

Trust: un Benjamin Order, merce rara

08 Luglio 2019

Duccio Zanchi

Indice

1. Il trust istituito su richiesta della Banca Nazionale Yugoslava
2. La struttura del trust
3. Il Benjamin Order
4. Il principio del *functus officio*

1. Il trust istituito su richiesta della Banca Nazionale Yugoslava

Si richiama l'attenzione su una sentenza resa recentemente dalla *Royal Court* di Jersey *In the Matter of the Banayou Trust* [2019] JRC078 perché costituisce il primo caso, di cui si abbia notizia, della concessione di un *Benjamin Order* a Jersey.

Questi i fatti.

Il *Banayou Trust*, di cui si discorre, è stato istituito, il 15 dicembre 1988, dalla NMB Trust Company Limited (“il Trustee originario”) su richiesta della Banca Nazionale Yugoslava, una istituzione della non più esistente Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia, attraverso il quale la banca intendeva costituire un fondo per la liquidazione di una serie di posizioni debitorie a essa facenti carico.

L'atto istitutivo prevedeva fra l'altro:

1. Legge regolatrice di Jersey;
2. Unico beneficiario, la Banca Nazionale Yugoslava, cui era attribuito altresì il potere di nominare ulteriori beneficiari;
3. Capitale e interessi del fondo in trust da distribuire su istruzione della Banca Nazionale Yugoslava e da trasferire a quest'ultima, al termine del periodo di durata del trust (100 anni);
4. Fondo iniziale rappresentato da un conto acceso presso la NMB Bank di Amsterdam.

L'evidenza delle cose dimostrava dunque che la Banca Nazionale Yugoslava era l'effettivo disponente.

In seguito alle vicende che hanno interessato la regione e condotto allo scioglimento della Repubblica socialista di Jugoslavia nel 1992 e poi alla guerra in Bosnia, i cinque “Stati successori”, che si erano spartiti l'area geografica dell'ex Jugoslavia, sottoscrissero (2001) un Accordo (*Succession Agreement*), approvato da un apposito comitato composto da rappresentanti di ciascuno dei suddetti cinque stati, per regolare la divisione dei beni e la gestione del debito estero della repubblica non più esistente.

Nell'ambito di questo Accordo, la *Royal Court* di Jersey, fu richiesta di rispondere alla domanda, avanzata dagli Stati sottoscrittori del *Succession Agreement*, di essere autorizzati a distribuire fra sé i beni del *Banayou trust* una volta accertato che i fondi in trust rientravano nell'ambito del *Succession Agreement*.

Infatti fra il Trustee e gli Stati successori era intervenuto un accordo (*Deed of Appointment and Indemnity*) circa la ripartizione del fondo in trust, ma, a seguito delle ulteriori vicende che avevano interessato la regione e che avevano portato alla nascita di due altri territori autonomi dai precedenti, il Kosovo e il Montenegro, questi ultimi sarebbero rimasti esclusi dalla spartizione del fondo del *Banayou Trust* e pertanto gli “Stati successori” e il Trustee non intendevano attuare l’accordo fra essi raggiunto senza aver ottenuto prima l’approvazione della Corte.

Dobbiamo aggiungere infine che la Banca Nazionale Yugoslava non esisteva più nella sua forma originale mentre il trust prevedeva che il Trustee esercitasse i suoi poteri dispositivi solo dietro indicazioni (vincolanti) della Banca Nazionale Yugoslava.

Indicazioni sullo stato della Banca Nazionale Yugoslava e sull’identità dei beneficiari del *Banayou Trust* sono stati messi a disposizione dalla Corte dal gennaio 1999, e da allora il trust è stato amministrato sotto le sue direttive. Una di queste stabiliva che **nessuna distribuzione di capitale avrebbe potuto essere effettuata senza l’autorizzazione della Corte, e questo dunque spiega perché questa sia stata investita della questione.**

Nel giudizio tenutosi di fronte a quest’ultima, si sostenne che il potere della Corte di decidere in merito ai beneficiari del trust derivava:

- a) dalla s. 51 (ii) (c) della *Trusts (Jersey) Law 1984 as amended*, che conferisce alla Corte il potere, se lo ritiene opportuno, di rilasciare una dichiarazione (*to make a declaration*), e,
- b) ai sensi della s. 51, paragrafo 2, lettera a), punto iii), che prevede che la Corte, sempre che lo ritenga opportuno, possa emettere un’ordinanza riguardante un beneficiario o qualsiasi persona che abbia un legame con il trust in questione (*to make an order concerning a beneficiary, or any person having a connection with the trust at issue*).

Invece, la domanda di essere autorizzati a entrare nel merito del *Deed of appointment and indemnity* (*the application for approval to enter into the deed of appointment and indemnity*) venne fatta in base a quanto stabilito *In Re S Settlement [2001] JRC 154*.

Quest’ultima pronuncia si riferisce a un caso in cui i trustee, pur essendosi accertati che le decisioni che intendevano assumere erano in linea con i poteri loro conferiti, tuttavia, siccome la decisione da adottare era particolarmente importante, avevano voluto ottenere l’avallo (*the blessing*) della Corte per l’azione che avevano deciso di compiere anche se questa rientrava nei loro poteri. E in effetti, nel caso del *Banayou Trust*, si era di fronte a una lunga storia di incertezza quanto all’identificazione dei beneficiari e dovendo distribuire circa 10 milioni di sterline – tale era la consistenza del fondo del *Banayou Trust* – era naturale che il trustee cercasse di ottenere il preventivo beneplacito della Corte.

Nel nostro caso, **la situazione che si presentava era dunque la seguente: la Banca Nazionale Yugoslava non esisteva più, ma l’atto istitutivo del trust prevedeva che il Trustee esercitasse i suoi poteri dispositivi dietro sue istruzioni. D’altra parte sarebbe stato assolutamente insoddisfacente e non risolutivo risalire nell’individuazione del beneficiario, a un’entità non più esistente: in base alla legge di Jersey (s.42) infatti, laddove il beneficiario designato non sia più esistente, il fondo in trust va assegnato, in *resulting trust* al disponente che, in questo caso sarebbe stata sempre la Banca nazionale Yugoslava.**

Così la norma:

“*Failure or lapse of interest*

1. *Subject to the terms of the trust and subject to any order of the Court, where:-*

omissis

(c) *there is no beneficiary and no person who can become a beneficiary in accordance with the terms of the trust;*

... The ... property affected by such ... lack of beneficiary... shall be held by the trustee in trust for the settlor absolutely”

Nel motivare le sue scelte, improntate a un sano pragmatismo, la Corte prende la sua decisione che assume la forma di un *Benjamin Order*.

Mentre la Corte stessa si è espressa dicendo che gli Stati Successori non erano beneficiari del Trust, ha riconosciuto che la *Royal Court* aveva proceduto assumendo che lo fossero e, conseguentemente, il Trustee è stato autorizzato a distribuire i beni del *Banayou Trust* ai non beneficiari (gli Stati successori) in forza del principio per cui essi avevano diritto al Fondo in trust sulla base di una situazione di fatto derivante dal diritto internazionale privato.

Vi sono molti aspetti da esaminare relativamente a questo caso.

2. La struttura del trust

Il trust: la struttura del trust ha suscitato non poche perplessità ed è stata fatta oggetto di censura nel corso del giudizio.

Ci si è chiesti infatti se il fatto che il disponente si riservasse troppi poteri non fosse in contrasto con la massima *donner et rétenir ne vaut*, e infatti l'atto è stato modificato due volte proprio per evitare questo rischio. Tuttavia, anche se si fosse verificato il rischio paventato, il fondo sarebbe ritornato di nuovo nella disponibilità del disponente. Ma anche se, in dispregio delle previsioni dell'atto istitutivo, **il fondo fosse stato tenuto a disposizione della Banca nazionale Yugoslava in *bare trust*, questo non avrebbe avuto conseguenze atteso che il trust era amministrato, fin dal 1999, sotto la direzione della *Royal Court*.**

Trasportando la fattispecie sul piano interno, a me sembrerebbe trattarsi, anche per quanto ricavato dalla lettura della sentenza, di un **tipo di trust liquidatorio** che la Banca nazionale Yugoslava ha posto in essere per pagare i propri creditori sottraendo l'ammontare del denaro conferito a iniziative individuali che avrebbero potuto compromettere il progetto. Quindi sembrerebbe normale che sia la Banca stessa (disponente), che indica al trustee a chi e quando pagare e che poi sia la stessa banca beneficiaria del residuo una volta soddisfatti i creditori.

3. Il Benjamin Order

Si tratta di un provvedimento emesso da un giudice per procedere alla distribuzione dei beni successivamente alla morte del loro titolare laddove sia incerto se un beneficiario sia o meno vivente.

L'ordine deriva dal caso *In Re: Benjamin; Neville v Benjamin* [1902] 1 Ch 723.

Philip Benjamin avrebbe avuto diritto, se fosse vissuto fino al 25 giugno 1893, la data della morte di suo padre, a una partecipazione, quale erede, nella proprietà di quest'ultimo. Philip Benjamin non aveva dato più notizia di sé dal settembre 1892 e tutte le ricerche effettuate non erano state in grado di raccogliere alcuna informazione su di lui.

Nel motivare la propria decisione. Il giudice disse di ritenere che il sig. Benjamin fosse morto e che si trattasse solo di stabilire *quando* ciò fosse accaduto, aggiungendo che in questo caso, conformemente a quanto deciso in *Re Walker* [1871] Ch App120, l'onere di provare detta circostanza era a carico dell'amministratore del sig. Benjamin. Questi però non riuscì a fornire alcuna prova al riguardo.

Indipendentemente dall'aver acquisito la prova della data della morte, i trustee tuttavia erano liberi di distribuire i beni pur senza che questo pregiudicasse in alcun modo le ragioni di coloro che avrebbero avuto diritto e interesse a sollevare un reclamo o una doglianza nel caso in cui, successivamente alla divisione, fossero emerse prove certe sulla data della morte del sig. Benjamin. Pur non potendo quindi dichiarare che Philip Benjamin fosse morto, il giudice ritenne di poter emettere un ordine di questo tenore:

“in mancanza di certezza circa il fatto che il sig Benjamin sia sopravvissuto a suo padre (il testatore), lasciamo che i trustee del testatore abbiano la libertà di ripartire le azioni della proprietà del testatore lasciate in eredità a favore del suddetto Sig. Benjamin, sua moglie e figli, sul presupposto che Benjamin fosse celibe e non sia sopravvissuto al testatore”.

L'Ordine emesso dalla Corte autorizza dunque i rappresentanti personali del defunto, incaricati di amministrare i suoi beni, a distribuire la proprietà sul presupposto che il beneficiario sia deceduto

. Inoltre i rappresentanti personali sono tutelati nei confronti di azioni che potrebbero essere promosse contro di loro se il beneficiario risultasse in vita e avesse diritto ai beni, nel frattempo distribuiti. Il beneficiario, a sua volta, ha diritto di seguito (*tracing*) sulla cosa che sia stata destinata a un terzo.

Questi concetti sono sintetizzati con chiarezza in *Lewin on Trust*, [Sweet & Maxwell](#), 2018, una delle pietre miliari in materia:

“A Benjamin order does not vary or destroy beneficial interests but merely enables trust property to be distributed according to the practical probabilities. Its effect is therefore that the trustees are protected, in that they cannot afterwards be accused of a breach of trust as they have acted under the authority of the order of the court, but it preserves the right of any person actually entitled to follow the trust property if he later appears”.

L'autore sottolinea dunque come il *Benjamin Order* consenta di distribuire il fondo in trust according to the practical probabilities, e quindi anche in mancanza di prove certe.

I *Benjamin orders* sono piuttosto rari e difficili da ottenere.

La Corte dovrà, caso per caso, valutare la “sufficienza” delle domande fatte dal trustee della proprietà da dividere.

In questa attività, la Corte dovrà ricercare informazioni su:

1. Quanto tempo è trascorso dalla morte del testatore;
2. Quali passi sono stati fatti per ricercare lo scomparso e per quanto tempo;
3. Chi ha svolto le indagini e se sia una persona qualificata;
4. Se le indagini abbiano preso in considerazione la possibile posizione della persona scomparsa;
5. Se vi sono altre indagini che possano consentire di ottenere altre informazioni;
6. Qual è il valore dei beni.

Un provvedimento di questo tipo chiarisce comunque in modo assi esauriente la amplissima capacità di manovra che è riconosciuta a un giudice in un ordinamento di *common law* e l'ampiezza degli strumenti a sua disposizione per arrivare efficacemente al nocciolo dei problemi.

4. Il principio del *functus officio*

Un'ampia parte della sentenza resa verte sul fatto se la sentenza debba essere pubblicata o meno, **se si debba dare cioè la prevalenza al rispetto del principio di giustizia aperta (*open justice*) da una parte o a quello della tutela delle legittime aspettative delle parti alla *privacy* dall'altra.**

Per opporsi alla pubblicazione è stata invocata la regola del *functus officio* che afferma il principio per cui quando una decisione avente carattere di definitività, è stata assunta, da parte di una corte, o anche da parte di altra autorità amministrativa, tale decisione non può essere di nuovo messa in discussione.

Tale dottrina è stata ben esplicitata da Sir Philip Bailhache, al tempo *Bailiff*, nella controversia *Jersey Evening Post Limited v Al Thani*: - “9... *A court is functus when it has performed all its duties in a particular case. Proceedings are only fully concluded, and the court functus, when its judgment or order has been perfected. The purpose of the doctrine is to provide finality.*”

Coerentemente quindi la regola non si applica a una decisione che per sua natura non è definitiva o che richiede un monitoraggio continuo (*RBC Trustees (CI) Limited v. Appleby* [2007] JRC 211).

Ora il dubbio si poneva perché la Corte, in un primo momento aveva emesso un provvedimento in cui si era detta contraria alla pubblicazione di documenti inerenti al caso sottoposto alla sua attenzione, provvedimento che successivamente aveva riesaminato, esprimendosi invece a favore della pubblicazione, e negando che ricorresse l'ipotesi del *functus officio* dato che il primo provvedimento era stato assunto nel corso del giudizio e sulla base di una documentazione che doveva essere progressivamente integrata e pertanto privo del carattere di definitività.

TAG: *trust, Benjamin order, legge regolatrice di Jersey, functus officio, Banca Nazionale Yugoslava*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere

(anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.