvia al Cap. IV).

¹⁰² D. R. COWANS, *op. cit.*, 527, lo definisce «*a strong candidate for the most frequently used item of litigation in the bankruptcy court*»; per simili riflessioni, si veda pure B. A. BLUM, *op. cit.*, 267.

basti qui ricordare che l'operatività in via automatica di tale fenomeno è dovuta alla presunzione legale relativa racchiusa nella sez. 362, circa la sussistenza di un pregiudizio per il debitore e per la procedura, sussistente al momento in cui venga richiesta l'ammissione ad uno dei procedimenti disciplinati dal *Bankruptcy Code*, cui occorra immediatamente far fronte; d'altro canto, già si è avuto modo di descrivere il funzionamento delle eccezioni all'*automatic stay*, quali fattispecie individuanti aree di attività in cui siffatta presunzione legale non opera, e che impediscono così l'automatica operatività dell'inibitoria quale fenomeno necessariamente connesso al deposito della *petition*, ristabilendo al contempo tra le parti i normali oneri probatori vigenti per la richiesta di una misura avente siffatto contenuto. Ora, il procedimento per la liberazione dall'*automatic stay* implica, naturalmente, che l'inibitoria sia entrata in vigore, e che al contempo non sia operativa un'eccezione, e dunque che l'efficacia preclusiva discendente dalla sez. 362(a) sia tuttora operante nei confronti del soggetto istante; e poiché l'effetto della concessione del provvedimento di *relief* è, come meglio si vedrà, quello di caducare, in vario modo, l'inibitoria, che costituisce l'effetto giuridico che la summenzionata presunzione legale relativa ricollega all'integrazione della fattispecie costituita dal deposito di una *petition*, appare corretto qualificare il giudizio in esame quale procedimento tramite il quale la *entity* a ciò interessata provvede a somministrare al giudice la prova contraria – che potrà vertere o su un fatto opposto a quello presunto, o su fatti incompatibili con l'esistenza del medesimo -, volta a vincere la *rebuttable presumption* menzionata ed eliminare così gli effetti protettivi che ad essa si collegano.

Venendo ora ad analizzare il testo della norma, alla materia della liberazione dall'*automatic stay* sono dedicate le sottosezioni (d), (e), (f) e (g) della sez. 362: la prima, di particolare rilevanza, dedicata ai presupposti sostanziali della richiesta di *relief* – ivi compresa, come si vedrà, una peculiare ipotesi inserita dal *BAPCPA* del 2005 -, e le altre ai profili procedurali del relativo giudizio – da integrarsi con le disposizioni collocate tra le *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* -, tra cui non mancano alcune deviazioni dai moduli caratterizzanti il procedimento ordinario, di cui si dirà, volte ad accelerare l'*iter* di concessione del provvedimento di liberazione.

Muovendo, dunque, dalla norma racchiusa nella sottosezione (d), è ivi previsto che, su richiesta di una parte a ciò interessata, e previo svolgimento di apposita

udienza deputata all'accertamento dei necessari presupposti sostanziali, il tribunale debba concedere la liberazione dall'inibitoria predisposta dalla precedente sottosezione (a), ordinandone la cessazione, l'annullamento, la modifica o il condizionamento¹⁰³. Nel corso dei prossimi paragrafi procederemo pertanto ad analizzare approfonditamente tale disposizione, nonché il procedimento per ottenere un provvedimento giudiziale di *relief* dall'*automatic stay*.

15.1. La legittimazione attiva

La sez. 362(d), il cui contenuto è stato esposto a conclusione del precedente paragrafo, specifica che la richiesta di liberazione dall'*automatic stay* debba provenire da una «*party in interest*», lasciando dunque all'interprete il compito di individuare i soggetti che possono essere ricompresi in tale locuzione¹⁰⁴.

A tal proposito, la soluzione corretta appare quella più immediata, ossia di riconoscere la legittimazione a domandare il provvedimento di *relief* a tutte le *entities* assoggettate all'inibitoria¹⁰⁵, instaurando in tal modo un rapporto perfettamente biunivoco tra assoggettamento ai suoi effetti e legittimazione a sottrarsene: se l'*automatic stay*, come detto, si produce in via d'urgenza, indiscriminatamente ed in virtù del solo deposito della *petition*, nei confronti di un'amplissima gamma di soggetti, la soluzione più equa e ragionevole appare quella di consentire poi a ciascuno di essi, in un momento successivo, di avviare un procedimento per valutare più approfonditamente l'effettiva opportunità dell'inibitoria medesima, al fine di ottenerne la liberazione; d'altro canto, nessun ruolo potrà svolgere, in questa sede, la sussistenza dei presupposti sostanziali richiesti dalla legge per la pronuncia di tale provvedi-

¹⁰³ Di seguito, il testo della sez. 362(d), nella parte qui presa in esame: «*On request of a party in interest and after notice and a hearing, the court shall grant relief from the stay provided under subsection (a) of this section, such as by terminating, annulling, modifying, or conditioning such stay*».

¹⁰⁴ Una definizione di «*party in interest*» è presente, in realtà, all'interno del *Bankruptcy Code*, e precisamente nella sez. 1109(b), ove con tale locuzione si intendono «*the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee*», ma la sua peculiare collocazione consiglia di riferirne il contenuto esclusivamente alla procedura disciplinata dal *Chapter 11*.

¹⁰⁵ Così pure A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[2]; D. R. COWANS, *op. cit.*, 528 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 128; in giurisprudenza, si veda il caso *In re Vieland*, 41 B.R. 134 (1984). Attribuisce la legittimazione al creditore o al titolare del diritto che s'intende azionare previa liberazione dall'*automatic stay*, S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.06[A]; sul punto, si vedano pure D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 50; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 40.

mento, che costituisce una questione attinente al merito del giudizio per la liberazione, tale, pertanto, da concludersi, eventualmente, con un provvedimento di diniego, ma che non potrà influire in alcun modo sulla questione inerente l'individuazione dei soggetti legittimati.

Una soluzione differente da quella proposta – ossia, negare la legittimazione a richiedere la liberazione dall'*automatic stay* a tutti coloro che, agli effetti preclusivi da esso derivanti, sono assoggettati -, significherebbe, con tutta evidenza, accettare l'assurda situazione per cui una parte, necessariamente assoggettata all'inibitoria in commento, non possa compiere alcuna iniziativa al fine di verificare l'opportunità di tali effetti, rinunciando così a quell'essenziale strumento di riequilibrio delle posizioni tra le parti che, come visto, connota la disciplina statunitense in materia di protezione del debitore e degli interessi della procedura.

Naturalmente, la soluzione proposta implica che, al momento della presentazione della richiesta di *relief* dall'*automatic stay*, il soggetto istante affermi la propria qualifica di *entity* assoggettata all'inibitoria e, dunque, nel caso in cui si tratti di un creditore, affermi di vantare un *claim* nei confronti della procedura, sì da qualificarsi come soggetto legittimato ad avanzare l'istanza in commento¹⁰⁶.

15.2. Il tribunale competente

Nell'individuazione dell'autorità giudiziaria competente a pronunciare il provvedimento di liberazione dall'*automatic stay*, il testo della sottosezione (d) si limita ad effettuare un riferimento a «*the court*»: un dato, questo, che, anche in virtù dell'utilizzo dell'articolo determinativo, conduce immediatamente la mente al tribunale fallimentare presso il quale sia incardinata la procedura. Poiché, tuttavia, come già più volte si è avuto modo di rilevare, la materia inerente la distribuzione, nell'ordinamento statunitense, della *jurisdiction* in campo fallimentare è assai complessa, appare opportuno procedere ad una verifica più approfondita del sistema delle norme regolatrici di tale materia, al fine di ricercare una conferma alla conclusione che l'interpretazione letterale ci ha appena suggerito.

¹⁰⁶ Di nuovo, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

A tal proposito, la già menzionata sez. 157 del Titolo 28 dello *United States Code*, alla sottosezione (b), annovera espressamente tra i cd. *core proceedings* – ossia, lo si ricorda, i procedimenti aventi ad oggetto diritti creati dalla legge fallimentare e che possono sorgere esclusivamente nell’ambito di una procedura concorsuale – le «*motions to terminate, annul, or modify the automatic stay*» ossia, appunto, i giudizi per la liberazione dall’inibitoria¹⁰⁷.

Come si ricorderà, poi, i *core proceedings* sono rappresentati dai quei giudizi sui quali la *bankruptcy court* esercita la propria *potestas iudicandi*, in quanto questa le sia stata *referred* dalla *district court*, essendo quest’ultima dotata, appunto, della relativa *original jurisdiction*¹⁰⁸.

Ciò significa, in conclusione, che con riguardo ai procedimenti per la liberazione dall’*automatic stay*, la *jurisdiction* spetta, in linea di principio, alla *district court*, con possibilità di rimessione alla *bankruptcy court*¹⁰⁹, la quale potrà decidere sulla questione con un provvedimento appellabile innanzi alla prima. Tale soluzione, peraltro, è senz’altro ottimale sia dal punto di vista delle esigenze di razionalizzazione del contenzioso – che, veicolato su un unico foro, può essere gestito certamente in maniera più efficiente, e con una diminuzione del rischio di decisioni contraddittorie –, sia per sfruttare la specializzazione di tale giudice¹¹⁰.

15.3. I presupposti sostanziali

Assai complessa e articolata si presenta la disciplina riguardante i presupposti sostanziali alla cui riscontrata sussistenza si ricollega il potere, per il giudice adito, di pronunciare la liberazione dall’*automatic stay* a favore del soggetto istante. Si tratta,

¹⁰⁷ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.06[F]; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 592.

¹⁰⁸ Sul punto, B. A. BLUM, *op. cit.*, 134 s.; L. P. KING, *Jurisdiction and procedure under the bankruptcy amendments of 1984*, cit., 686 s.

¹⁰⁹ Senza, naturalmente, che il procedimento per ottenere la liberazione dall’*automatic stay* possa essere precluso dalla sez. 362(a): in tal senso, il caso *In re Keaty*, 350 B.R. 723 (2006), 726.

¹¹⁰ In tal senso pure D. R. COWANS, *op. cit.*, 556.

La soluzione si differenzia da quanto sostenuto *supra*, Cap. III, Sez. II, § 11, in merito alla competenza a pronunciare sulla questione circa l’applicabilità dell’*automatic stay*: ciò in quanto il procedimento per la concessione del *relief* è espressamente qualificato dalla legge come *core proceeding*, la cui *jurisdiction* è attribuita, tramite *referral*, alla *bankruptcy court*, secondo quanto emerge dalla sez. 157(b) del Titolo 28 dello *United States Code*.

in particolare, di quattro differenti ipotesi, naturalmente previste in via alternativa¹¹¹, due delle quali, peraltro, introdotte in occasione delle modifiche apportate dalle riforme del 1994 e del 2005.

Con riguardo alla richiesta di liberazione dal cd. *codebtor stay*, peraltro, la sez. 1301 provvede a disciplinare autonomi requisiti: di ciò si dirà nella parte conclusiva del presente paragrafo.

Prima di procedere nell'analisi dei singoli presupposti, vale la pena rilevare che l'intervenuto accertamento, da parte del giudice, della loro sussistenza, integrando un fatto contrario ovvero incompatibile con la presenza di un pregiudizio per la procedura, costituisce proprio la prova contraria che consente il superamento della *rebuttable presumption* posta a base del meccanismo operativo dell'*automatic stay*, e con esso la caducazione del connesso effetto protettivo, lasciando dunque libero l'istante che abbia ottenuto il provvedimento positivo di agire nei confronti del debitore.

A) Il primo presupposto sostanziale che legittima la concessione del provvedimento di *relief* dall'*automatic stay* è quello descritto al numero (1) della sottosezione (d), ove è previsto che esso possa essere richiesto «*for cause, including the lack of adequate protection of an interest in property*» vantato dalla parte istante. La norma appena riportata non indica, pertanto, una precisa fattispecie giustificativa della concessione del provvedimento di liberazione dall'inibitoria, ma prevede, con formulazione assai generale, che esso possa essere concesso ogniqualvolta ricorra un giustificato motivo, provvedendo poi, in via meramente esemplificativa, ad effettuare un riferimento all'ipotesi più frequente di concessione del *relief* per giustificato motivo, ossia la mancanza di adeguata tutela di una situazione giuridica di cui sia titolare il soggetto istante¹¹².

Il termine “*cause*” è dunque idoneo a ricomprendere l'eterogenea gamma di situazioni in cui appaia giustificato, nel caso concreto, concedere al soggetto istante

¹¹¹ Per tutti, D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 58 s.; per un'analisi del sistema previgente, L. PEITZMAN, M. S. SMITH, *The secured creditor's complaint: relief from the automatic stays in bankruptcy proceedings*, cit., 1225 s.

¹¹² A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[3]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[B]; D. R. COWANS, *op. cit.*, 535; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 138; R. M. MARTIN, *Creditor alternatives to obtain relief from automatic stays in bankruptcy*, in 98 *Banking L.J.* (1981), 536; D. J. WARREN, *Relief from the automatic stay: section 362(d)*, in 3 *Bankr. Dev. J.* (1986), 199.

la liberazione dall'*automatic stay*: può trattarsi, ad esempio, del caso in cui il tribunale accerti che il debitore aveva richiesto l'ammissione alla procedura in mala fede, e quindi al solo scopo di pregiudicare i propri creditori paralizzandone le iniziative aggressive¹¹³, o dell'eventualità in cui l'iniziativa oggetto della richiesta non abbia alcun legame con la procedura concorsuale, sicché l'assenza di pregiudizio sia da considerarsi *in re ipsa*¹¹⁴; all'opposto è da escludere, naturalmente, che la richiesta di *relief* possa fondarsi sulla circostanza che la pretesa, la cui soddisfazione è bloccata dall'*automatic stay*, sia destinata ad essere estinta in caso di concessione della *discharge*¹¹⁵.

Anche con riguardo ai giudizi che, pendenti presso un tribunale extrafallimentare, siano stati sospesi in virtù della disposizione racchiusa nella sez. 362(a)(1), la riscontrata sussistenza di una idonea "cause" può condurre alla pronuncia di un provvedimento di *relief* che consenta la prosecuzione della controversia presso la menzionata autorità giudiziaria. A tal proposito, è interessante rilevare che la giurisprudenza statunitense ha elaborato dei particolari criteri su cui fondare un cd. *equitable balance test*, ossia una valutazione comparativa degli interessi in gioco, all'esito della quale sarà possibile decidere sull'opportunità di consentire la continuazione del giudizio; si tratta, in particolare¹¹⁶: a) del fatto che la prosecuzione del procedimento civile non appaia idoneo ad arrecare un grave pregiudizio al debitore o alla massa fallimentare; b) della circostanza per cui il mantenimento dell'*automatic stay* sia idoneo ad arrecare alla parte *in bonis* danni maggiori rispetto a quelli che deriverebbero al debitore dalla sua caducazione; c) della probabilità di accoglimento nel merito delle ragioni vantate dalla parte *in bonis*. Sulle basi di tali valutazioni, naturalmente, il provvedimento di *relief* potrà essere concesso anche al fine di consenti-

¹¹³ Così il caso *In re Dixie Broadcasting, Inc.*, 871 F.2d 1023 (1989).

¹¹⁴ Per un'ampia casistica, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[3][a]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[B][4]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:34; D. R. COWANS, *op. cit.*, 535 s.; D. G. BAIRD, *The elements of bankruptcy*, cit., 199 s.; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 219 s.; B. A. BLUM, *op. cit.*, 270; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 110 s.; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 139 s.; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 604 s.; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 615; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 46; R. M. MARTIN, *Creditor alternatives to obtain relief from automatic stays in bankruptcy*, cit., 536 s.

¹¹⁵ *In re Sawyer*, 18 B.R. 661 (1982).

¹¹⁶ Tali criteri sono stati recentemente richiamati nel già citata sentenza *The SCO Group Inc.*; in argomento si vedano pure le riflessioni di S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *op. cit.*, 536; W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 217 s.; F. VAZQUEZ, *Modification of automatic stay to permit litigation to proceed remains possible*, cit., 34 s.

re la proponibilità di un *counterclaim* nei confronti del debitore che abbia avviato un giudizio nei confronti di una *entity* assoggettata all'*automatic stay*¹¹⁷. Una menzione a parte merita, poi, l'ipotesi in cui sia pendente, presso un tribunale extrafallimentare, un giudizio caratterizzato da un *joinder of defendants*, in cui il debitore assuma la veste processuale di uno dei convenuti: in tale ipotesi, soprattutto ove il debitore rivesta la qualifica di *indispensable party*, la concessione di un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay* costituisce, come noto, una delle soluzioni per far fronte alle criticità connesse all'intervenuta inibitoria operante a favore di uno soltanto tra i litisconsorti necessari passivi, consentendo alla causa soggettivamente complessa di proseguire nonostante l'intervenuto deposito della *petition*¹¹⁸. Una questione interessante, infine, è quella riguardante i procedimenti arbitrali: poiché, come emerge dal *Federal Arbitration Act*¹¹⁹, vi è una forte politica federale a favore di tale mezzo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, in presenza di una convenzione d'arbitrato dovrà essere preferibilmente concessa la liberazione dall'*automatic stay* per permettere l'instaurazione del relativo procedimento, salvo ovviamente il caso in cui ciò venga a confliggere con gli obiettivi perseguiti dal *Bankruptcy Code* e, in special modo, la necessità che l'accertamento delle pretese creditorie si svolga innanzi al tribunale fallimentare¹²⁰.

Per quanto concerne, poi, il presupposto, che il legislatore espressamente include tra le predette *causes*, integrato da «*the lack of adequate protection of an interest in property*» di titolarità del soggetto istante per il provvedimento di *relief*, esso è integrato dalla circostanza per cui l'*interest in property* vantato dal creditore non trova una adeguata protezione durante la vigenza dell'*automatic stay*, ad esempio perché il valore della *property* ha subito un deprezzamento, un danneggiamento, ovvero è stata smarrita, sicché, in definitiva, la prosecuzione di tale inibitoria è idonea ad arrecare a tale soggetto un pregiudizio¹²¹. Ciò, naturalmente, potrà accadere solo nel caso in cui, come detto, il soggetto in questione sia titolare di un diritto su un ce-

¹¹⁷ Su tale problematica si rinvia alle riflessioni svolte *supra*, Cap. III, Sez. II, § 6.1.

¹¹⁸ Si veda, per ulteriori approfondimenti, la disamina già svolta *supra*, Cap. III, Sez. I, § 1.1.1.

¹¹⁹ *Pub. L. No. 68-401* (1925).

¹²⁰ Così, il caso *In re Gandy*, 299 F.3d 489 (2002), 493 s.

¹²¹ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[B][1]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:33; D. R. COWANS, *op. cit.*, 545; B. A. BLUM, *op. cit.*, 276; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 143 s.; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, loc. cit.; R. M. MARTIN, *Creditor alternatives to obtain relief from automatic stays in bankruptcy*, cit., 537.

spite confluito nella *property*, dell'*estate* o del debitore, protetta dall'*automatic stay*: sarà il caso, anzitutto, dei titolari di diritti di prelazione, ma anche, ad esempio, di locatori che abbiano concesso un bene in locazione al debitore, ovvero di comproprietari di un bene che si trovi nella contitolarità del debitore¹²². Al fine di individuare il significato di detta *adequate protection*, peraltro, occorre fare riferimento alla precedente sez. 361 - che definisce appunto quando detta forma di tutela sussista, o meno -, e verificare così se vi sia spazio per un provvedimento di *relief*. La norma da ultimo menzionata, in particolare, con elencazione meramente esemplificativa, prevede che detta *adequate protection* possa essere fornita¹²³: a) tramite pagamenti periodici effettuati dal *trustee* alla *entity* titolare dell'*interest*, nella misura necessaria a compensarla di ogni diminuzione di valore provocata dall'operatività dell'*automatic stay*: è il caso, ad esempio, del creditore titolare di un diritto di prelazione su un bene destinato a veder diminuito il proprio valore nel tempo, per cui il ritardo nella realizzazione della pretesa causato dall'operatività dell'inibitoria si traduce in un minor valore del bene ed in un minor valore di realizzo, che può essere compensato da detti pagamenti periodici¹²⁴; b) tramite la concessione, a tale *entity*, di un diritto di prelazione addizionale o sostitutivo, nella misura in cui l'*interest* vantato abbia subito una diminuzione del suo valore in ragione dell'operatività dell'inibitoria¹²⁵; c) garantendo a tale *entity* altra forma di tutela idonea a corrisponderle l'equivalente di tale *interest*, sì da assicurare che la posizione di tale soggetto non venga in alcun modo pregiudicata

¹²² L. B. BARTELL, *Visualizing bankruptcy*, cit., 94 s.; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 209; B. A. BLUM, *op. cit.*, 275; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 51; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 140.

¹²³ Di seguito, il testo della sez. 361: «*When adequate protection is required under section 362, 363, or 364 of this title of an interest of an entity in property, such adequate protection may be provided by (1) requiring the trustee to make a cash payment or periodic cash payments to such entity, to the extent that the stay under section 362 of this title, use, sale, or lease under section 363 of this title, or any grant of a lien under section 364 of this title results in a decrease in the value of such entity's interest in such property; (2) providing to such entity an additional or replacement lien to the extent that such stay, use, sale, lease, or grant results in a decrease in the value of such entity's interest in such property; or (3) granting such other relief, other than entitling such entity to compensation allowable under section 503(b)(1) of this title as an administrative expense, as will result in the realization by such entity of the indubitable equivalent of such entity's interest in such property*». Per un approfondimento specifico delle singole fattispecie richiamate, si rinvia al contributo di J. R. SACK, *Adequate protection*, in 2 *Bankr. Dev. J.* (1985), 21 s.

¹²⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[3][b][i]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[B][2]; D. G. BAIRD, *op. cit.*, 201; L. B. BARTELL, *op. ult. cit.*, 95.

¹²⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[3][c]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. G. BAIRD, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. ult. cit.*

dall'*automatic stay*¹²⁶. La parte interessata a ricevere una *adequate protection* deve farne richiesta nel momento in cui avanzi la propria istanza per ottenere la liberazione dall'*automatic stay*¹²⁷; ove la tutela così richiesta non venga concessa, per tramite di uno dei comportamenti descritti ovvero altri parimenti idonei ad assicurare tale risultato, risulterà dunque integrato il motivo più ricorrente di concessione del provvedimento di *relief* «*for cause*»¹²⁸.

Poiché, come meglio si vedrà, nella descrizione degli altri presupposti del provvedimento di *relief* la legge provvede a circostanziare le iniziative interessate ovvero ad identificare il beneficiario dell'inibitoria avverso il quale la medesima potrà essere caducata, è lecito concludere che la disposizione ora in esame assuma carattere generale e residuale, potendo operare in tutte le circostanze non considerate da tali altre norme, aventi carattere speciale: ciò significa che essa può trovare applicazione con riguardo a qualsivoglia iniziativa considerata dalla sez. 362(a), e a prescindere dall'entità beneficiaria dell'inibitoria avverso la quale si intenda agire¹²⁹. La presenza di siffatta norma di chiusura appare peraltro indicativa della volontà del legislatore di non voler eccessivamente circoscrivere l'ambito entro il quale è possibile ottenere un provvedimento di liberazione dall'*automatic stay*, ancora una volta a riequilibrio dell'altrettanto vasta e generica operatività che a tale protezione è riconosciuta dalla sottosezione (a).

B) Al successivo numero (2), la sez. 362(d) individua il presupposto sostanziale per richiedere la liberazione dall'*automatic stay* a favore di un «*act against property*», richiedendo la ricorrenza cumulativa di due requisiti¹³⁰: che il debitore

¹²⁶ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[3][d]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. G. BAIRD, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁷ Salva la possibilità, per il debitore o per il *trustee*, di prevenire il deposito dell'istanza aderendo spontaneamente alla richiesta di *adequate protection* del creditore: sul punto S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[B][1][a].

¹²⁸ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[3][b]; D. G. BAIRD, *op. loc. cit.*; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 602.

¹²⁹ In tal senso pure B. A. BLUM, *op. cit.*, 270; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 50; esattamente di «*residual relief*» discorrono D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 596; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 614.

¹³⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[4]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[C]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:35; D. R. COWANS, *op. cit.*, 546; L. B. BARTELL, *op. loc. ult. cit.*; B. A. BLUM, *op. cit.*, 271; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 56; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*,

non abbia «*equity in such property*», e che tale *property* non sia necessaria per realizzare una «*effective reorganization*»¹³¹. È evidente che anche la presente fattispecie ha riguardo sostanzialmente ai creditori muniti di un diritto di prelazione, i soli, evidentemente, in grado di porre in essere un'iniziativa diretta contro beni confluiti nella massa fallimentare o appartenenti al patrimonio personale del debitore¹³². Al contempo, altrettanto evidente è l'impossibilità di ottenere, mediante tale norma, la liberazione dall'*automatic stay* operante a tutela della persona del debitore¹³³.

Soffermandoci sull'analisi dei singoli requisiti dianzi illustrati, il termine «*equity*» indica la differenza tra il valore (generalmente, quello di mercato) del bene in oggetto e quello degli oneri gravanti sul medesimo¹³⁴: ciò significa che il debitore non ha *equity* nella *property* confluita nella massa fallimentare o in quella personale quando l'ammontare dei crediti garantiti da diritti di prelazione insistenti su tale *property* ed opponibili alla massa ecceda il valore della *property* medesima. In tali casi, infatti, poiché il ricavato dalla vendita del bene verrà interamente devoluto ai creditori privilegiati, mentre la massa non riceverà alcun beneficio dalla liquidazione, non si ravvisa nessun motivo per cui la procedura debba mantenere il controllo del cespite e delle relative operazioni di vendita; in tal caso – e, nelle procedure diverse da quella di *liquidation* di cui al *Chapter 7*, a meno che non sia fornita positiva dimostrazione della necessità del bene in questione al fine di garantire l'effettiva ristrutturazione del debitore –, verrà concessa la liberazione dall'*automatic stay* al creditore istante, affinché possa gestirne la relativa vendita¹³⁵.

130; R. M. MARTIN, *Creditor alternatives to obtain relief from automatic stays in bankruptcy*, cit., 540; D. J. WARREN, *Relief from the automatic stay: section 362(d)*, cit., 210.

¹³¹ La norma, per la precisione, prevede che possa essere richiesta la liberazione dall'*automatic stay* «(2) with respect to a stay of an act against property under subsection (a) of this section, if (A) the debtor does not have an equity in such property; and (B) such property is not necessary to an effective reorganization».

¹³² S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*

¹³³ B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

¹³⁴ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[C][2]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 131; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 600; D. J. WARREN, *Relief from the automatic stay: section 362(d)*, loc. cit.

¹³⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[4][a]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.* opportunamente precisa che, nella valutazione in discorso, debbano essere computati tutti i crediti garantiti da diritti di prelazione insistenti sul bene in questione, e non solo il credito del soggetto istante: non si tratta, infatti, di stabilire se vi sia *equity* per il creditore, bensì se vi sia per il debitore, e dunque per la procedura, che evidentemente può trarre vantaggio dalla liquidazione del bene ove il ricavato sia di ammontare superiore rispetto all'ammontare dei crediti da esso bene garantiti; in tal senso pure P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 214; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 132.

Per quanto concerne il secondo requisito, per definizione irrilevante nella procedura di *liquidation*¹³⁶, la necessità del bene in questione al fine di compiere una *reorganization* che possa qualificarsi “*effective*” richiede, evidentemente, qualcosa in più rispetto alla mera strumentalità del bene alla realizzazione del piano di risanamento, anche in considerazione del fatto che, se così fosse, assai difficile sarebbe ottenere un provvedimento di *relief* nelle procedure avviate ai sensi del *Chapter 11* o delle altre procedure a vocazione recuperatoria; la questione ha costituito, peraltro, l’oggetto di una importante pronuncia della *Supreme Court of the United States*, che nel caso *United Savings Association of Texas v. Timbers of Inwood Forest Associates, Ltd.*, ha precisato che l’aggettivo *effective* indica la necessità della ricorrenza di una *feasible reorganization*, ossia della ragionevole possibilità di raggiungere una piena ristrutturazione in tempi ragionevoli¹³⁷: e solo il bene che sia strumentale all’attuazione di una *reorganization* avente siffatte caratteristiche si sottrarrà alla possibilità di essere oggetto di un provvedimento di *relief* fondato sui presupposti in esame¹³⁸. Si tenga presente, peraltro, che la norma è ritenuta applicabile anche nelle procedure recuperatorie di cui ai successivi *Chapters 12 e 13*, con l’unico adattamento di intendere il requisito in oggetto riferito, più che alla *reorganization*, alla *rehabilitation* del debitore¹³⁹. In conclusione, ove appaia che tale soggetto non abbia alcuna possibilità di *feasible reorganization* o *rehabilitation*, la liberazione dall’*automatic stay* potrà essere concessa (beninteso, ove al contempo tale soggetto non abbia *equity* nel bene in questione); nell’eventualità opposta, occorrerà invece scendere sul suc-

Naturale è l’accostamento tra l’istituto in esame e la facoltà, per il curatore, prevista dall’art. 104 *ter* l. fall., di procedere alla derelizione di uno o più beni, nella misura in cui i medesimi generino costi esorbitanti rispetto al presumibile valore di realizzo, ancorché nel sistema italiano la conseguente reintegrazione nella facoltà di agire individualmente in via esecutiva o cautelare, in deroga al divieto posto dall’art. 51 l. fall., riguardi tutti i creditori del fallito, mentre nel sistema statunitense solo quello che abbia ottenuto il provvedimento di *relief*.

¹³⁶ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[C]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. cit.*, 272; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 608; R. M. MARTIN, *Creditor alternatives to obtain relief from automatic stays in bankruptcy*, cit., 541.

¹³⁷ 484 U.S. 365 (1988), ove si è affermato, appunto, che “*there must be a reasonable possibility of a successful reorganization within a reasonable time*”.

¹³⁸ In dottrina, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[4][b]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[C][1]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *op. cit.*, 549 s.; D. G. BAIRD, *op. cit.*, 200; L. B. BARTELL, *op. ult. cit.*, 96; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 213 s.; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 57; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 134 s.; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, loc. cit.

¹³⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[C]; B. A. BLUM, *op. cit.*, 273; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 130; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, loc. cit.; in giurisprudenza, il caso *In re Scott*, 121 B.R. 605 (1990), 607 s.

cessivo piano d'indagine, e verificare se il bene oggetto dell'istanza sia funzionale a tale *reorganization*, che appaia dunque possibile e ragionevolmente attuabile.

C) Il terzo presupposto sostanziale per ottenere la concessione di un provvedimento di liberazione dall'*automatic stay* è stato introdotto dalla riforma del 1994¹⁴⁰ e successivamente modificato dal *BAPCPA* del 2005, e si riferisce alla fattispecie denominata "*single asset real estate case*": tale locuzione, per l'esattezza, è definita dalla sez. 101(51B), ed indica la procedura in cui la massa attiva sia costituita da un solo bene immobile (con esclusione di quelli residenziali con meno di quattro unità abitative), idoneo a generare sostanzialmente tutto il reddito del debitore, il quale, inoltre, non eserciti su detto cespite altra differente impresa, salva, appunto, quella immobiliare¹⁴¹. In sostanza, ci troviamo di fronte ad un debitore la cui unica attività economica è integrata dalla gestione di un bene immobile di cui è proprietario, e dalla percezione dei frutti civili da esso derivanti¹⁴².

Con riguardo a tale fattispecie, la sez. 362(d)(3) prevede che il tribunale debba concedere il provvedimento di *relief* dall'*automatic stay* operante sugli atti diretti nei confronti di tale bene immobile, a vantaggio di un creditore la cui pretesa sia garantita da un diritto di prelazione insistente sul bene medesimo, a meno che entro un breve lasso temporale decorrente dall'inizio della procedura: *a*) il debitore depositi un piano di risanamento che presenti una ragionevole probabilità di essere confermato entro un breve arco di tempo; oppure *b*) il debitore abbia iniziato ad effettuare a tutti i creditori, la cui pretesa sia garantita da tale bene immobile, pagamenti mensili che, a discrezione del primo, possono essere effettuati o tramite trattenute dai canoni di locazione percepiti, ovvero mediante altre rendite generate dal bene medesimo prima o dopo l'inizio della procedura, sempreché tali pagamenti siano comprensivi anche degli interessi maturati dai creditori¹⁴³.

¹⁴⁰ *Pub. L. No. 103-394* (1994).

¹⁴¹ Di seguito, il testo della sez. 101(51B): «*The term "single asset real estate" means real property constituting a single property or project, other than residential real property with fewer than 4 residential units, which generates substantially all of the gross income of a debtor who is not a family farmer and on which no substantial business is being conducted by a debtor other than the business of operating the real property and activities incidental thereto*».

¹⁴² B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; J. B. BUTLER III, *Section 362(d)(3): a singular provision of the Bankruptcy Code*, in 6 *DePaul Bus. & Comm. L.J.* (2008), 206 s.

¹⁴³ Si legga il testo della sez. 362(d)(3), secondo cui il tribunale fallimentare deve pronunciare la liberazione dall'inibitoria, «*with respect to a stay of an act against single asset real estate under subsec-*

La *ratio* della norma, che evidentemente riconosce una notevole tutela ai creditori privilegiati, è quella di reprimere gli abusi che, nelle procedure ivi prese in considerazione, possano attuarsi a danno dei creditori stessi, pregiudicati dai ritardi che le operazioni di vendita forzata del bene immobile vengono inevitabilmente a subire in conseguenza dell'operatività dell'*automatic stay*, innescato da un deposito preordinato della *petition*, attuato proprio alla vigilia dell'avvio del procedimento esecutivo, ed allo scopo, appunto, di ritardarlo: in tali casi, ove le possibilità di risanamento del debitore siano irrisorie – e, dunque, ove non sia tempestivamente depositato un piano di risanamento fattibile, o non siano iniziati i pagamenti a favore dei creditori –, è dunque disposto che il provvedimento di *relief*, nella forma di cessazione dell'*automatic stay*, debba essere senz'altro concesso, per abbreviare i tempi necessari a realizzare la liquidazione del bene¹⁴⁴.

D) Il quarto ed ultimo presupposto di concessione del provvedimento di liberazione dall'*automatic stay* è stato introdotto con il *BAPCPA* del 2005, ed è conosciuto con il nome di “*in rem relief*”, poiché fondato, come si vedrà, su un cd. “*in rem order*”, così definito in quanto diretto contro un determinato bene. La particolarità di tale provvedimento, come si vedrà, è rappresentato dalla sua idoneità a conservare la propria efficacia anche all'interno delle procedure concorsuali che siano avviate successivamente alla cessazione di quella nel cui ambito esso provvedimento sia stato pronunciato¹⁴⁵.

tion (a), by a creditor whose claim is secured by an interest in such real estate, unless, not later than the date that is 90 days after the entry of the order for relief (or such later date as the court may determine for cause by order entered within that 90-day period) or 30 days after the court determines that the debtor is subject to this paragraph, whichever is later (A) the debtor has filed a plan of reorganization that has a reasonable possibility of being confirmed within a reasonable time; or (B) the debtor has commenced monthly payments that (i) may, in the debtor's sole discretion, notwithstanding section 363(c)(2), be made from rents or other income generated before, on, or after the date of the commencement of the case by or from the property to each creditor whose claim is secured by such real estate (other than a claim secured by a judgment lien or by an unmatured statutory lien); and (ii) are in an amount equal to interest at the then applicable nondefault contract rate of interest on the value of the creditor's interest in the real estate».

Sulla norma, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[5]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[D]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:36; D. G. BAIRD, *op. cit.*, 202; L. B. BARTELL, *op. ult. cit.*, 96 s.; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 217; D. G. EPSTEIN, *op. loc. cit.*; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 113; J. B. BUTLER III, *Section 362(d)(3): a singular provision of the Bankruptcy Code*, *cit.*, 212.

¹⁴⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[5][b]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. ult. cit.*, 97; B. A. BLUM, *op. cit.*, 273 s.

¹⁴⁵ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[E]; B. A. BLUM, *op. cit.*, 275.

Nel dettaglio, la sez. 362(d)(4) prevede che il provvedimento di *relief* dall'inibitoria operante a protezione di un bene immobile debba essere concesso dal tribunale fallimentare a vantaggio di un creditore titolare di un diritto di prelazione insistente su di esso, ove venga accertato che il deposito della *petition* fosse parte di un disegno fraudolento a danno dei creditori, che prevedesse: *a*) il trasferimento di tutta o parte della proprietà di tale immobile senza necessario il consenso dei creditori privilegiati o l'approvazione del tribunale; ovvero *b*) il deposito seriale di domande di ammissione a procedure concorsuali tutte coinvolgenti tale bene immobile¹⁴⁶.

Si tratta, evidentemente, di una disposizione simile a quella di cui al precedente numero (3), in quanto parimenti riguardante un'iniziativa avente ad oggetto un bene immobile del debitore, ma di applicazione più generale, nonché genericamente volta a reprimere fenomeni fraudolenti, integrati anche tramite *serial filings*, idonei a pregiudicare le possibilità di soddisfacimento di un creditore che vanti un diritto di prelazione su detto bene. Inoltre, a differenza della norma precedente, in questo caso, all'accertamento compiuto dal tribunale in merito alla condotta abusiva osservata dal debitore seguirà senz'altro la concessione del provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*, senza possibilità, per tale soggetto, di sfuggire a tale esito mediante il compimento di attività idonee ad assicurare adeguata tutela alle pretese creditorie.

Il provvedimento, denominato "*in rem order*", pronunciato ai sensi del numero (4), ove sia annotato negli appositi registri mantiene efficacia vincolante nelle procedure concorsuali che siano avviate nei due anni successivi alla sua pronuncia, con l'effetto, così, di impedire l'applicazione dell'*automatic stay* nei confronti dei beni in esso considerati, salvo che il debitore non richieda al tribunale la sua caducazione per sopravvenuto mutamento delle circostanze o per giusta causa. Tale disciplina si completa con l'eccezione codificata nella sez. 362(b)(20), ove è previsto che nelle procedure avviate nei due anni successivi alla pronuncia del provvedimento ora in commento, l'*automatic stay* non operi con riguardo agli atti volti a dare attuazione ad

¹⁴⁶ Per la precisione, secondo la sez. 362(d)(4) il tribunale fallimentare deve pronunciare la liberazione dall'inibitoria, «*with respect to a stay of an act against real property under subsection (a), by a creditor whose claim is secured by an interest in such real property, if the court finds that the filing of the petition was part of a scheme to delay, hinder, or defraud creditors that involved either (A) transfer of all or part ownership of, or other interest in, such real property without the consent of the secured creditor or court approval; or (B) multiple bankruptcy filings affecting such real property*».

Sulla norma, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[6]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. ult. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 218; B. A. BLUM, *op. cit.*, 274; D. G. EPSTEIN, *op. cit.*, 58.

un diritto di prelazione sussistente sui beni immobili in tale provvedimento considerati, salvo, ancora, che il debitore non si attivi per ottenerne la rimozione¹⁴⁷: la registrazione del provvedimento di *relief* e l'eccezione ad esso connessa consentono, in altri termini, che della liberazione dall'efficacia preclusiva connessa al decorso dell'*automatic stay* possano beneficiare, nei due anni successivi, tutti i creditori, e non solo quello originariamente istante per la liberazione.

E) Come anticipato, una disciplina speciale è infine dettata con riguardo ai presupposti per ottenere un provvedimento di *relief* dal cd. *codebtor stay*¹⁴⁸. A tal riguardo, la sez. 1301(c) del *Bankruptcy Code* prevede, tra l'altro, che tale provvedimento possa essere concesso, con la possibilità per il creditore di agire nei confronti del coobbligato, nei casi in cui il piano di risanamento non preveda il pagamento integrale del credito garantito da tale soggetto, ovvero nei casi in cui dalla prosecuzione del *codebtor stay*, e dal conseguente ritardo nella possibilità di realizzazione della propria pretesa, derivi un pregiudizio irreparabile agli interessi del creditore¹⁴⁹.

15.4. La natura e l'oggetto del giudizio

Prima di passare all'analisi dei profili strettamente procedurali del giudizio per la liberazione dall'*automatic stay*, è opportuno premettere una breve illustrazione circa la natura giuridica del procedimento: ciò, infatti, ci permetterà di trarre alcune conclusioni riguardo all'oggetto di tale giudizio, nonché di affrontare con maggiore cognizione di causa il prosieguo della trattazione.

Come si evince dalla *rule* 4001 delle *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*, che nel descrivere l'atto introduttivo (*motion*) del giudizio in esame rinvia alla suc-

¹⁴⁷ La sez. 362(b)(20) dispone che il deposito della domanda di ammissione ad una delle procedure ivi disciplinate «does not operate as a stay [...] under subsection (a), of any act to enforce any lien against or security interest in real property following entry of the order under subsection (d)(4) as to such real property in any prior case under this title, for a period of 2 years after the date of the entry of such an order, except that the debtor, in a subsequent case under this title, may move for relief from such order based upon changed circumstances or for other good cause shown, after notice and a hearing».

Su tale complessiva disciplina, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.05[19][a]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.02[J][10]; L. B. BARTELL, *op. ult. cit.*, 81.

¹⁴⁸ Per i dovuti riferimenti si rinvia ai cenni svolti *supra*, Cap. III, Sez. I, § 1.1.

¹⁴⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 8, § 1301.03[2][b] e [c]; L. B. BARTELL, *op. ult. cit.*, 98 s.; R. M. MARTIN, *Creditor alternatives to obtain relief from automatic stays in bankruptcy*, *cit.*, 544 s.

cessiva *rule* 9014¹⁵⁰, il procedimento per la liberazione dall'*automatic stay* appartiene alle cd. *contested matters*, ossia un tipo di procedimento deformalizzato, in cui non è necessario, per le parti, avvalersi del patrocinio di un difensore, né, per il convenuto, presentare una memoria difensiva (*answer*)¹⁵¹.

La circostanza, appena menzionata, per cui nel procedimento di liberazione dall'*automatic stay*, riconducibile alle *contested matters*, non sia richiesto al debitore o al *trustee* di procedere al deposito di una *answer* si riflette, evidentemente, sulla configurazione del *thema decidendum* del relativo giudizio: essendo, infatti, l'unico atto processuale ineludibilmente presente sulla scena costituito dalla *motion* presentata dalla *entity* istante per la liberazione, l'oggetto minimo del giudizio sarà individuato dalla pretesa in essa *motion* racchiusa. In secondo luogo, la mera facoltatività del deposito della *answer* vale, poi, ad escludere l'applicabilità, nel giudizio in esame, della disciplina sui *compulsory counterclaims*, ossia quella riguardante le pretese che il convenuto deve necessariamente far valere, a pena di decadenza, nell'ambito del giudizio già pendente¹⁵²; ma, anche nell'eventualità in cui il debitore od il *trustee* decidessero di depositare una *answer*, la possibilità di avanzare un *counterclaim* pare esclusa dall'*intentio legis* espressa dagli *House Reports*, ove chiaramente si precisa che la natura sommaria e deformalizzata del giudizio, nonché le esigenze di speditezza che lo connotano, lo rendono inidoneo a divenire la sede per conoscere e decidere pretese differenti dal suo oggetto principale, ossia la richiesta di liberazione

¹⁵⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, 3, § 362.08[1]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.06[A]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:32; D. R. COWANS, *op. cit.*, 557; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 200; B. A. BLUM, *op. cit.*, 268; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 592 s.

¹⁵¹ Le cd. *contested matters* si contrappongono ai cd. *adversary proceedings* e, unitamente a questi, integrano le due forme di procedimenti in cui si suddividono le controversie fallimentari. Gli *adversary proceedings*, in particolare, sono connotati da un maggior tasso di formalità e tecnicismo - motivo per cui generalmente le parti si fanno rappresentare da un difensore -, e prendono avvio con il deposito di un *complaint* al quale il convenuto deve rispondere con una *answer*. Da rilevare, peraltro, che, come previsto dalla *rule* 9014(c), il tribunale fallimentare può ordinare che anche ad un procedimento di *contested matter* debbano applicarsi le norme disciplinatrici degli *adversary proceedings*. Su tale distinzione, D. R. COWANS, *op. cit.*, 1, 417 s.; nella dottrina italiana, A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 228 s., nota 32; sull'*adversary system* si vedano pure i cenni in G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., 101 s.

In ciò, peraltro, la disciplina posta dalle odierne *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* si differenzia dal sistema delle previgenti *rules*, ove il procedimento per la liberazione dall'*automatic stay* era qualificato come *adversary proceeding*: in argomento, W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.* e L. PEITZMAN, M. S. SMITH, *The secured creditor's complaint: relief from the automatic stays in bankruptcy proceedings*, cit., 1241 s.

¹⁵² Vista *supra*, Cap. III, Sez. II, § 6.1: sul punto D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 418; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*

dall'*automatic stay*¹⁵³, con una preclusione, in definitiva, di qualsivoglia possibilità di allargare l'ambito oggettivo del procedimento. Si badi, tuttavia, che quanto detto si riferisce alla possibilità che i *counterclaims* proposti nell'ambito di un giudizio di *relief* dall'*automatic stay* siano conosciuti e decisi dal tribunale fallimentare con efficacia di *res judicata*: del tutto praticabile, all'opposto, rimane la possibilità di conoscere *incidenter tantum*, al solo fine, evidentemente, di valutare l'effettiva sussistenza della legittimazione e dei presupposti sostanziali per la concessione del provvedimento e decidere, così, sulla pretesa principale, ossia sulla caducazione dell'*automatic stay*¹⁵⁴.

L'oggetto del giudizio di liberazione dall'inibitoria, in conclusione, va ricostruito sulla sola base della *motion* presentata dal soggetto istante: e si tratterà del diritto di tale soggetto ad ottenere il provvedimento di *relief*, sulla base dei presupposti sostanziali allegati e provati¹⁵⁵.

15.5. Il procedimento

Siamo ora in grado di trascorrere all'analisi del procedimento per la liberazione dall'*automatic stay*, per come si articola nelle sue fasi e nei suoi possibili sviluppi.

Già abbiamo visto, anzitutto, che esso prende avvio con una *motion* (denominata anche "*lift-stay motion*") presentata dalla *entity* che, assoggettata all'inibitoria, abbia interesse a vederla caducata. A tal riguardo, la già menzionata *rule* 4001 prosegue precisando che tale *motion* debba essere notificata (*served*), oltrech  al debitore ed al suo avvocato ed al *trustee*, al comitato dei creditori, se nominato, o in alternati-

¹⁵³ *House Report No. 95-595*, cit.; A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.08[6]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 203 s.; nel sistema previgente, L. PEITZMAN, M. S. SMITH, *The secured creditor's complaint: relief from the automatic stays in bankruptcy proceedings*, cit., 1243 s.; in giurisprudenza, il caso *In re Vitreous Steel Products Co.*, 911 F.2d 1223 (1990).

¹⁵⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.06[B]; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. loc. cit.*; L. PEITZMAN, M. S. SMITH, *The secured creditor's complaint: relief from the automatic stays in bankruptcy proceedings*, cit., 1251; si veda, in particolare, il caso *First Nat'l Bank of Denver v. Turley*, 705 F.2d 1024 (1983), ove una contro-pretesa vantata dal debitore era stata conosciuta al solo fine di negare l'esistenza di un titolo di prelazione in capo al creditore istante e negargli, così, la legittimazione a promuovere il procedimento per la concessione del *relief*.

¹⁵⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*, testo e nota 14.

va ai creditori risultanti dall'elenco presentato al momento del deposito della *petition*, oltreché ad ogni altro soggetto indicato dal tribunale¹⁵⁶.

Le parti del procedimento saranno, oltre al soggetto istante, il *trustee* (o il cd. *debtor in possession*), se la richiesta di *relief* abbia ad oggetto un bene confluito nella *property of the estate*, ovvero il debitore, se l'iniziativa in discorso sia diretta contro la sua persona od il suo patrimonio personale, anche se la dottrina consiglia, per esigenze di semplificazione, di citare entrambi¹⁵⁷. Gli altri creditori, notiziati, come detto, della presentazione della richiesta di *relief*, possono peraltro intervenire ed opporsi a tale istanza¹⁵⁸, nella misura in cui, ad esempio, abbiano interesse che il bene resti assoggettato al regime di esecuzione concorsuale ed alla distribuzione del ricavato nel rispetto dei principi di *par condicio creditorum*.

Sebbene il giudizio sia annoverato tra le cd. *contested matters*, la normativa non si limita, nella posizione della relativa disciplina, ad effettuare un rinvio *de plano* a tale sistema, bensì provvede, con la sottosezione (e), a coniare un procedimento speciale, connotato, come si vedrà, da accentuati caratteri acceleratori¹⁵⁹; tale procedimento, peraltro, assume caratteristiche differenti nell'eventualità in cui il debitore sia una persona fisica assoggettata ad una procedura ai sensi dei *Chapters 7, 11 o 13*: procediamo, dunque, ad esaminare, in prima battuta, il regime ordinario, dettato dal numero (1) della citata sottosezione (e), per poi volgere l'attenzione all'ipotesi peculiare appena menzionata, disciplinata dal successivo numero (2).

Occorre tuttavia avvertire sul fatto che il procedimento speciale coniato dalla sottosezione (e) incontra dei limiti applicativi: quello disciplinato al numero (1), infatti, è destinato a trovare applicazione con esclusivo riguardo alle richieste di *relief* dall'*automatic stay* a preclusione di un «*act against property of the estate*», ossia quelle basate sui presupposti descritti nelle sottosezioni (d)(2), (3) e (4), in cui i ca-

¹⁵⁶ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.08[2]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.06[A]; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 594; per la necessità di notificare la *motion* anche al *trustee*, si veda il caso *In re Doud*, 30 B.R. 731 (1983).

¹⁵⁷ Sul punto, D. R. COWANS, *op. cit.*, 2, 557 s.; per la qualificazione del *trustee* come *indispensable party*, nel contesto delle precedenti *rules*, si veda il caso *In re DiBona*, 7 B.R. 798 (1980).

¹⁵⁸ D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 558; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 208.

¹⁵⁹ Per alcune riflessioni d'assieme, e in particolare per la qualificazione del procedimento in commento e dei suoi caratteri acceleratori quale fattore di riequilibrio di un sistema in cui il creditore vede necessariamente ed automaticamente bloccate tutte le sue iniziative verso il debitore ed il patrimonio, W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:37; sul punto, pure H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, cit., 235; P. B. HAHN, *Bankruptcy Code section 362(e): its application and effect*, in 88 *Comm. L.J.* (1983), 195.

ratteri marcatamente acceleratori impressi al procedimento trovano giustificazione nel possibile deprezzamento o rischio di smarrimento del cespite oggetto dell'iniziativa preclusa; d'altra parte, il procedimento speciale previsto nei casi in cui il debitore sia una persona fisica, disciplinato alla sottosezione (e)(2), non incontra limitazioni di sorta¹⁶⁰. Rimane dunque da domandarsi quale sia il procedimento applicabile nel caso in cui un soggetto, diverso dal debitore persona fisica, richieda la liberazione dall'inibitoria «*for cause*»: a tal proposito, pare ragionevole ipotizzare che l'applicazione analogica dei moduli procedurali dettati dalla sezione (e), sia giustificata nel caso in cui il soggetto istante condivida lo stesso rischio di pregiudizio sottinteso all'applicazione dei moduli acceleratori propri del procedimento medesimo¹⁶¹.

A) La ricostruzione dell'*iter* procedimentale necessario ad ottenere un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*, non è, per vero, operazione agevole, e basti, a conferma di quanto affermato, la lettura della sez. 362(e)(1) che, invece di disciplinare l'ordinario svolgimento del giudizio, provvede a dettare le conseguenze connesse ad un esito patologico del procedimento stesso¹⁶²: ivi è unicamente previsto, infatti, che se entro trenta giorni dalla richiesta del menzionato provvedimento il tribunale fallimentare, al termine di apposita udienza preliminare (cd. *preliminary hearing*), non abbia ordinato la prosecuzione dell'inibitoria per il tempo necessario per arrivare alla conclusione della cd. *final hearing*, l'*automatic stay* termini nei confronti della parte istante per il provvedimento¹⁶³. La prosecuzione, precisa la norma, sarà ordinata nel caso in cui venga riscontrata una ragionevole probabilità (*reasonable likelihood*) che l'opposizione proposta dalla parte contraria alla richiesta di *relief*

¹⁶⁰ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.06[B]; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 207; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

¹⁶¹ In senso differente S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*, ove l'applicazione del procedimento speciale di cui alla sottosezione (e) è ipotizzata con riguardo ai creditori privilegiati.

¹⁶² Su tale disciplina, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.08[4]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; R. M. MARTIN, *Creditor alternatives to obtain relief from automatic stays in bankruptcy*, cit., 543.

¹⁶³ La norma, nella parte ora in esame, prevede che «*Thirty days after a request under subsection (d) of this section for relief from the stay of any act against property of the estate under subsection (a) of this section, such stay is terminated with respect to the party in interest making such request, unless the court, after notice and a hearing, orders such stay continued in effect pending the conclusion of, or as a result of, a final hearing and determination under subsection (d) of this section*».

venga accolta nella *final hearing*¹⁶⁴. Infine, è espressamente previsto che non è necessario lo svolgimento di entrambe le udienze, ma la *preliminary* può essere “*consolidated*” alla *final*.

Questi frammentari dati testuali ci consentono comunque di proporre una ricostruzione del complessivo procedimento e dei suoi possibili sviluppi.

Anzitutto, ci è possibile affermare che entro trenta giorni dalla presentazione della *motion* debba tenersi una *hearing*, ove, presumibilmente, il tribunale fallimentare sarà chiamato a svolgere una valutazione *prima facie* dell’ammissibilità e della fondatezza della domanda, tenuta anche presente l’opposizione che, come incidentalmente ci dice la norma, può evidentemente essere presentata dal debitore o dal *trustee*, oltreché dagli altri soggetti (creditori su tutti) a ciò interessati. Ora, tale valutazione appare propedeutica a due possibili sviluppi: alla decisione, cioè, se considerare tale udienza come *final hearing* ed ivi decidere direttamente sulla richiesta di *relief*, ovvero di qualificarla come *preliminary*, fissando la *final* entro un termine massimo di trenta giorni¹⁶⁵ e, in tale seconda eventualità, decidere se ordinare o meno la prosecuzione dell’*automatic stay* sino a tale data¹⁶⁶. La prima eventualità descritta – ossia, l’assunzione di una decisione immediata sulla richiesta di *relief* senza sdoppiamento tra *preliminary* e *final hearing*, giustificata dalla possibilità di provvedere prontamente sulle richieste di *relief* di più agevole soluzione¹⁶⁷ – appare quella più ragionevolmente percorribile nelle ipotesi di manifesta inammissibilità, infondatezza o fondatezza della domanda, ciò che può accadere, ad esempio, quando il soggetto istante appaia carente della necessaria legittimazione a richiedere la liberazione: in tal caso, si perverrà immediatamente alla pronuncia di un provvedimento di rigetto della richiesta di *relief*, con conseguente sopravvivenza dell’*automatic stay*; e lo stesso è a dirsi nel caso in cui, in mancanza di opposizione, la sussistenza dei presupposti

¹⁶⁴ «*The court shall order such stay continued in effect pending the conclusion of the final hearing under subsection (d) of this section if there is a reasonable likelihood that the party opposing relief from such stay will prevail at the conclusion of such final hearing*».

¹⁶⁵ La norma, in realtà, richiede che la *final hearing* si concluda entro trenta giorni dalla conclusione della *preliminary hearing*, salvo che le parti concordemente non richiedano l’estensione di tale periodo di tempo o ciò sia ordinato dal tribunale sulla base di cause di forza maggiore: sul punto, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.08[5]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:37.

¹⁶⁶ P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 206.

¹⁶⁷ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. loc. cit.*

del provvedimento di *relief* sia manifesta¹⁶⁸. Tutte le altre ipotesi, viceversa, paiono confluire nell'altra fattispecie citata, ossia quella in cui si renda necessario procedere ad un esame più approfondito del materiale di causa e, così, far seguire una *final hearing* alla *preliminary*. Come si è accennato, tuttavia, nel momento in cui il tribunale fissa la *final hearing* è altresì tenuto a pronunciare un provvedimento di prosecuzione dell'*automatic stay* per l'ipotesi in cui l'opposizione proposta dal debitore, dal *trustee* o da altro soggetto a ciò legittimato abbia una ragionevole probabilità di essere accolta: occorre dunque distinguere a seconda che l'opposizione venga presentata o meno. Nel primo caso, in particolare, alla verosimile fondatezza dell'opposizione conseguirà la pronuncia del provvedimento conservativo dell'inibitoria testé menzionato. Nell'ipotesi di mancata proposizione dell'opposizione, ovvero anche di riscontrata assenza del requisito inerente il suo probabile accoglimento - accompagnata, s'intende, dalla necessità di sottoporre ad un esame più approfondito la sussistenza dei presupposti sostanziali affermati dalla parte istante -, il tribunale, all'opposto, dovrà accertare la caducazione dell'*automatic stay* nei confronti del soggetto richiedente la liberazione. Ciò, evidentemente, non può che creare complicazioni per l'ipotesi - per vero, assai rara vista la composizione dell'organo giudicante, che rimane la medesima - in cui nella successiva *final hearing* venga accertato che la valutazione sommaria compiuta nella *preliminary hearing* fosse erronea, con conseguente necessità di pronunciare un provvedimento modificativo di quello provvisoriamente pronunciato e che affermi la perdurante vigenza dell'*automatic stay*; si badi, peraltro, che l'efficacia di tale inibitoria non potrà che retroagire alla data della precedente udienza: la riscontrata assenza dei presupposti necessari per la pronuncia del provvedimento di *relief*, infatti, comporta che il provvedimento caducatorio dell'*automatic stay* fosse *ab origine* improduttivo d'effetti, con la conseguenza per cui gli eventuali atti compiuti *medio tempore* debbano essere considerati in violazione dell'inibitoria¹⁶⁹.

¹⁶⁸ In questo senso, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.08[4][b]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:38.

¹⁶⁹ Ciò, evidentemente, comporterà l'inefficacia *lato sensu* degli atti *medio tempore* compiuti, ma sarà esclusa la possibilità di infliggere ulteriori sanzioni al soggetto agente: su tali tematiche, si rinvia alla trattazione di cui al prossimo Cap. IV.

Una soluzione a tale criticità, peraltro, potrebbe essere rinvenuta ipotizzando che anche al provvedimento di accertamento in commento sia applicabile la *rule* 4001(a)(3) che, come si vedrà oltre nel te-

I termini, di durata assai breve, dettati a scandire il susseguirsi delle fasi procedurali propedeutiche alla decisione sulla richiesta di *relief*, si giustificano, come si è accennato, nella necessità che il contenzioso in commento venga risolto in tempi celeri¹⁷⁰, soprattutto nei casi in cui la ritardata realizzazione della pretesa di un creditore privilegiato rischi di risolversi in un pregiudizio irreparabile per tale soggetto; per tale motivo, dunque, nel caso in cui non vengano rispettate tali scadenze temporali (la pronuncia, entro i trenta giorni successivi alla presentazione della *motion*, di un provvedimento provvisorio che ordini la prosecuzione dell'*automatic stay* ovvero che decida sull'istanza, a seconda che la *preliminary* e la *final hearing* siano *consolidated* o meno; la conclusione della *final hearing* entro trenta giorni dalla *preliminary*, in questo secondo caso), l'*automatic stay* nei confronti della *property of the estate* terminerà, a vantaggio del soggetto istante, come sanzione ricollegata ad uno sviluppo del procedimento patologico e contrario alle *rationes legislatoris*¹⁷¹.

B) Come accennato, alla sottosezione (e)(2), inserita dal *BAPCPA* del 2005, la legge provvede a dettare un procedimento per ottenere un provvedimento di *relief* nelle ipotesi in cui il debitore sia assoggettato ad una procedura disciplinata dai *Chapters 7, 11 o 13* e sia una persona fisica; la disposizione, inoltre – e differenziandosi in ciò dalla previsione racchiusa nel precedente numero (1) che, come detto, è limitata allo «*stay of any act against property of the estate*» -, trova il proprio ambito applicativo con riguardo indifferenziato allo «*stay under subsection (a)*»¹⁷².

Anche in tal caso la tecnica normativa prescelta è stata quella di disciplinare la sanzione prevista per il caso di sviluppo patologico del procedimento, piuttosto che di descrivere gli snodi del medesimo; tuttavia, lo svolgimento più lineare del giudizio non pone i problemi interpretativi affrontati poc'anzi. In particolare, è ivi previsto che l'*automatic stay* termina sessanta giorni dopo la presentazione della richiesta di *relief* se entro tale data il tribunale non abbia provveduto ad emettere una

sto, prescrive che il provvedimento di concessione del *relief* dall'*automatic stay* rimanga sospeso per i quattordici giorni successivi alla sua pronuncia.

¹⁷⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 116.

¹⁷¹ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:37; D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 559; L. B. BARTELL, *op. ult. cit.*, 94; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 116 s.; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, *loc. cit.*; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, *cit.*, 613 s.

¹⁷² S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

decisione finale sull'istanza, ovvero non abbia disposto la proroga del menzionato periodo di sessanta giorni su richiesta di tutte le parti interessate o per il periodo ritenuto necessario dalla ricorrenza di giusti motivi¹⁷³.

Anche qui, evidentemente, il legislatore interviene a punire gli sviluppi del procedimento che non rispettino le scansioni temporali ad esso imposte per conferire celerità e speditezza al giudizio per l'ottenimento della liberazione dall'*automatic stay*: e interviene a detrimento della procedura, proprio in funzione della realizzazione di quel riequilibrio delle posizioni delle parti in essa coinvolte, di cui più volte si è detto.

15.5.1. *Il procedimento inaudita altera parte (cd. ex parte relief)*

Per far fronte a quei pregiudizi imminenti ed irreparabili che nemmeno il procedimento speciale illustrato nel corso del precedente paragrafo pare poter scongiurare, la sez. 362(f) del *Bankruptcy Code*, integrata dalla *rule* 4001(a)(2) delle *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*, ha introdotto un procedimento per la richiesta di liberazione dall'*automatic stay* idoneo ad assicurare al soggetto istante la possibilità di conseguire il provvedimento ricercato in tempi ancor più rapidi¹⁷⁴.

La prima norma menzionata prevede, in particolare, che ove la concessione del provvedimento di *relief* sia indispensabile al fine di scongiurare un danno irreparabile alla posizione giuridica della *entity* assoggettata all'inibitoria, che verrà a verificarsi prima che sia possibile provvedere alla convocazione della controparte in un'apposita udienza al fine di garantire l'attuazione del contraddittorio sull'istanza, il

¹⁷³ Di seguito, il testo della sez. 362(e)(2): «*Notwithstanding paragraph (1), in a case under chapter 7, 11, or 13 in which the debtor is an individual, the stay under subsection (a) shall terminate on the date that is 60 days after a request is made by a party in interest under subsection (d), unless (A) a final decision is rendered by the court during the 60-day period beginning on the date of the request; or (B) such 60-day period is extended (i) by agreement of all parties in interest; or (ii) by the court for such specific period of time as the court finds is required for good cause, as described in findings made by the court*».

Sulla norma, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.08[4][a]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. ult. cit.*; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

¹⁷⁴ W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:40; D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 564; L. B. BARTELL, *op. loc. ult. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 204 s.; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; A. N. RESNICK, *op. cit.*, 119; H. B. PICKARD, *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, loc. cit.; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 614; F. R. KENNEDY, *Automatic stays under the new bankruptcy law*, cit., 42 s.; R. M. MARTIN, *Creditor alternatives to obtain relief from automatic stays in bankruptcy*, cit., 551 s.

tribunale, su richiesta della parte istante, possa decidere «*with or without a hearing*» ma in ogni caso senza il compimento delle prescritte formalità¹⁷⁵. Il significato di tale norma è meglio chiarito da quanto previsto alla citata *rule* 4001(a)(2) che, nel delineare i profili procedurali del giudizio in oggetto, riconosce all'istante la possibilità di ottenere il provvedimento di liberazione dall'inibitoria «*without prior notice*», ossia senza notificazione al debitore, al *trustee*, o agli altri soggetti interessati della presentazione della *motion*, e con la conseguente possibilità, dunque, che il tribunale decida sull'istanza senza previa instaurazione del contraddittorio nei confronti di tali soggetti¹⁷⁶.

La percorribilità di tale procedimento *inaudita altera parte*, che nel sistema concorsuale statunitense è noto come “*ex parte relief*”, è condizionato alla sussistenza di due circostanze, previste in via cumulativa: anzitutto, deve apparire chiaramente, da specifici fatti forniti di prova, che l'istante subirebbe un pregiudizio od una perdita imminente ed irreparabile nel tempo necessario per instaurare il contraddittorio nei confronti della controparte o del suo avvocato, in particolare permettendo loro di presentare l'opposizione alla richiesta; in secondo luogo, l'avvocato della parte istante deve dichiarare per iscritto gli eventuali sforzi compiuti per effettuare la notificazione, ed il motivo per cui l'effettuazione di questa non possa, in definitiva, essere richiesta come necessaria ed imprescindibile¹⁷⁷. Da ciò si evince che la fruibilità del giudizio *inaudita altera parte* presuppone non solo la presenza di un *periculum in mora* di entità tale da non poter essere scongiurato neppure tramite il ricorso al procedimento di cui alla sottosezione (e), nel senso di non tollerare la dilazione tempora-

¹⁷⁵ La sez. 362(f) prevede che «*Upon request of a party in interest, the court, with or without a hearing, shall grant such relief from the stay provided under subsection (a) of this section as is necessary to prevent irreparable damage to the interest of an entity in property, if such interest will suffer such damage before there is an opportunity for notice and a hearing under subsection (d) or (e) of this section*».

¹⁷⁶ Immediata, peraltro, è l'associazione con i moduli procedurali predisposti, nel nostro ordinamento, dal cd. rito cautelare uniforme, ed in particolare alla possibilità, prevista dall'art. 669 *sexies*, secondo comma, c.p.c., che il giudice provveda con decreto motivato senza previa convocazione della controparte, quando tale adempimento «potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento»: sul punto, E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 404 s.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Studi sulla riforma del processo civile. Il Foro italiano*, Roma, 1991, 67.

¹⁷⁷ Si legga la *rule* 4001(a)(2) per la parte che qui interessa: «*Ex Parte Relief. Relief from a stay under § 362(a) [...] may be granted without prior notice only if (A) it clearly appears from specific facts shown by affidavit or by a verified motion that immediate and irreparable injury, loss, or damage will result to the movant before the adverse party or the attorney for the adverse party can be heard in opposition, and (B) the movant's attorney certifies to the court in writing the efforts, if any, which have been made to give notice and the reasons why notice should not be required*».

le ivi imposta per consentire alle controparti la proposizione di un'opposizione, ma anche che la parte, pur pregiudicata, abbia tentato di notificare la controparte della presentazione dell'istanza di *relief*, ma ciò si sia rivelato impossibile, ovvero ancora sia opportuno che essa non venga effettuata affatto, ad esempio quando la controparte potrebbe, una volta ricevuta la notizia di tale richiesta, compiere atti idonei a frustrare gli scopi del provvedimento¹⁷⁸. Quest'ultima circostanza ci conduce ad affrontare una problematica posta dal testo della norma. Tali elementi, come detto, devono ricorrere, secondo quanto espressamente richiede la legge mediante l'utilizzo della congiunzione “*and*”, in via cumulativa: un aspetto, questo, che non può non lasciare perplessi, specialmente nelle ipotesi in cui – come accade ove concorrano *periculum in mora* e necessità di allegare che la previa convocazione di controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento – si tratti di requisiti dotati di una loro autonomia, e che dunque dovrebbero essere posti quali condizioni alternative di accesso al procedimento in esame. Il sistema così conformato, in definitiva, appare connotato da un'eccessiva rigidità, oltretutto da scelte poco apprezzabili anche su un piano puramente logico.

La circostanza che il contraddittorio sia inizialmente omesso, sì da consentire al soggetto istante di ottenere nel più breve termine possibile un provvedimento idoneo a tutelare i propri interessi, esposti ad un pregiudizio imminente ed irreparabile, non esclude tuttavia che esso contraddittorio possa venire instaurato in epoca successiva: siamo in presenza, in altri termini, di una fattispecie a contraddittorio eventuale e differito. Ciò si evince dalla medesima *rule* 4001(a)(2), che prosegue prescrivendo al soggetto che abbia ottenuto il provvedimento di *relief* nelle forme *inaudita altera parte* di comunicare oralmente al *trustee* (o al cd. *debtor in possession*) e al debitore la concessione del provvedimento, e di trasmettere via posta o con altri mezzi idonei copia del medesimo; con un preavviso di due giorni (o anche inferiore, se così decida il tribunale) da garantire al soggetto che ha ottenuto il provvedimento di *relief*, la controparte potrà poi chiedere il ripristino dell'*automatic stay*: in tal caso, il tribunale dovrà procedere rapidamente a conoscere e decidere su tale richiesta¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Per simili riflessioni sull'art. 669 *sexies*, secondo comma, c.p.c., E. MERLIN, *op. cit.*, 404; A. PROTO PISANI, *op. loc. cit.*

¹⁷⁹ «*The party obtaining relief under this subdivision and § 362(f) [...] shall immediately give oral notice thereof to the trustee or debtor in possession and to the debtor and forthwith mail or otherwise transmit to such adverse party or parties a copy of the order granting relief. On two days notice to the*

15.6. *L'onere della prova*

Nella disamina dei presupposti sostanziali ai quali si ricollega la possibilità di ottenere un provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*, ci si è limitati alla descrizione delle relative fattispecie, senza spingerci altresì nella dimensione processuale per interrogarci sulla disciplina riguardante la loro prova, in particolare per individuare la parte onerata della dimostrazione dei singoli fatti integranti le fattispecie illustrate, e le conseguenze del mancato assolvimento di tale onere.

Le ragioni del differimento di tale analisi sono presto spiegate: la sez. 362 del *Bankruptcy Code*, alla sottosezione (g), provvede infatti espressamente a disciplinare il riparto degli oneri probatori circa l'esistenza dei presupposti sostanziali della liberazione dall'*automatic stay*, sicché si è ritenuto opportuno dedicare a tale questione un partito approfondimento.

Prendendo le mosse dal dato testuale, la norma menzionata pone in capo alla parte richiedente la liberazione dall'*automatic stay* «*the burden of proof*» circa la mancanza in capo al debitore di *equity in property*, ed in capo alla parte che si opponga a tale richiesta «*the burden of proof*» circa tutte le altre questioni¹⁸⁰.

Prima di procedere ad un approfondimento della norma, è tuttavia opportuno svolgere una precisazione circa il sistema di riparto degli oneri probatori nell'ordinamento statunitense: se l'espressione “*burden of proof*”, infatti, assumesse in tale contesto un significato equivalente alla nostra regola dell'onere della prova, disciplinata all'art. 2697 c.c., è evidente come il tenore della sez. 362(g) testé illustrata solleverebbe, agli occhi dell'interprete italiano, non poche perplessità visto

party who obtained relief from the stay without notice or on shorter notice to that party as the court may prescribe, the adverse party may appear and move reinstatement of the stay [...]. In that event, the court shall proceed expeditiously to hear and determine the motion».

Sulla norma, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.09; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.06[D]; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 205; A. N. RESNICK, *op. loc. cit.*

Sull'inapplicabilità, alla fattispecie in esame, della *rule* 4001(a)(3), e della sospensione del provvedimento di concessione del *relief* dall'*automatic stay* ivi racchiusa – con le conseguenti possibili criticità, già rilevate *supra*, nell'eventualità in cui l'*automatic stay* caducato in via d'urgenza venga successivamente ripristinato –, si veda *infra*, § 15.7.

¹⁸⁰ La sez. 362(g), per l'esattezza, prevede che «*In any hearing under subsection (d) or (e) of this section concerning relief from the stay of any act under subsection (a) of this section (1) the party requesting such relief has the burden of proof on the issue of the debtor's equity in property; and (2) the party opposing such relief has the burden of proof on all other issues».*

che, a tacere del fatto che la norma spesso conduce al risultato di richiedere all'onerato la prova di un fatto negativo, con riguardo alla fattispecie disciplinata dalla sottosezione (d)(1) il debitore sarebbe onerato di provare l'inesistenza della "*cause*" allegata dal soggetto istante per sfuggire alla concessione del provvedimento di *relief* – e, dunque, con uno stravolgimento della regola generale secondo la quale «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento» -, mentre con riguardo alla successiva sottosezione (d)(2) il soggetto istante sarebbe onerato di provare solo un frammento della fattispecie costitutiva del proprio diritto, ossia la mancanza di *equity in property* in capo al debitore, mentre graverebbe sul debitore l'onere di provare che la *property* è necessaria alla riorganizzazione, delineando in conclusione un sistema che fatica ad apparire ispirato a criteri di assoluta razionalità, oltretutto a conciliarsi con la ricostruzione, qui proposta, che qualifica il giudizio in commento come strumento volto a somministrare al giudice la prova contraria alla presunzione legale relativa posta a base dell'*automatic stay*.

Come si diceva, è tuttavia noto come il sistema di riparto degli oneri probatori diverga, negli Stati Uniti, dalle regole a noi note, essendo ivi ravvisabile una sorta di doppio livello di tale ripartizione, giustificato storicamente e concettualmente dalla presenza, in tale ordinamento, della giuria accanto al giudice togato¹⁸¹: ivi si distingue, infatti, tra "*burden of proof*", inteso come "*duty of producing evidence to the judge*", ossia un dovere nei confronti del giudice, e "*burden of persuasion*", inteso come "*risk of non persuasion of the jury*", e dunque discendente da un rapporto sussistente con la giuria¹⁸². Poiché, infatti, il ruolo del giudice, quale amministratore della giustizia, è anche quello di guidare l'azione della giuria all'interno dei confini della ragionevolezza, le parti sono onerate, in prima battuta, di dimostrare a tale soggetto di essere in possesso di prove sufficienti per essere considerate dalla giuria ed essere ragionevolmente poste a base del verdetto che la medesima è chiamata a pronunciare: si tratta, evidentemente, del cd. *duty of producing evidence to the judge*,

¹⁸¹ J. H. WIGMORE, *A treatise on the anglo-american system of evidence*, cit., 266 s. e 278; J. B. THAYER, *The burden of proof*, in 4 *Harv. L. Rev.* (1890), 48.

Si tenga presente, tuttavia, che la *bankruptcy court*, costituendo una *court of equity*, non conosce il cd. *trial by jury*: sull'argomento, L. P. KING, *Jurisdiction and procedure under the bankruptcy amendments of 1984*, cit., 703 s.

¹⁸² Secondo la felice classificazione proposta da James B. Thayer, nel contributo citato alla nota precedente; conf., E. M. MORGAN, *How to approach burden of proof and presumptions*, 25 *Rocky Mtn. L. Rev.* (1952), 35; per una critica, J. T. MCNAUGHTON, *Burden of production of evidence: a function of a burden of persuasion*, in 68 *Harv. L. Rev.* (1955), 1382 s.

verificato con un accertamento *prima facie*¹⁸³; solo l'assolvimento di quest'onere consente, così, alla parte di sottoporre il materiale di causa, ivi comprese le prove prodotte, alla giuria, e verificare se la stessa risulti "*persuaded*"¹⁸⁴. È a questo secondo livello, in altri termini, che opera il cd. *burden of persuasion*, il quale, in definitiva, distribuisce il *risk of non persuasion of the jury* tra le parti, prescrivendo al soggetto che voglia ottenere la pronuncia di un verdetto favorevole da parte della giuria di persuaderla circa la verità dei fatti che costituiscono il fondamento della decisione richiesta¹⁸⁵. L'individuazione dei fatti su cui deve formarsi la *persuasion* della giuria, è determinazione che attiene al diritto sostanziale, mentre sono le norme procedurali che, generalmente, distribuiscono l'onere di tale *persuasion* tra le parti, recependo i più disparati principi (tra cui, ad esempio, il principio per cui la parte che allega un fatto positivo, ovvero quella che dispone dei mezzi più agevoli di conoscenza di un fatto – una sorta di principio di vicinanza alla prova –, è gravata dal relativo *burden of persuasion*)¹⁸⁶. Ora, il soggetto che voglia ottenere un provvedimento favorevole su una situazione affermata (e dunque, in ultima istanza, colui che è onerato del *burden of persuasion* circa l'esistenza dei fatti allegati), generalmente è anche il soggetto che, in prima battuta, deve assolvere al proprio *duty of producing evidence to the judge*, il cui esito positivo lo condurrà, appunto, alla possibilità di essere sottoposto al giudizio della giuria; a tal punto, sono possibili due scenari: se il *risk of non persuasion* è assunto come definitivo criterio di giudizio, la valutazione delle prove prodotte dalle parti seguirà le regole della cd. *preponderance of evidence* e, ove il soggetto onerato non riesca ad assolvere al proprio *burden of persuasion*, egli subirà le conseguenze della regola citata, e non potrà dunque ottenere un verdetto favorevole, mentre controparte vincerà la causa; ma è anche possibile che, per l'operatività di determinate regole legali (ad esempio, una presunzione operante a favore del soggetto istante), non si possa immediatamente decidere in base al *risk of non persuasion* della giuria ma, per riequilibrare la posizione tra le parti, il giudice debba richiedere alla controparte di produrre sufficienti prove, idonee ad assolvere il suo *duty of producing*

¹⁸³ J. H. WIGMORE, *op. cit.*, 278 s.; J. B. THAYER, *The burden of proof*, cit., 57 s.; E. M. MORGAN, *How to approach burden of proof and presumptions*, cit., 36.

¹⁸⁴ J. H. WIGMORE, *op. cit.*, 279.

¹⁸⁵ J. H. WIGMORE, *op. cit.*, 272; E. M. MORGAN, *How to approach burden of proof and presumptions*, cit., 37.

¹⁸⁶ J. H. WIGMORE, *op. cit.*, 273 s.; E. M. MORGAN, *How to approach burden of proof and presumptions*, cit., 40 s.

evidence to the judge (che, nell'esempio proposto, varrà a superare la presunzione legale operante), sicché, in mancanza di tale adempimento, sarà proprio la controparte a risultare soccombente per decisione giudiziale, mentre in caso opposto le sue produzioni istruttorie passeranno all'esame della giuria, ove si ritornerà a verificare se il soggetto originariamente istante abbia assolto al proprio *burden of persuasion* in base alle regole della *preponderance of evidence*¹⁸⁷. La sommaria illustrazione del sistema appena svolta mostra, in definitiva, come il *duty of producing evidence to the judge* sia idoneo a spostarsi da una parte all'altra del giudizio, a seconda della fase in cui esso si trova e dei relativi sviluppi procedurali; mentre il *burden of persuasion*, al contrario, essendo fissato da norme di legge, rimane invariato, gravando generalmente sulla parte che afferma il fatto alla cui esistenza si ricollega la concessione della tutela richiesta¹⁸⁸.

Ora, ritornando a valutare l'ipotesi del riparto degli oneri probatori all'interno del giudizio per la liberazione dall'*automatic stay*, la locuzione "*burden of proof*" presente nel testo della sez. 362(g) si riferisce al secondo dei significati poc'anzi esposti, ossia alla ripartizione del *risk of non persuasion* tra le parti di detto giudizio¹⁸⁹.

Ciò significa, in primo luogo, che, secondo la regola generale poc'anzi esposta, sul soggetto istante per il provvedimento di *relief* graverà il *duty of producing evidence to the judge*, ossia l'onere di dimostrare la sussistenza *prima facie* dei presupposti legittimanti alla richiesta: sicché, evidentemente, il mancato adempimento di tale onere comporta che la domanda di *relief* debba essere immediatamente rigettata dal tribunale¹⁹⁰.

D'altro lato, ove la parte istante provveda a somministrare le prove che, a tale valutazione sommaria, appaiano idonee a fondare la richiesta di *relief*, il piano successivo dell'indagine, ossia la ripartizione del *burden of persuasion*, è dettato dalla

¹⁸⁷ J. H. WIGMORE, *op. cit.*, 280 s.; J. B. THAYER, *The burden of proof*, cit., 59 s.

¹⁸⁸ J. H. WIGMORE, *op. cit.*, 285 s.; J. B. THAYER, *The burden of proof*, cit., 56.

¹⁸⁹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.10; D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 567.

¹⁹⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.06[C]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:41; B. A. BLUM, *op. cit.*, 270; in giurisprudenza, il caso *In re Eatman*, 182 B.R. 386 (1995).

E, dunque, a completamento della disciplina procedurale esposta nei paragrafi precedenti, la caducazione dell'*automatic stay* prevista per l'ipotesi di sviluppi patologici del giudizio implica comunque che il soggetto istante, che viene in sostanza a beneficiare di tale disciplina, abbia comunque assolto, quantomeno, al suo *duty of producing evidence to the judge*, ché, altrimenti, è ragionevole presumere che il tribunale fallimentare pronuncerebbe immediatamente un provvedimento di rigetto.

stessa sez. 362(g), mediante le indicazioni illustrate al principio del presente paragrafo: così, spetterà a quel punto alla parte che si opponga alla richiesta di *relief* di dimostrare che è garantita una *adequate protection* al creditore – e dunque, ad esempio, che il bene su cui insiste la garanzia non sta subendo un deprezzamento -, mentre a fronte della dimostrazione da parte del creditore della mancanza di *equity in property* in capo al debitore, dovrà seguire la dimostrazione, da parte di quest'ultimo o del *trustee*, che tale *property* è comunque necessaria al buon esito di una *effective reorganization* o *rehabilitation*¹⁹¹.

La disciplina qui esposta può apparire eccessivamente sbilanciata a svantaggio del soggetto – debitore o *trustee* – che si opponga alla richiesta di *relief*. Tale osservazione può anche apparire fondata – salvo, tuttavia, ricordare che l'iniziale *duty of producing evidence to the judge* grava pur sempre sul soggetto istante -, eppure una disciplina siffatta si concilia perfettamente con il complessivo sistema di funzionamento dell'*automatic stay*, che già più volte abbiamo avuto occasione di descrivere: se questo si produce automaticamente ed ineludibilmente con il deposito della *petition*, dev'essere d'altra parte consentito ai soggetti che indiscriminatamente subiscano tali effetti inibitori un'agile possibilità di accedere ad una procedura che consenta ai medesimi di superare la *rebuttable presumption* posta a loro sfavore, mentre saranno coloro i quali avessero beneficiato in un primo momento della disciplina di *favor a dover*, adesso, dimostrare la legittimità degli effetti sospensivi lucrati¹⁹²; d'altra parte, l'allocazione del *burden of persuasion* dei fatti menzionati poc'anzi in capo al debitore appare soluzione assolutamente ragionevole, in quanto del tutto coerente con quel principio di vicinanza al mezzo di prova che, come abbiamo visto, trova cittadinanza anche nell'ordinamento statunitense.

15.7. I possibili contenuti del provvedimento finale e la sua efficacia

¹⁹¹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. ult. cit.*, 96; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 221 s.

¹⁹² Efficaci, a tal proposito, le parole di B. A. BLUM, *op. cit.*, 270 s.: «*The burden is allocated in this way because the stay is a form of injunction. As it is automatic, the trustee or the debtor do not have to apply for it and are initially relieved of the burden of establishing grounds for it. This places them in a better position than the normal applicant for an injunction, who must show grounds for relief. Therefore, once the continuation of the stay is challenged, the debtor or trustee must take up the burden of justifying its remaining in effect*».

Sebbene si sia fatto generico riferimento, nel corso dei paragrafi precedenti, ad un provvedimento di “liberazione” dall'*automatic stay*, o, tutt'al più, al suo effetto genericamente caducatorio, su tale inibitoria, la sez. 362(d) provvede ad articolare i possibili contenuti del provvedimento di *relief* che sia concesso alla parte istante, specificandone la possibilità di operare «*terminating, annulling, modifying, or conditioning*» l'*automatic stay*.

Emerge, dunque, come l'effetto collegato al provvedimento di concessione della liberazione dall'*automatic stay* non sia unico ed immutabile, accordando la legge al giudice la possibilità di modularlo secondo quattro differenti contenuti, evidentemente allo scopo di meglio adattarsi alle esigenze del caso concreto¹⁹³. In particolare, le possibilità di modificare o condizionare l'*automatic stay*, come meglio si vedrà, incidono meno radicalmente sull'efficacia sospensiva in discorso rispetto ai provvedimenti di cessazione o annullamento: e poiché il sistema degli effetti protettivi è ispirato, come detto, ad un marcato *favor debitoris*, il tribunale ricorrerà agli ultimi due provvedimenti menzionati solo ove alla parte istante non possa essere garantita adeguata protezione mediante il ricorso ai primi, e meno ablativi, provvedimenti citati¹⁹⁴. Ne risulta, in sostanza, un sistema di provvedimenti a contenuto progressivamente incisivo dell'*automatic stay*, ove il ricorso a quello che maggiormente interviene a menomarne la portata effettuale si giustifica solo nella misura in cui un provvedimento ad impatto più lieve non risulti idoneo a garantire al soggetto istante la tutela richiesta¹⁹⁵. Procediamo, dunque, ad analizzare partitamente i differenti contenuti che il provvedimento di *relief* può assumere, in ordine di intensità crescente.

Anzitutto, l'*automatic stay* può essere condizionato, ossia mantenuto in vita alla condizione che il debitore od il *trustee* eseguano alcuni determinati adempimenti, indicati nel medesimo provvedimento, evidentemente funzionali a garantire che la situazione del creditore venga adeguatamente tutelata¹⁹⁶: se, ad esempio, la richiesta di *relief* sia fondata sulla circostanza che l'*interest in property* vantato dal soggetto istante sta subendo un pregiudizio, il tribunale può pronunciare la prosecuzione dell'*automatic stay* alla condizione che il *trustee* si adoperi affinché tale pregiudizio

¹⁹³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[1]; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 200 s.; B. A. BLUM, *op. cit.*, 268.

¹⁹⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁵ J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 612.

¹⁹⁶ D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 529; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 597.

cessi, ovvero venga adeguatamente compensato¹⁹⁷. Si coglie immediatamente, dunque, come questa rappresenti la forma più lieve di intervento giudiziale sull'*automatic stay*.

Il provvedimento di modifica dell'*automatic stay*, poi, ha la peculiarità di incidere sull'inibitoria consentendo alla parte ad essa assoggettata il libero esercizio di alcuni, ma non la totalità, dei suoi diritti, ovvero il compimento di solo alcuni "*procedural steps*": un esempio è rappresentato dal provvedimento che permetta ad un soggetto di iniziare un'espropriazione forzata (*foreclosure action*), ma le proibisca di procedere con la vendita del bene¹⁹⁸, ovvero quello che consenta di iniziare o proseguire un giudizio in sede extrafallimentare (eventualmente anche tramite la possibilità d'invocare una convenzione d'arbitrato), ma non di proseguire con l'esecuzione della sentenza ivi ottenuta¹⁹⁹. Il provvedimento di modifica costituisce quello più frequentemente concesso a fronte di una richiesta di liberazione.

La possibilità per il tribunale di pronunciarsi ordinando la cessazione dell'*automatic stay*, poi, consente alla parte istante di liberarsi dai divieti connessi all'inibitoria e di iniziare o continuare l'azione precedentemente preclusa; la cessazione dell'*automatic stay* opera, naturalmente, a decorrere dalla pronuncia del provvedimento giudiziale, e dunque *ex nunc*²⁰⁰.

Infine, la possibilità di pronunciare l'annullamento dell'*automatic stay*, oltre a costituire un aspetto centrale della disciplina in materia di *relief*, assume un più generale valore sistematico, soprattutto per quanto se ne possa arguire con riguardo al discusso regime degli atti compiuti in violazione dell'inibitoria. La possibilità di annullare l'*automatic stay*, infatti, implica che il relativo provvedimento abbia efficacia retroattiva o *ex tunc* – differenziandosi, in ciò, dal provvedimento di mera cessazione appena illustrato, oltreché dagli altri provvedimenti, tutti operanti *ex nunc* -, con la possibilità, cioè, di convalidare gli atti compiuti dal soggetto istante pur nella vigenza

¹⁹⁷ B. A. BLUM, *op. cit.*, 269.

¹⁹⁸ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; D. R. COWANS, *op. loc. ult. cit.*; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 596.

¹⁹⁹ B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; sulla possibilità di modificare l'*automatic stay* per consentire la prosecuzione di un giudizio civile, si veda pure il contributo di F. VAZQUEZ, *Modification of automatic stay to permit litigation to proceed remains possible*, loc. cit., nonché quanto già ricordato *supra*, in questa stessa Sez., § 15.3.

²⁰⁰ B. A. BLUM, *op. cit.*, 268; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, loc. cit.

dell'inibitoria²⁰¹: poiché, infatti, anche il diritto statunitense esclude la possibilità di convalidare un atto nullo (*void*), sussistendo tale potere solo nei riguardi di un atto annullabile (*voidable*), parte della dottrina e della giurisprudenza ne ha dedotto che l'atto compiuto in violazione dell'*automatic stay* sia meramente *voidable*, e non *void*²⁰². Il provvedimento in discorso, per i particolari effetti che lo connotano, è riguardato come provvedimento eccezionale, e dunque fruibile solo in particolari circostanze, come quando il debitore abbia fatto ricorso abusivo alla procedura ed il creditore, in buona fede, non conoscesse dell'entrata in vigore dell'inibitoria²⁰³.

Una menzione, infine, merita il provvedimento che rigetti la richiesta di *relief* dall'*automatic stay*: in tal caso, evidentemente, l'inibitoria rimarrà in vigore, sottoposta al regime legale di cessazione predisposto dalla sez. 362(c), con eventuale consecuzione alla medesima del provvedimento di *discharge*, ove questo venga concesso.

Per quanto concerne l'efficacia del provvedimento di *relief* dall'*automatic stay*, già si è avuto modo, nel corso della trattazione, di anticiparne alcuni aspetti.

Il riferimento, anzitutto, è a quanto si è poc'anzi osservato in relazione al relativo decorso, collegato dunque al peculiare contenuto che esso assuma: *ex tunc*, in caso di provvedimento di annullamento dell'inibitoria, *ex nunc*, dalla data della sua pronuncia, in tutti gli altri casi. Occorre solo aggiungere che la *rule* 4001(a)(3), rubricata «*Stay of order*» prevede che il provvedimento che accoglie la richiesta di *relief* rimanga sospeso per quattordici giorni decorrenti dalla sua pronuncia, salvo che il tribunale disponga diversamente: poiché, peraltro, la facoltà di abbreviare o eliminare tale sospensione è generalmente riconosciuta nelle ipotesi in cui ciò comporterebbe per il creditore il rischio di un pregiudizio irreparabile, la norma appena citata non opera, per definizione, con riguardo ai provvedimenti ottenuti all'esito del procedimento *inaudita altera parte*²⁰⁴. Una volta decorso tale periodo di sospensione, il provvedimento in discorso diviene provvisoriamente esecutivo, concordemente alle

²⁰¹ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[B][2]; D. R. COWANS, *op. loc. ult. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 201; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 597.

²⁰² Su tale dibattito, peraltro, si avrà ampiamente modo di tornare nel corso del prossimo capitolo.

²⁰³ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. cit.*, 269; in giurisprudenza, il caso *Franklin Sav. Ass'n v. Office of Thrift Supervision*, 31 F.3d 1020 (1994).

Con riguardo ai rapporti tra ignoranza incolpevole dell'operatività dell'inibitoria e concessione del provvedimento di annullamento dell'*automatic stay* si tenga presente, inoltre, quanto si dirà *infra*, Cap. IV, § 5.

²⁰⁴ Per tutti, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.08[9].

istanze di urgenza e celerità che connotano il procedimento per la concessione del *relief*; la proposizione dell'impugnazione (*appeal*) avverso il provvedimento non è peraltro idoneo a sospenderne automaticamente l'efficacia, sicché nel caso in cui, ad esempio, il debitore non riesca ad ottenere dal giudice di secondo grado una pronuncia che sospenda in via provvisoria il provvedimento di *relief* impugnato, il creditore potrà procedere nella propria azione anche in pendenza del giudizio di gravame²⁰⁵.

Ma già si è avuto modo di accennare anche del regime di conservazione degli effetti prodotti dal provvedimento in commento, in special modo nell'ipotesi di conversione di procedure: poiché, infatti, tale fattispecie non comporta il mutamento della data del deposito della prima (ed unica) *petition*, l'*automatic stay* operativo nel corso della seconda procedura è quello originariamente prodottosi, sicché anche i provvedimenti di *relief* che fossero stati ottenuti nel corso della prima conservano egualmente i propri effetti anche dopo la conversione²⁰⁶.

V'è poi da domandarsi se, a fronte del rigetto dell'istanza di *relief* presentata, il medesimo soggetto, nel corso della stessa procedura, possa ripresentare una nuova domanda per ottenere la liberazione dall'*automatic stay*: tale possibilità è evidentemente condizionata all'applicabilità, nel caso di specie, dei principi della *res judicata*, ed in particolare della cd. *rule of bar*, in forza della quale il rigetto della domanda ne impedisce la riproposizione nel contesto di un nuovo processo²⁰⁷. L'applicazione dei principi della *res judicata*, in particolare, richiede il concorso di tre requisiti: il provvedimento finale dev'essere valido, deve contenere una decisione nel merito, e deve essere *final*²⁰⁸. Quest'ultimo connotato, in particolare, è strettamente collegato alla qualità dell'accertamento in essa racchiuso²⁰⁹, sicché pare doversi escludere la sua ricorrenza in un giudizio, come quello in esame, caratterizzato, come detto, dalla sommarietà della cognizione oltreché, si aggiunge, da una decisione assunta *rebus sic stantibus*, e dunque sottoposta alla costante mutevolezza dei fatti posti a base della

²⁰⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.13; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:42.

²⁰⁶ Per tutti, D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 569.

²⁰⁷ Sul punto, J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *Civil procedure*, cit., 646; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *Civil procedure*, cit., 985; G. C. HAZARD, JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *Civil procedure*, cit., 610; D. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, cit., 213 s.; M. TARUFFO, "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni, I, cit., 653.

²⁰⁸ J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 679.

²⁰⁹ J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. cit.*, 685; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. cit.*, 983; D. VOLPINO, *op. cit.*, 84 s.

decisione assunta (si pensi, ad esempio, al caso in cui solo in un secondo momento il bene gravato da un diritto di prelazione subisca un effettivo deprezzamento)²¹⁰.

Per lo stesso motivo ci pare che un provvedimento di *relief* ottenuto nel corso di una procedura sia destinato a perdere la propria efficacia nel momento in cui essa raggiunga il suo epilogo, sicché in alcun modo tale provvedimento potrà venire invocato nell'ambito di una procedura successivamente avviata: esso, in altri termini, avrebbe efficacia meramente endo-concorsuale, e non, come si diceva, di *res judicata*²¹¹. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza non pare unanimemente orientata: da un lato, infatti, vi è chi afferma l'efficacia di *res judicata* del provvedimento di *relief*²¹², mentre soluzioni più articolate propongono di porre il medesimo a base di una *rebuttable presumption* operante a favore del creditore che, nel corso della seconda procedura, chieda nuovamente la liberazione dall'*automatic stay*²¹³.

16. La derogabilità volontaria dell'effetto protettivo: i cd. *prepetition waiver agreements*

Le ipotesi di cessazione, legale e giudiziale, dell'*automatic stay*, alla cui disamina è stata dedicata la presente Sezione, non esauriscono, tuttavia, il novero delle fattispecie idonee a condurre alla caducazione dell'inibitoria disposta dalla sez. 362 del *Bankruptcy Code*.

Occorre infatti far menzione di una prassi, affermata nel solco dell'ampia libertà che, nell'ordinamento statunitense, viene tradizionalmente riconosciuta all'autonomia delle parti, consistente nella stipulazione dei cd. *prepetition waiver agreements*, ossia accordi conclusi dal debitore con uno o più creditori, contenenti la pattuizione che, in caso di successiva presentazione, da parte del primo, di una domanda di ammissione ad una delle procedure previste dal *Bankruptcy Code*, tale sog-

²¹⁰ J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 626; ha escluso gli effetti di *res judicata* la sentenza *In re Sun Valley Ranches, Inc.*, 43 B.R. 641 (1984).

²¹¹ Così, D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 467; in giurisprudenza, *In re Taylor*, 77 B.R. 237 (1987).

²¹² *In re Norris*, 39 B.R. 85 (1984).

²¹³ *In re Bystrek*, (1982).

getto rinuncerà all'*automatic stay*, spesso tramite l'assunzione dell'impegno a non contestare la richiesta di *relief* presentata dal creditore²¹⁴.

Lo strumento contrattuale in commento è storicamente sorto in via spontanea nelle situazioni in cui il creditore fosse sì disposto ad effettuare alcune concessioni al proprio debitore in difficoltà (tra cui, ad esempio, la rinuncia ad avvalersi delle vie proprie dell'esecuzione forzata), ma desiderasse al contempo cautelarsi dall'eventualità che quest'ultimo, depositando una *petition*, gli precludesse in ogni caso la praticabilità di qualsivoglia iniziativa aggressiva²¹⁵.

Mentre, peraltro, nel vigore delle precedenti *Rules of Bankruptcy Procedure*, la *rule* 401, alla sottosezione (b), espressamente prevedeva che lo *stay* perdurasse, tra l'altro, finché il fallito rinunciava a tale diritto²¹⁶, con ciò implicitamente riconoscendo cittadinanza ai *prepetition waiver agreements*, nessuna disposizione di simile tenore è possibile rinvenire nell'odierna sez. 362²¹⁷: da qui, l'odierno dibattito circa la legittimità di siffatta prassi nonché, in seconda battuta, del valore che tali patti possono assumere all'interno di una procedura concorsuale.

Le soluzioni proposte da giurisprudenza e dottrina su tali questioni sono le più disparate, tutte comunque riconducibili a tre filoni interpretativi.

Ai due estremi, naturalmente, le posizioni opposte: secondo alcuni, cioè, i *prepetition waiver agreements* devono essere considerati *self-executing* all'interno della procedura concorsuale, in nome dei superiori valori dell'autonomia contrattuale delle parti e dell'opportunità di favorire le composizioni stragiudiziali della crisi, cosicché, ove il creditore agisca per la richiesta di *relief* dall'*automatic stay*, il tribunale non possa far altro che concederlo, qualificando senz'altro tale accordo come "*cause*" ai sensi della sez. 362(d)(1)²¹⁸; sul versante completamente opposto, viceversa, si trova l'opinione di chi nega qualsivoglia efficacia a tali accordi, ritenuti in contrasto

²¹⁴ Per un primo inquadramento dell'istituto, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.07[7][b]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.05[F]; M. E. TRACHT, *Contractual bankruptcy waivers: reconciling theory, practice, and law*, in 82 *Cornell L. Rev.* (1997), 311.

²¹⁵ Sul punto, W. D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. cit.*, 221.

²¹⁶ La *rule* 401(b) prevedeva, per l'esattezza, che «[...] *the stay shall continue until [...] the bankrupt [...] waives [...] his right thereto*»: sul punto, J. W. MOORE, L. P. KING, *Collier on bankruptcy*, 14th ed., 1A, cit., § 11.012.

²¹⁷ Sul punto, anche E. S. ADAMS, J. L. BAILLIE, *A privatization solution to the legitimacy of prepetition waivers of the automatic stay*, in 38 *Ariz. L. Rev.* (1996), 9, testo e nota 66.

²¹⁸ Ciò che è avvenuto nel noto caso *In re Club Tower L.P.*, 138 *B.R.* 307 (1991).

con gli interessi pubblicistici tutelati dal *Bankruptcy Code*²¹⁹. Infine, è ravvisabile un'opinione intermedia, la quale, seppur negando automatica esecutività agli accordi in discorso, non giunge tuttavia a negare, ai medesimi, qualsiasi valore all'interno della procedura, riconducendo piuttosto la loro stipulazione al novero delle circostanze che il tribunale è chiamato a valutare, unitamente alle altre, nel momento in cui decida se sussiste una "cause" per concedere il provvedimento di *relief*²²⁰.

Anzitutto, pare agevole concordare sul punto che gli accordi in oggetto non possano essere considerati *self-executing*: si ricordi, infatti, che nel corso dell'indagine svolta in merito agli interessi alla cui protezione l'*automatic stay* è preordinato, è emerso come tale istituto non sia esclusivamente funzionale alla tutela del debitore, ma anche dell'intero ceto creditorio, in quanto essenziale a garantire che la distribuzione del patrimonio fallimentare avvenga nel rispetto dei principi della *par condicio*, oltreché degli interessi pubblicistici ad un'efficiente gestione della procedura fallimentare. Riconoscere efficacia autoesecutiva ai *prepetition waiver agreements* significherebbe, evidentemente, consentire al debitore di disporre unilateralmente di un effetto di cui egli non è affatto l'esclusivo titolare: un potere dispositivo, questo, che non può essere in alcun modo riconosciuto²²¹.

Ma anche la soluzione favorevole a considerare l'avvenuta stipulazione di siffatto accordo tra le circostanze che il tribunale è chiamato a valutare nell'accertamento della sussistenza di una giusta "cause" per la concessione del provvedimento di *relief*, non convince. A tacere del rischio di alimentare una prassi che, di fatto, può risolversi nella costrizione di una parte in una situazione di debolezza a concludere un accordo con il quale la medesima rinuncia ad una protezione per essa fondamentale, non va dimenticato, poi, che quest'ultima è accordata da una disciplina di carattere imperativo: il sistema normativo dell'*automatic stay* è infatti fissato dalla legge a protezione di situazioni che, con il deposito della *petition*, fuoriescono dalla sfera privatistica del rapporto tra il debitore ed il proprio creditore, ed approdano viceversa in una dimensione universale, coinvolgendo l'intero ceto credi-

²¹⁹ In tal senso, P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. loc. cit.*; W. BASSIN, *Why courts should refuse to enforce pre-petition agreements that waive bankruptcy's automatic stay provision*, in 28 *Ind. L. Rev.* (1994), 9 s.; in giurisprudenza, *Matter of Pease*, 195 *B.R.* 431 (1996), 435.

²²⁰ E. S. ADAMS, J. L. BAILLIE, *A privatization solution to the legitimacy of prepetition waivers of the automatic stay*, cit., 25 s. e 31 s.; nonché il caso *In re Desai*, 282 *B.R.* 527 (2002).

²²¹ In simili termini, pure A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

torio all'interno di una procedura gestita da organi pubblicistici, ossia quelli giurisdizionali; tale sistema, in altri termini, succede *in toto* alla gestione privatistica dei rapporti del debitore con i propri creditori, sicché esclusivamente sulla base delle regole ivi operanti possono essere caducate le tutele fondamentali offerte, mentre nessun rilievo potrà essere riconosciuto ad un accordo individualmente assunto quando il debitore era ancora *in bonis*.

Diversa, peraltro, è l'eventualità in cui sia proprio la legge, e dunque le speciali regole operanti nel sistema concorsuale, a riconoscere un qualche rilievo ad un accordo concluso dal debitore con i propri creditori: è il caso disciplinato dalla *rule* 4001(d) delle *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*, dove viene dettata una speciale procedura volta ad ottenere il riconoscimento di accordi conclusi, nel corso della procedura – e, in particolare, prima o dopo il deposito di una *lift-stay motion* –, tra il debitore ed un creditore, aventi ad oggetto la modifica o la cessazione dell'*automatic stay*. In particolare, è ivi disposto che la procedura di riconoscimento venga avviata con una *motion*, da notificarsi a tutte le parti interessate e dunque, in special modo, agli altri creditori, che entro i successivi quattordici giorni possono presentare la propria opposizione a tale accordo; solo in caso di presentazione di un'opposizione il tribunale è tenuto a fissare apposita udienza, e in ogni caso tale organo rimane libero nella concessione del riconoscimento, e quindi nella pronuncia del provvedimento di *relief*, valutate tutte le circostanze²²².

Le peculiarità che connotano tale fattispecie rispetto alla prassi dei cd. *prepetition waiver agreements* sono notevoli. Anzitutto, come detto, si tratta di accordi conclusi nella pendenza della procedura concorsuale, in un momento in cui, dunque, il debitore gode appieno dei benefici connessi all'*automatic stay*, e con l'annullamento, dunque, del rischio di costrizione della parte in situazione di debolezza che si accompagna agli accordi conclusi in epoca pre-concorsuale; in secondo luogo, è la stessa legge a riconoscerne la legittimità, evidentemente allo scopo di esternalizzare la risoluzione di questioni controverse che, ove affrontate nel corso del giudizio di *relief*, comporterebbero un aggravamento ed un ritardo del procedimento²²³, circondando altresì il procedimento di speciali cautele, tra cui, su tutte, la ne-

²²² In generale, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. ult. cit.*, § 362.08[8]; D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 563; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 208 s.

²²³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. ult. cit.*

cessità di coinvolgere gli altri soggetti titolari degli interessi alla cui protezione è volto l'*automatic stay*, per consentir loro di esercitare il loro diritto al contraddittorio: tali accorgimenti, unitamente alla libertà di giudizio di cui comunque resta titolare il tribunale, consentono dunque di evitare che la conclusione dell'accordo rimanga relegata alla dimensione puramente privatistica del rapporto bilaterale tra debitore e singolo creditore, ma riconducono l'accordo medesimo alla vigilanza di tutti i soggetti titolari degli interessi protetti dall'*automatic stay*.

17. Le conseguenze della cessazione dell'effetto protettivo

Per quanto riguarda le conseguenze che derivano dalla cessazione dell'*automatic stay*, è opportuno distinguere tra cessazione legale e giudiziale dell'inibitoria.

Quanto alle fattispecie di cessazione legale, infatti, mentre, come abbiamo visto, quelle intervenute nei riguardi del patrimonio fallimentare si ricollegano alla circostanza che il cespite in questione fuoriesca dall'*estate* – in conseguenza, ad esempio, dell'avvenuta liquidazione fallimentare, di *abandonment* ovvero *exemption* – per assoggettarsi, in definitiva, ad un differente regime giuridico, l'inibitoria operante nei confronti del debitore e del suo patrimonio personale termina con l'esaurimento della procedura: sicché, evidentemente, dalla circostanza che la *discharge* venga concessa oppure negata, dipende la possibilità per i creditori concorsuali di successivamente agire, una volta cessato l'*automatic stay*, nei confronti di tali entità per ricercare il soddisfacimento delle proprie residue pretese²²⁴. Si consideri, inoltre, che con la chiusura della procedura viene meno la *jurisdiction* del tribunale fallimentare: ciò significa, dunque, che, una volta che l'*automatic stay* sia terminato per le cause previste *ex lege*, il tribunale non potrà ripristinarlo²²⁵, né, evidentemente, potrà pronunciare un provvedimento inibitorio *ad hoc* ai sensi della sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*²²⁶.

Con riguardo all'intervenuta concessione di un provvedimento di *relief*, viceversa, già si è accennato alla circostanza che la liberazione operi esclusivamente nei

²²⁴ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.07[D].

²²⁵ D. R. COWANS, *op. ult. cit.*, 465; in giurisprudenza, il caso *In re Nagel*, 245 B.R. 657 (1999).

²²⁶ Si ricordi, infatti, quanto detto *supra*, § 14, testo e nota 78.

confronti del soggetto istante e nei limiti esattamente descritti nel provvedimento medesimo, mentre la situazione giuridica dell'entità beneficiaria dell'inibitoria non muta con riguardo alla generalità degli altri soggetti che subiscono l'*automatic stay*. Gli effetti derivanti dalla cessazione giudiziale dell'*automatic stay* si differenziano molto, dunque, da quelli conseguenti alle fattispecie di cessazione legale, in quanto il provvedimento in discorso non comporta la fuoriuscita del cespite che ne costituisce l'oggetto dal patrimonio fallimentare, sicché, appunto, le altre *entities* rimangono assoggettate ai divieti discendenti dalla sez. 362(a)²²⁷. Una volta che il provvedimento di *relief* sia stato concesso, peraltro, il tribunale non potrà disporre il ripristino dell'*automatic stay* di cui alla sez. 362(a); tuttavia, ove ne ricorrano i presupposti – ma si tratterà, evidentemente, di casi del tutto eccezionali -, potrà concedere al debitore una *injunction* ai sensi della sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*, e così imporre alla parte che in un primo momento avesse ottenuto la liberazione dall'*automatic stay* il divieto di procedere ulteriormente con le proprie iniziative aggressive²²⁸.

²²⁷ Così, J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 618 s.

²²⁸ Così il caso *In re Terramar Mining Corp.*, 70 B.R. 875 (1987), 877, ove è appunto affermazione per cui la *bankruptcy court* possa «*on properly filed complaint for injunctive relief pursuant to § 105 of the Bankruptcy Code, grant injunctive relief in an extraordinary situation, and prohibit the party who originally obtained relief under the motion for relief from stay to proceed any further with the action to enforce a lien against property of the estate*».

CAPITOLO QUARTO

LA VIOLAZIONE DELL'*AUTOMATIC STAY*

1. I presupposti della violazione dell'automatic stay

Conclusa l'analisi dell'istituto disciplinato dalla sez. 362 del *Bankruptcy Code*, in tutti i suoi momenti caratterizzanti, non resta che trascorrere all'illustrazione degli aspetti patologici che possono investire siffatto sistema di protezione del debitore, e dunque delle conseguenze che la legge ricollega al compimento di attività precluse dal vigore dell'*automatic stay*.

Un'azione compiuta in violazione dell'*automatic stay* è, evidentemente, qualsiasi iniziativa idonea a ricadere nelle fattispecie descritte dalla sez. 362(a) – senza, al contempo, integrare un'eccezione all'inibitoria di cui alla successiva sottosezione (b) -, posta in essere dalle *entities* che la legge assoggetta ai divieti ivi prescritti, e nei confronti dei soggetti che, dei medesimi divieti, sono beneficiari. Essa, poi, può consistere sia in un comportamento attivo che in un'omissione: un esempio del secondo caso è rappresentato, come visto, dall'ipotesi in cui la controparte del debitore in un giudizio extrafallimentare ometta di assumere le iniziative necessarie ad assicurare che tale procedimento venga in concreto sospeso¹.

È opportuno, anzitutto, svolgere un'importante precisazione, che vale, assieme agli elementi fin qui raccolti, a spiegare ancor meglio l'essenza dell'*automatic stay*, soprattutto ove riguardato nel suo primo momento, ossia come protezione necessariamente operante a favore del debitore dal momento del deposito della *petition*. Poiché, infatti, l'*automatic stay* consiste in un divieto imposto a determinati soggetti individuati *ex lege*, lecito è domandarsi se la sua operatività – nonché, in particolare, la possibilità di applicare le conseguenze previste in caso di sua violazione, tra cui

¹ Si ricordi quanto illustrato *supra*, Cap. III, Sez. II, § 6.1.

l'inefficacia *lato sensu*² dell'attività compiuta –, richiedano che tali soggetti siano stati effettivamente informati della vigenza dell'inibitoria, ovvero se, in mancanza di qualsivoglia avviso o comunicazione, e dunque al riscontro della loro buona fede, non debba prevalere l'esigenza di tutelare il loro affidamento, con salvezza, dunque, degli effetti dell'attività compiuta: il *Bankruptcy Code*, infatti, prescrive sì, con la sez. 342, che ai creditori ed agli altri soggetti interessati sia data notizia dell'apertura della procedura concorsuale, ed inoltre la *Official Form 9* ricomprende, tra i contenuti specifici di tale avviso, pure l'avvertimento dell'entrata in vigore dell'*automatic stay*, ma generalmente tale avviso viene ricevuto dai medesimi diversi giorni dopo il deposito della *petition*³. Nel corso della trattazione, peraltro, già si è avuto modo di anticipare la risposta a tale quesito, e precisamente nel senso che l'*automatic stay* acquista efficacia con il solo deposito della *petition*, senza che sia necessario, al fine di assoggettare una parte alla sua efficacia preclusiva, l'effettiva conoscenza, in capo alla medesima, di tale avvenimento⁴: sicché, di conseguenza, le azioni che essa compia ignorando incolpevolmente il vigore dell'inibitoria saranno comunque da considerarsi *contra legem*, con le conseguenze che si vedranno tra breve⁵.

Tale rigorosa disciplina si spiega, evidentemente, con la prevalenza che la legge riconosce agli interessi, di natura pubblicistica, alla cui tutela è preordinato l'*automatic stay*: l'esigenza di assicurare che il patrimonio fallimentare sia conservato nella sua integrità e devoluto alla soddisfazione dei creditori concorsuali, e che la procedura possa essere gestita in modo efficiente, richiedono evidentemente che gli effetti protettivi si producano con assoluta certezza a decorrere da un momento unico e predeterminato per tutti i soggetti da essi effetti interessati, evitando al contempo gli aggravii che, diversamente, comporterebbe la necessità di accertare se l'*entity* in questione, nel caso concreto, avesse ricevuto notizia dell'operatività dell'*automatic stay* o meno.

² Di nuovo, si preferisce per il momento discorrere genericamente di inefficacia in senso lato, in quanto, come si vedrà tra breve, il regime giuridico degli atti compiuti in violazione dell'*automatic stay* è ancora oggi oggetto di un dibattito irrisolto.

³ S. V. KELLEY, *Ginsberg & Martin on bankruptcy*, 5th ed., 1, cit., § 3.01[B][4]; A. N. RESNICK, *Bankruptcy law manual*, cit., 120.

⁴ S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[B][1]; D. R. COWANS, *Cowans bankruptcy law and practice*, 2, cit., 476; B. A. BLUM, *Bankruptcy and debtor/creditor*, cit., 257; in giurisprudenza, *In re Calder*, 907 F.2d 953 (1990), 956.

⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *Collier on bankruptcy*, 16th ed., 3, cit., §§ 362.02 e 362.12.

La circostanza che il soggetto interessato dall'inibitoria fosse o meno al corrente dell'operatività di quest'ultima nel momento in cui ha compiuto un'azione vietata, non è tuttavia completamente irrilevante, ai fini dell'applicazione della disciplina in commento: già si è visto, infatti, che l'ignoranza incolpevole dell'operatività dell'*automatic stay* può condurre, all'esito del giudizio per la liberazione dall'inibitoria, ed unitamente alla sussistenza dei presupposti sostanziali a tal fine richiesti, alla pronuncia di un provvedimento di annullamento, con sanatoria *ex tunc* dell'attività compiuta⁶; e si vedrà oltre, poi, come sanzioni più gravose siano previste per l'ipotesi di violazioni perpetrate nella consapevolezza del vigore dell'*automatic stay* (cd. *willful violation*)⁷.

Salve tali sanzioni eventuali ed aggiuntive, dipendenti dall'atteggiamento soggettivo riscontrabile in capo alla *entity* che abbia violato l'*automatic stay*, la conseguenza ineludibilmente prevista al verificarsi di un qualsiasi atto compiuto contravvenendo ai divieti posti dalla sez. 362(a) è rappresentata, come anticipato, dall'inidoneità, di tale atto, a produrre o consolidare i propri effetti giuridici; l'esatto regime giuridico di tali attività, nell'assoluto silenzio della legge sul punto, costituisce tuttavia una delle questioni più dibattute in materia di *automatic stay*, e ricorda, allo studioso italiano, l'analogo dibattito sorto attorno alle conseguenze della violazione dei divieti dettati dall'art. 182 *bis* l. fall., in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti⁸. La giurisprudenza statunitense, sul punto, appare divisa tra due tesi contrapposte: quella, maggioritaria, che sostiene la nullità degli atti compiuti in violazione dell'inibitoria (cd. *void approach*), e quella che, viceversa, ne sostiene la mera annullabilità (cd. *voidable approach*), alla cui partita analisi saranno dedicati i prossimi paragrafi.

2. La tesi secondo la quale le iniziative compiute in violazione dell'automatic stay sono annullabili (cd. voidable approach)

⁶ Si veda *supra*, Cap. III, Sez. III, § 15.7.

⁷ Di ciò si dirà *infra*, § 7.

⁸ Sul punto, per tutti, M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, cit., 156.

Le contrapposte interpretazioni, in ordine al regime giuridico proprio degli atti compiuti in violazione dell'inibitoria, sono il portato di due differenti approcci interpretativi: mentre, come si vedrà, la nullità di siffatte iniziative è argomentata muovendo dalla presumibile intenzione del legislatore, e dunque pel tramite di un'interpretazione teleologica della complessiva disciplina dell'*automatic stay*, attenta alla natura ed allo scopo che la medesima intende perseguire, la loro annullabilità, come subito si vedrà, è argomentata dal significato proprio delle parole (cd. *plain meaning approach*), e dunque da un'interpretazione letterale della sez. 362 del *Bankruptcy Code*.

L'argomento che, inequivocabilmente, pare condurre alla conclusione appena accennata, sarebbe cioè rappresentato dalla sottosezione (d), disciplinante, come noto, il procedimento per la concessione del *relief*, ed in particolare dal potere ivi attribuito al tribunale di annullare retroattivamente l'*automatic stay*, con sanatoria *ex tunc* delle attività compiute nel suo vigore: poiché, infatti, tale facoltà implica la possibilità di convalidare tali atti, e la convalida è da escludersi nelle ipotesi di nullità radicale, ne deriverebbe inequivocabilmente la loro qualificazione nel senso di mera annullabilità; una volta instaurato il giudizio di *relief* per l'annullamento dell'*automatic stay*, in altri termini, il tribunale sarebbe chiamato a scegliere tra la convalida dell'iniziativa ovvero il suo annullamento.

Ad ulteriore conforto della tesi ora in commento, si aggiunge la presenza di disposizioni del tenore delle sezioni 542(c) e 549(c) del *Bankruptcy Code*: la prima, in particolare, esclude dalla necessità di cd. *turnover of property to the estate* gli atti di disposizione che siano compiuti in buona fede da un soggetto in possesso di beni confluiti nel patrimonio fallimentare, che non fosse a conoscenza né dell'inizio della procedura, né del vigore dell'*automatic stay*; la seconda, poi, ha ad oggetto le cd. *postpetition transactions*, escludendo la possibilità per il *trustee* di esercitare i propri *avoiding powers* con riguardo alle cessioni a giusto prezzo di beni immobili appartenenti al patrimonio fallimentare perfezionate a favore di un acquirente di buona fede che non avesse conoscenza dell'inizio della procedura. Tali norme, in altri termini, disponendo la salvezza di determinati atti giuridici compiuti durante la procedura concorsuale, varrebbero in definitiva ad escludere la possibilità di considerarli radicalmente privi di effetti.

In tal senso appaiono orientati, in particolare, il quinto⁹ e il sesto *circuit*¹⁰, oltreché parte minoritaria della dottrina¹¹. Alla medesima conclusione, peraltro, si è pervenuti mediante un percorso argomentativo differente, tipico degli strumenti propri dell'analisi economica del diritto, e peculiare dell'ordinamento statunitense, ossia l'utilizzo del cd. *information-forcing paradigm*: quest'ultimo, in particolare, consisterebbe in una regola finalizzata a stimolare la rivelazione di determinate informazioni tra controparti contrattuali, specie se riguardanti il rischio per una di esse di subire un determinato danno, ed incentivata tramite l'allocatione del rischio del danno medesimo in capo alla parte che, essendo a conoscenza di dette informazioni, era in grado di evitarlo comunicandolo a controparte, sì da indurre la medesima, appunto, ad una maggiore trasparenza, ed a raggiungere una complessiva maggiore efficienza del sistema¹². L'applicazione di tale regola alla materia che ci occupa conduce ad interrogarsi su quale sia la parte a conoscenza dell'informazione rilevante, ossia il vigore dell'*automatic stay*, e che dunque, con un minore costo complessivo, è in grado di comunicarla a controparte: si tratta, evidentemente, del debitore, che meglio di ogni altro è a conoscenza del deposito di una *petition* nei suoi confronti, e sul quale, dunque, può essere più efficientemente allocato l'onere di rivelare tale avvenimento ai creditori, nonché il conseguente rischio della sua violazione¹³. Ne deriverebbe, con ciò, che il regime giuridico che meglio consente la realizzazione di tale assetto dei rapporti tra debitore e creditori è quello della mera annullabilità dell'iniziativa, che, da un lato, comportando l'iniziale validità ed efficacia dell'atto compiuto in violazione dell'*automatic stay* addossa al debitore il rischio della violazione medesima e,

⁹ A. Sikes v. Global Marine, Inc., 881 F.2d 176 (1989), 178, ove è affermazione per cui "By strict definition that which is void is nugatory and of no effect and cannot be cured; that which is voidable may be either voided or cured. [...] We are persuaded that the better reasoned rule characterizes acts taken in violation of the automatic stay as voidable rather than void. [...] In section 362(d) Congress empowered the court to grant relief from the automatic stay "by terminating, annulling, modifying, or conditioning" the stay. The power to annul authorizes retroactive relief even unto the date of the filing of the petition giving rise to the automatic stay. The power to annul authorizes the court to validate actions taken subsequent to the impressing of the section 362(a) stay".

¹⁰ Easley v. Pettibone Michigan Corp., 990 F.2d 905 (1993).

Le *circuit courts*, lo si ricorda, costituiscono le autorità giudiziarie di secondo grado a livello federale: si veda *supra*, Introduzione, § 3.

¹¹ In tal senso, T. A. BARNES, *The plain meaning of automatic stay in bankruptcy: the void/voidable distinction revisited*, cit., 315 s., oltre all'autore citato alla successiva nota 13.

¹² In argomento, J. H. VERKERKE, *Legal ignorance and information-forcing rules*, in 3 *Univ. of Virginia Law & Econ. Research Paper* (2003), 3 s.

¹³ R. R. NICCOLINIA, *The voidability of actions taken in violation of the automatic stay: application of the information-forcing paradigm*, in 45 *Vand. L. Rev.* (1992), 1679 s.

dall'altro, lo onererà della conseguente iniziativa processuale volta, appunto, a far invalidare l'atto¹⁴.

L'adesione a questa tesi interpretativa si riflette, in definitiva, in una maggiore attenzione prestata alla tutela dell'affidamento del terzo e degli effetti delle attività da questi compiute: il quale, come noto, ben potrebbe non essere stato, al momento del compimento dell'azione, a conoscenza del vigore dell'inibitoria, trovandosi conseguentemente in uno stato soggettivo di buona fede, in quanto tale meritevole di una qualche forma di riconoscimento.

3. La tesi secondo la quale le iniziative compiute in violazione dell'*automatic stay* sono nulle (cd. void approach)

Come anticipato, l'opposta tesi volta a ricondurre gli atti compiuti in violazione dell'*automatic stay* alla categoria giuridica della nullità si fonda sull'intenzione del legislatore (cd. *purposive approach*), e dunque su un'interpretazione teleologica della disciplina, valorizzando gli scopi che, pel tramite della medesima, il Congresso abbia inteso raggiungere.

Si osserva, in particolare, che l'*automatic stay* costituisce un fondamentale strumento di protezione rivolto alla tutela sia del debitore che dei creditori, liberando il primo dalle iniziative aggressive di questi ultimi i quali, a loro volta, possono fare affidamento sull'integrità del patrimonio fallimentare, e sulla sua idoneità ad essere ripartito nel rispetto dei principi di *par condicio*; infine, tale istituto è diretto altresì a tutelare interessi di natura pubblicistica, garantendo un'efficiente gestione della procedura fallimentare¹⁵. Ora, poiché tali interessi sono da considerarsi indisponibili, ne consegue che gli atti compiuti in violazione di una norma, evidentemente inderogabile, volta alla protezione degli interessi medesimi, siano da considerarsi affetti da nullità radicale, anche in considerazione del fatto che una disciplina meno rigorosa, quale quella discendente da una qualificazione in termini di mera annullabilità, finirebbe

¹⁴ Si tratta della ricostruzione proposta da R. R. NICCOLINIA, *The voidability of actions taken in violation of the automatic stay: application of the information-forcing paradigm*, cit., 1680 s.; in senso contrario a tale metodo interpretativo – pur, come visto, nella condivisione del risultato infine raggiunto –, T. A. BARNES, *The plain meaning of automatic stay in bankruptcy: the void/voidable distinction revisited*, cit., 311 s.

¹⁵ Per un approfondimento di tali aspetti, peraltro, si rinvia a quanto detto *supra*, Cap. II, § 2.

per tradire gli obiettivi perseguiti dalla complessiva normativa, incoraggiando i soggetti colpiti dall'inibitoria ad agire comunque, potendo confidare nel consolidamento della propria iniziativa. In tale ricostruzione, peraltro, trovano adeguata collocazione anche le fattispecie, di cui s'è detto, che paiono implicare la possibilità di convalidare l'atto compiuto in violazione dell'inibitoria e che sembrerebbero indubitabilmente escludere, in tal modo, la loro qualificazione come radicalmente *void*: le disposizioni di cui alle sezioni 362(d), 542(c) e 549(c) del *Bankruptcy Code*, per l'esattezza, costituirebbero delle “*equitable exceptions*” alla *voidness rule*, e capaci dunque, al ricorrere di ragioni di natura equitativa, di sottrarre una specifica iniziativa al rigoroso regime della nullità radicale, altrimenti vigente, previsto per gli atti compiuti in violazione dell'*automatic stay*¹⁶.

Questa è l'opinione perseguita dalla giurisprudenza prevalente, ed in particolare dal primo¹⁷, dal secondo¹⁸, dal terzo¹⁹, dal nono²⁰, dal decimo²¹ e dall'undicesimo *circuit*²², oltreché dalla dottrina assolutamente maggioritaria²³.

Nel senso della nullità radicale degli atti compiuti in violazione dell'*automatic stay* si è espressa, altresì, l'unica sentenza della *Supreme Court of the United States* rinvenibile sul tema, pronunciatasi nel caso *Kalb v. Feuerstein* del 1940²⁴: un precedente, questo, che per i sostenitori del *void approach* rappresenterebbe un ineludibile voce a sostegno delle proprie ragioni. Occorre tuttavia precisare

¹⁶ Con riferimento alla possibilità di annullare retroattivamente l'*automatic stay*, con convalidazione dell'atto compiuto nel suo vigore, prevista dalla sez. 362(d), si è parlato tra i fautori del *void approach* di “*void unless annulled*” *standard*: sul punto, D. R. TOBAR, *The need for a uniform void ab initio standard for violations of the automatic stay*, in 24 *Whittier L. Rev.* (2002), 24; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *Bankruptcy*, cit., 156 s.

¹⁷ *In re Soares*, 107 *F.3d* 969 (1997), 976.

¹⁸ *Rexnord Holdings Inc. v. Bidermann*, 21 *F.3d* 522 (1994), 527.

¹⁹ *In re Siciliano*, 13 *F.3d* 748 (1994), 751, ove si afferma che “*the inclusion of the word “annulling” in the statute, indicates a legislative intent to apply certain types of relief retroactively and validate proceedings that would otherwise be void ab initio*”.

²⁰ *In re Schwartz*, 954 *F.2d* 570 (1992), 571, ove si legge che “*given the important and fundamental purpose of the automatic stay and the broad debtor protections of the Bankruptcy Code, we find that Congress intended violations of the automatic stay to be void rather than voidable*”.

²¹ *Ellis v. Consolidated Diesel Elec. Corp.*, 894 *F.2d* 371 (1990), 372 s.

²² *In re Albany Partners Ltd.*, 749 *F.2d* 670 (1984).

²³ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.12[1]; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *Creditors' rights in bankruptcy*, cit., 231; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 155 s.; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, cit., 618; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 591 s.; M. J. LICHTENSTEIN, *Violations of the automatic stay: void or voidable?*, in 23 *A.B.I.J.* (2004), 53; D. R. TOBAR, *The need for a uniform void ab initio standard for violations of the automatic stay*, cit., 35 s.; nonché, se ben s'intende, B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

²⁴ 308 *U.S.* 433 (1940).

che detta pronuncia ha riguardo alla speciale procedura di cui alla sez. 75(s) del *Bankruptcy Act* del 1898, introdotta con il *Frazier-Lemke Act* del 1934²⁵ - nel cui ambito, peraltro, il provvedimento di *relief* poteva ordinare esclusivamente la modifica e la cessazione dello *stay*, e non anche il suo annullamento -, una circostanza che, per i sostenitori dell'opposta opinione, ne farebbe una pronuncia non vincolante nell'ambito dell'odierno ordinamento²⁶.

4. Le conseguenze pratiche della distinzione: la ripartizione dell'onere dell'iniziativa processuale

La questione attinente al regime giuridico cui sono sottoposti gli atti compiuti in violazione dell'*automatic stay* non ha, evidentemente, un esclusivo valore speculativo, essendo la differente qualificazione di tali attività idonea a produrre conseguenze pratiche di assoluto rilievo, capaci, peraltro, di ripercuotersi sulla intima natura del sistema di protezione del debitore predisposto dall'ordinamento fallimentare statunitense.

Si consideri, infatti, che, mentre un atto nullo è *ab origine* improduttivo di effetti, sicché il debitore non dovrà in alcun modo attivarsi per reagire al comportamento del creditore potendo, appunto, far affidamento sulla radicale inidoneità dell'attività compiuta a produrre qualsivoglia tipo di effetto nell'ordinamento giuridico, un atto meramente annullabile è, viceversa, inizialmente dotato di validità ed efficacia, attributi, questi, tuttavia passibili di essere caducati in un momento successivo, ove il soggetto a tutela del quale l'annullabilità predetta è codificata – e, dunque, il debitore – si attivi al fine di richiedere una pronuncia giudiziale strumentale a tale risultato²⁷.

²⁵ Di cui si è parlato nel corso del Cap. I, § 4.1.

²⁶ In tal senso, ad esempio, il citato caso *A. Sikes v. Global Marine, Inc.*, 179, nota 2, ove si afferma che “*Our decision today does not conflict with the Supreme Court's holding in Kalb v. Feuerstein [...] When the Supreme Court decided Kalb in 1940, bankruptcy referees had the express statutory power only to modify or terminate the automatic stay. The power to annul the stay had not been authorized. Accordingly, where the violation of the stay was statutorily proscribed and an applicable exception did not exist, the violative action was void. That scenario no longer applies*”.

²⁷ Si vedano, a tal proposito, le definizioni in B. A. GARNER, *Black's law dictionary*, 9th ed., cit., ove con “*void*” si indicano gli atti “*of no legal effect [...] whatsoever - those that are an absolute nullity*”, mentre con “*voidable*”, si intende “*a valid act that may be voided*”.

In altri termini, dalla preferenza per l'una o per l'altra, delle due tesi interpretative appena illustrate consegue, più in generale, il riconoscimento di un differente regime di *favor* nei confronti dei soggetti variamente partecipanti alla procedura, nonché, in definitiva, un differente complessivo assetto della disciplina di protezione del debitore dettata dal *Bankruptcy Code*: in particolare, come già emerge da quanto detto, il debitore e la procedura appaiono maggiormente tutelati dal sistema risultante dal *void approach*, in quanto l'iniziativa compiuta nei loro confronti sarà improduttiva d'effetti a prescindere da un'attivazione da parte del debitore medesimo ovvero del *trustee*, mentre sarà il creditore, che voglia vedere convalidata la propria azione, a dover instaurare un procedimento per la concessione del *relief* ai sensi della sez. 362(d); mentre il *voidable approach* conduce a riconoscere al debitore e al *trustee* un trattamento deteriore, obbligandoli, al fine di ottenere la caducazione dell'attività posta in essere in violazione del divieto prescritto dall'*automatic stay*, a ricorrere al giudice al fine di ottenere una sentenza che annulli tale iniziativa. È chiaro, dunque, che le due tesi allocano in modo differenziato il cd. *burden of going forward*, ossia l'onere della conseguente iniziativa giudiziale²⁸.

Tale differente assetto, peraltro, ha costituito un argomento in più a sostegno del cd. *void approach*, poiché lasciare l'onere di attivazione in capo al soggetto che ha violato l'*automatic stay* sicuramente meglio si concilia con gli scopi protettivi che l'istituto intende perseguire, e, se del caso, consente al debitore di meglio concentrarsi nello sforzo riorganizzativo, senza doversi preoccupare di agire in giudizio per contestare le iniziative altrui²⁹. Tanto più che, come rilevato poc' anzi, tra i sostenitori

²⁸ Tali differenze sono state ben illustrate nella sentenza *In re Soares*, cit., 976: “*This semantic difference has practical consequences because the characterization of an infringing action as “void” or “voidable” influences the burden of going forward. Treating an action taken in contravention of the automatic stay as void places the burden of validating the action after the fact squarely on the shoulders of the offending creditor. In contrast, treating an action taken in contravention of the automatic stay as voidable places the burden of challenging the action on the offended debtor*”; il tribunale, poi, conclude nel senso che “*the former paradigm, rather than the latter, best harmonizes with the nature of the automatic stay and the important purposes that it serves*”; sul punto, si vedano pure B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; M. J. LICHTENSTEIN, *Violations of the automatic stay: void or voidable?*, loc. cit.; D. R. TOBAR, *The need for a uniform void ab initio standard for violations of the automatic stay*, cit., 32 s.

²⁹ Così, nel citato caso *In re Schwartz*, 572, ove efficacemente si opina che “*The Bankruptcy Code does not burden the debtor with a duty to take additional steps to secure the benefit of the automatic stay*”; in dottrina, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; D. R. TOBAR, *The need for a uniform void ab initio standard for violations of the automatic stay*, cit., 25.

A tal riguardo, T. A. BARNES, *The plain meaning of automatic stay in bankruptcy: the void/voidable distinction revisited*, cit., 315 s., sostenitore del cd. *voidable approach*, sostiene che, nella realtà giu-

del cd. *voidable approach* si è cercato di trovare una giustificazione dell'allocazione dell'onere di attivazione in capo al debitore, implicata da tale ipotesi interpretativa, secondo un differente criterio, ossia quello fondato sulla collocazione presumibilmente più efficiente dei costi di una complessiva operazione giuridica, tipico dei principi propri dell'analisi economica del diritto³⁰.

5. Necessità di verificare ulteriori ipotesi interpretative: annullabilità assoluta o inefficacia relativa delle iniziative compiute in violazione dell'automatic stay. Opportunità di ricercare una soluzione muovendo dalla natura giuridica di injunction propria dell'inibitoria: la sua violazione comporta la nullità dell'iniziativa, seppur con alcune deviazioni dall'opinione proposta dalla letteratura statunitense

La secca alternativa tra nullità ed annullabilità degli atti compiuti in violazione dell'*automatic stay* non esaurisce, invero, il catalogo dei possibili regimi giuridici cui dette violazioni possono essere assoggettate.

Un interessante sviluppo interpretativo può derivare, anzitutto, muovendo dalla prima delle due tesi poc'anzi illustrate, ossia quella a favore della mera annullabilità degli atti compiuti in violazione dell'inibitoria, una tesi che, in effetti, potrebbe apparire più persuasiva, almeno nella misura in cui si concilia maggiormente con la possibilità di convalida degli atti medesimi, derivante dal potere di annullamento retroattivo dell'*automatic stay* di cui alla sez. 362(d) del *Bankruptcy Code*. Ciò che, all'opposto, di tale tesi non convince, è il fatto che lasciare la possibilità di reagire per invalidare l'iniziativa illecitamente compiuta esclusivamente in capo al debitore, o al *trustee*, finisce, in definitiva, per affidare la tutela degli interessi protetti dall'*automatic stay* alla loro esclusiva disponibilità, sicché la loro inerzia si traduce, in ultima istanza, nell'inevitabile sacrificio di interessi facenti capo ad una molteplicità di altri soggetti (ossia, naturalmente, i creditori e la procedura)³¹. Tale assetto, in

diziaria, l'adesione al cd. *void approach* non assumerebbe tale decisivo rilievo, in quanto anche di fronte ai *circuits* orientati nel senso della *voidness* dell'attività compiuta in violazione dell'*automatic stay*, gli avvocati dei debitori preferiscono comunque attivarsi per richiedere dei *declaratory judgments*, di accertamento della nullità dell'atto.

³⁰ Secondo l'opinione espressa da R. R. NICCOLINIA, *The voidability of actions taken in violation of the automatic stay: application of the information-forcing paradigm*, cit., 1677 s.

³¹ S'immagini, ad esempio, il caso in cui un creditore privilegiato, successivamente al deposito della *petition*, intraprenda in via ordinaria un'azione di esecuzione forzata avverso un bene confluito

definitiva, condurrebbe ad incoraggiare il compimento di atti in violazione dell'*automatic stay*, potendo sempre il soggetto agente confidare nella mancata attivazione, per qualsivoglia motivo – che può derivare, in particolare, dal contemporaneo ed assorbente impegno negli sforzi connessi alla procedura -, del debitore o del *trustee*, e dunque sulla salvezza della propria iniziativa, con notevoli diseconomie, ed in evidente contrasto con gli obiettivi, di protezione oltretutto di efficiente gestione della procedura e di realizzazione della *par condicio*, sottesi all'istituto in commento.

Una soluzione a tale equivoco, peraltro, potrebbe essere utilmente ricercata mediante l'estensione della legittimazione ad attivarsi per domandare l'invalidazione dell'atto compiuto in violazione dell'*automatic stay* a tutti i soggetti, alla cui tutela tale istituto è volto: in particolare, dunque, agli altri creditori ed ai soggetti altrimenti interessati. Una qualificazione, in altri termini, nel senso di annullabilità assoluta delle iniziative compiute in violazione dell'inibitoria, che da un lato consenta di ristabilire una corrispondenza tra il novero dei soggetti da essa tutelati, e quelli legittimati ad attivarsi per farla valere – eliminando l'equivoco della disponibilità unilaterale di interessi facenti capo a differenti gruppi -, e, dall'altro, permetta un alleggerimento della posizione del debitore e del *trustee*, che possono contare anche sulla collaborazione di altri soggetti, egualmente interessati, nella repressione di condotte in violazione dell'*automatic stay*.

In secondo luogo, per chi si è sempre confrontato con l'ordinamento concorsuale italiano, naturale diviene interrogarsi circa l'opportunità di estendere, al caso di specie, la categoria dell'inefficacia degli atti compiuti in violazione dell'inibitoria nei confronti della procedura³², nel senso che tali atti sarebbero validi ed efficaci *inter*

nell'*estate*: in tal caso, ove né il debitore né il *trustee* reagissero promuovendo un'azione per far invalidare tale iniziativa, essa rimarrebbe perfettamente valida e produttiva di effetti e, in particolare, sarebbe precluso agli altri creditori di contrastarla, al fine di ristabilire la *par condicio creditorum*.

³² È questa, infatti, l'interpretazione dominante con riguardo, in particolare, ai divieti posti dall'art. 51 l. fall. (ma si pensi, anche, alle disposizioni racchiuse nell'art. 168, terzo comma, l. fall.), su cui si veda, anche per i dovuti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, V. ZANICHELLI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in A. Jorio, B. Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, 59. È noto, all'opposto, come con riguardo alle procedure di concordato preventivo e di composizione delle crisi da sovraindebitamento il legislatore, agli artt. 168 l. fall., e 10, secondo comma, lett. c) e 14 *quinquies*, secondo comma, lett. b) della l. n. 3/2012, provveda esplicitamente a decretare la nullità delle azioni proposte in violazione dei divieti in tali sedi disciplinati. Si è già accennato, poi, del silenzio riservato sul punto dall'art. 182 *bis* l. fall., disciplinante gli accordi di ristrutturazione dei debiti: per la tesi dell'efficacia degli atti compiuti in violazione dei divieti ivi prescritti, sospensivamente condizionata all'eventualità che l'accordo non sia portato ad esecuzione, si legga M. MONTANARI, *op. cit.*, 158 s.

partes, ma resterebbero improduttivi di effetti verso la massa fintantoché perdura l'*automatic stay*. Alla luce di tale ricostruzione, dunque, nelle ipotesi di annullamento *ex tunc* dell'*automatic stay*, ovvero nelle fattispecie disciplinate alle sezioni 542(c) e 549(c), non si verificherebbe alcuna convalida dell'atto compiuto in violazione dell'inibitoria, bensì si realizzerebbe la *condicio iuris* necessaria affinché esso possa produrre i propri effetti giuridici nei confronti della procedura.

Ancorché l'accostamento con la soluzione offerta con riguardo all'ordinamento italiano sia senza dubbio seducente, occorre tenere sempre presente che si ci muove nell'ambito di un ordinamento assai differente da quello domestico, e, inoltre, che l'istituto di cui è discorso sorge da un ramo del tutto peculiare al sistema di *common law*, e per noi sconosciuto: si tratta, ovviamente, del sistema di *equity* dal quale, come visto³³, sono scaturiti i poteri inibitori dei tribunali fallimentari, poi progressivamente evolutisi nell'odierno istituto dell'*automatic stay*.

Si è detto, in particolare, che l'*automatic stay* costituisce una *injunction*, sebbene operante, oggi, *ex lege*, sicché appare soluzione metodologicamente più corretta quella di ricavare le conseguenze della violazione dell'istituto partendo dalla disciplina generale in materia, appunto, di *injunctions*.

A tal proposito, gli atti compiuti in violazione di una *injunction* sono pacificamente qualificati come *void*, e dunque nulli, in quanto illegali³⁴.

La soluzione della nullità delle iniziative compiute in violazione dell'*automatic stay* costituisce, indubbiamente, e come già si è avuto modo di osservare nei precedenti paragrafi, quella che meglio si concilia con l'indisponibilità degli interessi tutelati da una norma, evidentemente inderogabile, quale la sez. 362 del *Bankruptcy Code*. Ma, a nostro parere, sussiste un ulteriore argomento a sostegno di tale conclusione. Nel capitolo dedicato alla disciplina temporale dell'*automatic stay*, infatti, si è osservato che, nel caso in cui venga concessa la *discharge*, quest'ultima succede sia dal punto di vista temporale che dal punto di vista funzionale all'inibitoria imposta dalla sez. 362(a), una consecuzione che è resa possibile dalla comune natura giuridica – quella, appunto, di *injunction* – propria dei due istituti: più precisamente, la *discharge* costituisce una *permanent injunction*, destinata ad assorbire e sostituire l'altra, di carattere cautelare e provvisorio, rappresentata

³³ Si ricordi, a tal proposito, la ricostruzione offerta *supra*, Cap. II, § 3.2.

³⁴ Per tutti, J. E. MARTIN, *Hanbury & Martin modern equity*, cit., 799.

dall'*automatic stay*³⁵. Ora, con riguardo alla *discharge*, la legge fallimentare, a differenza di quanto visto con riguardo all'istituto che ci occupa, provvede a qualificare espressamente il regime giuridico degli atti dalla medesima colpiti: la sez. 524 del *Bankruptcy Code*, rubricata «*Effect of discharge*», prevede, tra l'altro, che «*A discharge in a case under this title [...] voids any judgment at any time obtained, to the extent that such judgment is a determination of the personal liability of the debtor with respect to any debt discharged*», statuendo, così, la nullità delle attività ivi enunciate³⁶. In definitiva, se la consecuzione tra *automatic stay* e *discharge* si spiega con l'omogeneità degli effetti giuridici discendenti da tali istituti, rappresentanti entrambi delle *injunctions*, e se con riguardo alla *discharge* il legislatore qualifica nei termini di *void* le attività dalla medesima interessate, la stessa conseguenza dovrà essere estesa con riferimento agli atti compiuti in violazione dell'*automatic stay*.

Come si vedrà, peraltro, non solo questa, ma anche altre importanti conseguenze discendenti dalla violazione dell'*automatic stay* derivano dalla sua qualificazione nei termini di *injunction*³⁷, ad ulteriore conferma dell'esattezza dell'indagine storica e ricostruttiva compiuta nelle battute iniziali del presente lavoro.

L'opzione ora effettuata a favore del *void approach* ripropone, tuttavia, la problematica di conciliare il regime di nullità radicale degli atti compiuti in violazione dell'*automatic stay* con le norme, più volte citate, di cui alle sezioni 362(d), 542(c) e 549(c) del *Bankruptcy Code*.

Per quanto riguarda il procedimento per la concessione del *relief* dall'*automatic stay*, occorre ricordare il ruolo che esso assume nella complessiva struttura dell'istituto, sin qui illustrata. Si è detto, infatti, che tramite tale giudizio la parte assoggettata all'inibitoria si propone di somministrare al giudice la prova contraria alla *rebuttable presumption* sottesa all'operatività dell'*automatic stay* dimostrando, in altri termini, l'insussistenza del pregiudizio che giustifica una misura a carattere protettivo a favore dei beneficiari individuati dalla legge³⁸: l'insussistenza del pregiudizio, o la presenza di altra giusta causa, determina, in altri termini, la di-

³⁵ Si ricordi quanto detto *supra*, Cap. III, Sez. III, § 14.

³⁶ Sul tema si rinvia altresì a A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 94 s.

³⁷ Si allude, per l'esattezza, alla possibilità di condannare la parte che abbia agito in violazione dell'*automatic stay* per *contempt of court*, di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

³⁸ Si riprendono, qui, concetti già esposti *supra*, Cap. III, Sez. III, § 15.

sapplicazione dell'*automatic stay*. Ciò consente, come già si sarà inteso, di conciliare il regime di nullità proprio degli atti compiuti in violazione dei divieti in commento, con il potere del tribunale di ordinare l'annullamento dell'*automatic stay*: esso consiste, in realtà, in una disapplicazione *ex tunc* dell'inibitoria, e più precisamente nell'accertamento compiuto dal giudice che, dati i presupposti sostanziali comprovati dalla parte istante, l'*automatic stay* nei confronti di quest'ultima non si era, in realtà, mai prodotto, sicché, in definitiva, ci troviamo di fronte all'accertamento dell'inoperatività dell'istituto, e non di una pronuncia che, rilevata la vigenza dell'*automatic stay* e, con essa, l'invalidità dell'attività compiuta, provveda a disporre una sanatoria.

E la stessa conclusione è da estendersi alle fattispecie, summenzionate, che escludono determinati atti dispositivi di beni confluiti nell'*estate* dalle possibilità di esercizio dei cd. *turnover* o *avoiding powers* del *trustee*: si rifletta, peraltro, sulla circostanza che essi sono fondati proprio sull'ignoranza incolpevole dell'operatività dell'*automatic stay*, esattamente come accade nei casi di annullamento ai sensi della sez. 362(d).

È opportuno in conclusione precisare che, per i motivi appena esposti, la sola ignoranza incolpevole della vigenza dell'inibitoria non costituisce, di per sé sola, un motivo sufficiente per la concessione del provvedimento di *relief, sub specie* di annullamento, ma richieda il ricorso degli altri presupposti sostanziali a tal fine richiesti: se, infatti, come detto, tale ignoranza non preclude l'innescò dell'*automatic stay* in virtù del solo deposito della *petition*, non si può coerentemente affermare, poi, che basti la sua allegazione al fine di ottenere una successiva pronuncia che ne accerti l'inoperatività a decorrere da tale momento.

6. La condanna per contempt of court

Come si è accennato, altre conseguenze derivano dalla qualificazione dell'*automatic stay* in termini di *injunction*, sotto il profilo della sua violazione.

Generalmente, l'inottemperanza ad un ordine racchiuso in una *injunction*, *prohibitory* o *mandatory*, temporanea o definitiva, costituisce infatti una condotta in *contempt of court* ossia, letteralmente, in oltraggio al tribunale³⁹.

Il *contempt of court*, come noto, costituisce una sanzione, operante *in personam*, irrogabile dal tribunale nel caso in cui il soggetto destinatario di un comando racchiuso in un provvedimento da esso pronunciato si rifiuti di ottemperarvi: più precisamente, il giudice potrà dichiarare che tale parte ha agito in *contempt*, con conseguente irrogazione di una sanzione detentiva o pecuniaria⁴⁰. Il *contempt of court*, in particolare, può essere *civil* o *criminal*: nel primo caso, la condanna alla detenzione e/o alla pena pecuniaria, da corrispondere alla parte offesa, si protrae finché la parte accetta di obbedire al comando del tribunale, ed ha lo scopo di costringerla ad eseguire il provvedimento; nel secondo, la condanna alla detenzione o alla sanzione pecuniaria accede al reato consistente nel rifiuto di eseguire l'ordine del tribunale, ed è finalizzato sia alla punizione del responsabile, sia alla deterrenza di eventuali inottemperanze altrui⁴¹. Mentre, dunque, il *criminal contempt* mira esclusivamente a punire una condotta passata, il *civil contempt* possiede anche una funzione coercitiva, rivolta al futuro, e tesa, appunto, ad ottenere l'adempimento da parte di colui che, attualmente, non ottemperi al provvedimento del tribunale⁴².

La violazione dell'*automatic stay*, in quanto *injunction*, comporta, dunque, oltre alle conseguenze appena viste in ordine al regime giuridico proprio dell'atto

³⁹ J. E. MARTIN, *op. loc. cit.*; G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., 240 s.; A. FRIGNANI, *Il «contempt of Court» quale sanzione per l'inesecuzione dell'«injunction»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 114; P. PUCCIARIELLO, G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. Capponi (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 55.

⁴⁰ Più precisamente, si parla di *coercive contempt* quando la sanzione si protrae finché l'obbligato non adempia al provvedimento giudiziale; di *compensatory contempt*, quando è volta a risarcire la parte pregiudicata del danno subito; di *punitive contempt*, quando la sanzione è finalizzata alla punizione del violatore: su tali concetti, G. C. HAZARD JR., J. LEUBSDORF, D. L. BASSETT, *Civil procedure*, cit., 399; G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. cit.*, 240.

⁴¹ L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *Civil procedure*, cit., 633; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *Civil procedure*, cit., 752; J. H. BEALE, JR., *Contempt of court, criminal and civil*, in 21 *Harv. L. Rev.* (1908), 161 s.; G. C. HAZARD JR., M. TARUFFO, *op. loc. cit.*; W. S. PARKINSON, *The contempt power of the bankruptcy court fact or fiction: the debate continues*, in 65 *Am. Bankr. L.J.* (1991), 592; P. PUCCIARIELLO, G. FANELLI, *op. cit.*, 59.

⁴² Così, L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *op. loc. cit.*; J. H. FRIEDENTHAL, M. K. KANE, A. R. MILLER, *op. loc. cit.*; R. WEISS, *Contempt power of the bankruptcy court*, in 6 *Bank. Dev. J.* (1989), 211; A. FRIGNANI, *Il «contempt of Court» quale sanzione per l'inesecuzione dell'«injunction»*, cit., 126 s.

compiuto, la possibilità per il tribunale⁴³ di pronunciare, a carico della *entity* in questione, la condanna per *contempt of court*⁴⁴, una possibilità, questa, che trova la sua fonte, ancora una volta, nella sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*, nella parte in cui riconosce il potere, di stampo equitativo, di pronunciare «*any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions*» del *Bankruptcy Code*⁴⁵.

Va tuttavia rilevato un aspetto del tutto peculiare, e che denota la specialità della disciplina oggetto della presente indagine. Si è detto, infatti, che il *contempt of court* è una sanzione che scaturisce dall'inottemperanza, da parte di un soggetto, ad un provvedimento pronunciato dal tribunale. Nel caso che ci occupa, tuttavia, l'*automatic stay* non è racchiuso in un provvedimento giudiziale, ma costituisce un fenomeno che, come noto, si produce *ex lege* in virtù del disposto di cui alla sez. 362(a) del *Bankruptcy Code*⁴⁶: la persistente punibilità a titolo di *contempt* della condotta in violazione di tale norma costituisce, evidentemente, un residuo storico di tale istituto, che da *injunction* di natura giudiziale si è progressivamente evoluto in un'inibitoria di fonte legale, che della prima, tuttavia, ha conservato la natura ed i rimedi ad essa tipicamente connessi, ad ulteriore conferma della correttezza della complessiva ricostruzione da noi proposta.

⁴³ Si tenga presente, tuttavia, che storicamente è sempre stata dibattuta l'esistenza, in capo alla *bankruptcy court*, dei poteri di *contempt of court*: una problematica, questa, derivante dall'incerta collocazione e qualificazione di tale organo nel sistema giudiziario statunitense, e spesso sfociata nella soluzione di riconoscere detti poteri esclusivamente in capo alla *district court*; sul punto, si rinvia alle analisi di R. WEISS, *Contempt power of the bankruptcy court*, cit., 206 s.; W. S. PARKINSON, *The contempt power of the bankruptcy court fact or fiction: the debate continues*, cit., 593 s.; W. R. NORTON, JR., *Norton bankruptcy law and practice*, 2nd ed., 2, cit., § 36:44 e 45; nonché alle chiare sintesi di A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 90, nota 118; S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, cit., 544 s. Oggi, come desumibile immediatamente dal testo, l'opinione prevalente ritiene di poter riconoscere alla *bankruptcy court* poteri di *civil contempt* fondati sulla sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*; discussa, viceversa, la sussistenza di poteri di *criminal contempt*, comunque pacificamente riconosciuti alla *district court*: sul punto, B. A. BLUM, *op. cit.*, 144 s. e 260.

⁴⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.12[2]; S. V. KELLEY, *op. cit.*, § 3.01[B][3]; W. R. NORTON, JR., *op. cit.*, § 36:43; D. R. COWANS, *op. cit.*, 477; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; A. N. RESNICK, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 170; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 589; R. A. JOHNSON, M. C. O'LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, loc. cit.

⁴⁵ B. A. BLUM, *op. cit.*, 144; L. B. BARTELL, *Visualizing bankruptcy*, cit., 99; P. A. MURPHY, E. E. SARGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 232; per un'applicazione giurisprudenziale, si veda il caso *In re Skinner*, 917 F.2d 444 (1990), 447.

⁴⁶ Per tale osservazione, si veda pure D. R. COWANS, *op. cit.*, 480; non appare chiaro, invece, il senso dell'affermazione compiuta da B. A. BLUM, *op. cit.*, 260, secondo il quale “*although the stay is automatic, it is nevertheless a court order*”.

Occorre aggiungere, poi, che i requisiti generali per poter pronunciare il *contempt* comprendono la conoscenza del provvedimento, la specificità del contenuto di questo⁴⁷ nonché, naturalmente, una condotta in violazione del comando in esso racchiuso: di conseguenza, nel caso in cui il soggetto che agisca in violazione di una *injunction* sia in buona fede, o comunque ignori senza colpa tale provvedimento, egli non potrà essere condannato per *contempt of court*⁴⁸. Tali principi generali valgono, naturalmente, anche con riguardo alla speciale *injunction* ora in esame, sicché occorre concludere che l'atto compiuto nell'ignoranza incolpevole dell'operatività dell'*automatic stay*, se pur dà egualmente luogo alla nullità dell'atto medesimo - salva eventualmente la possibilità di ottenere una dichiarazione di inoperatività *ex tunc* dell'inibitoria -, non condurrà mai, anche, alla pronuncia di *contempt* a carico della *entity* in questione⁴⁹. Tale soluzione, se ha sempre trovato coerente riscontro nella dottrina⁵⁰ e nella giurisprudenza⁵¹ statunitensi, ha peraltro ricevuto una definitiva consacrazione con il *BAPCPA* del 2005, il quale è intervenuto sulla sez. 342 del *Bankruptcy Code*, dedicata alla comunicazione dell'avvio della procedura ai soggetti interessati, aggiungendo una sottosezione (g)(2), ove si esclude la possibilità di imporre una sanzione pecuniaria per una violazione dell'*automatic stay*, a meno che, appunto, il soggetto in questione non avesse già ricevuto la comunicazione in discorso⁵². Peraltro, ove si provi che la *entity* abbia comunque avuto conoscenza effettiva

⁴⁷ Requisito che pare adeguatamente soddisfatto dall'analiticità della sez. 362(a), individuatrice delle fattispecie colpite dall'*automatic stay*.

⁴⁸ Così, J. E. MARTIN, *op. cit.*, 799 s.; D. R. COWANS, *op. cit.*, 477 s.

⁴⁹ La medesima soluzione, inoltre, è affermata con riguardo alla mancata osservanza dell'*injunction* contenuta nell'*order of discharge*, a conferma, peraltro, dell'assoluto parallelismo tra tale istituto e l'*automatic stay*: sui presupposti della pronuncia del *contempt of court* in materia di *discharge*, si rinvia a A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 248 s.

⁵⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *Introduction to bankruptcy law*, cit., 251; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 232 s.; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 590.

⁵¹ *In re Crysen/Montenay Energy Co.*, 902 F.2d 1098 (1990); ma si veda il caso *In re Zartun*, 30 B.R. 543 (1983), ove si specifica che la conoscenza del deposito della *petition*, non accompagnata dalla conoscenza dell'operatività dell'*automatic stay*, è un presupposto sufficiente della condanna per *contempt*.

⁵² Si riporta, di seguito, il testo della sez. 342(g)(2): «A monetary penalty may not be imposed on a creditor for a violation of a stay in effect under section 362(a) (including a monetary penalty imposed under section 362(k)) [...] unless the conduct that is the basis of such violation or of such failure occurs after such creditor receives notice effective under this section of the order for relief». Sul punto, si veda pure L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*

Si ricordi, inoltre, che la *Official Form 9* completa il contenuto dell'avviso specificando che esso debba recare l'indicazione della vigenza dell'*automatic stay*: tale dato, unitamente alla previsione di cui alla sez. 342(g)(2), sembrerebbe smentire quelle opinioni giurisprudenziali, ricordate alla nota prece-

dell'*automatic stay*, questa sopperisce alla mancata comunicazione in discorso, con applicabilità, dunque, delle sanzioni previste per il *contempt*⁵³.

Per quanto concerne il procedimento per ottenere una pronuncia per *contempt of court*, ferma la possibilità per il tribunale di emetterlo “*sua sponte*”, ossia d’ufficio, la *rule 9020* delle *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* dispone che possa essere richiesto dalla parte a ciò interessata mediante una *motion* ai sensi della precedente *rule 9014* ossia quella che, come visto, disciplina le cd. *contested matters*⁵⁴.

7. La violazione colpevole (cd. willful violation) dell’*automatic stay*

Sin qui è stata analizzata la disciplina relativa alla violazione dell’*automatic stay*, ricavata, deduttivamente, dalla sua classificazione quale *injunction*: in tal modo, è stato possibile pervenire alla qualificazione degli atti compiuti in violazione dell’inibitoria in termini di nullità, ed alla possibilità di agire nei confronti del soggetto che abbia contravvenuto al comando racchiuso nella sez. 362(a) del *Bankruptcy Code* per *contempt of court*.

La specialità della disciplina dell’*automatic stay* rispetto alla categoria generale delle *injunctions*, che già abbiamo visto consistere, tra l’altro, nella sua operatività *ex lege*, si riflette però anche nei rimedi specificamente previsti dalla legge medesima, predisponendo il *Bankruptcy Code* alcune sanzioni peculiari all’ipotesi di violazione dell’*automatic stay*.

Il riferimento, in particolare, è alla sez. 362(k) del *Bankruptcy Code*, ove è previsto che il cd. *individual* che subisca un pregiudizio a causa di una cd. *willful violation* dell’*automatic stay* – ossia, di una violazione operata nella consapevolezza dell’operatività del divieto -, ha diritto al risarcimento dei cd. *actual damages*, ivi

dente, secondo le quali la sola conoscenza del deposito della *petition*, non accompagnata dalla conoscenza dell’operatività dell’*automatic stay*, sarebbe sufficiente ai fini della condanna per *contempt*.

⁵³ Per tutti, R. A. JOHNSON, M. C. O’LEARY, *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, loc. cit.

A tal proposito si veda, infatti, il testo della sez. 342(g)(1), ove è previsto che una comunicazione effettuata al creditore ad un indirizzo differente da quello che il creditore medesimo abbia a tal fine indicato «*shall not be effective notice until such notice is brought to the attention of such creditor*».

⁵⁴ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.12[2][a].

Per alcuni riferimenti essenziali sulle cd. *contested matters* si rinvia a quanto detto *supra*, Cap. III, Sez. III, § 15.4, nota 151.

comprese le spese ed i compensi professionali del giudizio, nonché, in determinate circostanze, dei cd. *punitive damages*⁵⁵.

Anzitutto, occorre precisare quando possa dirsi integrata una *willful violation* ai sensi della norma ora in esame.

Essa ricorre, per la precisione, nel caso in cui la *entity* assoggettata all' inibitoria compia un' iniziativa vietata, dopo aver acquisito conoscenza del deposito della *petition* e, con essa, dell' operatività dell' *automatic stay*⁵⁶, sia essa intervenuta tramite la comunicazione di cui alla sez. 342, ovvero portata all' attenzione del destinatario in altra modalità adeguata e comprovata; anche con riguardo alla fattispecie ora in commento, infatti, trova applicazione la norma, di cui alla sez. 342(g)(2), che esclude l' applicazione di una sanzione pecuniaria in caso di mancata ricezione della notizia in discorso⁵⁷. La prova della conoscenza dell' operatività dell' *automatic stay* incombe, naturalmente, sul soggetto che agisca per il risarcimento del danno⁵⁸. Tuttavia, una violazione incolpevole può tramutarsi in una *willful violation* nel caso in cui, dopo aver ricevuta la comunicazione dell' inizio della procedura, la parte ometta di rimediare all' azione compiuta (tramite, ad esempio, il ripristino dello *status quo ante*, ovvero l' interruzione dell' azione in corso, o la restituzione del cespite sottratto alla *property of the estate*)⁵⁹.

Non è richiesto, all' opposto, l' accertamento dell' intenzione, in capo al soggetto inottemperante, di violare l' *automatic stay*, e quindi di un atteggiamento soggettivo doloso⁶⁰.

⁵⁵ Così, precisamente, dispone la sez. 362(k): «*an individual injured by any willful violation of a stay provided by this section shall recover actual damages, including costs and attorneys' fees, and, in appropriate circumstances, may recover punitive damages*».

Tale norma era inizialmente racchiusa nella sez. 362(h) della legge fallimentare statunitense, ivi inserita dalla riforma del 1984, e ricollocata nella sottosezione (k) dal *BAPCPA* del 2005 stante l' introduzione, con tale riforma avvenuta, della odierna sez. 362(h), analizzata nel corso del precedente capitolo.

⁵⁶ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. cit.*, § 362.12[3]; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *op. cit.*, 480 s.; M. A. FREY, S. K. SWINSON, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 163; in giurisprudenza, il caso *In re Chestnut*, 422 F.3d 298 (2005).

⁵⁷ Per il testo della norma, e l' espresso riferimento ivi compiuto alla fattispecie di cui alla sez. 362(k) ora in commento, si rinvia *supra*, nota 52. Sul punto, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *Bankruptcy*, cit., 184; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*

⁵⁸ D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. cit.*, 259.

⁵⁹ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; W. R. NORTON, JR., *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *op. cit.*, 482 e 485.

⁶⁰ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. R. COWANS, *op. cit.*, 481; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. loc. cit.*; in giurisprudenza, il caso *In re Repine*, 536 F.3d 512 (2008).

Quanto al requisito soggettivo inerente la *willful violation* dell'*automatic stay*, occorre solo aggiungere che esso è comune, come visto, alla possibilità di condannare la parte inottemperante per *contempt of court*, sicché sarà possibile, in determinati casi, cumulare detta sanzione generica predisposta per la violazione delle *injunctions* con quelle speciali, di cui alla sez. 362(k) ora in esame, dettate specificamente a tutela dell'*automatic stay*.

Il dato testuale della norma da ultimo citata, inoltre, pone alcune problematiche.

Anzitutto, come anticipato, essa fa espresso riferimento esclusivamente al cd. “*individual*”, ossia, in primo luogo, al debitore persona fisica, mentre sarebbero esclusi dall’ambito applicativo della norma le persone giuridiche e, in special modo, le società⁶¹. L’interpretazione letterale di tale norma non ha mancato, così, di incontrare le resistenze di parte della giurisprudenza che ha ritenuto opportuno estendere l’applicabilità della disposizione anche alle società, per evitare discriminazioni ingiustificate⁶²; altri, viceversa, hanno ritenuto di poter garantire l’accesso alla possibilità di ottenere un risarcimento dei danni sofferti anche alle entità diverse dal debitore persona fisica per tramite, di nuovo, della norma racchiusa nella sez. 105(a) del *Bankruptcy Code*⁶³. Ma l’utilizzo della locuzione “*individual*”, al posto di quella, più specifica, di “*debtor*” suggerisce qualcosa in più, ossia la possibilità di accesso alla tutela risarcitoria prevista dalla norma in esame anche per gli altri soggetti tutelati dall'*automatic stay*, tra cui, su tutti, i creditori: poiché tale istituto protegge anche gli interessi facenti capo a questi ultimi, infatti, è giusto e coerente concedere anche ai medesimi il rimedio risarcitorio discendente dalla violazione dei divieti posti dall’istituto in discorso⁶⁴.

Per quanto riguarda, poi, il danno risarcibile, la norma, come anticipato, distingue tra *actual* (o *compensatory*) *damages*, cui l'*individual* avrebbe sempre dirit-

⁶¹ In tal senso, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. WARREN, D. J. BUSSEL, D. A. SKEEL, JR., *op. loc. cit.*; P. A. MURPHY, E. E. SAGERMAN, D. NEIER, *op. cit.*, 233 s.

⁶² Così nel caso *Budget Service Co. v. Better Homes of Virginia*, 804 F.2d 289 (1986), 292; in dottrina, D. R. COWANS, *op. cit.*, 479; J. F. MURPHY, *The automatic stay in bankruptcy*, cit., 591.

⁶³ In tal senso, la sentenza *In re Spookyworld, Inc.*, 346 F.3d 1 (2003); in dottrina, B. A. BLUM, *op. cit.*, 258.

⁶⁴ Così, per tutti, D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 162; in giurisprudenza, *In re Dawson*, 390 F.3d 1139 (2004), 1146.

to⁶⁵, volti a risarcire il soggetto del danno, patrimoniale e non, subito, e la possibilità, meramente eventuale, di irrogare i cd. *punitive* (o *non-compensatory*) *damages*, aventi piuttosto uno scopo sanzionatorio e di deterrenza nei riguardi di altri simili iniziative.

Va detto che la previsione, cui si è appena fatto riferimento, per cui l'individuo avrebbe sempre diritto al risarcimento dei *compensatory damages*, e dunque, di fatto, la previsione per cui tale tipo di danno sarebbe *in re ipsa*, è del tutto coerente con la struttura dell'*automatic stay*, e dunque al fatto che la sua operatività si ricolleggi alla presunzione della sussistenza di un pregiudizio altrimenti subito dal debitore e dalla procedura: non sono pertanto condivisibili quelle opinioni giurisprudenziali che vogliono escludere il diritto al risarcimento nei casi in cui non sia offerta la prova di un pregiudizio⁶⁶, ché, appunto, ove vi è vigenza dell'*automatic stay*, il rischio di un pregiudizio vi è sempre.

I *compensatory damages* comprendono, anzitutto, il danno patrimoniale subito per i pregiudizi di natura economica occorsi all'individuo⁶⁷. Ma si è già anticipato che in tale posta è ricompresa anche una componente di danno non patrimoniale: un'interessante corrente giurisprudenziale, in via di emersione ma sempre più condivisa, si è infatti espressa a favore della risarcibilità del danno esistenziale (cd. *emotional distress damage*), presumibilmente configurabile esclusivamente in capo al debitore in conseguenza della condotta del proprio creditore che abbia violato le protezioni operanti a tutela del primo in quanto, evidentemente, idonea a provocare preoccupazioni, ansie e patemi d'animo⁶⁸. Dal dato testuale della norma, viceversa, si ricava che in tale categoria debbano confluire anche le spese e i compensi professionali dell'avvocato; sulla consistenza di tale posta, peraltro, non vi è un'interpretazione unanime in giurisprudenza, in quanto una parte minoritaria vorrebbe limitarla ai soli compensi dovuti per l'attività professionale svolta per far ces-

⁶⁵ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 163.

⁶⁶ Così nel caso *In re Brock Util. & Grading, Inc.*, 185 B.R. 719 (1997); in dottrina, B. A. BLUM, *op. cit.*, 259.

⁶⁷ B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

⁶⁸ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. loc. cit.*

In giurisprudenza, tuttavia, non vi è consenso sul fatto che sia necessario, al fine di ottenere il risarcimento di tale tipo di danno, la prova di aver subito anche un danno di natura patrimoniale: in senso affermativo, la sentenza *Aiello v. Providian Financial Corp.*, 239 F.3d 876 (2001); in senso negativo, il citato caso *In re Dawson*.

sare la violazione dell'*automatic stay*⁶⁹; parte assolutamente maggioritaria, viceversa, sulla scia di una pronuncia della *Supreme Court*, pare orientata a ricomprensivi tutti i compensi dovuti all'avvocato, e dunque anche quelli legati alle fasi successive volte ad ottenere riparazione integrale della violazione occorsa⁷⁰.

La norma, come anticipato, riconosce anche la possibilità di condannare il soggetto che abbia agito in violazione dell'*automatic stay* al risarcimento dei cd. *punitive damages*. Tale facoltà richiede, evidentemente, un grado di colpevolezza maggiore rispetto a quello presente nella semplice *willful violation*, che si presenti connotata da malizia e malafede, una situazione che spesso, nella letteratura statunitense, è definita come “*egregious*”, ossia eclatante, *violation*⁷¹: un esempio può essere rappresentato dalla condotta del creditore il quale, pur al corrente dell'inizio della procedura e dell'operatività dell'*automatic stay*, effettui numerose e ripetute telefonate al proprio debitore, al solo scopo di metterlo in imbarazzo ed umiliarlo⁷². In tali ipotesi, con tutta evidenza, ricorreranno spesso anche i presupposti per una condanna al risarcimento dei cd. *emotional distress damages*.

La possibilità ulteriore di condannare la *entity* che abbia violato l'*automatic stay* al pagamento dei danni punitivi trova peraltro un'espressa limitazione nella medesima sez. 362(k), che al successivo numero (2) precisa che nel caso in cui detta violazione consista in un'azione compiuta da un soggetto che in buona fede era convinto che, nei confronti del debitore, trovasse applicazione la norma di cui alla precedente sottosezione (h) – ossia, lo si ricorda, la fattispecie di *semi-automatic stay* che prescrive la cessazione anticipata dell'inibitoria nel caso in cui il debitore persona fisica o il *trustee* omettano di compiere determinati adempimenti dovuti *ex lege* con riguardo ad alcuni beni di natura personale posti a garanzia di un credito od og-

⁶⁹ Così nel caso *Sternberg v. Johnston*, 595 F.3d 937 (2010).

⁷⁰ Si tratta della sentenza *Pennsylvania v. Delaware Valley Citizens' Council for Clean Air*, 478 U.S. 546 (1986).

⁷¹ S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; B. A. BLUM, *op. cit.*, 260; D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES, J. J. WHITE, *op. cit.*, 164.

⁷² Così nel caso *In re White*, 410 B.R. 322 (2009), 328, ove si può leggere che “*Platinum Protection's actions in this case were also egregious. The Debtor contacted Platinum Protection on numerous occasions to notify it as to the pendency of the bankruptcy case, and yet calls to the Debtor continued. Moreover, Platinum Protection engaged in practices intended to expose the Debtor to embarrassment and humiliation by calling the Debtor's workplace and emergency contacts to inform them of the Debtor's delinquent status. These circumstances constitute the “appropriate circumstances” under which punitive damages should be awarded, under any standard. Based on the egregious nature of the conduct of Platinum Protection, the Court finds that an award of \$ 10,000 in punitive damages is an appropriate punishment and deterrent*”.

getto di un contratto pendente di locazione⁷³ -, e dunque che l'*automatic stay* fosse venuto meno, il risarcimento del danno è limitato, appunto, agli *actual damages*⁷⁴. Poiché, peraltro, il pagamento delle spese e dei compensi professionali dovuti all'avvocato sono voci ricomprese in tale categoria, la limitazione imposta dalla norma dianzi illustrata non incide sulla risarcibilità di tali voci di danno⁷⁵.

⁷³ Per i dovuti approfondimenti si rinvia all'analisi svolta *supra*, Cap. III, Sez. III, § 13.1.

⁷⁴ Il testo della sez. 362(k), per la precisione, prevede che «*If such violation is based on an action taken by an entity in the good faith belief that subsection (h) applies to the debtor, the recovery under paragraph (1) of this subsection against such entity shall be limited to actual damages*». Sulla norma, A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*; S. V. KELLEY, *op. loc. cit.*; L. B. BARTELL, *op. loc. cit.*

⁷⁵ A. N. RESNICK, H. J. SOMMER, *op. loc. cit.*

BIBLIOGRAFIA

- ADAMS, E. S., BAILLIE, J. L., *A privatization solution to the legitimacy of prepetition waivers of the automatic stay*, in 38 *Ariz. L. Rev.* (1996), 1 s.
- ADLER, B. E., *Foundations of bankruptcy law*, New York, 2005.
- AHART, A. M., *The inefficacy of the new eviction exceptions to the automatic stay*, in 80 *Am. Bankr. L.J.* (2006), 125 s.
- AMBROSINI, S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. Jorio, M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 1137 s.
- AMBROSINI, S., *Il concordato preventivo*, in F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 4 s.
- AMBROSINI, S., *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011, 641 s.
- ANDRIOLI, V., voce *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, 765 s.
- AVRON, P. A., *Does automatic stay apply to appeals being prosecuted by debtor of adverse order?*, in 31 *A.B.I. J.* (2012), 22 s.
- BAIRD, D. G., *The elements of bankruptcy*, New York, 2010.
- BARETZ, S. Z., *Combating the Chapter 13 serial filer: an argument for orders containing prospective relief from the automatic stay provision*, in 25 *Hofstra L. Rev.* (1997), 1315 s.
- BARNES, T. A., *The plain meaning of automatic stay in bankruptcy: the void/voidable distinction revisited*, in 57 *Ohio St. L. J.* (1996), 291 s.
- BARTELL, L. B., *Staying the serial filer - interpreting the new exploding stay provisions of § 362(c)(3) of the Bankruptcy Code*, in 82 *Am. Bankr. L.J.* (2008), 201 s.
- BARTELL, L. B., *Visualizing bankruptcy*, New Providence, 2011.

BIBLIOGRAFIA

- BASSIN, W., *Why courts should refuse to enforce pre-petition agreements that waive bankruptcy's automatic stay provision*, in 28 *Ind. L. Rev.* (1994), 1 s.
- BEALE, JR., J. H., *Contempt of court, criminal and civil*, in 21 *Harv. L. Rev.* (1908), 11 s.
- BLUM, B. A., *Bankruptcy and debtor/creditor*, New York, 2014.
- BOTTERO, N., *La protezione anticipata del patrimonio del debitore nei nuovi accordi di ristrutturazione*, in www.ilfallimentarista.it.
- BRAUCHER, J., *A guide to interpretation of the 2005 bankruptcy law*, in 16 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (2008), 349 s.
- BRAUCHER, J., *Rash and ride-through redux: the terms for holding on to cars, homes and other collateral under the 2005 act*, in 13 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (2005), 457 s.
- BRAVO, S., *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 525 s.
- BRAY, S. L., *Preventive adjudication*, in 77 *U. Chi. L. Rev.* (2010), 1275 s.
- BUMP, O. F., *The law and practice in bankruptcy*, New York, 1877.
- BUSH, J. A., *The national bankruptcy act of 1898 with notes, procedure and forms*, New York, 1899.
- BUTLER III, J. B., *Section 362(d)(3): a singular provision of the Bankruptcy Code*, in 6 *DePaul Bus. & Comm. L.J.* (2008), 205 s.
- CARLSON, T. E., FRASER HAYES, J., *The small business provisions of the 2005 bankruptcy amendments*, in 79 *Am. Bankr. L.J.* (2005), 645 s.
- CARMELLINO, G., *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma*, in *Fallimento*, 2011, 1222 s.
- CASE, D. K., ALDERFER, J. R., *BAPCPA and the new provisions relating to small businesses*, in 15 *Widener L.J.* (2006), 585 s.
- CASTAGNOLA, A., *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993.
- CASTAGNOLA, A., *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, in *Giur. Comm.*, 1987, 319 s.
- CENSONI, P. F., (BONFATTI, S.), *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013.

BIBLIOGRAFIA

- COLEMAN, L. A., *Individual consumer “chapter 20” cases after Johnson: an introduction to nonbusiness serial filings under Chapter 7 and Chapter 13 of the Bankruptcy Code*, in 9 *Bankr. Dev. J.* (1992), 357 s.
- COLLIER, W. M., GILBERT, F. B., ROSBROOK, F. E., *The law and practice in bankruptcy under the national bankruptcy act of 1898*, Albany, 1921.
- COUNTRYMAN, V., *A history of american bankruptcy law*, in 81 *Commercial L. J.* (1976), 226 s.
- COWANS, D. R., *Cowans bankruptcy law and practice*, St. Paul, Minn., 1994.
- DE FRANCHIS, F., *Dizionario giuridico*, Milano, 1984.
- DERR, K. J., LAYDEN, A. K., *The automatic stay: what are proceedings “against the debtor”?*, in 13 *A.B.I. J.* (1994), 27 s.
- DIAMOND, Z. N., LETZLER, A., *The new Frazier-Lemke Act: a study*, in 37 *Col. L. Rev.* (1937), 1092 s.
- DIMUNDO, F., *sub art. 161*, in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, 1877 s.
- DOBBS, C. E., ANDERSON, E. W., *Bankruptcy law changes will affect business cases too: the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, in 11 *Ga. B.J.* (2005), 32 s.
- DURRER II, V. C., JAIMEZ, K. D., *Competing bankruptcies: what defenses survive the automatic stay?*, in 30 *A.B.I. J.* (2011), 52 s.
- EAGAN, J. C., *osservazioni* in 44 *Fordham L. Rev.* (1975-1979), 837 s.
- EPSTEIN, D. G., *Bankruptcy and related law in a nutshell*, New York, 2013.
- EPSTEIN, D. G., NICKLES, S. H., WHITE, J. J., *Bankruptcy*, St. Paul, Minn., 1993.
- FABBRINI, G., voce *Presunzioni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 279 s.
- FABIANI, M., *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011.
- FABIANI, M., *Il concordato preventivo. Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014.
- FABIANI, M., *L’ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l’incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 898 s.
- FABIANI, M., *Riflessioni precoci sull’evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d’impresa*, in www.ilcaso.it.

- FABIANI, M., *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*.
- FALCONE, G., *Profili problematici del «concordato con riserva»*, in *Dir. fall.*, 2013, 392 s.
- FARINA, P., *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Dir. fall.*, 2013, 62 s.
- FELLER, A. H., *Moratory legislation: a comparative study*, in 46 *Harv. L. Rev.* (1933), 1061 s.
- FERRO, M., *sub art. 182 bis*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive*, Padova, 2008, 2497 s.
- FREY, M. A., SWINSON, S. K., *Introduction to bankruptcy law*, New York, 2013.
- FRIEDENTHAL, J. H., KANE, M. K., MILLER, A. R., *Civil procedure*, New York, 2005.
- FRIGNANI, A., *Il «contempt of Court» quale sanzione per l'inesecuzione dell'«injunction»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 112 s.
- FRIMET, R., *The birth of bankruptcy in the United States*, in 96 *Commercial L. J.* (1991), 160 s.
- GARNER, B. A., *Black's law dictionary*, 9th ed., St. Paul, Minn., 2009.
- GERSHMAN, H., *Automatic termination of the stay upon second filing under § 362(c)(3). Has Congress made two strikes an out?*, in 25 *A.B.I.J.* (2006), 12 s.
- GIESER, S. C., *Property of the estate: section 541(a)(1)*, in 4 *Bankr. Dev. J.* (1987), 123 s.
- GRUNBAUM, A., *Suspension of state insolvency laws by operation of the federal bankruptcy act*, in 7 *Wash. L. Rev.* (1932), 289 s.
- GUGLIELMUCCI, L., (a cura di F. Padovini), *Diritto fallimentare*, Torino, 2014.
- GUIOTTO, A., *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fallimento*, 2012, 21 s.
- HAHN, P. B., *Bankruptcy Code section 362(e): its application and effect*, in 88 *Comm. L.J.* (1983), 195 s.
- HANNA, J., McLAUGHLIN, J. A., *The bankruptcy act of 1898 as amended*, Brooklyn, 1947.

BIBLIOGRAFIA

- HAZARD, JR., G. C., LEUBSDORF, J., BASSETT, D. L., *Civil procedure*, New York, 2011.
- HAZARD JR., G. C., TARUFFO, M., *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993.
- HILLIARD, F., *Treatise on the law of bankruptcy and insolvency*, Philadelphia, 1867.
- HUTCHINSON, R. M., *Automatic stay exceptions: section 362(b)*, in 4 *Bankr. Dev. J.* (1987), 43 s.
- IRWIN, H. S., *Suspension of state insolvency laws by federal bankruptcy act*, in 35 *Dickinson L. Rev.* (1931), 78 s.
- ISSACHAROFF, S., *Civil procedure*, New York, 2012.
- JAMES, E., *The bankrupt law of the United States. 1867*, New York, 1867.
- JOHNSON, R. A., O'LEARY, M. C., *Automatic stay provisions of the bankruptcy act of 1978*, in 13 *New Mexico L. Rev.* (1983), 599 s.
- JORIO, A., *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in A. Jorio, B. Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, 3 s.
- JOYCE, H. C., *A treatise on the law relating to injunctions*, Albany, 1909.
- KANE, M. K., *Civil procedure in a nutshell*, New York, 2013.
- KELLEY, S. V., *Ginsberg & Martin on bankruptcy*, 5th ed., New York, 2008.
- KENNEDY, F. R., *Automatic stays under the new bankruptcy law*, in 12 *U. Mich. J. L. Reform* (1978), 3 s.
- KENNEDY, F. R., *The automatic stay in bankruptcy*, in 11 *U. Mich. J. L. Reform* (1977), 177 s.
- KENNEDY, J. E., *Counterclaims under Federal rule 13*, in 11 *Hous. L. Rev.* (1974), 255 s.
- KEY, J. D., *The advent of the serial Chapter 11 filing and its implications*, in 8 *Bankr. Dev. J.* (1991), 245 s.
- KING, L. P., *Jurisdiction and procedure under the bankruptcy amendments of 1984*, in 38 *Vand. L. Rev.* (1985), 675 s.
- LAMANNA, F., *Domanda del curatore per il credito del fallito e riconvenzionale del convenuto*, in *Fallimento*, 2003, 281 s.
- LANGHEHNIG, D. B., MANZ, S., *To infinity and beyond: exploring the reach of the automatic stay*, in 30 *A.B.I. J.* (2011), 34 s.

BIBLIOGRAFIA

- LARSEN, S., *Understanding the new semi-automatic stay*, in 25 *A.B.I.J.* (2006), 22 s.
- LAWLESS, R. M., *Small business and the 2005 bankruptcy law: should mom and apple pie be worried?*, in 31 *S. Ill. U. L.J.* (2007), 585 s.
- LEAL, M. D., *The power of the bankruptcy court: section 105*, in 29 *S. Tex. L. Rev.* (1988), 487 s.
- LEFKOWITZ, R., *The filing of a bankruptcy petition in violation of 11 U.S.C. § 109(g): does it invoke the automatic stay?*, in 26 *Cardozo L. Rev.* (2004), 297 s.
- LEIBELL, JR., V. L., *The Chandler Act – its effect upon the law of bankruptcy*, in 9 *Fordham L. Rev.* (1940), 380 s.
- LICHTENSTEIN, M. J., *Violations of the automatic stay: void or voidable?*, in 23 *A.B.I.J.* (2004), 20 s.
- LOWENTHAL, M., *The railroad reorganization act*, in 47 *Harv. L. Rev.* (1933), 18 s.
- MARELLI, F., *La procedura di «riorganizzazione» prevista dal capitolo 11 del «Bankruptcy Code» degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 565 s.
- MARGULIES, L. J., *Understanding the new semi-automatic stay*, in 25 *A.B.I.J.* (2006), 26 s.
- MARINUCCI, E., *La domanda di concordato preventivo dopo il «decreto sviluppo»: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 426 s.
- MARKER, R., *When is a governmental unit's action to enforce its police or regulatory power exempt from the automatic stay provisions of section 362?*, in 9 *Fla. St. U. L. Rev.* (1981), 369 s.
- MARTIN, J. E., *Hanbury & Martin modern equity*, London, 2008.
- MARTIN, R. M., *Creditor alternatives to obtain relief from automatic stays in bankruptcy*, in 98 *Banking L.J.* (1981), 525 s.
- MCCORMICK, C. T., *Charges on presumptions and burden of proof*, in 5 *N.C. L. Rev.* (1927), 291 s.
- MCNAUGHTON, J. T., *Burden of production of evidence: a function of a burden of persuasion*, in 68 *Harv. L. Rev.* (1955), 1382 s.

BIBLIOGRAFIA

- MERLIN, E., voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, 393 s.
- MONTANARI, M., *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2015,
- MONTANARI, M., *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, 1991.
- MONTANARI, M., *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, in M. Fabiani, A. Guiotto (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012, 127 s.
- MONTANARI, M., *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, 634 s.
- MONTANARI, M., *La sopravvenienza del fallimento in corso di causa tra riforma e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Fallimento*, 2008, 308 s.
- MONTANARI, M., *L'accertamento fallimentare dei crediti d'imposta dopo la riforma*, in *Fallimento*, 2007, 1129 s.
- MONTANARI, M., BARONCINI, V., *Appunti sulle procedure concorsuali minori*, Torino, 2014.
- MONTANARI, M., BARONCINI, V., *L'esclusione dal fallimento dei beni necessari ai bisogni della famiglia (art. 46, R.D. 16.3.1942, n. 267)*, in G. F. Basini, G. Bonilini, M. Confortini (a cura di), *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, II, Milano, 2014, 4065 s.
- MOORE, J. W., KING, L. P., *Collier on bankruptcy*, 14th ed., 1A, New York, 1943.
- MORGAN, E. M., *How to approach burden of proof and presumptions*, 25 *Rocky Mntn. L. Rev.* (1952), 34 s.
- MORGAN, E. M., *Observations concerning presumptions*, in 44 *Harv. L. Rev.* (1931), 906 s.
- MURPHY, J. F., *The automatic stay in bankruptcy*, in 34 *Clev. St. L. Rev.* (1986), 567 s.
- MURPHY, P. A., SAGERMAN, E. E., NEIER, D., *Creditors' rights in bankruptcy*, New York, 2013.
- NADELMANN, K. H., *On the origin of the bankruptcy clause*, in 1 *Am. J. Legal Hist.* (1957), 215 s.
- NADLER, C. E., *The law of bankruptcy. 1961 cumulative supplement*, Atlanta, 1961.

BIBLIOGRAFIA

- NADLER, C. E., *The law of debtor relief*, Atlanta, 1954.
- NAPOLI, L. A., *Reaffirmation after the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005: many questions, some answers*, in 81 *Am. Bankr. L.J.* (2007), 259 s.
- NAPOLI, L. A., *The not-so-automatic stay: legislative changes to the automatic stay in a case filed by or against an individual debtor*, in 79 *Am. Bankr. L. J.* (2005), 749 s.
- NARDECCHIA, G. B., *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011.
- NELSON, K. L., *Abusive filings: can courts stop the abuse within the confines of the Bankruptcy Code?*, in 17 *Bankr. Dev. J.* (2000), 331 s.
- NICCOLINIA, R. R., *The voidability of actions taken in violation of the automatic stay: application of the information-forcing paradigm*, in 45 *Vand. L. Rev.* (1992), 1663 s.
- NOEL, F. R., *A history of the bankruptcy clause of the Constitution of the United States of America*, Gettysburg, 1918.
- NORTON, JR., W. R., *Norton bankruptcy law and practice*, 2nd ed., New York, 1997.
- OLDHAM, D. M., *Chandler amendment t the national bankruptcy act*, in 17 *Tex. L. Rev.* (1938-1939), 325 s.
- OLMSTEAD, J. M., *Bankruptcy a commercial regulation*, in 15 *Harv. L. Rev.* (1902), 829 s.
- ORLANDI, G., *Property of the estate: section 541*, in 3 *Bankr. Dev. J.* (1986), 341 s.
- OWEN, S., *A treatise on the law and practice in bankruptcy*, New York, 1842.
- PARKINSON, W. S., *The contempt power of the bankruptcy court fact or fiction: the debate continues*, in 65 *Am. Bankr. L.J.* (1991), 591 s.
- PENTA, A., *L'abuso dello strumento concordatario*, in *Dir. fall.*, 2014, 116 s.
- PEITZMAN, L., SMITH, M. S., *The secured creditor's complaint: relief from the automatic stay in bankruptcy proceedings*, in 65 *Cal. L. Rev.* (1977), 1216 s.
- PICKARD, H. B., *The new bankruptcy code, part I: a review of some of the significant changes in bankruptcy law*, in 10 *Mem. St. U. L. Rev.*, (1980), 177 s.
- PICKARD, H. B., *The new bankruptcy code, part II: the interests of secured creditors under the new bankruptcy code*, in 10 *Mem. St. U. L. Rev.* (1980), 215 s.

BIBLIOGRAFIA

- POLASKY, A. N., *Collateral estoppel – effects of prior litigation*, in 39 *Iowa L. Rev.* (1954), 217 s.
- POSNER, R. A., *Legal reason: the use of analogy in legal argument*, in 91 *Cornell L. Rev.* (2006), 761 s.
- PROTO PISANI, A., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Studi sulla riforma del processo civile. Il Foro italiano*, Roma, 1991, 57 s.
- PUCCIARIELLO, P., FANELLI, G., *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. Capponi (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, 43 s.
- RAY, T. E., *Post-petition claims and the automatic stay in chapter 13*, in 19 *A.B.I. J.* (2000), 12
- REMINGTON, H., *A treatise on the bankruptcy law of the United States*, 3rd ed., Rochester, 1923-1925.
- RESNICK, A. N., *Bankruptcy law manual*, St. Paul, Minn., 2002.
- RESNICK, A. N., SOMMER, H. J., *Collier on bankruptcy*, 16th ed., New Providence, 2009.
- RIEHL, R. W., *Property of the estate*, in 1 *Bankr. Dev. J.* (1984), 331 s.
- ROBERTS, F. C., *The new Frazier-Lemke Act – its provisions, its constitutionality*, in 22 *A.B.A. J.* (1936), 15 s.
- RODGERS, C., GROOM, L., *Reorganization of railroad corporations under section 77 of the Bankruptcy Act*, in 33 *Col. L. Rev.* (1933), 571 s.
- ROGERS, R. E., *1935 annual cumulative supplement to Collier on bankruptcy*, 13th ed., Albany, 1935.
- ROGERS, R. E., *Gilbert's Collier on bankruptcy*, 2nd ed., Albany, 1931.
- ROLFI, F., *Ambito dell'automatic stay e contenuto essenziale dell'ADR*, in www.ilfallimentarista.it.
- ROLFI, F., *L'anticipazione della cd. protezione negli accordi di ristrutturazione: caratteri e criticità*, in www.ilfallimentarista.it.
- ROLFI, F., *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it.
- ROSSI, G., *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956.
- SACK, J. R., *Adequate protection*, in 2 *Bankr. Dev. J.* (1985), 21 s.

BIBLIOGRAFIA

- SCOTT, A. W., *Collateral estoppel by judgment*, in 56 *Harv. L. Rev.* (1942), 1 s.
- SERENI, A. P., *L'equity negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 311 s.
- SERENI, A. P., *L'equity negli Stati Uniti, II*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1112 s.
- SMAHA, J. L., *Automatic stay under the 1978 bankruptcy code: an equitable road-block to secured creditor relief*, in 17 *San Diego L. Rev.* (1980), 1113 s.
- TABB, C. J., *The history of the bankruptcy laws in the United States*, in 3 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (1995), 5 s.
- TARUFFO, M., "*Collateral estoppel*" e *giudicato sulle questioni*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 651 s.
- TARUFFO, M., voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 324 s.
- TEPLY, L. L., WHITTEN, R. U., *Civil procedure*, New York, 2009.
- THAYER, J. B., *The burden of proof*, in 4 *Harv. L. Rev.* (1890), 45 s.
- TOBAR, D. R., *The need for a uniform void ab initio standard for violations of the automatic stay*, in 24 *Whittier L. Rev.* (2002), 3 s.
- TRACHT, M. E., *Contractual bankruptcy waivers: reconciling theory, practice, and law*, in 82 *Cornell L. Rev.* (1997), 301 s.
- TRENTINI, C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012.
- TRISORIO LIUZZI, G., *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore civile e del consumatore dopo il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 387 s.
- VAZQUEZ, F., *Modification of automatic stay to permit litigation to proceed remains possible*, in 27 *A.B.I.J.* (2008), 34 s.
- VERKERKE, J. H., *Legal ignorance and information-forcing rules*, in 3 *Univ. of Virginia Law & Econ. Research Paper* (2003), 2 s.
- VOLPINO, D., *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, 2007.
- VULLO, E., *La riconvenzionale nei confronti del curatore: né simultaneous processus, né inammissibilità, ma separazione delle cause*, in *Corr. giur.*, 2003, 608 s.
- VULLO, E., *Le sezioni unite si pronunciano per l'inammissibilità della riconvenzionale nei confronti del curatore*, in *Corr. giur.*, 2005, 206 s.

BIBLIOGRAFIA

- VULLO, E., voce *Riconvenzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 526 s.
- WARREN, C., *Bankruptcy in United States history*, Cambridge, 1935 (ristampa 1972).
- WARREN, D. J., *Relief from the automatic stay: section 362(d)*, in 3 *Bankr. Dev. J.* (1986), 199 s.
- WARREN, W. D., BUSSEL, D. J., SKEEL, JR., D. A., *Bankruptcy*, 9th ed., New York, 2012.
- WEINER, J. L., *Corporate reorganization: section 77B of the bankruptcy act*, in 34 *Col. L. Rev.* (1934), 1173 s.
- WEINER, J. L., *Reorganization under section 77: a comment*, in 33 *Col L. Rev.* (1933), 834 s.
- WEINSTEIN, J. I., *The bankruptcy law of 1938. Chandler Act*, New York, 1938.
- WEINSTEIN, J. B., *The debtor relief chapters of the Chandler Act*, in 5 *U. Pitt. L. Rev.* (1938), 1 s.
- WEISS, R., *Contempt power of the bankruptcy court*, in 6 *Bank. Dev. J.* (1989), 205 s.
- WERTH, R. W., REED, F. R., *The Chapter XI stay order and the secured creditor*, in 38 *Ohio St. L. J.* (1977), 33 s.
- WIGMORE, J. H., *A treatise on the anglo-american system of evidence*, 3rd ed., Boston, 1940.
- WILLISTON, S., *The effect of a National bankruptcy law upon state laws*, in 22 *Harv. L. Rev.* (1909), 547 s.
- ZANICHELLI, V., *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in A. Jorio, B. Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, 53 s.
- ZANUTTIGH, L., *L'utilità della decisione nel litisconsorzio necessario e nel «necessary joinder of parties»*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 44 s.
- ZARETSKY, B. L., *Co-debtor stays in chapter 11 bankruptcy*, in 73 *Cornell L. Rev.* (1988), 213 s.