

CAPITOLO I (GLI *ASSET PROTECTION TRUSTS*)

SOMMARIO: 1. Premessa: due casi pratici – 2. Le origini e lo sviluppo degli *Asset Protection Trusts* negli U.S.A. Dall'*Offshore Asset Protection Trust* al *Domestic Asset Protection Trust* – 3. Definizione/concetto di *Asset Protection Trust*: il *self-settled Spendthrift Trust* – 4. Il concetto di *Spendthrift Trust* – 5. Le questioni giuridiche correlate all'utilizzo dello *Spendthrift Trust* – 6. L'*Asset Protection Trust* quale evoluzione dello *Spendthrift Trust* – 7. I rapporti tra l'*Asset Protection Trust* e la *public policy* negli U.S.A. – 8. Brevi cenni sui rimedi esperibili, negli U.S.A., contro gli *OAPTs* e i *DAPTs* – 9. Conclusioni sui rimedi giudiziali U.S.A. nei confronti degli *APTs*. Considerazioni sul divieto dei *DAPTs*. Osservazioni sulla disciplina dell'azione revocatoria locale – 10. L'*Asset Protection Trust* alla prova dei fatti: l'auto-paternalismo – 11. Conclusioni. Il problema dei *trusts* discrezionali.

1. PREMESSA: DUE CASI PRATICI

*Caso A. Il caso dell' Offshore Asset Protection Trust (OAPT)*¹

Stephan Jay Lawrence ha un problema. Uomo d'affari di successo, che occupa un ruolo di *leadership* nel mercato dei cambi americano, deve fronteggiare, all'inizio del 1991, una crisi economica personale, a causa del *deficit* di margine sui derivati generato dalla sua impresa durante il *Black Monday* (19 Ottobre 1987)².

Lawrence, sebbene abbia un patrimonio personale ingente, è stato coinvolto in un arbitrato, il cui esito potrebbe cancellare integralmente tale patrimonio³.

¹ Il caso è tratto da S.E. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom*, in 85 (2000) *Cornell Law Review* 1035, pp. 1035-1036 e da J.D. ADKISSON & C.M. RISER, *ASSET PROTECTION (concepts and strategies for protecting your wealth)*, McGraw-Hill, New York 2004, pp. 1-4.

² Cfr. *Goldberg v Lawrence (In Re Lawrence)*, in 227 (1998) *Bankruptcy Reporter* 907, p. 911.

³ *Idem*, p. 912.

Lawrence decide di risolvere il problema trasferendo, l'8 gennaio 1991, circa sette milioni di dollari (pari al 90% dei suoi averi) a un *trust* di Jersey (*Channel Islands*)⁴, una giurisdizione il cui diritto dei *trusts* è noto, agli americani, per essere poco favorevole ai creditori (*unfriendly to creditors*)⁵.

Non solo. Dopo circa un mese, Lawrence decide di modificare l'atto istitutivo di *trust* e trasferire il *trust fund* da Jersey a Mauritius, una giurisdizione ancor meno favorevole ai creditori (*debtor-friendly*) e situata, per gli Stati Uniti d'America, 'dall'altra parte del mondo'⁶.

Il 15 marzo 1991, il collegio arbitrale emette il lodo, che accorda alla Bear, Stearns & Co. Incorporated – la controparte di Lawrence – un risarcimento danni di più di venti milioni di dollari⁷.

A questo punto, però, è la Bear, Stearns & Co. Incorporated ad avere un problema.

Infatti, quando agisce per l'esecuzione del lodo, riesce a recuperare solo una minima parte della somma riconosciuta.

Perché la proprietà dei beni di cui Lawrence continua a godere, è stata trasferita a un *trustee* che non ha collegamenti con gli Stati Uniti d'America e i cui uffici si trovano in uno Stato *offshore*, il cui diritto

⁴ *Idem*, pp. 912-914.

⁵ Cfr. *Marine Midland Bank v Portnoy (In Re Portnoy)*, in 201 (1996) *Bankruptcy Reporter* 685, p. 699. In questa decisione, si ripercorre la storia del diritto dei *trusts* di Jersey e si riferisce in particolare che, nel 1989, è stata promulgata una legge (la TRUSTS (AMENDMENT) JERSEY LAW 1989), che ha modificato il diritto previgente, che stabiliva che una *gift on trust* (donazione in *trust*) fosse in frode ai creditori qualora il *settlor* avesse conservato il potere di disporre (come nel caso *In Re Lawrence*) dei beni conferiti in *trust*. Per inciso, sul diritto dei *trusts* di Jersey, cfr. P. MATTHEWS & T. SOWDEN, *The Jersey Law of Trusts*, 3rd ed., 1994.

⁶ Cfr. *In Re Lawrence* (2), p. 912, n. 11: "Mauritian law appears to be even more 'debtor-friendly' than the Jersey Channel Islands [...] Mauritius has the added benefit of its location – the other side of the world [...] Candidly, it appears the Debtor would have set the trust up on Mars if he could have".

⁷ *Idem*, p. 911.

dei *trusts* impone sanzioni penali nei confronti di chiunque (*trustee* incluso) rilasci informazioni su un *trust* retto dalla legge locale⁸.

Caso B. Il caso del Domestic Asset Protection Trust (DAPT)⁹

Rick Stangizt è un imprenditore di quarantacinque anni, che opera nel campo della ristorazione e possiede dieci ristoranti, a Chicago, nello Stato dell'Illinois (U.S.A.).

Rick ha conferito i suoi dieci ristoranti in dieci distinte società a responsabilità limitata (*Limited Liability Corporations – LLCs*), delle quali è azionista unico.

I ristoranti si trovano in differenti aree di Chicago e ciascuno di essi offre un menu diverso da quello degli altri.

Gli affari di Rick crescono rapidamente e ogni iniziativa che intraprende sembra rivelarsi proficua. Egli intende vendere due ristoranti entro un anno e aprirne altri cinque, nei sobborghi di Chicago, nei tre anni a venire.

Rick Stangizt, che è molto scrupoloso, applica una politica rigorosa, in termini di sicurezza e servizi sanitari, nei suoi ristoranti.

Ciononostante, un giorno, un cliente muore, all'improvviso, dopo aver cenato in uno di essi, a seguito di un'intossicazione alimentare.

Rick è sconvolto dall'evento.

⁸ Cfr. M.S. KENNEY, *The penetration of asset protection trusts*, in 1998 *Journal of Financial Crime* 111, p. 113: “*The offshore world consists of approximately 62 tax havens, the majority of which attract capital principally by maintaining bank and fiduciary relation secrecy legislation. This legislation purports to criminalise the dissemination of information concerning the ownership of wealth imparted to offshore banks, trust companies, lawyers or other confidants*”.

⁹ Il caso è tratto da M.A. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts: The Risks and Roadblocks Which May Hinder Their Effectiveness*, in 32 (2006) *ACTEC Journal* 260, p. 260.

Gli eredi del cliente citano in giudizio la LLC, quale titolare del ristorante e Rick Stangizt in qualità di proprietario e unico azionista della LLC.

Rick è preoccupato, perché si rende conto che, se fosse pronunciata una sentenza di condanna nei suoi confronti, potrebbe perdere la maggior parte del patrimonio accumulato con tanta fatica. Infatti, la richiesta di risarcimento danni avanzata dagli attori supera di gran lunga il valore massimo dei danni coperti dalla polizza assicurativa, da lui sottoscritta, per il ristorante in cui si è verificato l'incidente fatale.

In altri termini, una sentenza a lui sfavorevole, gli impedirebbe di proseguire l'attività imprenditoriale.

Rick Stangizt smette, però, di preoccuparsi, quando il suo legale gli ricorda che tutti i suoi beni sono protetti.

Cinque anni prima, infatti, dopo aver chiesto consulenza a un avvocato specializzato in pianificazione patrimoniale, ha istituito un *Domestic Asset Protection Trust (DAPT)*. L'*Asset Protection Trust (APT)* è uno strumento giuridico che consente a una persona (disponente/*settlor*) di creare, negli U.S.A., un *self-settled Spendthrift Trust*. Vale a dire, un *trust* in forza del quale, grazie alle tecniche *infra* meglio specificate, il *settlor* si spoglia della titolarità di uno o più beni, per trasferirli a un *trustee* (che si impegna ad amministrare i beni nel suo interesse) e renderli inaggregabili dai suoi creditori personali.

Negli Stati Uniti, gli *APTs* sono oggi riconosciuti in otto Stati su cinquanta¹⁰; ma Rick Stangizt ha scelto la legge dello Stato del

¹⁰ Nell'ordine: Alaska, Delaware, Nevada, New Hampshire, Rhode Island, South Dakota, Wyoming, Tennessee e Utah. Di fatto, anche Colorado, Missouri e Oklahoma dispongono di leggi che contemplano, in un modo o nell'altro, il

Delaware (che ammette la categoria di *trusts* in questione) quale disciplina regolatrice del suo *DAPT*.

Un anno dopo la tragedia, inizia il procedimento giudiziale nei confronti di Rick e della sua LLC.

Dopo quindici giorni di giudizio, la giuria emette una sentenza di condanna, con cui accorda agli attori un risarcimento danni di cinque milioni di dollari, nei confronti di Rick Stangizt.

Gli amministratori della LLC, titolare del ristorante in cui si è verificato l'incidente mortale, dichiarano il fallimento della società.

Gli eredi del defunto si sentono sollevati dall'esito del giudizio intrapreso, perché la sentenza di condanna emessa contro Rick Stangizt li ricompensa, in parte, della grave perdita subita.

Tuttavia, quando avviano la procedura esecutiva sul patrimonio di Rick, scoprono, con stupore, che è infruttifera.

Infatti, essi riescono a recuperare soltanto 20,000 dollari, depositati su un conto corrente bancario intestato personalmente a Rick. Ma nulla di più, dato che tutti gli altri beni, di cui Rick ha il possesso, sono stati conferiti nel *DAPT*, retto dal diritto del Delaware.

L'esito del procedimento esecutivo devasta gli eredi del defunto, ma consente a Rick Stangizt di continuare la sua attività imprenditoriale nel campo della ristorazione.

Il risultato dei due casi appena riferiti può sembrare, a seconda dei punti di vista, ragionevole o ingiusto.

fenomeno dell'*APT*. Tuttavia, "*this discussion will not focus on those states because the statutes in question are either flawed, not fully developed, or both*" (cfr. R.W. NENNO, *Planning with Domestic Asset Protection Trusts: Part I*, in 40 (2005-2006) *Real Property Probate & Trust Journal* 263, p. 271).

Nondimeno, a prescindere da ogni giudizio morale, questo è quanto può oggi accadere, negli Stati Uniti d'America, se una persona utilizza un *Asset Protection Trust* per proteggere il suo patrimonio¹¹.

2. LE ORIGINI E LO SVILUPPO DEGLI *ASSET PROTECTION TRUSTS* NEGLI U.S.A. DALL'*OFFSHORE ASSET PROTECTION TRUST* AL *DOMESTIC ASSET PROTECTION TRUST*

In letteratura, quando si parla di *Asset Protection Trusts*, si intende far riferimento a una particolare tipologia di *trusts*.

In primo luogo, a quei *trusts* che si sono affermati, nell'ambito del modello del *trust* internazionale¹², nelle giurisdizioni *offshore*¹³, a partire dalla metà degli anni '80¹⁴. Dove hanno dato origine al fenomeno degli *Offshore Asset Protection Trusts (OAPT)*¹⁵.

In secondo luogo, a quei *trusts* che, dato l'enorme successo degli *OAPT*¹⁶, sono stati introdotti, per legge, a partire dalla seconda metà

¹¹ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 260: “*Depending on the point of view, this result may seem totally reasonable or terribly inequitable. Regardless of the point of view, an outcome like this is not unrealistic when DAPT*s are used as an *asset protection vehicle*”.

¹² Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, Milano 1997, p. 257 ss. L'Autore distingue tra *modello tradizionale inglese* (del *trust*) e *modello del trust internazionale* e sottolinea che il secondo modello di *trust* (sviluppatosi nell'arco di poco più di dieci anni) si caratterizza sia per il fatto di essere, al contrario del primo, di fonte legislativa (*statute law*), anziché giurisprudenziale (*case law*), sia per il fatto di derivare da ordinamenti giuridici non tutti appartenenti al *common law* (come nel caso dell'Isola di Man, di Jersey, di Guernsey, di Mauritius e delle Seychelles).

¹³ Così dette, perché *'localizzate al di fuori dalle acque territoriali*.

¹⁴ La prima legge di riferimento in materia è il COOK ISLANDS INTERNATIONAL TRUST ACT 1984.

¹⁵ Sugli *OAPT*s, cfr. G. THOMAS & A. HUDSON, *The Law of Trusts*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2010, *Chapter 40 (OFFSHORE ASSET PROTECTION TRUSTS)*, p. 1073 ss.

¹⁶ Cfr. E. MARTY-NELSON, *Offshore Asset Protection Trusts: Having Your cake and Eating It Too*, in 47 (1994) *Rutgers Law Review* 11, pp. 13-14: “*OAPT*s have become the most popular vehicles for foreign asset protection planning. In fact, current estimates

degli anni '90, in alcuni Paesi degli Stati Uniti d'America¹⁷. Dove, nel contesto dello sviluppo locale dell'*Asset Protection Planning*¹⁸, hanno dato vita al fenomeno dei *Domestic Asset Protection Trusts (DAPTs)*¹⁹.

Ne deriva che l'espressione *Asset Protection Trust (APT)*, pur essendo di per sé di ampio respiro, individua, in senso stretto, una particolare *species* del *genus 'trust'*, familiare per lo più a coloro che sono residenti

suggest that the staggering amount of \$ 1 trillion of foreign trust funds are held in asset protection trusts". Cfr. inoltre STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), p. 1036: "*Stephan Lawrence's efforts to avoid his creditors [...] have become increasingly common in recent years. Although determining with any precision the value of assets that debtors have transferred offshore to avoid creditor claims is nearly impossible, conservative estimates exceed one trillion dollars. One lawyer, prominent in the asset protection business, represents that his firm alone has clients with more than three billion dollars in asset protection trusts*".

¹⁷ L'Alaska e il Delaware sono stati i primi Stati degli U.S.A. a promulgare, nel 1997, leggi sugli *APTs*. Come già anticipato (cfr. nota 10), oggi altri sei Stati disciplinano espressamente i *DAPTs* (segnatamente, Nevada, New Hampshire, Rhode Island, South Dakota, Wyoming, Tennessee e Utah). È bene ricordare che quando si parla del diritto degli U.S.A. si intende riferirsi, nell'area del diritto privato, al *case law* e allo *statute law* elaborati dai singoli Stati degli *States*. Perché, non esiste, nello specifico, un diritto dei *trusts* americano; esiste un diritto dei *trusts* in ogni Stato degli Stati Uniti d'America.

¹⁸ Sull'*Asset Protection Planning* negli U.S.A. cfr. B.S. ENGEL, *Asset Protection Planning Guide*, 2nd ed., CCH Incorporated, Chicago 2006; ADKISSON & RISER, *ASSET PROTECTION* (1); D.E. OSBORNE & E.M. SCHURIG (EDS.) *Asset Protection: Domestic and International Law and Tactics*, Thomson-West Group, 1995 (opera in 4 volumi, in versione *looseleaf*, aggiornata su base quadrimestrale).

¹⁹ Per inciso, si noti che l'*Asset Protection Planning*, intesa come "*risk management planning that is designed to discourage a potential lawsuit before it begins or to promote a settlement most favourable to the client*", si è affermata, presso il pubblico statunitense, proprio con la diffusione degli *Asset Protection Trusts*. Cfr. ADKISSON & RISER, *ASSET PROTECTION* (1), pp. 4-5: "*For literally centuries before the offshore trust boom, debtors had been having considerable successes against creditors by using more conventional tactics to shield assets. Litigation and bankruptcy attorneys legitimately and successfully had been protecting their clients' wealth for years by using state and federal exemptions, corporations and partnerships, equity stripping, cross-collateralization, and other creative debt-financing techniques. What offshore trusts brought was not proven methodology but rather the marketing 'sizzle' of using exotic locales. Asset protection was suddenly thought of as a 'new' practice area, when in fact it is anything but. [...] What was 'new' about asset protection was the concept of a specific practice area to be marketed to affluent clients to quell their fears about lurking 'predator plaintiffs' and soon-to-be ex-spouses divesting them of their worldly wealth*".

o domiciliati negli Stati Uniti d'America. I quali vi ricorrono, per svariati motivi²⁰, tra cui il bisogno di far fronte a quella che è percepita, ai nostri giorni, come una vera e propria patologia del diritto locale; cioè l'incontrollabilità dei risarcimenti dei danni punitivi (*exemplary* o *punitive damages*)²¹.

Risarcimenti, la cui imprevedibilità ha determinato il progressivo innalzamento dei costi assicurativi per la copertura dei danni da attività professionale e ha suggerito, quindi, agli imprenditori e ai lavoratori autonomi in genere, di rivolgersi verso altri strumenti di tutela, ai fini della protezione dei loro interessi²².

²⁰ Cfr. B.S. ENGEL, *Focus on trust information*, in *Offshore Financial Review*, n. 12/1994 (in engelreiman.com): “Different factors motivate different person to settle an APT. By definition, the settlor of an APT has the desire to protect the subject property from risks to which the property would otherwise be exposed. These risks include: (i) lawsuits or other legal process; (ii) laws which restricts the ability of an individual to freely dispose of his or her property on death (known as ‘forced heirship laws’); (iii) political strife; (iv) social instability”. Cfr. inoltre D. CHAPNICK & P. HAUSER, *More on the hornet’s nest: attacking asset protection trusts in practice*, in 1994 *Private Client Business* 378, p. 378: “There has been a considerable amount of interest in recent years about so-called ‘Asset protection Trusts’ (or ‘APTs’). The purpose of such entities is to protect assets transferred to an APT from the reach of potential creditors, including tax authorities, ex-spouses and plaintiffs with personal injury, environmental and other claims”.

²¹ Cfr. MARTY-NELSON, *Offshore Asset Protection Trusts* (16), p. 14: “One reason behind the explosion in OAPTs is that the class of OAPT settlors has expanded from its traditional base of the “super-rich” to include less well-heeled newcomers whose professions or businesses leave them vulnerable to potentially devastating litigation risks. These trusts are now popular among professionals such as doctors, lawyers, and accountants as ways to shield their assets from runaway malpractice claims”; NENNO, *Planning with Domestic Asset Protection Trusts: Part I* (10), p. 270: “As American society has become increasingly litigious, interest has developed in asset-protection trusts (“APTs”) - trusts in which the trustor can retain some potential benefits that cannot be reached by creditors”. Cfr. ancora R.S. AMARI, *Asset Protection Trusts: Nuclear Bomb Shelter*, in (1992) *Florida Bar Journal* 17.

²² Cfr. H.J. LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?*, in 35 (2000-2001) *Real Property, Probate and Trust Journal* 479, pp. 499-500: “The scope of a person’s legal liability in the United States is broad indeed and may include contract claims, tort claims, marital right and support claims, and no fault statutory/regulatory liability, such as liability under the Comprehensive Environmental

Anche se, gli stessi *APT*s, quando sono istituiti *offshore*, possono garantire perfino benefici di natura fiscale²³.

3. DEFINIZIONE/CONCETTO DI *ASSET PROTECTION TRUST*: IL *SELF-SETTLED SPENDTHRIFT TRUST*

Non è possibile definire, in modo semplice e lineare, un *Asset Protection Trust*. Per due ragioni.

La prima, è perché la dottrina di *common law* incontra già difficoltà nel definire il concetto di *trust*²⁴. Il quale si presta a ricomprendere,

Response, Compensation and Liability Act of 1980. The United States litigation system is viewed by some, perhaps many, as pro-plaintiff, pro-creditor, and prone to large judgments. Many plaintiffs and their counsel are viewed by some as avaricious, if not rapacious, and predatory, and many people acknowledge that the costs of litigations are very high. Some describe the tort system as broken or out of control. Ever-expanding principles of liability have caused many individuals and business entities to undertake liability limitation strategies in an attempt to “level the playing field. For individuals, a liability limitation strategy may involve the use of an APT”. Cfr. inoltre *Roundtable Discussion*, in 32 (1999) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 779, p. 793; R.E. SILVERMAN, *Litigation Boom Spurs Efforts to Shield Assets*, in *WALL STREET JOURNAL*, 14th October 2003; J. STEIN, *McCourt Divorce Shines a Light on Asset Protection*, in *LOS ANGELES DAILY JOURNAL*, 10th September 2010 (ripubblicato il 27 settembre 2010). Sulle applicazioni degli *APT*s, cfr. peraltro anche STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), p. 1036: “Furthermore [...] *con men have used offshore trusts to stash their gains in entities beyond the reach of the investors they have defrauded*”.

²³ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 260: “*Approximately 60 nations worldwide have asset protection trust statutes. High net-worth clients transfer their assets to offshore trusts to: (1) take advantage of transfer tax savings and (2) insulate their assets from potential claims of their creditors*”; M. STEINER & D. CITRON, *Asset protection trusts – promise or threat?*, in 1994 *Private Client Business* 96, p. 97: “*Asset Protection jurisdictions normally have not only passed asset protection laws, but also no tax/low tax régimes; examples are the Cook Islands, the Cayman Islands, the Turks & Caicos Islands, the Bahamas and Gibraltar*”. Sui rapporti tra *OAPT*s e *DAPT*s cfr. J.E. SULLIVAN III, *Gutting the Rule Against Self-Settled Trusts: How the New Delaware Trust Law Competes With Offshore Trusts*, in 23 (1998) *Delaware Journal of Corporate Law* 423.

²⁴ Cfr. D.J. HAYTON & O.R. MARSHALL, (*Commentary and Cases on*) *The Law of Trusts and Equitable Remedies*, 11th ed., Sweet & Maxwell, London 2001, p. 3: “*What then is a trust? It is impossible to define such a flexible concept. However, four*

oltre alla più comune categoria dell'*express trust* (disciplinata dalla già citata Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 *relativa alla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento* – CAT), anche quelle meno conosciute del *resulting trust* e del *constructive trust*²⁵.

Senza contare che la stessa definizione di *express trust*, di cui all'art. 2 cpv. 1 CAT, è stata molto criticata²⁶.

La seconda ragione è, perché, sebbene il *common core* degli *Asset Protection Trusts* sia rappresentato dai *self-settled Spendthrift Trusts* (di cui *infra*), la voce '*APT*' è, come già accennato, di ampio respiro.

Essa copre, infatti, anche *trusts* che non traggono origine dai predetti *Spendthrift Trusts*, ma che hanno solo un comune denominatore, che è rappresentato da una legge regolatrice volta a frapporre ostacoli ai vari soggetti titolari di diritti in contrasto con quelli delle parti

quasi-definitions are now set out to provide a rough and ready introduction to trust law".

²⁵ Sui *resulting trusts* e i *constructive trusts*, cfr. J.E. PENNER, *The Law of Trusts*, 2nd ed., Butterworths, London 2000, *Chapters* 4-5.

²⁶ Infatti, ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 CAT, il concetto di *trust* viene riferito a "un rapporto giuridico istituito da una persona, il disponente – con atto tra vivi o mortis causa – con cui dei beni siano posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato". Tuttavia, la definizione in questione è stata criticata, perché ritiene sufficiente, affinché si ravvisi un *trust*, che "*des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee*"; e perciò si presta a ricomprendere, oltre ai *trusts* di *common law* (che richiedono il trasferimento, ai *trustees*, della proprietà dei beni in essi conferiti) anche altri istituti, simili a essi (c.d. '*trust-like institutions*'). Cfr. LUPOI, *Trusts* (12), p. 419: "Il primo articolato (dell'art. 2 CAT, Ndr) si esprimeva diversamente: «dorsque des biens sont transférés à (...) une personne, le trustee» L'antagonismo tra queste due formulazioni è evidente, così come è evidente (e fu subito rilevato) che la prima, quella del testo definitivo, apre la via a numerosissime figure giuridiche civilistiche. [...] La nozione di «controllo» è di scarsissimo peso giuridico". Cfr. inoltre J. HARRIS, *The Hague Trust Convention*, Hart Publishing, Oxford 2002, p. 111: "It is undoubtedly true that the characteristics of a trust described in Article 2 lack of a certain ambition. They are rather general. Certainly, they do not incorporate anything like all the features of the English trust. In particular, no stress is placed on the transfer of ownership to the trustee; nor on the proprietary entitlement and other rights of the beneficiary; and reference to the fiduciary nature to the trust, so pivotal to its essence in the common law world, is excluded".

interessate dall'istituzione del *trust*²⁷. Come avviene nel caso degli *OAPT*s²⁸.

Tanto che è curioso notare che alcuni Autori che si sono occupati del tema, non hanno nemmeno accennato a quanto si riferirà nei paragrafi successivi²⁹.

Inoltre, la voce '*APT*' copre altresì *trusts* che attribuiscono al *settlor* una serie di poteri di controllo, tali da far sconfinare le singole fattispecie nell'alveo dei *trusts* simulati³⁰ (*sham trusts*)³¹.

²⁷ Cfr. STEINER & CITRON, *Asset protection trusts – promise or threat?* (23): “An Asset Protection Trust is a trust governed by a law which does not allow creditors to bring an action in that jurisdiction against the trust assets, typically as a result of divorce, bankruptcy or commercial dispute”.

²⁸ Cfr. MARTY-NELSON, *Offshore Asset Protection Trusts* (16), p. 12: “Generally, *OAPT*s are trusts created under the laws of certain jurisdictions in order to shield the assets transferred to the trust from future creditors. Numerous devices fall under *OAPT*s”.

²⁹ Cfr. THOMAS & HUDSON, *The Law of Trusts* (15), Chapter 40 (OFFSHORE ASSET PROTECTION TRUSTS).

³⁰ Cfr. MARTY-NELSON, *Offshore Asset Protection Trusts* (16), p. 13. Qui l'Autrice associa ai *trusts* di cui *infra* nel testo, tutti quei *trusts* in cui il *settlor*, “typically reserves some measure of control over the trust either through membership in a “committee of advisors,” or as a self-designated “protector” of the trust with authority, among other things, to replace the trustee”. E aggiunge che gli *OAPT*s vengono utilizzati, “primarily for two reasons: (1) they offer added protection from creditors when compared with domestic spendthrift trusts; and (2) they offer this added protection without the settlor divesting total control over the transferred assets”. Ne deriva che l'Autrice scinde chiaramente le due tipologie di *trusts* di cui sopra e introduce, sotto la voce '*APT*s', anche i *trusts* simulati. I quali sono chiamati in causa anche da PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 268, che, parlando dei rimedi esperibili dalla parte danneggiata nei confronti del *DAPT* di turno, riferisce che “A creditor may allow the forum court to apply *DAPT* law but attempt to invalidate the trust on the basis that it is a “sham” or “alter ego” of the settlor”. Per inciso, si noti che “It is not uncommon for a settlor to reserve to himself powers not just to revoke the trust but also to direct the distribution of trust assets, to add to or remove from the class of beneficiaries or objects, to remove or appoint new trustees, to approve or veto trustee investments, and so forth. Although the retention of such control is often ill-advised as a practical matter [...] there is no doubt that, as a matter of trust law, a considerable degree of control may indeed be retained. The retention of such extensive control does not necessarily point to a sham, however. The crucial question therefore is: how far can the settlor go before he crosses the line between one and the other? This is particularly live issue in offshore jurisdictions, in several of which there are express

Ai fini del presente lavoro, si può comunque partire dalla considerazione che un *Asset Protection Trust* è uno strumento giuridico la cui caratteristica principale consiste nell'accentuazione dell'elemento tipico del *trust*, vale a dire la separazione (o segregazione) patrimoniale³²; e che l'acronimo *APT* identifica, nel senso stretto del termine, un *self-settled Spendthrift Trust* espressamente istituito da una persona, “*who has as one oihis or her principal planning goals the protection and preservation of the assets to be settled in trust*”³³.

In altri termini, si tratta di un *trust* che è creato, più che per giovare dei beneficiari (o per perseguire un determinato scopo³⁴), per conservare e proteggere uno o più beni³⁵.

statutory provisions enabling settlors to reserve a wide range of powers over trusts” (cfr. THOMAS & HUDSON, *The Law of Trusts* (15), p. 65, § 2.50).

³¹ Sugli *sham trusts*, cfr. su tutti, in dottrina, M. CONAGLEN, *Sham Trusts*, in 67 (2008) *Cambridge Law Journal* 176 (ma vedasi anche, in lingua italiana, A. BRAUN, *Quando un trust è “sham”: brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2006, p. 346 ss). In giurisprudenza, cfr. invece, nell'ordine: *Douglas v Baldwyn*, in [1953] *New Zealand Law Reports* 313; *Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd.*, in [1991] *Jersey Law Reports* 103; *Midland Bank Plc v Wyatt*, in [1995] 1 *Family Law Reports* 696; *R v Allen*, in [1999] *Simon's Tax Cases* 846; *Hitch v Stone*, in [2001] *Simon's Tax Cases* 214; *Minwalla v Minwalla*, in [2004] 7 *International Trust & Estate Law Reports* 457.

³² Sul concetto di segregazione patrimoniale cfr. LUPOI, *Trusts* (12), p. 472 ss.

³³ Cfr. ENGEL, *Focus on trust information* (20).

³⁴ Nel rispetto della definizione dell'art. 2 cpv. 1 CAT (cfr. nota 26).

³⁵ Cfr. ENGEL, *Focus on trust information* (20): “*In fact, it would be fair to state that under an APT, the preservation of property is likely to be at least important a goal of the settlor as benefiting and seeing the well-being of the beneficiaries – which is not necessarily the case with all trusts*”. Formalmente *contra* L.R. SAINDERBERG, *Estate Planning and Creditors' Rights*, in *Understanding Basic Estate Planning*, PLI Est. Plan & Admin. Course Handbook, Series No. D-223, 1993, p. 81: “*In order to avoid fraudulent conveyance laws, the settlor of the trust must have reasons other than asset protection for the transfer to the trust. For example, a settlor may wish to avoid probate*”.

4. IL CONCETTO DI *SPENDTHRIFT TRUST*

Fermo quanto sopra, se l'*APT* è, in senso stretto, un *self-settled Spendthrift Trust*, occorre a questo punto accertare in cosa consista uno *Spendthrift Trust*.

Il *trust* è uno strumento di protezione patrimoniale³⁶, che consente di scindere gli oneri e i benefici legati alla titolarità di uno o più beni tra due soggetti: il *trustee* e i beneficiari³⁷.

Il *settlor* (o disponente)³⁸, crea, con l'atto istitutivo di *trust*³⁹, un rapporto fiduciario tra *trustee* e beneficiari.

Rapporto fiduciario in forza del quale, il *trustee* acquisisce la proprietà dei beni trasferitigli dal *settlor*⁴⁰, non nel suo interesse, bensì nell'interesse dei beneficiari⁴¹. Beneficiari, tra i quali può essere

³⁶ Cfr. ADKISSON & RISER, *ASSET PROTECTION* (1), p. 119: "*Trusts are a traditional asset protection tool*".

³⁷ Si parla, in merito, nella nostra dottrina, di proprietà nell'interesse altrui. Cfr. M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui* (Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese), Università degli Studi di Trento, Trento 1995.

³⁸ Negli U.S.A., anche *grantor*.

³⁹ Se unilaterale, *trust instrument* negli U.S.A. e *declaration of trust* nel *common law* in genere; se bilaterale, *trust instrument* o *trust agreement* negli U.S.A. e *trust deed* (o *deed of trust*) nel *common law* in genere.

⁴⁰ Cfr. R.T. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts*, in 53 (2001-2002) *Hastings Law Journal* 287, p. 290: "*To create a trust, a property owner transfer assets to a trustee [...] The trustee is usually, although need not to be, someone other than the settlor*". Cfr. inoltre D. HAYTON, *The Law of Trusts*, 4th ed., Sweet & Maxwell, London 2003, p. 129: "*Normally, the settlor transfers property to the trustees, but he may make himself trustee of certain property by, so to speak, transferring property from his right hand to his left hand, so that it is clear which of his own property has now been appropriated to be held by him for others*".

⁴¹ Cfr. THOMAS & HUDSON, *The Law of Trusts* (15), p. 11, § 1.01: "*The essence of a trust is the imposition of an equitable obligation on a person who is the legal owner of property (a trustee) which requires that person to act in good conscience when dealing with that property in favour of any person (the beneficiary) who has a beneficial interest recognized by equity in the property. The trustee is said to 'hold the property on trust' for the beneficiary*"; DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 290: "*A trust is an asset-management device that divides the burdens and benefits of ownership of property between a trustee, on the one hand, and beneficiaries, on the other. This division of ownership interests creates a fiduciary relationship between the trustee*

compreso anche lo stesso *settlor*⁴², che si distinguono di solito tra beneficiari attuali e beneficiari futuri⁴³.

Il trasferimento dei beni dal *settlor* al *trustee* è usualmente accompagnato da un atto scritto, in cui si stabilisce come il *trustee* debba gestire i beni conferiti in *trust*, durante il *trust period*, e in che modo debba disporne⁴⁴, nel rispetto delle procedure previste nel *trust instrument* ai fini della distribuzione del reddito (*income*) prodotto dal *trust fund* e dell'assegnazione del capitale (*trust principal*)⁴⁵.

and the beneficiaries. The trustee is said to hold the “legal interests” in the trust property (i.e., the trustee holds legal title), while the beneficiaries are said to hold the “equitable interests” in the property. Thus, although the trustee is strictly speaking the “owner” of the trust assets, the trustee owns those assets not for the trustee’s own benefit, but for the benefit of the beneficiaries, for whom the trustee is a fiduciary”.

⁴² Cfr. THOMAS & HUDSON, *The Law of Trusts* (15), p. 19, § 1.19: “*The settlor may be a trustee and also a beneficiary of the trust property. [...] The settlor can reserve himself the rights of a sole beneficiary or one of a class of beneficiaries provided that the trust property is held on trust by at least one other person as trustee*”.

⁴³ DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors’ Rights in Trusts* (40), p. 290: “*A trust will typically include “current beneficiaries,” persons to whom the trustee is authorized or required to make current distributions, and “future beneficiaries,” persons who will or may receive trust distributions in the future. Future beneficiaries often include both persons who may or shall receive periodic distributions of income and principal, commencing at some point in the future, and remainder beneficiaries, who may or shall receive outright distributions of principal at the trust’s termination*”.

⁴⁴ *Ibidem*: “*The rights and obligations of the trustee and the beneficiaries are established by the terms of the trust instrument and through a body of law that has evolved principally through decisions by courts of equity defining and enforcing the interests of trust beneficiaries [...] The transfer (of the assets, Ndr) is usually accompanied by a written trust instrument that sets forth the terms of the trust, including both the dispositive provisions (i.e., the instructions for how the trustee is to dispose of the assets) and administrative provisions (which specify most powers and duties of the trustee in managing the assets)*”.

⁴⁵ DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors’ Rights in Trusts* (40), p. 291: “*For example, the trust instrument may authorize or direct the payment of income to a beneficiary or group of beneficiaries and also authorize or direct the payment of principal to the same or different beneficiaries. The concepts of “income” and “principal” are defined under applicable state law (sometimes with variations prescribed by the trust instrument). In simple terms, “principal” includes the original trust assets, proceeds from the sale of those assets, and any replacement assets purchased with the proceeds, reduced by a certain charges (as prescribed by applicable law); “income” includes all trust earnings,*

Ora, salvo che l'atto istitutivo di *trust* o la legge regolatrice dispongano diversamente⁴⁶, l'*interest* di ciascun beneficiario del *trust* è liberamente trasferibile.

Ciò significa che un beneficiario, il quale abbia (ad esempio) diritto a ricevere, durante la sua vita, il reddito prodotto dal patrimonio del *trust*, può cederlo a terzi, sia a titolo gratuito che verso un corrispettivo.

Terzi che lo acquisiscono, in linguaggio tecnico, '*pur autre vie*'⁴⁷.

Non solo. L'*interest* del beneficiario può anche essere assoggettato a trasferimento 'involontario' (*involuntary transfer*), a seguito di un provvedimento esecutivo ottenuto da un creditore nei suoi confronti⁴⁸.

Ovviamente, sia i trasferimenti volontari che quelli forzosi, degli *interests* dei beneficiari, possono scompaginare i piani che hanno indotto il disponente a istituire il *trust*⁴⁹.

such as rents, dividends, and interest (but excluding realized capital gains, which constitute principal), reduced by all charges not allocable to principal".

⁴⁶ Negli Stati Uniti d'America, ad esempio, la legge dello Stato di New York stabilisce che gli *interests in trust* non siano trasferibili, salvo che il *settlor* abbia diversamente previsto (cfr. N.Y. ESTATE, POWERS & TRUSTS LAW, § 7.1-5).

⁴⁷ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 291. L'Autore aggiunge: "By transferring the interest for consideration, the beneficiary is able to anticipate the interest by receiving for it funds worth approximately the present value of the income stream, as measured by the beneficiary's life expectancy".

⁴⁸ Negli U.S.A., "The judgment creditor will seek to satisfy the beneficiary's obligation in one of two ways: (i) by obtaining a court order requiring the trustee to make the income payments to the creditor, until the beneficiary's obligation is satisfied or (ii) by obtaining a court order requiring the trustee to sell the income interest and pay the proceeds to the creditor". Tuttavia, la seconda alternativa non è spesso praticabile, a causa dell'assenza di un mercato degli *income interests* dei *trusts* (cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 291, nota 10).

⁴⁹ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 291: "Consider, for example, a trust created for the benefit of the settlor's child, who lacks the requisite judgment and skill to handle outright ownership of property. If the child could anticipate her interest by selling it or using it as a collateral for a loan, the trust would

Per questo motivo, nell'ambito di ordinamenti che non contemplano, a differenza di quello italiano, i diritti dei legittimari⁵⁰, e sul cui territorio il *trust* viene spesso utilizzato per pianificare il passaggio intergenerazionale dei beni (con l'obiettivo di proteggere gli interessi dei membri della famiglia nucleare del disponente)⁵¹, per evitare gli incidenti di cui sopra, si ricorre al meccanismo dello *Spendthrift Trust*. In breve, il disponente, inserendo una *spendthrift provision* nell'atto istitutivo di *trust*, specifica che il beneficiario non potrà trasferire in alcun modo i suoi diritti da esso nascenti e che i suoi creditori non potranno vantare alcuna pretesa sulla *trust property*, fintanto che essa rimarrà nel *trust*⁵².

lose its effectiveness as a tool for managing assets on the child's behalf. Similarly, if through improvidence the child were to incur a debt which could then be satisfied from trust assets, the trust would fail to serve its purpose of protecting against such improvidence'.

⁵⁰ Cfr. J.H. MERRYMAN, *Policy, Autonomy and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law*, in 12 (1963) *The American Journal of Comparative Law* 224, pp. 227-228 (in particolare nota 14) e p. 229: "Our own property system places substantially less emphasis on family. The owner is quite generally free to disinherit his children, if he so desires, as well as all others except his surviving spouse".

⁵¹ *Idem*, pp. 229-230: "Although the law is not family-directed, donors frequently are, and a property system which allows children to be disinherited can be expected to stimulate attempts by donors to control the future in such a way as to keep the property in the family. It is undoubtedly true that much of our law of future interests and trust is the product of the operation of such forces and that a system of forced heirship would greatly had reduced the pressure for dead hand control by the creation of limited estates and trusts. From this point of view power over the future is given to the owner in response to his desire to establish stable family property arrangements. He exercises this power through the creation of legal future interests and trusts".

⁵² Cfr. A.J. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy: Economic and Cognitive Perspectives*, in 73 (1995) *Washington University Law Quarterly* 1, p. 2: "The spendthrift trust is a device whereby benefactors shield gratuitous transfers from immediate consumptions by their beneficiaries. Adorned with a spendthrift clause (or a "disabling restraint," as it is technically known), a trust provides benefits that are legally inalienable. [...] Likewise, creditors cannot satisfy their claims by levying execution against the corpus".

E' in questo modo che s'istituisce uno *Spendthrift Trust*⁵³; e la *spendthrift provision* assume, di regola, il seguente tenore: “*To the extent permitted by law, the principal and income of this trust shall not be liable for the debts of any beneficiary or subject to alienation or anticipation by a beneficiary*”⁵⁴.

5. LE QUESTIONI GIURIDICHE CORRELATE ALL'UTILIZZO DELLO *SPENDTHRIFT TRUST*

Lo schema dello *Spendthrift Trust* non è però immune da vizi. Perché, in astratto, è fonte di scontro tra due *doctrines* di *common law*.

La prima *doctrine* è quella rappresentata dal brocardo latino ‘*Cujus est dare ejus est disponere*’⁵⁵.

La seconda è invece quella che si identifica nel principio secondo il quale deve ritenersi contro l'ordine pubblico (*public policy*) che una persona possa separarsi da un bene, in modo da poter continuare a goderne e impedire, per contro, al contempo, ai suoi creditori, di aggredirlo⁵⁶.

⁵³ Cfr. ADKISSON & RISER, *ASSET PROTECTION* (1), p. 119: “*When a trust is created, the grantor can specify in the trust agreement that the beneficiary cannot transfer, in any way, her interest in the trust, and that the beneficiary’s creditors will have no rights to trust assets so long as the assets remain in trust. [...] A trust with such language is called a spendthrift trust*”.

⁵⁴ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors’ Rights in Trusts* (40), p. 292. Cfr. inoltre J.C. DOBRIS & S.E. STERK, *Ritchie, Alford & Effland’s Estate and Trusts: Cases and Materials*, 1998, p. 518: “*A typical spendthrift provision might read: ‘The interests of my trust beneficiary, whether in trust income or principal, shall not be capable of assignment, anticipation, or seizure by legal process’*”.

⁵⁵ Cfr. *Ashhurst v Given*, in 5 (1843) *Watts and Sergeant’s Pennsylvania Reports* 323, p. 330: “*Whoever has the right to give, has the right to dispose of the same as he pleases. Cujus est dare ejus est disponere, is the maxim which governs in such a case*”.

⁵⁶ Cfr. A.W. SCOTT, *The Law of Trusts*, 1939, p. 782, § 156: “*It is against public policy to permit a man to tie up his own property in such a way that he can still enjoy it but can prevent his creditors from reaching it*”.

Come accade, di fatto, grazie alla volontà del *settlor*, per il beneficiario di uno *Spendthrift Trust*.

Sicché, l'utilizzo dello *Spendthrift Trust* è stato a lungo dibattuto, negli Stati Uniti d'America⁵⁷.

In particolare, un Autore del XIX secolo rilevò che una diffusione capillare degli *Spendthrift Trusts* avrebbe generato una categoria di soggetti privilegiati, che avrebbero potuto dedicarsi a speculazioni e frodi e, a condizione che non avessero violato il diritto penale, avrebbero mantenuto integro il loro patrimonio⁵⁸.

Tuttavia, le discussioni sull'uso di questo tipo di *trust* sono, con il tempo, scemate⁵⁹; e ai nostri giorni, gli *Spendthrift Trusts* sono

⁵⁷ Cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), p. 1042: "Since the late nineteenth century, trust settlors have been creating spendthrift trusts, designed to prevent the beneficiary's creditors from attaching or garnishing the beneficiary's interest in the trust and to prevent the beneficiary from assigning his trust interest. Courts and legislatures have responded to this device with constraints of varying severity [...]".

⁵⁸ Cfr. J.C. GRAY, *Restraints on Alienation of Property*, 1883, p. 174: "The general introduction of spendthrift trusts would be to form a privileged class, who could indulge in every speculation, could practice every fraud, and, provided they kept on the safe side of the criminal law, could yet enroll in wealth. They would be an aristocracy, though certainly the most contemptible aristocracy with which a country was ever cursed". Per critiche più recenti, cfr. P.G. HASKELL, *Teaching Moral Analysis in Law School*, in 66 (1991) *Notre Dame Law Review* 1025, p. 1047: "Testator's use of spendthrift provision, and the law which upholds it, are not morally defensible".

⁵⁹ Cfr. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), p. 6: "Gray's arguments engaged scholars for a time, but these academic echoes died away by the 1970s, and the public policy of spendthrift trusts has not been assayed since". Nello stesso senso anche LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 495: "Without a full historical development, which other commentators ably have provided, one simply may observe that the courts and legislatures in the United States generally have honored the spendthrift provision, even though spendthrift provisions were not recognized under English law".

riconosciuti, alle condizioni di cui *infra*, in quasi tutti gli Stati dell’America⁶⁰.

A supporto del riconoscimento dello *Spendthrift Trust*, la letteratura autoctona rimanda sistematicamente a due *leading cases*: il caso *Nichols v Eaton*⁶¹ (dibattuto di fronte alla Corte Suprema degli Stati Uniti) e il caso *Broadway National Bank v Adams*⁶² (deciso dalla Corte Suprema del Massachusetts).

Peraltro, ad approvare l’impiego del *trust de quo* è stato, nella prima decisione, solo uno dei giudici della Corte Suprema⁶³, per *obiter dictum*, che è stato più volte criticato⁶⁴.

⁶⁰ Cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), p. 1043: “Despite vociferous opposition, the spendthrift trust has become an entrenched feature of American trust law”.

⁶¹ Cfr. *Nichols v Eaton*, in 91 (1875) *United States Supreme Court Reports* 716.

⁶² Cfr. *Broadway National Bank v Adams*, in 133 (1882) *Massachusetts Reports* 170.

⁶³ Cfr. LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 494: “In the seminal United States Supreme Court case of *Nichols v. Eaton*, Justice Miller asserted, in dicta, that spendthrift trust should be permitted to protect the beneficiary ‘from the ills of life, the vicissitudes of fortune, and even his own improvidence, or incapacity of self protection’. (see p. 727)”.

⁶⁴ Cfr. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), p. 6, nota 17: “Considered historically, the spendthrift trust seems to have been born largely of chance and confusion, both with respect to its statutory and common law roots. As a matter of common law, Justice Miller in *Nichols* cited to six earlier Pennsylvania cases, yet Pennsylvania at the time was atypical in denying creditors’ rights to reach equitable trust interests, because it lacked a court of equitable jurisdiction. Miller apparently failed to appreciate the peculiar procedural circumstances that surrounded his authorities (and because in *Nichols* the point was dictum, it had gone through the rigors of debate by counsel). Prior to *Nichols*, English and American cases had held almost uniformly that disabling restraints were ineffective, and commentators immediately criticized Miller’s opinion for contradicting established doctrine. It happened, however, that a number of influential treatises appeared or went through new editions shortly after *Nichols* came down, and striving to keep current they picked the case up. These treatises were frequently cited by subsequent courts”. L’Autore rimanda poi a E.N. GRISWOLD, *Spendthrift Trusts*, 2nd ed., 1947, pp. 25-31, per il dibattito sulle coincidenze e la confusione che avrebbero portato alla nascita dello *spendthrift trust*; e a J.C. GRAY, *Restraints on Alienation of Property*, 2nd ed., 1895, per la ricostruzione dello *status* della legge prima del caso *Nichols* (§ 213) e per la disamina delle critiche alla sentenza *Nichols* da parte dei giudici del tempo (§§ 251-255). Per inciso anche LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts*:

Nella seconda sentenza, invece, il collegio giudicante è partito dal presupposto che i beni da porsi in *trust* non appartengono al beneficiario, bensì al *settlor*. Il quale, poiché non è tenuto a donare alcunché, è libero, se non viola principi di ordine pubblico, di donare anche sotto condizione.

Inclusa quella che il patrimonio oggetto di liberalità sia protetto dai creditori del donatario, che nello specifico non possono acquisire *ex lege* diritti maggiori di quelli spettanti al beneficiario (in virtù di quanto previsto nel *trust instrument*⁶⁵).

In altre parole, la decisione della Corte Suprema del Massachusetts ha statuito il principio secondo cui il *settlor*, sebbene non possa imporre regole sulle modalità d'impiego, da parte del beneficiario, del denaro distribuito dal *trustee* (che, una volta incassato, è aggredibile dai creditori del beneficiario medesimo⁶⁶), può peraltro assicurarsi che quest'ultimo lo incassi esclusivamente per le sue necessità quotidiane e non lo negozi, ad esempio, a supporto di iniziative imprenditoriali improbabili⁶⁷.

Pallbearers to Liability? (22), p. 494, nota 50, rimanda a GRISWOLD, *Spendthrift Trusts* (OP. ULT. CIT.) per le critiche all'*obiter dictum* del giudice MILLER.

⁶⁵ Cfr. *Broadway National Bank v Adams*, (62), pp. 173-174: "The founder of this trust was the absolute owner of his property. He had the entire right to dispose of it, either by an absolute gift to his brother, or by gift with such restrictions or limitations, not repugnant to the law as he saw fit to impose. [...] His intentions ought to be carried out, unless they are against public policy. [...] He has the entire jus disponendi, which imports that he may give absolutely, or may impose any restriction or fetters not repugnant to the nature of the estate which he gives. Under our system, creditors may reach all the property of the debtor not exempted by law, but they cannot enlarge the gift of the founder of the trust, and take more than he has given". In dottrina, cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), p. 1042.

⁶⁶ Cfr. *ex multis In Re Hecht*, in 54 (1985) *Bankruptcy Reporter* 379 e *In Re Hunter*, in 261 (2001) *Bankruptcy Reporter* 789.

⁶⁷ Cfr. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), p. 2: "Though the trust generates a steady income stream with an ascertainable present value, the beneficiary is powerless to accelerate her interest by selling it for a lump sum; the trustee will ignore the

6. L'ASSET PROTECTION TRUST QUALE EVOLUZIONE DELLO SPENDTHRIFT TRUST

In forza delle ragioni esposte nel paragrafo precedente, gli *Spendthrift Trusts* sono oggi riconosciuti e implementati in pressoché tutti gli Stati degli U.S.A.⁶⁸.

Tuttavia, a ogni regola corrispondono delle eccezioni.

Così, nella fattispecie, la prima eccezione è che, se il disponente inserisce nel *trust instrument* una *spendthrift provision* che abbia come scopo quello di aiutare il beneficiario di turno a eludere i diritti di particolari categorie di creditori (come i figli e gli *ex* coniugi, cui sia stato riconosciuto il diritto al mantenimento o agli alimenti, e lo Stato), la *spendthrift provision* non produce effetti⁶⁹.

sale and continue paying over the income to the beneficiary. [...] Spendthrift trusts thus differ from ordinary income-producing trusts, whose beneficial interests can be sold at will and used for any purpose at all. A disabling restraint does not dictate the substantive use of trust income (that is, it does not require one sort of spending or another), but it does limit the temporal use of income to the singular purpose of periodic consumption. Once a trust distribution is in her hands, the beneficiary is free to consume it as prudently or as frivolously as she pleases. And once a trust distribution is in her hands, the beneficiary's creditors are also empowered to reach it [...].

⁶⁸ *Ibidem*, p. 5: “Though seemingly artful, disabling restraints are hardly unusual. Nowadays, estate planners typically (if wrongly!) add them to instruments of trust as boilerplate. The general validity of the device is accepted in virtually every American jurisdiction, and in four states all trusts are deemed spendthrift as a rule of construction”.

⁶⁹ Cfr. DOBRIS & STERK, *Ritchie, Alford & Effland's Estate and Trusts* (54), p. 522, dove si segnala che, sebbene la maggior parte degli Stati americani attuino le *spendthrift provisions*, “most hold them invalid against particular classes of claimants, particularly children claiming support for alimony and spouses claiming alimony”. Nello stesso senso anche PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 261. Cfr. inoltre DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 292: “Almost all American jurisdictions give effect to such provisions under most circumstances, although most jurisdictions also refuse to give effect to spendthrift provisions for certain types of creditors, most significantly persons seeking delinquent child support payments and governments seeking collection of unpaid taxes”. Ancora, cfr. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), p. 5: “A few jurisdictions limit the size (or fraction) of the corpus that can be rendered inalienable, and most states classes of creditors to prise open a spendthrift trust” (alla nota 11 l'Autore aggiunge: “Among the creditors who may be permitted under state law to reach the corpus of a spendthrift

Questa eccezione è stata inserita sia nei RESTATEMENTS OF TRUSTS⁷⁰ che nello UNIFORM TRUST CODE⁷¹. I quali, pur non essendo documenti vincolanti, influenzano, rispettivamente, i giudici e i legislatori dei singoli Stati degli *States*⁷².

trust are alimony and child-support creditors, purchase-money creditors for necessary services, tax creditors, and, in a very few jurisdictions, tort creditors. [...] In a few jurisdictions, one finds the structural flip side of such limitations: statutes restricting spendthrift trusts to certain type of debtors). Alcuni Stati negano infine la protezione dell'*interest* di un beneficiario di uno *spendthrift trust* che eccede le sue necessità di educazione e sostegno, quando un creditore abbia già ottenuto una sentenza di condanna nei confronti di tale beneficiario (cfr. CALIFORNIA PROBATE CODE § 15307 (West 1991); N.Y. ESTATE, POWERS & TRUSTS LAW, § 7-3.4 (*Consolidated* 1979)). A tutela dei diritti di *ex* coniugi e figli cfr. in giurisprudenza *Bacardi v White*, in 463 (1985) *Southern Reporter, Second Series* 218.

⁷⁰ Cfr. RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS (1959), § 157 (*Particular classes of claimants*): “*Although a trust is a spendthrift trust or a trust for support, the interest of the beneficiary can be reached in satisfaction of an enforceable claim against the beneficiary, (a) by the wife or child of the beneficiary for support, or by the wife for alimony; (b) for necessary services rendered to the beneficiary or necessary supplies furnished to him; (c) for services rendered and materials furnished which preserve or benefit the interests of the beneficiary; (d) by the United States or a State to satisfy a claim against the beneficiary*”.

⁷¹ Cfr. UNIFORM TRUST CODE (*Last Revised or Amended in 2005 – July 30 – August 6, 2004*), § 503 (*Exceptions to support and spendthrift provisions*): “*(a) In this section, “child” includes any person for whom an order or judgment for child support has been entered in this or another State. (b) A spendthrift provision is unenforceable against: (1) a beneficiary’s child, spouse, or former spouse who has a judgment or court order against the beneficiary for support or maintenance; (2) a judgment creditor who has provided services for the protection of a beneficiary’s interest in the trust; and (3) a claim of this State or the United States to the extent a statute of this State or federal law so provides*”. La norma procede indicando, poi, la tecnica giuridica con la quale i creditori appena menzionati possono far valere i loro diritti: “*(c) A claimant against which a spendthrift provision cannot be enforced may obtain from a court an order attaching present or future distributions to or for the benefit of the beneficiary. The court may limit the award to such relief as is appropriate under the circumstances*”. Si noti che lo UNIFORM TRUST CODE è stato approvato dalla NCCUSL (di cui alla nota 72) nel 2000, ed è stato modificato nel 2001, 2003, 2004 e 2005. I testi delle norme riportati nel presente lavoro si riferiscono all’ultima edizione vigente (reperibile in *thetrustadvisor.com*, sotto la voce “UNIFORM TRUST CODE”).

⁷² Infatti, nella giurisprudenza americana, i RESTATEMENTS OF THE LAW sono manuali giuridici, pubblicati dall’*American Law Institute* (un’organizzazione composta da accademici e operatori del diritto fondata nel 1923), che concernono singole materie e hanno come scopo quello di informare i giudici e i professionisti del diritto in genere, sui principi generali del *common law*. Essi consistono

Non solo. Fino a non molto tempo fa, tanto le corti di tutte le giurisdizioni locali, quanto le singole leggi regolatrici, non ammettevano che il *settlor* potesse istituire uno *Spendthrift Trust* per rendere inaggredibile ai suoi creditori il suo *trust interest*, in qualità di beneficiario del *trust*⁷³. Il che significa, in altri termini, che non si poteva creare un *self-settled Spendthrift Trust*⁷⁴.

essenzialmente in codificazioni del *case law* e, sebbene non abbiano valore vincolante, sono molto persuasivi, perché sono redatti periodicamente, nel corso del tempo, su iniziativa di professori, avvocati e giudici, e riflettono il consenso della comunità giuridica americana su come sia la legge (o, in certi casi, su come dovrebbe evolversi). Per contro, gli UNIFORM ACTS (tra i quali rientra lo UNIFORM TRUST CODE), sono proposte di legge redatte dalla UNIFORM LAW COMMISSION (ULC) e approvate dalla NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS (NCCUSL). Come già riferito, infatti, la Costituzione Federale degli U.S.A. (Decimo Emendamento) accorda ai singoli Stati federati pieno potere legislativo. Il che significa che ciascuno Stato è libero di emanare leggi proprie su qualunque materia che non sia riservata a livello federale. Siccome, però, certe aree del diritto sono particolarmente discusse tra i vari Stati, talvolta si ritiene che sia opportuno redigere un diritto affidabile e relativamente uniforme in ogni Stato. Per questo motivo sono predisposti i suddetti UNIFORM ACTS, in forza dei quali gli Stati hanno emanato, in più occasioni, leggi identiche o simili (nel contenuto), su determinate questioni giuridiche. Si noti che per facilitarne l'impiego, spesso queste normative sono costituite da norme dispositive (*default rules*). Cfr. UNIFORM TRUST CODE, *Prefatory Note*: “*The Uniform Trust Code 2000 is the first national codification of the law of trusts. The primary stimulus to the Commissioners’ drafting of the Uniform Trust Code is the greater use of trusts in recent years, both in family estate planning and in commercial transactions, both in the United States and internationally. This greater use of the trust, and consequent rise in the number of day-to-day questions involving trusts, has led to a recognition that the trust law in many States is thin. [...] Most of the Uniform Trust Code consists of default rules that apply only if the terms of the trust fail to address or insufficiently cover a particular issue. Pursuant to Section 105, a drafter is free to override a substantial majority of the Code’s provisions. The exceptions are scheduled in Section 105(b)*”. Lo UNIFORM TRUST CODE è stato a oggi adottato da 22 Stati degli U.S.A. su 50 (più il Distretto di Columbia – Washington). Per aggiornamenti sullo *status* di adozione dello UNIFORM TRUST CODE si rimanda a thetrustadvisor.com.

⁷³ Cfr. NENNO, *Planning with Domestic Asset Protection Trusts: Part I* (10), pp. 267-268: “*All U.S. jurisdictions traditionally declined to extend the protection of their spendthrift trust laws to trusts in which the trustor had retained an interest, at least to the extent of that interest*”; STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), p. 1042: “*However, two barriers have until recently made trusts nearly*

Anche questa eccezione è stata ‘codificata’ nei RESTATEMENTS OF TRUSTS. Segnatamente, prima nel RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS 1959⁷⁵ e poi nel RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS 2003, che recita, alla *section 58(2)*, che “*A restraint on the voluntary and involuntary alienation of a beneficial interest retained by the settlor of a trust is invalid*”.

Inoltre, essa è contenuta nello UNIFORM TRUST CODE⁷⁶.

La ragione per la quale si è tradizionalmente sostenuto che un *settlor* non potesse inserire, nel *deed of trust*, una clausola che prevedesse una *restraint against voluntary and involuntary alienation* a suo favore, è duplice.

useless for the settlor who seeks to insulate trust property from the claims of his own creditors. First, even more entrenched than spendthrift trust doctrine itself is the rule that a spendthrift provision for the settlor’s own benefit is unenforceable”.

⁷⁴ Cfr. in giurisprudenza, *Ware v Gilda*, in 117 (1954) *North Eastern Reporter, Second Series* 137, pp. 138-139; *Speed v Speed*, in 430 (1993) *South Eastern Reporter, Second Series* 348, pp. 348-349; *Coster v Crookham*, in 468 (1991) *North Western Reporter, Second Series* 802, pp. 808-809.

⁷⁵ Cfr. RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS 1959, § 156(1): “*Where a person creates for his own benefit a trust with a provision restraining the voluntary or involuntary transfers of his interest, his transferee or creditors can reach his interest*”.

⁷⁶ Cfr. UNIFORM TRUST CODE (71), § 505 (*Creditor’s claim against settlor*): “(a) *Whether or not the terms of a trust contain a spendthrift provision, the following rules apply: (1) During the lifetime of the settlor, the property of a revocable trust is subject to claims of the settlor’s creditors. (2) With respect to an irrevocable trust, a creditor or assignee of the settlor may reach the maximum amount that can be distributed to or for the settlor’s benefit. If a trust has more than one settlor, the amount the creditor or assignee of a particular settlor may reach may not exceed the settlor’s interest in the portion of the trust attributable to that settlor’s contribution*”. Per inciso, si noti che per lo UNIFORM TRUST CODE, “*Spendthrift provision’ means a term of a trust which restrains both voluntary and involuntary transfer of a beneficiary’s interest*” (cfr. UTC, § 103 (*Definitions*)). Cfr. in dottrina, NENNO, *Planning with Domestic Asset Protection Trusts: Part I* (10), pp. 268-269: “*Some state statutes provide that a transfer in trust for the use of the trustor is void against claims of existing or subsequent creditors; others, like the traditional rule, provide that creditors may only reach the trustor’s interest in a self-settled trust; still others provide that a court may not order the satisfaction of a judgment from property held in trust for a judgment debtor or from a judgment debtor’s interest in a trust unless the judgment debtor created the trust*”.

In primo luogo, si è sempre ritenuto che, in caso contrario, i disponenti avrebbero usato un codicillo di questo tipo per raggirare i loro creditori⁷⁷.

In secondo luogo, si è stimato che l'immagine del paternalismo benevolente (che si può configurare là dove il *paterfamilias* di turno istituisce il *trust* per pianificare il trasferimento generazionale dei beni accumulati, a favore dei figli) possa dirsi assente, quando anche il *settlor* assume il ruolo di beneficiario di uno *Spendthrift Trust*⁷⁸.

Nondimeno, come si è accennato in premessa, oggigiorno, otto Stati americani su cinquanta riconoscono la possibilità di creare, all'interno del sistema U.S.A., un *self-settled Spendthrift Trust*⁷⁹. Ovverosia, un *Asset Protection Trust* in senso stretto (*rectius*, un *Domestic Asset Protection Trust* – DAPT).

⁷⁷ Cfr. G.T. BOGERT, *Trusts*, 6th ed., 1987, pp. 155-156, § 40: “To hold otherwise would be to give unexampled opportunity to unscrupulous persons to shelter their property before engaging in speculative business enterprises, to mislead creditors into thinking that the settlor still owned the property since he appeared to be receiving its income, and thereby to work a gross fraud on creditors who might place reliance on the former prosperity and financial stability of the debtor”.

⁷⁸ Cfr. *Pitrat v Garhkov*, in 947 (1991) *Federal Reporter, Second Series* 419, p. 424. Cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), p. 1044: “That is, although courts and legislatures have had some sympathy for property owners seeking to protect their imprudent or profligate children, the notion that property owners ought to be able to protect themselves against their own profligacy, at the expense of their creditors, has been much harder to swallow”. *Contra* peraltro HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), p. 83 ss (l'opinione di HIRSCH verrà esaminata a seguire, nel paragrafo 10).

⁷⁹ Cfr. nota 10.

7. I RAPPORTI TRA L'*ASSET PROTECTION TRUST* E LA *PUBLIC POLICY* NEGLI U.S.A.

L'adozione di leggi *pro APTs* anche da parte di alcuni Stati degli U.S.A., ha radicalmente cambiato il diritto della repubblica federale americana⁸⁰.

Infatti, queste leggi si sono poste in contrasto con la 'disciplina' contenuta nei *RESTATEMENTS OF TRUSTS*⁸¹; e hanno creato energici dibattiti sull'osservanza dei principi di ordine pubblico locali.

E per questi motivi sono state anche assoggettate a commenti poco onorevoli⁸².

⁸⁰ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 261: "*Legislative authorization of asset protection trusts marks a major change in centuries-old law*"; LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 508: "*The recent (and, in some cases, not so recent) state law changes have created a new era in the use of trusts*"; DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 287: "*The last several years have witnessed the beginning of a revolutionary and controversial trend in the law of trusts in the United States: as a means of attracting business for its banks and other professional fiduciaries, several states, most notable Alaska and Delaware, have enacted legislation to facilitate the creation of so-called asset protection trusts (APTs), which allow trust settlors to shelter their assets from the claims of most creditors. This trend follows a decades-long development that has allowed the creation of such trusts offshore, and the changes in domestic law reverse a long-standing American rule under which the asset-protection features of such trusts generally have been viewed as ineffective*".

⁸¹ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 261: "*Thus, the DAPT legislations contradicts the Restatement (Second) of Trusts, which has been the guiding authority for years*".

⁸² Cfr. *Roundtable Discussion* (22), p. 786 (ERIC HENZY – Lawyer): "*To the extent I haven't been clear so far, I think asset protection trusts are a bad thing. From the individual client's perspective, they're not a bad thing. [...] But from a societal perspective, I think that these asset protection trusts are a bad thing. And with respect to the domestic asset protection trusts, and by that I mean Alaska and Delaware, I just disagree as strongly as I can with Gideon. I'd go further than saying that the asset protection trusts are a bad thing. I'd say that they are a wrong thing. I don't mean that they're badly drafted. I don't mean that they are incorrect or anything like that. I mean, in the sense that they are bad almost from a moral perspective*". Lo stesso HENZY, a p. 794, aggiunge: "*My concern, or my belief, is that what we really have here is what David Brownbill, I think the point he was making was about Delaware corporate law, referred to as law for sale. [...] I think what we have in Alaska, and what we have in*

A) Fattori di public policy contrari ai DAPTs

Per quanto riguarda le discussioni sul rispetto delle *doctrines* di *public policy*, va evidenziato che parte della dottrina contraria alla liberalizzazione dei *DAPTs* ha corroborato le sue tesi anche con le valutazioni che, *trusts* a prescindere, un Autore (già richiamato nell'Introduzione) aveva in precedenza tratto in merito al valore odierno, negli U.S.A., del principio della responsabilità patrimoniale del debitore⁸³.

Ricapitolando, questo Autore ha messo in luce che il rispetto del principio della responsabilità patrimoniale del debitore, essenziale per la conservazione del sistema⁸⁴, è, ai nostri giorni, in grave declino in

Delaware now, is law for sale". Cfr. inoltre R.J. GINGISS, *Putting a Stop to "Asset Protection" Trusts*, in 51 (1999) *Baylor Law Review* 987, pp. 1032-1033: "*Asset protection trusts, be they offshore or domestic, offend the public policy of the overwhelming majority of American states. [...] Self-settled asset protection trusts should become an oxymoron and put out of existence as a device to avoid creditors*"; LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 586: "*The APT is contrary to sound public policy, and the courts and legislatures, both in federal and state, should negate any benefits presently allowed under the APT, including creditor avoidance and transfer tax reductions*". In senso fortemente critico sono anche i lavori di K.E. BOXX, *Gray's Ghost – A Conversation About the Onshore Trust*, in 85 (2000) *Iowa Law Review* 1195 e di STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1).

⁸³ Cfr. L.M. LOPUCKI, *The Death of Liability*, in 106 (1996) *The Yale Law Journal* 1. Un altro lavoro che ha affrontato un tema simile (ma su scala minore) è quello di M.J. WHITE, *Why It Pays to File for Bankruptcy: A Critical Look at the Incentives Under U.S. Personal Bankruptcy Law and a Proposal for Change*, in 65 (1998) *University of Chicago Law Review* 685. Per inciso, a utilizzare come presupposto le tesi di LYNN LOPUCKI sono stati soprattutto GINGISS (cfr. *Putting a Stop to "Asset Protection" Trusts* (82), pp. 990-991) e LISCHER JR (cfr. *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), pp. 481 e 535 e in generale in tutto l'elaborato).

⁸⁴ Cfr. LOPUCKI, *The Death of Liability* (83), pp. 3-4: "*Law is a system for controlling human behavior. In contemporary society, governments enforce law by essentially two mechanisms: incarceration and liability. These roughly correspond to the two spheres of the legal system: the criminal and the civil. In the criminal sphere, the wrongdoer is threatened with imprisonment; in the civil sphere, the wrongdoer is threatened with deprivation of wealth. Liability is crucial because it is one of only two principal means by*

America. Perché si fonda per lo più sull'esecuzione coattiva delle sentenze di condanna, che è messa in crisi dal fiorente impiego dei vari strumenti giuridici di *judgment proofing* disponibili sul mercato, che hanno ormai altresì costi e modalità d'accesso agevolati⁸⁵.

which government enforce law. The liability system enforces liability through the entry and forcible collection of judgments for the payment of money. Although liability is most closely associated with products liability and other tort actions, money judgments are also the means for enforcing contracts, civil rights, labor and employment law, most kinds of property rights, and just about every other kind of law on the books. Without liability, the American legal system would be radically different". Conforme Roundtable Discussion (22), p. 787 (ERIC HENZY – Lawyer): "*The liability system is, and has always been, one of our chief mechanisms for controlling human behavior. I'd like it, we'd all like it, if people did what was right because it was right, but they don't. The liability system has always, and it still does, control people's behavior. Doctors practice good medicine, people drive safely, and people perform their contracts at least in part because if they don't, they know that they may be deprived of wealth. And if you take that away, I think that it causes significant problems for our society*".

⁸⁵ Cfr. LOPUCKI, *The Death of Liability* (83), pp. 4-5: "*The liability system currently is mired in controversy over who should be liable, for what conduct, and for how much money. Yet this grand debate may be over the arrangement of the deck chairs on the Titanic. To hold a defendant liable is to enter a money judgment against the defendant. Unless that judgment can be enforced, liability is merely symbolic. The system by which money judgments are enforced is beginning to fail. The immediate cause is the deployment of legal structures that render potential defendants judgment proof. The liability system has long accepted that those who do not have the financial ability to pay judgments do not pay them. The system employs a complex web of social, economic, and legal constructs to determine who can or cannot pay. Those constructs can be, and are, manipulated by potential defendants to create judgment-proof structures. [...] These constructs have existed in their current form for a considerable period. Their strategic manipulation has long been regarded as a problem for the liability system. [...] The system has nevertheless been able to function passably well. [...] Transaction costs, public relation considerations, and social norms have kept the largest businesses from judgment proofing themselves. Although those businesses could avoid liability if they so chose, they find it more cost effective to pay. In recent years, the introduction of computer technology has dramatically altered the equation by reducing the costs of recordkeeping. Judgment-proofing strategies have become cheaper and easier to execute. Some large businesses now employ them and market forces are driving their competitors to do the same. The social norms that prohibit their use among reputable businesses have begun to erode*". Per inciso, si ricorda che l'Autore ha sottolineato che a essere oggi a rischio è solo la responsabilità patrimoniale del debitore nei confronti dei *creditori involontari* (quali i soggetti danneggiati dagli atti illeciti altrui e quelli la cui tutela si fonda sulla legge), ma non la responsabilità del debitore nei confronti dei *creditori volontari* (quali le controparti nei contratti), dato che quest'ultima può essere sempre negoziata. Cfr. LOPUCKI, *The Death of Liability* (83), p. 7: "*Finally, it should*

Così, avvalendosi dell'osservazione di specie come postulato, un altro Autore ha dapprima ammesso che l'impiego dei *trusts*, nelle strutture legali per la riduzione della responsabilità patrimoniale del debitore, potrebbe essere visto come un mero sintomo di una crescente tendenza al degrado del principio della responsabilità patrimoniale del debitore e della moderna percezione, da parte della comunità, del dovere di ciascuno di pagare i propri debiti⁸⁶.

Tuttavia, quest'ultimo Autore ha aggiunto che, dal punto di vista morale, il meccanismo su cui si fonda l'*APT*, deve ritenersi particolarmente riprovevole. Perché, la sua proliferazione consente alle persone di creare strumenti *ad hoc*, volti a evitare il pagamento

be noted that only tort and statutorily imposed liability are at risk of death. Contract liability can be preserved through private contracting. The paradigmatic transaction is one in which a closely held corporation seeks a bank loan. Banks routinely condition such loans on personal guarantees from the owners. The result is a system in which shareholders of closely held companies have limited liability to their tort creditors, but unlimited liability to their bank lenders”.

⁸⁶ Cfr. LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 535: “*Indeed, the use of trust in liability limitation strategies may be merely symptomatic of a broader trend of ever-diminishing rules of liability. The notion that debtors should pay their lawful debts, once a fundamental aspect of the law, seems to be under siege. The contemporary setting involves many different credit transactions, and the undeniable truth is that many debtors do not pay all of their debts. Public attitudes towards debt may be changing, and the moral force of the obligation to pay one’s debts may have diminished in recent years, perhaps in part because credit has become easy for many people to obtain*”. In questo senso anche J.C. DOBRIS, *Changes in the Role and Form of the Trust at the Millennium, or, We Don’t Have to Think of England Anymore*, in 62 (1998) *Albany Law Review* 543, pp. 554-555: “*To one degree or another, in one place or another, it is something of a given today that outsiders – whether in the person of the government, the IRS, other creditors of any sort, claimed stakeholders, or social beneficiaries – are given short shrift in the minds of most settlor and trustees. [...] It seems that we are in the process of lurching towards rearrangement of those creditors’ rights as a matter of law, in some jurisdictions, and a rearrangement of our cultural notions of those rights. We are redefining what is a “square deal” for creditors, and we continue wrestling with the idea that not all creditors are equal*”.

dei debiti e a concedere loro, al tempo stesso, il godimento dei beni che dovrebbero porre a disposizione dei relativi creditori⁸⁷.

Ne consegue che autorizzare l'istituzione su scala globale degli *APTs* significherebbe permettere alle persone di *'fare marameo'* ai loro creditori⁸⁸; e al più, di scegliersi, nelle situazioni *borderline*, i creditori non privilegiati da soddisfare⁸⁹.

Detto questo, anche la dottrina tendenzialmente favorevole agli *APTs* ha dovuto rilevare, in via incidentale, che, consentendo ai *settlers* di ricorrere all'uso delle *spendthrift provisions* a loro personale

⁸⁷ Cfr. LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 536: "From a moral duty perspective, however, the APT is objectionable because it would encourage the establishment of a trust for the purpose of avoiding the payment of lawful debts of the very person who established the trust and who has a continuing beneficial interest in, or control over, the trust property". Richiamandosi, poi, all'osservazione di LOPUCKI (*The Death of Liability* (83)), di cui alla nota 85 in fondo, l'Autore ha aggiunto: "The duty to pay one's debts should be respected and enforced on moral grounds based on (1) consideration received by the debtor in the case of a contractual creditor or (2) costs or losses imposed by the debtor on a noncontractual creditor (such as tort creditor or the government for unpaid taxes). If the law permits the use of debtor-created liability limitation strategies such as the APT, the law substantially impairs individual responsibility for one's contractual debts and liability-generating conduct".

⁸⁸ *Idem*, p. 537: "Proliferating APTs would permit individuals with an APT to "thumb their noses" at their creditors behind its protection". Conforme BOXX, *Gray's Ghost – A Conversation About the Onshore Trust* (82), p. 1259, là dove osserva che "There is something disturbing about a country that would allow debtors to leave their debts unpaid and still enjoy an extravagant lifestyle".

⁸⁹ Cfr. LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 537: "Another aspect of this moral duty factor is that the APT would permit the settlor/debtor to pick and choose which unsecured creditors to pay; thus the settlor would pay those claims the settlor deems meritorious either because the settlor has sufficient property to make the payment or because the trust would make distributions to the settlor sufficient to pay such debts. The settlor/debtor would not pay the debts deemed not meritorious, and the APT would serve as a barrier to the claimant's collection. In effect, the settlor could pick which creditor to 'stiff". L'Autore ha laconicamente concluso che "An orderly system of liability cannot permit large amounts of wealth to be placed beyond the reach of creditors at the discretion of the debtor".

beneficio, si potrebbero creare problemi collettivi per il ricorso al credito⁹⁰.

Rilievo che è stato subito raccolto dalla dottrina avversa, che ha puntualizzato che, autorizzando l'istituzione dei *self-settled Spendthrift Trusts*, si scoraggerebbero, di fatto, definitivamente, i finanziamenti non supportati da garanzie reali. Perché finanziare oggigiorno un soggetto senza garanzie significherebbe, a questo punto, rinunciare completamente al recupero del credito inevaso.

Fattore che provocherebbe, a sua volta, un effetto domino negativo sui costi transattivi dei finanziamenti garantiti e ridurrebbe così l'efficienza del mercato dei prestiti⁹¹.

Non bastasse ciò, si è anche segnalato che, poiché i costi d'istituzione e gestione degli *APT*s sono oggettivamente rilevanti⁹², il loro riconoscimento amplierebbe, anche sul piano giuridico, l'ampia

⁹⁰ Cfr. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), p. 84: “*The customary argument against permitting persons to self-settle spendthrift trusts is that, unlike the other-settled sort, they operate affirmatively to remove assets that would otherwise be available to creditors. This is in part a valid point: were debtors able to convert all their assets into inalienable form, the supply side of the market of general credit could easily crumble. General creditors in these circumstances would be making, in effect, no recourse loans, which might not be viable at a finite interest rate*”. Sul punto vedasi anche, più in generale, A.T. KRONMAN, *Contract Law and the State of Nature*, in 1 (1985) *Journal Law of Economics & Organization* 5.

⁹¹ Cfr. LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 546: “*If a self-settled spendthrift trust were to be valid with respect to creditors of the settlor, it might discourage the extension of unsecured credit because unsecured loans would become, in effect, nonrecourse to the extent of the properties in self-settled spendthrift trust. The conversion of such an unsecured debt to nonrecourse might lead to cumbersome and expensive devices such as security interests, pledges, performance bonds, and insurance. Creditors would likely act to protect their interests. The devices available to creditors would be cumbersome, increase transaction costs, and reduce the efficiency of the credit markets*”.

⁹² Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 263: “*DAPT*s can cost between \$ 50,000 to \$100,000 to set up, making them available only to the rich. This allow the wealthy an avenue to avoid their debts, which is not available to the poor or middle class”. I costi d'istituzione e di amministrazione sia degli *OAPT*s che dei *DAPT*s sono discussi anche in *Roundtable Discussion* (22), pp. 797-799.

forbice che già esiste, sul piano economico, tra le varie classi sociali. Con conseguenze, sia in termini di rispetto del principio di uguaglianza, che di aggravio sulla percezione, in generale, del dovere di pagare i debiti⁹³.

Infine, altre critiche sollevate contro l'uso degli *Asset Protection Trusts*, peraltro stimate di minor peso ai fini della compatibilità dei *DAPTs* con la *public policy* locale, sono quelle che concernono:

- a) la sfida che questi strumenti pongono, all'osservanza (in genere) del *case law* sul territorio⁹⁴. Critica che, peraltro, dovrebbe essere appuntata più contro gli *OAPTs* che i *DAPTs*⁹⁵;

⁹³ Cfr. LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), pp. 544-545: "Realistically, the APT is a device available only to the wealthy because only they have the financial means to implement such a liability-limiting mechanism. If the APT were to be respected as to creditors claims, it would permit the wealthy to avoid their debts (at least those the settlor chooses to avoid) in a way that those of less wealth could not. Such unequal availability violates the normative standard of uniform application of the laws to similarly situated persons. Moreover, the full force of the laws with respect to legal liability would apply only against the less wealthy in society, which would degrade the public perception of the duty to pay one's debts".

⁹⁴ Cfr. inoltre PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 263: "Creditors will be deterred from using the court system because they know that a judgment against a DAPT settlor is unlikely to be enforced".

⁹⁵ Cfr. *Roundtable Discussion* (22), pp. 782 e 798. Cfr. inoltre LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), pp. 537-542. Nella circostanza, l'Autore ricostruisce il caso *In Re Lawrence* (riassunto in premessa) e il caso *FTC v Affordable Media LLC* (in 179 (1999) *Federal Reporter, Third Series* 1228), avente a oggetto anch'esso un *OAPT* retto dal diritto delle Isole Cook, e segnala che "Domestic APT proponents argue that the domestic APT is less odious (as to court and creditor thwarting) than the foreign APT". Nondimeno, conclude che, "Although the foreign APT may be more obvious than the domestic APT in its attempts to thwart creditor claims, at base they have the same illegitimate purpose". Lo stesso approccio LISCHER JR lo assume, invero, anche per la *quaestio* attinente ai costi d'istituzione e implementazione degli *APTs*; e in questa sede riferisce che "The various costs attendant to the foreign APT will be greater than the costs attendant to the domestic APT. Accordingly, the domestic APT is something of a democratizing force in that it will make the APT available to those less wealthy than those who use the foreign APT". Tuttavia, anche nell'occasione conclude che "Nevertheless, any user of an APT, be it foreign or domestic, will be a person of relatively substantial means, so the criticism still stands".

- b) il conflitto, che essi generano, con le leggi statali e federali che consentono, a certe condizioni, l'impignorabilità di determinati beni (tra i quali rientrano talvolta anche gli immobili⁹⁶). Leggi che agevolano in sé l'*asset protection planning*, ma che pongono dei limiti ben definiti, in termini di valore e di numero, dei beni che possono essere qualificati come impignorabili⁹⁷;
- c) la promozione, che essi attuano, delle condotte audaci in genere⁹⁸;

⁹⁶ Cfr. R.I. AARON, *Bankruptcy Law Fundamentals*, 1997, § 7.04; 11 (1994) UNITED STATES CODE § 522 (dove sono elencati i beni e i valori economici suscettibili di esenzione secondo le norme del diritto fallimentare federale); VERNON'S TEXAS PROBATE CODE ANNOTATED (2000) §§ 41.001-41.024.

⁹⁷ Cfr. LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), pp. 543-544: "*Exempt property statutes (which are available under both state and federal law) place certain property beyond the reach of creditors by making the property exempt from creditor claims. Exempt property generally is defined to include relatively narrow classes of property and is limited in dollar amounts. Some exemption statutes permit a general exemption of any type of property, but the exemption is of limited dollar amount. Tax-qualified retirement accounts enjoy an unlimited exemption (and may be substantial in amount), but the contributions into such accounts (and pre-retirement withdrawals) generally are limited under the Code. The various state law exemption statutes vary widely as to their generosity. Any APT is antithetical to exempt property statutes because the APT is subject to no limit as to the nature or amount of property that may be transferred to the trust. The limitations in the exempt property statutes reflect the judgment of the legislature as to amounts that are appropriately exempt from creditor claims, and individual debtors should not be able to unilaterally rewrite the exemptions as they wish by use of an APT.*"

⁹⁸ *Idem*, pp. 542-543: "*Any valid spendthrift provision, regardless of whether the trust is self-settled or settled by another person, may aggravate the moral hazard of risk-generating behavior by the beneficiary because the spendthrift provision reduces the beneficiary's exposure to liability resulting from such behavior. The spendthrift trust provides a socially perverse incentive to the beneficiary to engage in risky activity (certainly as to credit transactions, but possibly even other conduct).*" Sul punto anche PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 263, osserva oggettivamente che "*Although DAPTs allow bona fide business owners to explore certain risks that they might not usually take, DAPTs may also promote hazardous conduct. For example, a financial advisor may promote an offshore hedge fund to his clients. The advisor knows that the fund has no track record and the management team is inexperienced. In his professional judgment, the advisor realizes that he and his client stand to make a substantial amount of money if the fund appreciates. Since the financial advisor has professional liability insurance and a DAPT, he figures he can take the risk, without*

d) l'inganno che essi possono creare, nei confronti dei creditori volontari (e cioè le controparti contrattuali⁹⁹).

B) Fattori di public policy a favore dei DAPTs

Fermo quanto sopra, per contro, altri Autori hanno tenuto anch'essi in considerazione le osservazioni di LOPUCKI, sul valore attuale del principio della responsabilità patrimoniale del debitore.

Nondimeno, hanno evidenziato, in primo luogo, che, allo stato dell'arte, l'uso domestico degli *APTs* consente agli imprenditori che non hanno l'opportunità di proteggere il loro patrimonio con altre tecniche giuridiche, di servirsi di uno strumento generalista per tutelare legittimamente i loro interessi¹⁰⁰.

being subject to personal liability. Thus, DAPTs will provide incentive for morally unstable business owners or professionals to push the envelope, acting with reckless disregard for their customers or clients”.

⁹⁹ Cfr. BOGERT, *Trusts* (77), pp. 155-156 (il passaggio riportato alla nota 77). Cfr. inoltre LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 545: “Another consideration that weighs against recognition of self-settled spendthrift interest is that the trust might contribute to the “hood-winking” of creditors because of the apparent economic wealth and prosperity of the settlor, even though the creditors cannot reach the trust assets. This appearance might be used affirmatively to deceive a creditor. The creditor’s due diligence could negate this factor, however. The only creditors that might be misled are voluntary creditors (involuntary creditors, such as tort creditors, do not rely on the apparent financial stature of the debtor), and diligence on the part of the voluntary creditors would inform them that the *APT* properties would not be available to them. Accordingly, this factor is entitled to little weight”.

¹⁰⁰ Cfr. NENNO, *Planning with Domestic Asset Protection Trusts: Part I* (10), p. 274: “Clients may obtain protection from creditors by entering into a variety of other self-settled vehicles. These vehicles include tenancy-by-the-entirety property, retirement plans, family limited partnerships (“*FLPs*”) and limited-liability companies (“*LLCs*”), homesteads, life insurance policies, annuity contracts, and transfers to, or in trust for, “cooperative” friends or family members”. Cfr. inoltre J.K. EASON, *Developing the Asset Protection Dynamic: A Legacy of Federal Concern*, in 31 (2002) *Hofstra Law Review* 23, p. 70, là dove l'Autore, comparando l'*asset protection planning* che si avvale dell'esenzione prevista per le *homesteads* (contemplata ad esempio dal diritto del Texas) con quella che ricorre all'*APT*, ha osservato che “*The limited nature of the congressional response to homestead exemption planning – in light of the significant commentary long accompanying consideration of that issue – provides a potent frame of*

Inoltre, nell'ambito di un sistema litigioso e, per certi versi, 'fuori controllo' (*out of control*)¹⁰¹, qual è, al momento, quello americano¹⁰², il ricorso ai *DAPTs* consente di proteggersi dalle pretese prive di fondamento (*meritless claims*).

Con effetti positivi per lo stimolo e lo sviluppo di nuove iniziative imprenditoriali e, quindi, per l'economia in generale¹⁰³.

reference for those who argue that there is absolutely nothing objectionable about a solvent individual setting aside a "nest egg" in a self-settled asset-protection trust where no creditors are looming on the horizon. A belief that individuals concerned about liability exposure would equate the two planning opportunities is anything but tenuous". Nello stesso senso anche PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), pp. 262-263: "*DAPTs are helpful to entrepreneurs and business owners who do not have the opportunities to protect their assets by other means. Some individuals who work for large corporations may protect their assets by placing them in "creditor proof" retirement accounts. Other asset protection vehicles include tenancy-by-the-entirety property, family limited partnerships, limited liability companies, homesteads, life insurance policies, annuity contracts, and transfers to cooperative friends or family members. Entrepreneurs or small business owners who do not have the opportunity to set up these types of asset protection tools should be provided with alternatives to protect their assets in the same manner*".

¹⁰¹ Cfr. note 21 e 22.

¹⁰² Anche se un Autore ha osservato che, a suo dire, il sistema giudiziale americano è stato dipinto, in modo inappropriato, come '*out of control*' (cfr. M. GALANTER, *An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends About the Civil Justice System*, in 40 (1998) *Arizona Law Review* 717).

¹⁰³ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 263: "*DAPTs also offer entrepreneurs and business, whose profession or business exposes them to liability, protection from our tort system. Our tort system fosters thousand of meritless claims per year and DAPTs can help 'shield the settlor's properties from ever-expanding theories of liability and ever-expanding risks of litigation that arise from a dysfunctional legal system'. DAPTs allow for entrepreneurs and business owners to take advantage of opportunities without worrying about being financially drained from meritless lawsuit. Under this theory, more business owners will explore new deals, helping to stimulate our economy*". *Contra*, peraltro, LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), pp. 526-528: "*Those who view asset protection strategies as legitimate are, in effect, casting a vote of no confidence in the United States legal system that purports to adjudicate, by the unbiased application of neutral principles, the validity of a claim. Consequently, one argument weighing in favor of respecting the APT is that it can be used to shield the settlor's properties from ever-expanding theories of liability and ever-expanding risks of litigation that arise from a dysfunctional legal system. Meritless claim can be rebuffed by the APT. Although many people have expressed frustration at the liability system in the United States, it is far from clear that the*

Ciò, anche tenuto conto che una soluzione che opera, *de facto*, nel solco del brocardo *'vim vi repellere licet'*, costituirebbe oggi, per alcuni Autori, l'unico modo 'oggettivo' per far emergere le contraddizioni e cercare di risolvere (dal punto di vista dell'analisi economica del diritto) problemi come quelli del *law of torts* americano¹⁰⁴.

liability system has taken leave of its senses. The liability system is able to weed out the obviously meritless claims through procedural mechanisms short of an expensive and full-blown trial (e.g., motions to dismiss for failure to state a claim, motions for summary judgment, sanctions for frivolous claims). [...] Another response to the 'protection-from-meritless-claims' argument is that the flaws that exist in our current liability system should be remedied by conventional law reform of the offending component(s) of the system. If the substantive principles of liability or the procedural law are out of order, the appropriate action is to remedy those substantive principles or that procedural law'. In quest'ultimo senso cfr. anche Roundtable Discussion (22), p. 793 (ERIC HENZY – Lawyer): “Well, on the question of a tort structure that’s out of control, that’s interesting” Il relatore, richiamandosi poi alle ragioni per le quali l’Alaska ha deciso di emanare, nel 1997, una legge sui DAPTs, riferisce che un professionista coinvolto nel progetto di redazione della legge gli avesse detto che “One of reasons Alaska did this is because they looked around, looked down to the lower forty-eight, and they decided that our tort systems were out of control and they were going to do something about that”; e poi afferma “Well, if Tennessee and Tennesseans decide that Tennessee’s tort system is out of control, Tennessee can do something about that. Tennessee can pass legislation that reigns in the tort system. For example, limits punitive damages, or limits what attorneys can take away. Connecticut has done that. There’s restrictions on how much attorney can take away in contingency fee cases. All kinds of restrictions to try to reign in the system, provide protection in medical malpractice cases for doctors. In Connecticut we have had obstetrician/gynecologists deciding to be just gynecologists, because they’re tired of getting sued. Connecticut can do something about that, Tennessee can do something about that. But the notion that three or four hundred thousands people in Alaska ought to be deciding what folks in the lower forty-eight ought to be doing about their tort system, it’s just not supportable”. Cfr. ancora GINGISS, Putting a Stop to “Asset Protection” Trusts (82), p. 988: “If one is going to complain about the tort system and its unfair effect on physicians, than the solution should be to reform the tort law as it affects medical malpractice, not to allow a judgment debtor to avoid debts”.

¹⁰⁴ Cfr. M.L. STEARNS, *Restoring Positive Law and Economics: Introduction to Public Choice Theme Issue*, in 6 (1998) *George Mason Law Review* 709, pp. 719-720, il quale, rispondendo implicitamente alle osservazioni di LISCHER JR e GINGISS di cui alla nota 103, ha rilevato che “Most notably, perhaps, Mancur Olson had devised a comprehensive theory of group behavior, which revealed counter intuitively that the likelihood of group success, a proxy for group power, was often inversely correlated with group size. Olson posited that, holding all else constant, groups that were better able to organize, and to exclude others from the benefits of their political activities, were more

Ancora, agevolare i *DAPTs* consente di:

- a) fermare la fuoriuscita dei capitali dagli Stati Uniti verso le giurisdizioni *offshore*¹⁰⁵;
- b) stimolare l'economia interna degli Stati che li riconoscono (poiché tutte le leggi che disciplinano i *DAPTs* richiedono l'impiego di un *trustee* locale e l'amministrazione indigena di una quota del *trust fund*¹⁰⁶);
- c) favorire il rispetto del diritto tributario federale¹⁰⁷;

likely to succeed in exerting sufficient political pressure to achieve their legislative objectives. In effect, the economic theory of group behavior put the traditional justification for governmental decision making on its head. Rather than operating to iron out the details of general interest legislation, with proponents and opponents exerting roughly symmetrical influence, majoritarian interests on either side of a wide-ranging legislative initiative often found their will subordinated to special interests with a size and organizational comparative advantage”.

¹⁰⁵ Cfr. nota 16. Cfr. inoltre PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 263: “*In addition, DAPTs will help stop the flow of assets out of the United States into foreign jurisdictions. Although the volume of FAPTs transactions is uncertain, in recent years reports estimated that: (1) 100,000 Americans have set up offshore trusts; (2) The United States Treasury Department estimates that assets worth ‘ten of billions of dollars’ are currently in FAPTs, with the amount growing each year; (3) 10,000 United States physicians have created an offshore entity as part of an asset protection or financial plan. Thus, by refusing to adopt similar statutes, our economy would continue to lose billions of dollars per year”.*

¹⁰⁶ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 263: “*DAPTs provide an economic boost to many industries within the state because: (1) all DAPTs require at least one trustee from the DAPT state, and (2) require that a percentage of trust assets be managed within the state. Thus, many professions within the respective economy benefit from the adoption of DAPT legislation”.* Conformi SULLIVAN III, *Gutting the Rule Against Self-Settled Trusts* (23), p. 507; A.L. WAGENFELD, *Law for Sale: Alaska and Delaware Compete for the Asset Protection Trust Market and the Wealth That Follows*, in 32 (1999) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 831, pp. 857-859.

¹⁰⁷ Cfr. *Roundtable Discussion* (22), p. 796 (GIDEON ROTSCCHILD – Lawyer): “*If states would recognize the validity of these trusts, I think that it would serve a tremendous public policy objective, because number one, the Internal Revenue Service wouldn’t be worried about losing trillions of dollars to offshore trusts that would then be out of their control, out of their reach without any way to ensure that there is proper reporting and proper payment of taxes, as there would be if people would use Alaska or Delaware trusts”.* Questo aspetto è invero considerato anche da LISCHER JR, *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?* (22), p. 533, là dove l’Autore deve oggettivamente rilevare che “*APT proponents have asserted that*

- d) offrire alle nuove generazioni di imprenditori un’opportunità di cui le vecchie hanno potuto avvalersi¹⁰⁸;
- e) concedere comunque agli utenti un’alternativa, nel presupposto che tutto ciò che è *offshore* sia fuorilegge¹⁰⁹.

8. BREVI CENNI SUI RIMEDI ESPERIBILI, NEGLI U.S.A., CONTRO GLI *OAPTS* E I *DAPTS*

Nei vari dibattiti sulla validità degli *OAPTS* e dei *DAPTS*, nel presupposto della loro illegittimità, alcuni Autori hanno indicato i rimedi esperibili, sul territorio americano, nei loro confronti¹¹⁰.

domestic APTs encourage better compliance with the various reporting and taxpaying requirements of the Code than foreign APTs. Better compliance certainly is a worthy goal, particularly given the anemic resources that the Internal Revenue Service (“Service”) has available for audits of taxpayers. [...] the APT, whether foreign or domestic, will be a ‘grantor’ trust in the vast majority of cases, and the settlor of a grantor trust must report on the settlor’s individual income tax return the income, deductions, and credits of the trust. In other words, an APT that is a grantor trust is ignored for federal income tax purposes”. L’Autore aggiunge anche che “The Code contains various provisions regarding information reporting and taxpaying by the settlor of a foreign trust. Notwithstanding those reporting and taxpaying obligations, some noncompliance as to foreign trusts certainly occur”.

¹⁰⁸ Cfr. Roundtable Discussion (22), p. 827 (CARLYN MCCAFFREY – Lawyer): “We should keep in mind that the fact that we don’t see the Rockfellers and the Vanderbilts setting up these trusts, we see the lawyers, the doctors and the plumbers, is because the Rockfellers and the Vanderbilts don’t have to do it, because their parents did it for them, and in virtually every state in the United States it’s perfectly legitimate and unchallengeable for a parent to set up an asset protection trust for her children. Creditors can’t reach them. And all we’re talking about is whether the middle class, the upper middle class, moving into the upper class can do the same thing for themselves when they didn’t have parents rich enough to do it for them”.

¹⁰⁹ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 263: “Furthermore, *DAPTS* may be viewed as a possible alternative to *FAPTS*. *FAPTS*, which are created and administered in foreign countries, typically are thought of as abusive or fraudulent asset protection tools because they are governed by the foreign jurisdictions. Many believe that creating asset protection trusts within the United States will limit the abuse because the trusts will be administered here and our laws will apply”.

¹¹⁰ Cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), Part III, pp. 1074-1114. Le linee guida dell’analisi di STERK sono contenute nel seguente passaggio: “Most asset protection legislation has been built on the assumption that the

Rimedi che si distinguono in statali¹¹¹ e federali¹¹²; e che, nel primo caso, nell'ipotesi dei *DAPTs*, involgono anche problemi di natura costituzionale¹¹³.

Infatti, se una persona istituisce un *Domestic Asset Protection Trust*, che un creditore intende aggredire, entra in gioco la c.d. *Full Faith and Credit Clause*, che disciplina i doveri di osservanza, di ciascuno Stato degli U.S.A., delle leggi, degli atti pubblici e delle decisioni giurisprudenziali degli altri Stati¹¹⁴.

*enacting jurisdiction can protect, through its laws, anyone who creates a trust within the jurisdiction. If that assumption proves incorrect, foreign trusts become less attractive to settlors: Why go to the trouble of creating a trust out of state or offshore, without the assurance that the trust will permit the settlor to avoid undesirable domestic law provisions? This Part examines the assumption that states may preclude other jurisdictions from interfering with their attempt to afford foreign trust settlors protections not available at home". Sulla questione di cui al testo si concentra anche pressoché tutto l'elaborato di GINGISS, *Putting a Stop to "Asset Protection" Trusts* (82), pp. 1005-1032. Inoltre, cerca di esaminarla da un punto di vista oggettivo, con riferimento ai *DAPTs*, PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), pp. 264-271. Il quale esordisce affermando che "After analyzing *DAPTs* in connection with the *Full Faith and Credit Clause*, the *Supremacy Clause*, and the new federal bankruptcy laws, *DAPTs* appear to be vulnerable asset protection vehicle. After eight years of existence, *DAPTs* do not have any track records in our courts. However, after exploring the different outcomes, the weakness of the *DAPTs* are exposed".*

¹¹¹ Perché, "courts in a creditor's home state are not generally bound to apply the asset protection trust rules offered by foreign or sister-jurisdictions" (cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), p. 1074).

¹¹² Dato che, anche le "federal bankruptcy courts may provide a more attractive forum for reaching asset protection trusts" (cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), p. 1074).

¹¹³ Cfr. GINGISS, *Putting a Stop to "Asset Protection" Trusts* (82), pp. 1031-1032; PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 264.

¹¹⁴ *Full Faith and Credit Clause* è il nome comune del Quarto Emendamento (paragrafo 1) della Costituzione degli Stati Uniti d'America, il quale recita testualmente che "*Full Faith and Credit shall be given in each state to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state. And the Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records and proceedings shall be proved, and the effect thereof*". Segnatamente, nel caso di specie, "*The Full Faith and Credit Clause presents DAPT states with a potential problem when faced with whether or not to enforce against DAPT assets judgments rendered in non-DAPT states*" (cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 264).

Detta norma entra in gioco, perché il creditore, anche qualora abbia ottenuto una sentenza favorevole nel ‘suo’ Stato, per aggredire effettivamente i beni del *trust*, è chiamato a eseguire la sentenza *de qua*; di principio, nello Stato in cui è stato istituito il *DAPT*¹¹⁵. Peraltro, con tutti i problemi del caso¹¹⁶.

Per ovviare a questo inconveniente, lo stesso creditore potrebbe però decidere di agire per il riconoscimento della sentenza in uno Stato *non-DAPT*¹¹⁷. Tuttavia, nella circostanza, il creditore dovrebbe:

- a) convincere i giudici dello Stato in cui ha agito per il riconoscimento a dichiararsi giurisdizionalmente competenti (e la competenza dovrebbe essere determinata, alternativamente, in base alla residenza o al domicilio del *settlor* (*jurisdiction over settlor*¹¹⁸); alla localizzazione, nella giurisdizione interessata, di

¹¹⁵ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 264, là dove l’Autore, facendo riferimento al Caso B di cui in premessa, riferisce che, “*For example, if the suit against Rick is successful in Illinois state court, the plaintiff’s estate is entitled to enforce the judgment against Rick. A majority of Rick’s assets are in his DAPT, which he set up in Delaware. Thus, plaintiff’s estate must go to a Delaware State court to enforce the Illinois judgment against Rick assets. The Delaware court must then decide whether to enforce the judgment against Rick or deny the judgment and uphold its DAPT statute*”.

¹¹⁶ Perché, nella fattispecie, sebbene nessun tribunale si sia ancora pronunciato sul punto, si ritiene che i giudici dello Stato *DAPT* si rifiuterebbero di riconoscere la sentenza estera e applicherebbero, per risolvere la controversia, il loro diritto interno. Diritto in forza del quale, ben difficilmente il ricorrente otterrebbe poi una sentenza volta a consentirgli di aggredire la *trust property* (visto che lo Stato in questione ammette l’utilizzo degli *Asset Protection Trusts*), salvo che il *trust* si riveli in contrasto con l’ordine pubblico. Fattore, peraltro, anch’esso improbabile, perché “*Most DAPT states have enacted these DAPT statutes to boost their respective economies and DAPT courts likely will support the legitimacy of these statutes*” (cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 264).

¹¹⁷ Anche perché “*courts in states that are hostile to self-settled spendthrift trusts are unlikely to enforce the spendthrift provisions in self-settled asset protection trusts, regardless of the effect that those provisions might have under the law of the trust situs*” (cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), p. 1089).

¹¹⁸ Vedasi peraltro PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 264 (sempre con riferimento al caso B di cui in premessa): “*Plaintiff’s estate could gain*

tutta o parte della *trust property* (*jurisdiction over trust assets*¹¹⁹); oppure ai contatti assunti dal *trustee* con lo Stato *de quo* (*jurisdiction over trustee*)¹²⁰; e poi

- b) persuaderli ad applicare il diritto del loro Stato piuttosto che il diritto dello Stato *DAPT*¹²¹.

Nondimeno, anche all'esito di ciò, la controversia potrebbe non essere ancora finita. Perché, qualora la competenza giurisdizionale fosse determinata con riferimento al *trustee*, il creditore, anche a fronte di

jurisdiction over Rick in Illinois state court because Rick is Illinois resident. However, Rick technically does not own the property within the trust so establishing jurisdiction over the settlor might prove to be ineffective". Conforme STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), p. 1089 (cfr. *infra* nota 120).

¹¹⁹ Per un'analisi approfondita sul punto cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), pp. 1093-1100.

¹²⁰ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 265: "To establish jurisdiction over the trustee, the plaintiff must show that the trustee established 'minimum contacts' with the forum state by proving that the trustee purposefully availed itself of the privilege of conducting business within the forum state while enjoying the accompanying benefits provided by the state". In giurisprudenza cfr. *World-Wide Volkswagen Corp. v Woodson*, in 44 (1980) *United States Supreme Court Reports* 286. Cfr. inoltre STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), p. 1089 (Personal Jurisdiction), dove l'Autore precisa che "Once the settlor transfers property to the asset protection trust, a personal judgment against the settlor is of limited value, because the settlor no longer claims any legal interest in the property. The trustee, not the settlor, becomes the creditor's adversary in the dispute over legal ownership of the trust property".

¹²¹ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 264: "For example, plaintiff's executor may attempt to enforce the judgment against Rick in Illinois because he or she knows it is unlikely that Delaware will respect the judgment. Thus, plaintiff's estate will have to establish jurisdiction within Illinois state or federal court and then persuade the court to use Illinois law, instead of Delaware law". Sul secondo problema, l'Autore, a p. 265, aggiunge che "Assuming that an Illinois court has established proper jurisdiction over the trustee of Rick's *DAPT*, the Illinois court must then determine whether Illinois or Delaware law applies. If Illinois law applies, then the *DAPT* statute is unenforceable, allowing Rick's judgment creditor to penetrate the trust. Alternatively, if Delaware law applies, then the 'creditor proof' clause of the *DAPT* must be respected".

una seconda sentenza favorevole, dovrebbe ancora effettivamente eseguire quest'ultima sentenza contro i beni del *DAPT*¹²².

Ne deriva che l'*iter* che un creditore è chiamato a seguire per aggredire i beni di un *DAPT* si presenta, nei termini appena descritti, abbastanza lungo e tortuoso. Per superare questa *empasse* si è così proposto che il creditore, avvalendosi della *Supremacy Clause*¹²³, agisca per il riconoscimento della sentenza direttamente di fronte alle corti federali distrettuali.

Nel caso di specie, se riuscisse a far dichiarare la competenza giurisdizionale di tali corti¹²⁴, l'esito della controversia si rivelerebbe più agevole, dato che si potrebbero bypassare le leggi statali¹²⁵.

¹²² *Idem*, p. 268: "However, if the creditor has obtained proper jurisdiction and non-DAPT law is applied (or alternatively the DAPT law is invalidated), the creditor must also enforce the second judgment against the assets of the DAPT. If jurisdiction is based on the trust assets, then the court may simply enter an order to force the turnover of those assets to the judgment debtor. Such an order will force the judgment debtor to turn over the trust assets or face criminal contempt charges. If the court has jurisdiction over the trustee the court may issue a similar order to the trustee to turn over assets. However if the trustee does not comply, the creditor will be forced to take the judgment to the DAPT jurisdiction where the trust assets are located to enforce the judgment. If the creditor obtained jurisdiction in the forum court, the DAPT court will be forced to respect its judgment under the Full and Credit Clause of the U.S. Constitution".

¹²³ Cfr. UNITED STATES CONSTITUTION, article VI § 2: "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding".

¹²⁴ Sulla base di norme quali le *sections* (§§) 1331 o 1332 del TITLE 28 (JUDICIAL AND JUDICIARY PROCEDURE) dello UNITED STATES CODE. Per inciso, la *section* 1331, rubricata *Federal Question*, recita che "The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions arising under the Constitution, laws, or treaties of the United States"; mentre la § 1332 (*Diversity of citizenship; amount in controversy; costs*) statuisce che il principio che "The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions where the matter in controversy exceeds the sum or value of \$75,000, exclusive of interest and costs, and is between: (1) citizens of different States; (2) citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state; (3) citizens of different States and in which citizens or subjects of a foreign state are additional parties; and (4) a foreign state,

9. CONCLUSIONI SUI RIMEDI GIUDIZIALI U.S.A. NEI CONFRONTI DEGLI *APTs*. CONSIDERAZIONI SUL DIVIETO DEI *DAPts*. OSSERVAZIONI SULLA DISCIPLINA DELL’AZIONE REVOCATORIA LOCALE

L’obiettivo del presente lavoro non è, però, quello di illustrare i singoli tecnicismi tramite i quali un creditore possa agire, negli Stati Uniti d’America, per far disconoscere, nei suoi confronti, gli effetti di un *Asset Protection Trust*, sia esso un *DAPT* piuttosto che un *OAPT*.

Fermo restando che, nel caso degli *OAPts*, i rimedi attuabili potrebbero essere, in determinate circostanze, diversi. Perché queste fattispecie non involgono il problema dell’applicabilità della *Full Faith and Credit Clause*; e perché, siccome l’*APT* oggetto di controversia non è, spesso, un *self-settled Spendthrift Trust*, bensì un *trust* simulato (*sham trust*)¹²⁶, si potrebbero utilizzare le soluzioni già adottate dalle corti federali distrettuali, rispettivamente, nel caso *In re Lawrence*¹²⁷, nel caso *Affordable Media*¹²⁸ e nel caso *In re Portnoy*¹²⁹.

defined in section 1603 (a) of this title, as plaintiff and citizens of a State or of different States”.

¹²⁵ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 268: “Under the Supremacy Clause of the United States Constitution, federal courts are not bound by state law. A federal district court can assert in rem jurisdiction over the trust or personal jurisdiction over the trustee under federal question jurisdiction or diversity jurisdiction. Once federal jurisdiction has been established, federal courts essentially have the power to ignore the *DAPT* state statutes, thus destroying the effectiveness of the *DAPT*”.

¹²⁶ Cfr. nota 30.

¹²⁷ Cfr. *In Re Stephan Jay Lawrence and others v Chapter 7 Trustee*, in 251 (2000) *Bankruptcy Reporter* 630. Si tratta dell’evoluzione della controversia *In Re Lawrence* di cui alla nota 2 (caso A riportato in premessa), la quale ha successivamente generato, a seguito di una *voluntary petition* inoltrata da Stephan Jay Lawrence alla *Bankruptcy Court* competente (in conformità a quanto indicato alla nota 2 dell’INTRODUZIONE), i problemi dibattuti da STERK in *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), pp. 1110-1112.

¹²⁸ Cfr. *Federal Trade Commission v Affordable Media LLC* (95). Per i dettagli su questa controversia cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), pp. 1101 ss.

Ad ogni modo, si ribadisce, qui non interessa discutere oltre misura in merito ai vari rimedi esperibili, sul territorio americano, dal singolo creditore.

Innanzitutto perché il problema dell'applicabilità delle *technicalities* statunitensi sarebbe di rilievo, nel caso di un creditore italiano che agisse contro un *trust interno*, solo ai fini di un'azione per il recupero di beni mobili o valori mobiliari (e non certo per il recupero dei beni immobili)¹³⁰.

Non solo. In secondo luogo, anche e soprattutto perché, come accennato nell'Introduzione, l'obiettivo del presente lavoro è principalmente quello di dare all'interprete gli elementi per valutare, con il giusto metodo, ogni fattispecie di *trust* suscettibile d'impiego in Italia. Il che significa, fornire una corretta prospettiva per guardare ai *trusts interni* sia dal punto di vista del rispetto del principio della responsabilità patrimoniale del debitore che a prescindere da esso.

Sicché, tenuto conto dell'obiettivo dell'elaborato, vale la pena di fare due considerazioni.

La prima considerazione è la seguente. Quanto si è scritto finora, concerne il problema della validità degli *Asset Protection Trusts*, negli U.S.A., a prescindere dall'esistenza, in capo al *settlor*, della volontà (palese) di frodare i suoi creditori.

¹²⁹ Cfr. *Marine Midland Bank v Portnoy (In Re Portnoy)* (5). Per un'attenta ricostruzione del caso *de quo* (insorto, come il caso *In Re Lawrence*, a seguito di una *voluntary petition* depositata presso la *Bankruptcy Court* competente) cfr. GINGISS, *Putting a Stop to "Asset Protection" Trusts* (82), il quale ha di fatto costruito il suo intero lavoro attorno a questa controversia (come ha laconicamente evidenziato a p. 988, là dove ha affermato che "*This Article will discuss the case of In Re Larry Portnoy*").

¹³⁰ Cfr. Tribunale di Alessandria, Giudice delle Indagini Preliminari, 5 aprile 2000, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, pp. 375-376; Tribunale di Alessandria, 2 maggio 2000, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, p. 377.

Perché, negli Stati Uniti d'America (così come, invero, in tutte le giurisdizioni di *common law*), i creditori possono aggredire il *beneficial interest* del *settlor* di un *trust*, anche qualora il disponente non abbia inteso originariamente ingannarli¹³¹.

In altre parole, il dibattito che attiene al rispetto o alla violazione (a seconda dei punti di vista) delle *public policies* locali, da parte dei *DAPTs*, così come la disciplina rimediata proposta dai vari accademici contro gli *APTs* in generale, che sono stati illustrati nei paragrafi precedenti, concernono una preoccupazione del tutto peculiare del diritto indigeno, che conosce l'istituto del *trust* fin dalle proprie origini.

Ovverosia il problema che, avvallando il riconoscimento di principio del *self-settled Spendthrift Trust*, si consentirebbe di creare uno strumento legale che, in un ordinamento che già ammette lo *Spendthrift Trust* (su presupposti giuridici diversi da quelli reclamati dai fautori dell'*APT*¹³²), rappresenterebbe l'ultimo bastione della fortificazione che si sta erigendo, in loco, contro gli assalti della responsabilità patrimoniale del debitore.

Infatti, consentendo a un soggetto di istituire uno *Spendthrift Trust* a proprio favore (e cioè un *self-settled Spendthrift Trust*), scaduto il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria previsto nel *Fraudulent Transfer Act* (o *Fraudulent Conveyance Act*) dello Stato di competenza, i beni conferiti nel patrimonio destinato (oltre che separato) *trust*,

¹³¹ Cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom* (1), p. 1044: "Creditors may reach a settlor's beneficial interest in a trust even if the settlor did not intend to defraud creditors with her initial transfer into the trust".

¹³² Cfr. paragrafo 4.

diverrebbero inaggregabili da tutti i potenziali creditori involontari del disponente¹³³.

Non solo. Si ‘quadrerebbe il cerchio’. Una qualunque persona fisica, che oggi può già godere, in qualità di beneficiario di uno *Spendthrift Trust* istituito da terzi a suo vantaggio, dell’inaggregabilità del reddito prodotto da tale *trust*, *vis-a-vis* la maggior parte dei suoi creditori (Stato e titolari di diritti agli alimenti esclusi¹³⁴), potrebbe a questo punto conferire tale reddito (cumulato) in un ulteriore *Spendthrift Trust*, istituito a proprio favore, per utilizzarlo per esercitare attività imprenditoriali in regime di totale esenzione da responsabilità patrimoniale¹³⁵.

Il pericolo sarebbe che, in questo modo, i figli dei Rockefeller e dei Vanderbilt potrebbero diventare i nuovi Rockefeller e i nuovi Vanderbilt, senza rischiare ciò che hanno rischiato i loro genitori¹³⁶; e si potrebbe, in definitiva, perpetuare l’irresponsabilità patrimoniale dalla nascita alla morte.

La seconda considerazione è la seguente. Per quanto concerne i trasferimenti in frode ai creditori, tra i quali può certamente rientrare anche un atto di conferimento di beni compiuto da un *settlor* in un *trust*¹³⁷, sia l’azione revocatoria ordinaria che quella fallimentare

¹³³ Sui creditori involontari cfr. nota 85.

¹³⁴ Cfr. paragrafo 6.

¹³⁵ Per esempio, svolgendo l’attività tramite una società a responsabilità limitata interamente controllata dal *trust*.

¹³⁶ Il richiamo è per l’occasione al discorso riferito alla nota 108.

¹³⁷ Cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), p. 1044, là dove l’Autore, distinguendo tra un *self-settled Spendthrift Trust* genuino e un *trust* in frode ai creditori, osserva: “*Imagine, for instance, an irrevocable trust in which the settlor declares herself trustee, retains discretion to make income payments among her three children, and reserves the power to appoint the principal from among her children at the time of her death. In this case, the legal limitations on self-settled trusts would not apply, because the settlor has not retained an enforceable beneficial interest in the trust.*”

hanno, in Italia, un termine di prescrizione di 5 anni, che decorre dalla data di compimento dell'atto fraudolento¹³⁸.

Termine di prescrizione sicuramente degno di rilievo; ma il diritto italiano non conosce (di per sé) l'istituto del *trust*.

Così, è interessante notare che, negli Stati Uniti d'America, la disciplina della revocatoria ordinaria è 'suggerita' dallo UFTA¹³⁹ – UNIFORM FRAUDULENT TRANSFER ACT 1984 (che ha sostituito lo UFCA – UNIFORM FRAUDULENT CONVEYANCE ACT 1918¹⁴⁰).

Moreover, the settlor's creditors would not be entitled to reach the children's interests. On the other hand, the settlor could use her power to allocate income and appoint the principal to assure that her children are attentive to her needs and desires. Fraudulent transfer law, however, may enable the settlor's creditors to invalidate her transfer to the trust".

¹³⁸ Cfr. art. 2903 CC: "L'azione revocatoria si prescrive in cinque anni dalla data dell'atto"; cfr. art. 69-bis LEGGE FALLIMENTARE: "Le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto".

¹³⁹ Si ricorda infatti che gli UNIFORM ACTS (tra i quali rientra lo UNIFORM FRAUDULENT TRANSFER ACT) sono documenti che non hanno valore vincolante, ma costituiscono soltanto delle proposte di legge, redatte dalla UNIFORM LAW COMMISSION e approvate dalla NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS (NCCUSL), che ciascuno stato della repubblica federale è libero di adottare o meno (cfr. nota 72).

¹⁴⁰ Si noti che la disciplina dello UFTA non ha cambiato l'impostazione dello UFCA, come riferisce la stessa *Prefatory Note* dello UNIFORM FRAUDULENT TRANSFER ACT 1984: "The Uniform Fraudulent Conveyance Act was promulgated by the Conference of Commissioners on Uniform State Laws in 1918. The Act has been adopted in 25 jurisdictions, [...]. It has also been adopted in the sections of the Bankruptcy Act of 1938 and the Bankruptcy Reform Act of 1978 that deal with fraudulent transfers and obligations. [...] The Conference was persuaded in 1979 to appoint a committee to undertake a study of the Uniform Act with a view to preparing the draft of a revision [...] The Committee determined to rename the Act the Uniform Fraudulent Transfer Act in recognition of its applicability to transfers of personal property as well as real property, "conveyance" having a connotation restricting it to a transfer of personal property. [...] The basic structure and approach of the Uniform Fraudulent Conveyance Act are preserved in the Uniform Fraudulent Transfer Act. [...] Both Acts declare a transfer made or an obligation incurred with actual intent to hinder, delay, or defraud creditors to be fraudulent". Per inciso, per approfondimenti sulla storia del *fraudulent conveyance law* cfr. P.A. ALCES & L.M. DORR JR, *A Critical Analysis of the New Uniform Fraudulent Transfer Act*, in (1985) *University of Illinois Law Review* 527, pp. 529-537.

UFTA che è una ‘legge’ di matrice inglese¹⁴¹, che protegge i creditori contro tutti i trasferimenti strutturati per isolare i beni dei debitori dalle loro pretese¹⁴²; e che qualifica come fraudolenti nei confronti di un creditore (definito semplicemente come “*una persona che ha una pretesa*”¹⁴³), determinati atti compiuti “*sia prima che dopo che emerga la pretesa del creditore*”¹⁴⁴.

Ne deriva che lo UFTA ha un campo di applicazione molto ampio e considera in frode a un creditore anche un trasferimento che viene compiuto quando il trasferente non contempla nemmeno la possibilità che insorga una pretesa da parte di una qualunque persona nei suoi confronti¹⁴⁵.

Campo di applicazione, che le normative degli otto Stati degli U.S.A. che hanno introdotto leggi a sostegno dei *DAPT*s hanno inteso

¹⁴¹ Cfr. UFTA, *Prefatory Note*: “*The Uniform Act (lo UFCA, Ndr) was a codification of the “better” decisions applying the Statute of 13 Elizabeth*”.

¹⁴² Cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), p. 1045.

¹⁴³ Cfr. UFTA, § 1 (DEFINITIONS): “(4) “*Creditor*” means a person who has a claim”; UFTA, § 1 (DEFINITIONS): “(3) “*Claim*” means a right to payment, whether or not the right is reduced to judgment, liquidated, unliquidated, fixed, contingent, matured, unmatured, disputed, undisputed, legal, equitable, secured, or unsecured”.

¹⁴⁴ Cfr. UFTA, § 4 (TRANSFERS FRAUDULENT AS TO PRESENT AND FUTURE CREDITORS), par. (a): “*A transfer made or obligation incurred by a debtor is fraudulent as to a creditor, whether the creditor’s claim arose before or after the transfer was made or the obligation was incurred, if the debtor made the transfer or incurred the obligation: (1) with actual intent to hinder, delay, or defraud any creditor of the debtor; or (2) without receiving a reasonably equivalent value in exchange for the transfer or obligation, and the debtor: (i) was engaged or was about to engage in a business or a transaction for which the remaining assets of the debtor were unreasonably small in relation to the business or transaction; or (ii) intended to incur, or believed or reasonably should have believed that he [or she] would incur, debts beyond his [or her] ability to pay as they became due*”.

¹⁴⁵ Cfr. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1), p. 1045, nota 62: “*Although the statute does not specify when a person must have a claim in order to qualify as a creditor within the meaning of the statute, only two plausible alternative exists: the person has a claim either at the time or after she makes the allegedly fraudulent transfer. The statute expressly excludes the first alternative. [...] Hence, under the statute, a person apparently can qualify as a creditor even if she had no legal rights against the transferor at the time of the transfer*”.

sfidare, tra l'altro, ricorrendo a termini di prescrizione strutturati sul modello dei termini di prescrizione degli ordinamenti di *civil law*. Segnatamente, prevedendo la prescrizione dell'azione del creditore, una volta decorsi quattro anni dal compimento dell'atto suscettibile di revocazione¹⁴⁶.

Segno evidente che, in una realtà che conosce bene come opera un patrimonio separato qual è il *trust*, un'azione revocatoria come quella italiana non rappresenta il miglior strumento di tutela per i creditori del *settlor*.

Non bastasse ciò, si osservi infine che, sempre nel contesto del diritto federale americano, per frenare il ricorso ai *trusts* istituiti dai disponenti, a loro favore (*self-settled trusts*), per frodare i creditori, è stata di recente inserita, nel diritto fallimentare (BANKRUPTCY CODE), una nuova norma.

Questa norma, che si applica tanto alle *voluntary* quanto alle *involuntary bankruptcy petitions* inoltrate presso le *United States Bankruptcy Courts*¹⁴⁷, ha stabilito che il curatore fallimentare (*trustee in bankruptcy*) abbia il diritto di annullare qualsiasi trasferimento di beni eseguito da una persona, a favore di un *self-settled trust* (o di un altro strumento simile a esso), in frode ai suoi creditori, nei dieci anni anteriori al deposito di una *petition* che la concerne¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Senza entrare nei dettagli di ogni singola normativa, basti in merito la seguente osservazione di PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 270: "As discussed in Section II, most DAPTs bar any claims for fraudulent transfers occurring four years after the original assets are transferred".

¹⁴⁷ Cfr. INTRODUZIONE, nota 2.

¹⁴⁸ Cfr. UNIFORM CODE, TITLE 11 BANKRUPTCY CODE, CHAPTER 5, SUBCHAPTER III, § 548: "(e)(1) In addition to any transfer that the trustee may otherwise avoid, the trustee may avoid any transfer of an interest of the debtor in property that was made on or within 10 years before the date of the filing of the petition, if - (A) such transfer was made to a self-settled trust or similar device; (B) such transfer was by the debtor; (C) the

Ne deriva che, oggi, se un *settlor* conferisce in un *trust*, istituito a proprio vantaggio, una serie di beni con l'intento di frodare i suoi creditori e poi si dichiara (o viene dichiarato) fallito, entro i dieci anni successivi, il curatore fallimentare può aggredire tali beni e farli rientrare nella massa fallimentare da destinarsi ai creditori del *settlor*¹⁴⁹.

10. L'ASSET PROTECTION TRUST ALLA PROVA DEI FATTI: L'AUTO-PATERNALISMO

Come accennato nell'Introduzione, in una realtà come quella fin qui descritta, nasce l'esigenza di ragionare fattispecie per fattispecie, a prescindere dalle etichette.

In questo senso, con riferimento all'obiezione relativa alla mancanza, in un *DAPT*, del paternalismo che sarebbe presente in uno *Spendthrift Trust*¹⁵⁰(mancanza che giustificherebbe la presunzione che il *trust* sia

debtor is a beneficiary of such trust or similar device; and (D) the debtor made such transfer with actual intent to hinder, delay, or defraud any entity to which the debtor was or became, on or after the date that such transfer was made, indebted".

¹⁴⁹ Cfr. PASSANANTI, *Domestic Asset Protection Trusts* (9), p. 270: "This 10-year limitations period only applies to self-settled trusts or similar devices and extends the limitation period for fraudulent transfers much longer than DAPT state law. For example, under the old Bankruptcy Code, if Rick fraudulently transferred assets to the DAPT in 1995 but did not go bankrupt until 2005, his creditors would be barred from raising such a claim. However under the new subsection of the Bankruptcy Code, Rick's creditors would be able to pierce the DAPT because the fraudulent transfer was made within 10 years from the date he filed for bankruptcy". Senza contare che, sempre nel contesto del diritto fallimentare federale, già i casi *In Re Lawrence* (cfr. nota 127), *Affordable Media* (cfr. nota 128), *In Re Portnoy* (cfr. nota 5) e il caso *In Re Brooks* (in 217 (1998) *Bankruptcy Reporter* 98), tutti concernenti *OAPTs*, avevano istituito la regola che il *settlor* di un *OAPTs*, che deposita una *voluntary petition* per chiedere l'esenzione del suo *beneficial interest* dal *bankruptcy estate*, non viene ordinariamente liberato dai suoi debiti e, se non si conforma alla decisione della corte competente, può essere condannato alla prigionia per *contempt of court*, fino a quando non consegna il *beneficial interest* al *trustee in bankruptcy*.

¹⁵⁰ Cfr. nota 78.

in frode ai creditori del disponente), un Autore ha osservato che non si può presumere che ogni *settlor*, quando istituisce un *DAPT*, abbia sempre e comunque l'intenzione di ingannare i creditori.

Bisogna, infatti, distinguere¹⁵¹. Perché, così come un genitore può vedere una propensione a spendere più del dovuto (o a chiedere prestiti oltre misura) nei suoi figli (e per questa ragione istituire, a loro beneficio, uno *Spendthrift Trust*), allo stesso modo una qualsiasi persona può identificare tale propensione anche in sé stessa¹⁵² (e provvedere in modo conforme, istituendo un *self-settled Spendthrift Trust*).

Come confermato dalla giurisprudenza¹⁵³, creando un *DAPT*, un individuo potrebbe frenare i suoi impulsi auto-distruttivi, che prevede potrebbe essere chiamato a combattere in futuro; e di conseguenza, risparmiarsi possibili rimpianti¹⁵⁴.

¹⁵¹ Cfr. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), p. 86: “*In his celebrated treatise on the law of trusts, Professor Bogert asserted that fraud was the only credible explanation for self-executing a spendthrift clause. When a person does so, fraudulent intent should be conclusively presumed, as in effect it is under current law. I take issue with this hypothesis*”.

¹⁵² *Idem*: “*Why might an individual wish to disable herself and her creditors from reaching a portion of her property other than to defraud them? One possible motive corresponds with that of a paternal benefactor – just as a parent may recognize in her child a propensity to overspend or overborrow, so might an individual recognize this same propensity in herself*”.

¹⁵³ Cfr. *Booth v Chadwick*, in 154 (1941) *South Western Reporter* 268, p. 274. Qui il giudice, stabilendo che un condannato al confino avesse il diritto di creare uno *Spendthrift Trust* a suo beneficio personale, statui che “*It takes no great foresight on [the settlor’s part] [...] to foresee that his wealth and his unfortunate situation will result in efforts being made by those who have access to him to obtain his wealth. It takes no great foresight on his part to foresee that imprisonment, which is punishment, will weaken his will, and that his desire for liberty will make him credulous*”.

¹⁵⁴ Cfr. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), p. 86: “*By creating her own voluntary and involuntary disabling restraints, an individual can deprive herself of the opportunity to overspend or overborrow, and thereby shield herself from financially destructive impulses that she anticipates having to contend with the future. As a consequence, she spares herself from eventual regret*”. Nello stesso senso già G.P.

Non c'è niente di straordinario in un comportamento di questo tipo, che potremmo definire auto-paternalista. Né si può dire che manchino le ragioni per agire, nella vita, in tal senso, o casi in cui ciò sia già accaduto¹⁵⁵. Come per le polizze vita, che i giudici hanno sempre approvato¹⁵⁶.

Quindi, anche un *DAPT* può essere legittimo, se la *self-settled spendthrift provision* di turno si fonda sulla *ratio* di un'ordinaria *spendthrift provision*¹⁵⁷; e non vi sarebbero, per l'occasione, intrusioni nell'autonomia privata altrui¹⁵⁸.

In altri termini, il fatto che il *self-settled Spendthrift Trust* sia utilizzato, nella prassi, per finalità indebite, è un problema. Tuttavia, è un

COSTIGAN JR, *Those Prospective Trusts Which Are Miscalled "Spendthrift Trusts" Reexamined*, in 22 (1934) *California Law Review* 471, p. 492.

¹⁵⁵ Cfr. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), pp. 86-87: "This strategy, known today as precommitment or self-paternalism [...]. It is a strategy adopted often enough in everyday life. To pick up an illustration that may resonate with the reader, why does a scholar agree to present a paper at a professional conference? One reason is to gain recognition, of course, and perhaps also to gain access to the reactions and insights of his peers; but there may be more to it than that. An ulterior motive may be to commit himself to write the paper at all! We inhabitants of the academy are not, let us face it, the most disciplined folks on earth; sometimes it helps to know that we have a deadline. Nor is it only lazy professors, making academic choices, who follow this sort of strategy. [...]. Are there any extant examples of precommitment in connection with individual financial choices? Indeed there are. Some sport and entertainment figures use intermediaries (often their attorneys) as receiving agents for their salaries and then put themselves on an "allowance". According to press accounts, Frank Sinatra, a legendary big spender, has had resort to this device".

¹⁵⁶ Cfr. *Grisby v Russell*, in 222 (1911) *United States Supreme Court* 149, p. 156, dove il giudice HOLMES ha qualificato le polizze vita come "one of the best recognised forms of investment and self-compelled saving".

¹⁵⁷ *Ratio* che sarebbe, in sintesi, quella di evitare lo spreco del 'patrimonio destinato' *trust*, che potrebbe essere messo a disposizione del *settlor*/beneficiario sotto forma, ad esempio, di rendita vitalizia.

¹⁵⁸ Cfr. HIRSCH, *Spendthrift Trusts and Public Policy* (52), p. 89: "Both from a moral and a utilitarian standpoint, self-paternalism appears even easier to justify than parental paternalism. Self-paternalism entails no interference with individual autonomy. And it is also more likely to accomplish its aim of maximizing happiness over time, in that the self-paternalist knows herself better than the other-paternalist does".

problema che concerne le modalità applicative dello strumento in oggetto, che non deve incidere sul giudizio dello strumento in sé e per sé.

L'Autore ha poi concluso, osservando che se si intendono eliminare i dubbi, le soluzioni esistono, anche nel caso di specie; e possono essere adottate facilmente¹⁵⁹.

¹⁵⁹ *Idem*, pp. 84-85. Qui l'Autore spiega che se il problema dei *self-settled Spendthrift Trusts* sta tutto (come sta) nel divieto delle *involuntary alienations* (perché negare la *voluntary alienation* dell'*interest* del *settlor*/beneficiario non crea alcun disagio ai creditori di quest'ultimo), basterebbe scindere le due posizioni e vietare semplicemente tale divieto ai fini del trasferimento suscettibile di revoca ai sensi del *fraudulent transfer law*. Per inciso, il ragionamento dell'Autore ha seguito, testualmente, il seguente iter argomentativo: "*Analytical rigor requires us to sever the dual elements of a spendthrift trust in order to discern exactly what is at stake here. In an individual self-settles a trust barring only voluntary alienation, creditors suffer not at all. The instant criticism has no bearing on such a trust. Only self-imposed restraints against involuntary alienation operate to the detriment of creditors, by reducing the assets available for levies of execution. Yet in this connection, we have in place already a tried and tested legal regime serving to protect creditors from asset withdrawals and thereby to preserve a robust market for credit. Under the law of contracts, debtors and creditors can bind themselves to abide by whatever restrictions they see fit to include in their agreement; and under the law of fraudulent conveyances, certain "boilerplate" limitations on debtor conduct are also read into every contract for credit. If a debtor transfers assets while insolvent or in anticipation of subsequent insolvency, thereby depriving creditors of the opportunity to recover what is in effect the corpus of the loan itself, fraudulent conveyance law provides that creditors can set aside any transfer made with the intent to hinder the satisfaction of their claims. Presumably, no creditor in the ordinary run of situations would grant a debtor leave to render herself spontaneously judgment-proof; nor would creditors readily consent to acts performed by debtors with the intention of evading their contractual obligations. By saving creditors the trouble of drafting these restrictions into loan contracts, fraudulent conveyance law reduces transaction costs. But beyond these points, the parties' wishes are more difficult to anticipate, and so it is left up to them expressly to introduce further restraints (or unrestraints) on conduct into each contract; additional presumptions of intent would fail to promote transactional efficiency. From the perspective of creditors, the self-settlement of a spendthrift trust closely resembles a conveyance to third parties: whether property is alienated or simply rendered inalienable, creditors lose their opportunity to levy against it, which is all that matters from their point of view. With this observation comes a simple solution to the problem at hand. In order to sidestep the hazard indicated by critics of self-settled spendthrift trusts, lawmakers need only deem the creation of an involuntary disabling restraint a "transfer" for purposes of fraudulent conveyance law. In that event, the limits on self-settling construed into contracts for credit will match precisely those*

11. CONCLUSIONI. IL PROBLEMA DEI *TRUSTS* DISCREZIONALI

Lo *Spendthrift Trust* non è l'unico tipo di *trust* che garantisce, ai beneficiari, protezione dai loro creditori.

Si consideri, ad esempio, il caso di una persona che istituisca un *trust* discrezionale a favore dei suoi figli, in forza del quale il *trustee* è autorizzato a distribuire il reddito prodotto dal *trust fund* e ad assegnare il patrimonio del *trust* nella misura e per gli scopi che ritiene appropriati.

Come si è visto, se nel *deed of trust* non è inclusa una *spendthrift provision* (o se essa è, per qualsiasi ragione, inefficace), il *beneficial interest* dei figli può essere aggredito dai loro creditori¹⁶⁰.

Tuttavia, nel caso del *trust* discrezionale, dal punto di vista pratico, i creditori, anche se aggredissero il *beneficial interest*, non

covering outright gifts to others; creditors surely would no sooner (and no later) allow a debtor to render inalienable the corpus of property that was loaned to her than they would allow her to give the corpus away. But beyond this point, so long as the debtor lacks fraudulent intent and remains solvent, gifts as well as self-imposed involuntary restraints do not immediate injury to creditors". A questo punto, a titolo di commento di quanto scritto da HIRSCH, si può osservare che, per questo Autore, il problema degli *APTs* ruota tutto esclusivamente attorno alla frode pura ai creditori, restandone esclusa, per contro, ogni questione che attiene alla responsabilità patrimoniale futura del debitore.

¹⁶⁰ Per dovere di informazione, è giunto il momento di segnalare che si è sempre parlato, finora, di *interest* del beneficiario (e si continuerà a farlo), senza tradurre il termine, per una ragione precisa. Il termine *interest*, è di per sé traducibile in quello di diritto (con l'osservazione, peraltro, che i diritti reali di *common law*, proprietà inclusa, sono legati al tempo). Tuttavia, nel caso dei *trusts*, si parla di *interest* del beneficiario, tanto nell'ipotesi in cui il *trust* sia un *trust* fisso (c.d. *fixed interest trust*), qual è uno *Spendthrift trust* o un *APT* puro (dato che i beneficiari sono individuati, nei vari documenti del *trust*, e si stabilisce il *quantum* loro spettante a titolo di reddito e/o capitale), quanto nell'ipotesi in cui il *trust* sia un *trust* discrezionale (c.d. *discretionary trust*). Con la differenza che, nel primo caso, si parla di *vested interest* (diritto 'assegnato' o soggettivo, diremmo noi), mentre nel secondo caso si parla semplicemente di *interest*, per indicare un'aspettativa di diritto. E' per questa semplice ragione che si è preferito non tradurre la parola *interest*. Per inciso, sull'*interest* del beneficiario di un *trust*, cfr. THOMAS & HUDSON, *The Law of Trusts* (15), Chapter 7 (THE NATURE OF A BENEFICIARY'S INTEREST), p. 159 ss.

conseguirebbero alcun risultato, perché non potrebbero costringere il *trustee* a eseguire distribuzioni (o assegnazioni).

Perciò, nel caso del *trust* discrezionale, è la natura dell'*interest* del beneficiario, piuttosto che una clausola dell'atto istitutivo di *trust* che ne proibisce il trasferimento forzoso, a garantire i beni del *trust* da aggressioni da parte dei creditori dei beneficiari: poiché un beneficiario di un *discretionary trust* non può obbligare il *trustee* a fare distribuzioni o assegnazioni, non possono costringerlo nemmeno i suoi creditori¹⁶¹.

Quindi, il *settlor* potrebbe proteggere i beni del *trust* dalle pretese dei suoi creditori, riservandosi il ruolo di beneficiario di un *trust* discrezionale?

La risposta ortodossa a questa domanda, negli Stati Uniti d'America, è no.

Nonostante il *settlor* di un *discretionary trust* non possa imporre al *trustee* di eseguire distribuzioni di reddito o assegnazioni di capitale a suo favore (in qualità di beneficiario), i suoi creditori possono costringere il *trustee* a fare tali distribuzioni/assegnazioni.

La regola è formulata nel RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS 1959, alla *section* 156(2). La quale statuisce, letteralmente, che "*Where a person creates for his own benefit a trust for support or a discretionary trust,*

¹⁶¹ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 292. Invero, come segnala prontamente l'Autore, non è che il beneficiario di un *trust* discrezionale non possa mai costringere il *trustee* a fare distribuzioni o assegnazioni. Perché, come si è accennato (cfr. paragrafo 4, nota 41), il *trustee* assume la titolarità dei beni conferiti in *trust*, nell'interesse dei beneficiari, con un dovere fiduciario nei loro confronti; e quindi il rifiuto del *trustee* di un *trust* discrezionale puro di compiere distribuzioni può rivelarsi, in determinate circostanze, un abuso di potere. Tuttavia, dal punto di vista operativo, un creditore che agisse in via surrogatoria in luogo del beneficiario, dovrebbe fronteggiare un compito ben più arduo di quello del beneficiario, qualora intendesse costringere il *trustee* a fare distribuzioni (che potrebbe poi aggredire).

*his transferee or creditors can reach the maximum amount which the trustee under the terms of the trust could pay to him or apply for his benefit*¹⁶².

Secondo questa regola, se un individuo istituisce un *trust* in virtù del quale autorizza il *trustee* ad attribuirgli, a titolo di distribuzione del reddito o assegnazione (anticipata) del capitale, le somme che quest'ultimo ritiene opportuno, un creditore di tale individuo può aggredire l'intero *trust fund*, perché esso rappresenta la 'massima somma' (*the maximum amount*) che il *trustee* potrebbe trasferirgli o utilizzare a suo beneficio¹⁶³.

Ma perché esiste (*rectius*, esisterebbe, in forza di quanto *infra*), nel diritto americano, una regola simile?

La risposta più razionale è: per proteggere il principio della responsabilità patrimoniale del debitore, nell'ambito di un sistema in cui ciascuno Stato è libero di adottare, in tema di frode ai creditori, la disciplina della revocatoria che predilige.

¹⁶² Vedasi anche il RESTATEMENT (THIRD) OF TRUST 2003, § 60 *Comment f*, dove si riferisce che "*settlor's creditors can reach the maximum amount the trustee, in the proper exercise of fiduciary discretion, could pay to or apply for the benefit of the settlor*"; e lo UNIFORM TRUST CODE (71), che alla § 505 (*Creditor's claim against settlor*), che è già stata richiamata per il *self-settled Spendthrift Trust* (cfr. nota 76), senza distinguere tra *fixed interest trusts* e *discretionary trusts*, dispone che "(a) *Whether or not the terms of a trust contain a spendthrift provision, the following rules apply: (1) [...] (2) With respect to an irrevocable trust, a creditor or assignee of the settlor may reach the maximum amount that can be distributed to or for the settlor's benefit*".

¹⁶³ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 294. A seguire l'Autore aggiunge: "*Suppose instead the settlor creates a trust, the terms of which authorize the trustee to distribute to the settlor (or for the settlor's benefit) such amounts of income and principal of the trust as may be necessary for the settlor's support. Under these circumstances, a creditor of the settlor is entitled to reach the maximum amount that could be distributed for the settlor's support, regardless of whether the creditor supplied goods or services in connection with the settlor's support*". E ancora, in nota (segnatamente, alla nota 19): "*This rule may be contrasted with the rule applicable to support trusts for the benefit of persons other than the settlor, which in general may not be reached by the beneficiaries' creditor*".

Questa sembra essere la ragione sostanziale a fondamento della regola appena esposta. Quantomeno per quella dottrina che ha scritto, testualmente, che:

*“The controlling policy is clear. The settlor can properly create a trust under which someone else takes a beneficial interest, and the settlor’s creditors cannot reach this interest unless the creation of the trust amounted to a fraudulent conveyance. To the extent that the settlor retains a beneficial interest, however, that interest is subject to the claims of the settlor’s creditors, even in the absence of fraud. It is plainly against public policy to permit the owner of property to create for his or her own benefit an interest in the property that is beyond the reach of creditors”*¹⁶⁴.

Ciò detto, cerchiamo, a questo punto, di ricomporre le idee.

Nel sistema americano si ammette, di principio, lo *Spendthrift Trust*, perché questo *trust* ha, di per sé, la funzione di proteggere gli interessi di un beneficiario ‘debole’, quale può essere il figlio del disponente, ed evitare che costui sperperi il patrimonio accumulato a suo favore dal *settlor*/genitore.

Così, si consente che un padre e una madre possano stabilire che i loro figli abbiano diritto, in qualità di beneficiari di un *trust*, a una rendita (prodotta o estraibile, nel tempo, dal *trust fund*) o a un determinato capitale (spesso peraltro, come ragionevole, solo a una certa età) e che i beni del *trust* non siano cedibili a terzi o aggredibili dai creditori dei figli (fintanto che rimangano in *trust*) per evitare:

¹⁶⁴ Cfr. A.W. SCOTT – W.F. FRATCHER – M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trust*, 5th ed., 2007, §15.4, pp. 954-955.

- nel primo caso, ciò che si evita, in sostanza, nel nostro ordinamento, con il divieto dei patti successori dispositivo o rinunciativi (art. 458 CC); e
- nel secondo, caso che i figli concedano il loro *interest* a garanzia di iniziative imprenditoriali che potrebbero rivelarsi improbabili.

Si noti che, nella fattispecie, la responsabilità patrimoniale del debitore non è a rischio. Perché se i figli compiono atti illeciti nei confronti di terzi, costoro possono rivalersi sulle distribuzioni di reddito o le assegnazioni di capitale di volta in volta eseguite dal *trustee* a favore di ciascuno di essi.

Resta, talvolta, da risolvere un problema operativo, ma il principio è salvo.

Per quanto concerne, invece, l'*APT* (nella sua forma di *self-settled Spendthrift Trust*), esso non si ritiene ammissibile perché, a prescindere dall'intento fraudolento del *settlor*, a protezione del quale dovrebbe bastare la disciplina dell'azione revocatoria (che peraltro è regolamentata, negli U.S.A., su scala nazionale e non federale), questo tipo di *trust* è in grado di mettere a forte rischio il principio della responsabilità patrimoniale del debitore.

Infatti, se la *ratio* del *settlor* auto-paternalista, descritta nel paragrafo precedente, ha un suo senso, e pertanto dovrebbe essere valido un *self-settled Spendthrift Trust* istituito per finalità di protezione personale analoghe a quelle appena riassunte, nondimeno questo strumento legale potrebbe generare un corto circuito nel sistema.

Perché esso permetterebbe che:

- a) un soggetto inizi un'attività imprenditoriale e rimanga esente da responsabilità per gli atti illeciti cagionati nell'esercizio dell'attività imprenditoriale medesima¹⁶⁵; e *a fortiori*,
- b) consentire ai figli dei 'potenti', che hanno già potuto godere, da giovani, di una rendita e, per l'effetto, iniziare eventuali attività imprenditoriali in regime di privilegio, grazie a una *spendthrift provision* inserita a loro beneficio in un *trust* istituito dai relativi *paterfamilias*, di accumulare la rendita rimasta inaggredibile e istituire un *self-settled Spendthrift Trust*, per esercitare ulteriori attività imprenditoriali in regime di esenzione da responsabilità patrimoniale, negli stessi termini di cui al punto a). Perpetuando così, nei fatti, l'irresponsabilità patrimoniale, dalla nascita alla morte.

Invero, contro il problema di cui al punto a), lo UNIFORM FRAUDULENT TRANSFER ACT, di estrazione inglese¹⁶⁶, prevede una norma che potrebbe essere utilizzata per risolverlo¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Fenomeno che concretizza la preoccupazione illustrata da LYNN LOPUCKI nel passaggio di cui alla nota 85 in fondo.

¹⁶⁶ Cfr. paragrafo 9 nota 141.

¹⁶⁷ Si tratta della già citata *section 4* dello UFTA (analizzata, finora, solo in parte al paragrafo 9 – cfr. nota 144), la quale stabilisce che “*A transfer made or obligation incurred by a debtor is fraudulent as to a creditor, whether the creditor’s claim arose before or after the transfer was made or the obligation was incurred, if the debtor made the transfer or incurred the obligation: (1) [...] ; or (2) without receiving a reasonably equivalent value in exchange for the transfer or obligation, and the debtor: (i) was engaged or was about to engage in a business or a transaction for which the remaining assets of the debtor were unreasonably small in relation to the business or transaction; or (ii) intended to incur, or believed or reasonably should have believed that he [or she] would incur, debts beyond his [or her] ability to pay as they became due*”. Norma, con riferimento alla quale, STERK (*Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom* (1)), ha osservato (cfr. p. 1047): “*Thus, if a settlor transfers property into trust while engaging in a business in which liability claims are likely, such as malpractice claims against a physician or lawyer, the settlor’s future creditors may be able to set aside the transfers for constructive fraud, unless the settlor can establish that she has obtained adequate liability insurance*”.

Tuttavia, si tratta, come già detto, di disciplina federale, che i singoli Stati non sono vincolati a rispettare.

Ne deriva che, in definitiva, consentire a priori l'*APT*, tramite la sua legittimazione (espressa o implicita) nel RESTATEMENT OF TRUSTS e nello UNIFORM TRUST CODE, significherebbe abdicare in sostanza, in un ordinamento multigiurisdizionale di matrice liberale, al principio della responsabilità patrimoniale del debitore.

Detto questo, si ragiona negli stessi termini e per motivi analoghi, anche con riferimento ai *trusts* discrezionali¹⁶⁸.

Peraltro, come si vedrà tra poco, così facendo s'ignorano i principi fondamentali del diritto dei *trusts*.

Tuttavia, prima di vedere dove un ragionamento di questo tipo equivoca le regole che disciplinano la materia dei *trusts*, verifichiamo quali sono i due elementi essenziali che emergono dalla sopra citata *section 156(2)* del RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS 1959, concernente i *trusts* discrezionali.

Il primo elemento è quello che ai creditori vengono attribuiti diritti maggiori rispetto a quelli che spettano al *settlor*/beneficiario.

In altri termini, il *settlor* non può forzare il *trustee* a eseguire distribuzioni (o assegnazioni), ma i suoi creditori sì¹⁶⁹.

Elemento che la sentenza della Corte Suprema del Massachusetts, che ha riconosciuto la validità dello *Spendthrift Trust*, ha dichiarato di per sé inaccettabile¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Cfr. A.W. SCOTT & W.F. FRATCHER, *The Law of Trusts*, 4th ed., 1987, § 156.2, p. 176: "Clearly, the policy that prevents a person from creating a spendthrift trust for his own benefit also prevents him from depriving his creditors of a right to reach the trust property by creating a discretionary trust".

¹⁶⁹ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 295.

Il secondo elemento è invece quello che la *doctrine* del RESTATEMENT OF TRUSTS si applicherebbe nonostante che, consentendo ai creditori del *settlor* di aggredire i beni del *trust*, si possano piegare, oltre agli *interests* del *settlor*/beneficiario, anche gli *interests* degli altri beneficiari¹⁷¹.

Questo è, ad esempio, quanto è accaduto nel caso *Greenwich Trust Co v Tysons*¹⁷².

La fattispecie è la seguente. Un *settlor* istituisce un *trust*, ai sensi del quale autorizza (ma non obbliga) il *trustee* a distribuire, per vent'anni, il reddito prodotto dal *trust fund*, a suo beneficio e a beneficio di sua moglie e dei loro figli.

L'atto istitutivo prevede che, al termine del periodo di durata del *trust*, i beni in esso conferiti debbano tornare al *settlor* e che se quest'ultimo dovesse morire prima della scadenza del *trust period*, il *trust* dovrebbe continuare a operare in favore della moglie e dei figli.

Facendo affidamento, in parte, sulla regola contenuta nel primo RESTATEMENT OF TRUSTS (uguale, per inciso, a quella contemplata dal RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS, del '59), la corte stabilisce che i creditori del *settlor* abbiano diritto di aggredire l'intero reddito prodotto dal patrimonio del *trust*.

Ciò, nonostante che il reddito fosse distribuibile anche ad altre persone, e malgrado che, in caso di morte del *settlor* prima della

¹⁷⁰ Cfr. paragrafo 5 nota 65. Caso *Broadway National Bank v Adams* (62), p. 174: "Under our system, creditors may reach all the property of the debtor not exempted by law, but they cannot enlarge the gift of the founder of the trust, and take more than he has given".

¹⁷¹ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 295.

¹⁷² Cfr. *Greenwich Trust Co v Tysons*, in 27 (1942) *Atlantic Reporter, Second Series* 166.

scadenza del *trust period*, lo strumento fosse utilizzabile per altri soggetti.

Nel rispondere all'inquietudine del *trustee*, consistente nel fatto che pagando i creditori del *settlor* violerebbe i diritti degli altri beneficiari del *trust*, la corte afferma che quello che conta, nel caso di un *trust* in forza del quale il *trustee* acquisisce la piena discrezionalità nel distribuire il reddito al *settlor* (o nello spenderlo a suo favore), è che lo stesso *trustee*, sebbene sia libero di distribuire tale reddito ad altri (oppure spenderlo a favore di altri), potrebbe comunque assegnarlo integralmente al *settlor*.

Sicché, un *trust* di questo tipo implica il rischio che il *settlor* non paghi i suoi debiti, ma continui a godere del reddito prodotto dai 'suoi' beni. La corte prosegue affermando che asservire il reddito alle pretese dei creditori del *settlor* non priva gli altri soggetti, ai quali il *trustee* potrebbe assegnarlo, di nulla cui essi abbiano diritto: essi non possono, infatti, costringere il *trustee* a impiegare nemmeno una parte del reddito a loro favore. La regola di ordine pubblico che assoggetta, alle pretese dei creditori di un *settlor*, il reddito di un *trust* che il *trustee* potrebbe discrezionalmente distribuirgli, si applica anche quando il *trustee* potrebbe, a sua discrezione, pagare o utilizzare il reddito a favore altrui¹⁷³.

¹⁷³ Cfr. *Greenwich Trust Co v Tysons* (172), p. 173: "The outstanding factor in the situation is that, under a trust where the trustee has absolute discretion to pay the income or expend it for the settlor's benefit, the trustee could, even though he had a like discretion to expend it for others, still pay it all to the settlor. Such a trust opens the way to the evasion by the settlor of his just debts, although he may still have the full enjoyment of the income from his property. To subject it to the claims of the settlor's creditors does not deprive others to whom the trustee might pay the income of anything to which they are entitled of right; they could not compel the trustee to use any of the income for them. The public policy which subjects to the demands of a settlor's creditors the income of a trust

Ora, questa decisione esemplifica in modo chiaro e semplice gli errori di diritto che vengono (*rectius*, devono essere) perpetuati in materia di *trusts* discrezionali, negli U.S.A., per tutelare il principio della responsabilità patrimoniale del debitore, in coerenza con le regole stabilite per gli *Spendthrift Trusts* e i *DAPTs*.

In sintesi, secondo la corte, l'inserimento, nel *deed of trust*, di clausole volte a tutelare gli *interests* di beneficiari diversi dal disponente non rappresenterebbe altro che un *escamotage* per consentire al *settlor* di evadere i debiti¹⁷⁴; e tali *interests* non sarebbero degni di protezione contro i diritti dei creditori del disponente¹⁷⁵.

Ciò può anche essere vero, nelle circostanze del caso; ma non può essere asserito come dichiarazione di principio.

Che cosa dire, per esempio, se fosse emerso che la moglie aveva contratto dei debiti? Avrebbero dovuto essere valutati anch'essi come simulati?

Se così fosse, tutte le preoccupazioni ordinarie espresse da LOPUCKI in merito agli strumenti di *judgment proofing* sarebbero prive di causa.

La realtà è che la corte *de qua* ha completamente ignorato, in due passaggi, i principi fiduciari fondamentali che regolano i doveri dei *trustees*¹⁷⁶.

which the trustee in his discretion may pay to the settlor applies no less to a case where the trustee might in his discretion pay or use the income for others".

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), pp. 295-296: "Thus, the court characterized the interests of the non-settlor beneficiaries as merely a device to permit 'evasion of the settlor of his just debts', not worthy of protection in face of the right of the settlor's creditor to be paid".

¹⁷⁶ *Idem*, p. 296: "Two elements of the quoted passage (quello di cui alla nota 173, Ndr) are particularly noteworthy. [...] Each statement reflects a misunderstanding of basic fiduciary principles [...]".

Il passaggio in cui essa riferisce che il *settlor* può conservare il pieno godimento del reddito prodotto dai suoi beni (*he may still have the full enjoyment of the income from his property*), suggerisce implicitamente che lo stesso *settlor*, includendo sua moglie e i suoi figli come beneficiari del *trust*, non abbia in ogni caso inteso rinunciare ad alcuna pretesa sul reddito; e quindi che avrebbe diritto a ricevere tutto il reddito, nonostante vi siano altri beneficiari, potenziali percettori del reddito medesimo.

Tuttavia, questo passaggio ignora che un *trustee* deve, per legge, valutare gli interessi di tutti i beneficiari, quando esegue distribuzioni; e dimentica, perciò, che il *trustee* in causa avrebbe potuto essere ritenuto responsabile, nei confronti della moglie e dei figli, qualora avesse distribuito tutto il reddito al *settlor*¹⁷⁷.

Infatti, è un principio basilare del *law of trusts*, che il *trustee* debba agire in modo imparziale, tenendo conto dei diritti di tutti i beneficiari (si parla, in merito, di *duty to act even-handedly as between beneficiaries*¹⁷⁸).

¹⁷⁷ *Ibidem*: “First the court observes that, under the terms of the trust, the settlor ‘may still have the full enjoyment of the income of the property’. [...] The court’s first observation – that a settlor may still have a ‘full enjoyment’ of trust income – suggests, without directly saying, that the settlor gave up no rights to income when he included his wife and children as beneficiaries, i.e., that he might be entitled to receive all the income, notwithstanding that other beneficiaries were potential income recipients. This statement ignores the fact that the trustee would be required to consider the interests of the wife and children in making income distributions and would be exposed to potential liability to the wife and children if it distributed all of the trust income to the settlor”.

¹⁷⁸ Cfr. THOMAS & HUDSON, *The Law of Trusts* (15), Chapter 10 (DUTIES OF TRUSTEES: PART ONE), p. 286, § 101.4: “It is a well established general principle that, in the absence of some provision to the contrary, a trustee must be impartial in the execution of his trust. As Turner LJ stated in *Re Tempest*, ‘it is of the essence of the duty of every trustee to hold an even hand between the parties interested under the trust. Every trustee is in duty bound to look to the interests of all, and not any particular member or class of members of his cestuis que trust’. Similarly, in *Re Lepine*, Fry LJ stated: ‘I agree, as fully as it can be expressed, that it is the duty of trustees to hold a

Non solo. Il passaggio in cui la corte riferisce che la moglie e i figli non potrebbero obbligare il *trustee* a eseguire distribuzioni a loro favore, ignora che un *trustee*, anche quando agisce in piena discrezionalità, può essere ritenuto responsabile per non aver eseguito distribuzioni a un beneficiario, senza giustificazione¹⁷⁹.

Il corollario di questa regola è, naturalmente, che il *trustee de quo* avrebbe potuto essere condannato a eseguire distribuzioni alla moglie e ai figli, in determinate circostanze.

Quindi, permettere ai creditori del disponente/beneficiario di aggredire le distribuzioni di reddito, può compromettere i diritti, degni di tutela, degli altri beneficiari¹⁸⁰.

perfectly even hand between all their cestuis que trust'. Most of the traditional duties of trustees seem to be examples of the duty to act fairly or with an even hand as between beneficiaries with different interests. In broad terms, members of the same class of beneficiaries or objects ought to be treated equally, on the basis that they enjoy equal rights interests, or expectations". Con riferimento al *trust* discrezionale, cfr. inoltre § 1.29 (p. 22): “*Suppose a settlor set aside a fund of money ‘such that my trustee shall pay £ 5,000 per year out of that fund to whichever of my children shall have the greatest need of it’. In such a situation the trustee is compelled to make the payment but she has discretion as to which child will receive it. (The issue in such situations will often be whether or not the ambit of the trustee’s discretion has been identified with sufficient certainty)”*.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 343 (DUTY TO EXERCISE AN ACTIVE DISCRETION), § 11.31: “*A trustee must apply his mind to the actual exercise of any power or discretion. It is ‘an inherent requirement of the exercise of any discretion that it be given real and genuine consideration’. There must be the ‘exercise of an active discretion’*”. Gli Autori citano poi un caso inglese che presenta, ragionando a contrario, elementi di assonanza con quello di cui al testo (cfr p. 344, § 11.32): “*In Wilson v Turner (in 22 (1883) Chancery Division, Law Reports 521, Ndr), where trustees, who had discretion as to payment of income for the maintenance of a child, had simply paid income to the father during the infancy of that child, the Court of Appeal held that the trustees had not exercised their discretion as to its application (and the father’s estate was liable to repay the whole amount received)”*.

¹⁸⁰ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors’ Rights in Trusts* (40), p. 296: “*Second, the court states that satisfying the claim of the settlor’s creditor ‘does not deprive others to whom the trustee might pay the income of anything to which they are entitled of right; they could not compel the trustee to use any of the income for them. [...] The second statement – that the wife and children could not compel the trustee to distribute income to them – ignores the fact that a trustee, even one operating under a wholly*

Premesso ciò, come parzialmente accennato, si deve rilevare che la *doctrine* della *section* 156(2) del RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS 1959¹⁸¹, che dovrebbe costituire una raccolta dei *dicta*, sul punto, della giurisprudenza pregressa¹⁸², allorché debitamente analizzata, non sembra trovare corrispondenza nelle pronunce emanate, dai giudici dei vari stati americani, prima della sua stesura.

Non solo. Chi ha redatto i primi due RESTATEMENT OF TRUSTS ha anche redatto, negli U.S.A., i manuali di testo più conosciuti sui *trusts*, che non offrono, in tema, nessun'altra *ratio* se non quella di *public policy* sopra richiamata¹⁸³.

Non si ritiene necessario riesaminare qui tutte le decisioni che ha analizzato la dottrina americana che si è preoccupata di sviscerare la

discretionary standard, can be held liable for unreasonably withholding distributions to a beneficiary. The corollary of this proposition, of course, is that the trustee could be compelled to make distributions to the wife and children under certain circumstances. Thus, allowing the settlor's creditor to reach the income stream may very well have compromised enforceable interests of non-settlor beneficiaries".

¹⁸¹ Il cui testo riproduce integralmente il testo della *section* 156(2) del RESTATEMENT OF TRUSTS 1935.

¹⁸² Cfr. nota 72.

¹⁸³ Cfr. DANFORTH, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts* (40), p. 294: "The origin of and rationale for the Restatement rule is murky. The rule appears in the original Restatement and also in the original edition (and all subsequent editions) of the classic treatise on the law of trusts written by the late professor Austin Waken Scott, who was also the Reporter and principal author of the First and Second Restatements. Neither Restatement nor the Restatement Reporter's Notes offer a rationale for the rule. The most recent edition of Professor Scott's treatise provides only the following: 'Clearly, the policy that prevents a person from creating a spendthrift trust for his own benefit also prevents him from depriving his creditors of a right to reach the trust property by creating a discretionary trust'. Cfr. inoltre pp. 296-297: "As noted earlier, the principal sources of the traditional rule – the Restatements and Professor Scott's treatise – offer little guidance on its rationale. Most cases that postdate the Restatement simply cite the Restatement or Professor Scott's treatise, with little or no analysis or elaboration of why the rule is being adopted. Moreover, as observed in connection with Greenwich Trust Co, the traditional rule may be based on misunderstandings of fiduciary principles governing the relative rights and interests of multiple beneficiaries. These observations prompt the question whether Professor Scott, in writing his treatise and in drafting the Restatement, properly analyzed the available precedents".

quaestio della conciliabilità tra il testo della *section* 156(2) dei RESTATEMENT OF TRUSTS del '35 e del '59 e le sentenze pronunciate anteriormente (che dovrebbero costituirne il fondamento)¹⁸⁴.

Basti solo segnalare che i casi non sono pochi e che alcuni suggeriscono, di fatto, *doctrines* contrarie¹⁸⁵.

Invero, la non corretta interpretazione del *case law* ha trovato terreno fertile per svilupparsi, perché è in coerenza con una politica del

¹⁸⁴ *Idem*, p. 297 ss.

¹⁸⁵ *Idem*, pp. 300-301: “Another case cited by Professor Scott directly contradicts his position. *Bryan v Knickerbacker* (in 1 (1846) *Barbour's New York Chancery Reports* 409, Ndr) involved a self-settled trust, the terms of which authorized the trustee to distribute to or for the benefit of the settlor as much of the income of the trust as the trustee determined to be necessary for the settlor's support. Any income not distributed to the settlor was to be accumulated by the trustee for eventual distribution to the remainder beneficiaries, the settlor's heirs at law. Although the trustee's authority to distribute income to the settlor was phrased in discretionary terms, the Chancellor interpreted the settlor's retained interest as giving the settlor an enforceable right to receive reasonable amounts of income from the trust for his support. Based on this interpretation, the Chancellor held that the settlor's creditors could reach the settlor's interest, i.e., the amounts that the trustee would otherwise have distributed to the settlor for his support. The Chancellor's opinion includes an extensive discussion of *Snowden v Dales*, which involved a self-settled trust in which the settlor retained a discretionary interest in the trust income, and in which the settlor expressly retained no right to compel distributions to himself. Any income not distributed to the settlor was to be accumulated by the trustee for distribution to the remainder beneficiaries. The Vice Chancellor in *Snowden* held that the entire income interest could be reached by the settlor's creditors. The Chancellor in *Bryan* indicated that it would have come to a different conclusion on the facts of *Snowden*. Because the settlor in *Snowden* had no right to compel trust distributions, the Chancellor reasoned, he would have ruled that the settlor's creditors “were only entitled to so much of the interest of the trust fund as the trustee should not, in their discretion, think proper to retain and accumulate for the benefit of the ultimate remaindermen”. *Bryan* thus directly contradicts Professor Scott's statement of the general American rule. Under Professor Scott's formulation of the rule, a settlor's creditor has greater rights than the settlor himself or herself; the creditor can compel the trustee to distribute to the creditor the maximum amount that could be distributed by the trustee, notwithstanding that the settlor could not compel such distributions. Moreover, under the traditional formulation of the rule, the rights of creditors are allowed to defeat the interests of non-settlor trust beneficiaries. *Bryan* states that a creditor should be permitted to reach only those assets with respect to which the settlor could compel distributions and with respect to which the trustee has not in its discretion decided to retain in trust for the benefit of the non-settlor beneficiaries”.

diritto a tutela del principio (di ordine pubblico) della responsabilità patrimoniale del debitore.

Tutela il cui rispetto è costato, peraltro, il sacrificio delle *rules of law* fondamentali del diritto dei *trusts*.

In altre parole, da quanto si è visto, la ragione per la quale vige, negli U.S.A., la *doctrine* che l'*interest* del *settlor*/beneficiario di un *trust* discrezionale sia aggredibile dai suoi creditori, nonostante né la *ratio* né il *case law* posti a suo fondamento la sostengano dal punto di vista della logica giuridica, è che, in caso contrario, non sarebbe possibile tutelare il principio della responsabilità patrimoniale del debitore.

Infatti, una volta ammesso lo schema dello *Spendthrift Trust* (che, come si vedrà, non è riconosciuto nel Regno Unito), i problemi sono sorti di conseguenza.

Perché, ammettendo la (mera) inaggredibilità di principio, da parte dei suoi creditori, dell'*interest* del beneficiario *non-settlor* di tale *trust*, si è poi dovuto evitare che il *settlor* potesse fare altrettanto per sé stesso; e successivamente negare, sulla base di una *policy* analoga, qualsiasi tecnica che consentisse di ottenere un risultato formalmente equivalente. Come l'istituzione di un *discretionary trust* avente come beneficiario potenziale lo stesso *settlor*.

Là dove il *trust* discrezionale accorda, per natura, *interests* non aggredibili, dai creditori di ciascun beneficiario potenziale. Anche soltanto perché nessun beneficiario di un *discretionary trust* può vantare, per suo conto, diritti quesiti.