

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРОПИСА У ОБЛАСТИ
ТРАСТА У ЕВРОПСКО-КОНТИНЕНТАЛНОМ И
АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ¹Милица Ристић²*Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет*

Апстракт: У свијету у којем долази до све веће глобализације и прожимања института некада потпуно опречних правних система, уједначавање правних правила и праксе је неопходно. Овај процес није заобилао ни Европску Унију, у којој је он нарочито интензиван од осамдесетих година прошлог вијека. Међутим, ово преплитање не доводи само до појаве истих рјешења у некада различитим правним системима, него врло често дира и у темељне поставке сваког појединог правног система. Добар примјер за то је енглески институт траст, који свој настанак и развој у потпуности дугује англосаксонском правном духу, а који се све чешће појављује и у пракси европско-континенталних судова. Ауторка у раду даје кратак преглед и анализу најважнијих конвенција и докумената којима су међународни актери настојали уједначити правила у погледу препознавања и примјене траста, те ће на основу тога покушати предвидјети даљу судбину траста у евро-континенталном праву.

Кључне ријечи: траст, европско-континентално право, англосаксонско право, Конвенција о праву мјеродавном за траст и његовом признавању, Нацрт заједничких оквирних правила

1 Рад је резултат истраживања у оквиру необјављеног мастер рада под називом „Историјскоправни коријени и развој института траст“, одбрањеног дана 8.6.2021. године на Правном факултету Универзитета у Београду.

2 Мастер правник, асистент на Катедри за римско право и историју права и државе, 065/170-660, milica.ristic@pf.unibl.org

1. УВОД

Централна окосница англосаксонског института траст уочљива је већ у његовом називу. Чини се да нема бољег начина да се започне било која расправа о трасту од оног да се крене са анализом ријечи *trust* која се на наш језик преводи као „повјерење“. Упркос томе што су дефиниције траста многобројне и често не сасвим сагласне у погледу његових основних елемената, оне ипак показују једну заједничку тенденцију. Она се састоји у томе да међусобну лојалност и повјерење између странака означе као *conditio sine qua non* постојања траста, ону суштинску карактеристику без које траст не би могао нити настати, нити опстати.

Казуистичност англосаксонских правника и њихова несклоност апстрактним формулацијама довели су до постојања различитих дефиниција траста, у којима се, у зависности од тога чему се даје предност, траст понекад означава као право у субјективном смислу ријечи, а понекад као специфичан правни однос. Његова суштина ипак се састоји у слједећем: једно лице (*settlor* - онај који успоставља траст) преноси својину на друго лице (*trustee*), али на начин да оно, без обзира на то што је постало власник, мора да се тим правом користи не у свом интересу, него у интересу неког трећег лица (*beneficiary*).³ Већ на овом терену долазимо до прве особености англосаксонског правног система, који је у својој дугој историји познавао дуални систем правосуђа. *Common law* судови, који су функционисали по систему прецедената, нису били вољни да бенефицијара препознају као власника средстава унесених у траст. Отуда је у потенцијалним случајевима злоупотреба средстава од стране трастија бенефицијар могао да се узда само у систем *equity law* судова правичности, који су бенефицијарима омогућили употребу одређених правних средстава против несавјесних трастија. Другим ријечима, у англосаксонском систему, могло се десити да на једној истој ствари постоје истовремено и тзв. *legal ownership* у рукама трастија, као и *equitable ownership* које је припадало бенефицијару. Иако истовремена егзистенција конкурентских својинских права дјелује као савршено плодно тло за развој конфликта, до тога у принципу и није често долазило. Разлог за то опет можемо потражити у односу повјерења који је постојао и прије настанка траста, а који је очигледно био својеврсно везивно ткиво у сложенем трипартитном односу какав је траст.⁴

3 Сима Аврамовић и Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција* (Београд: Службени гласник, 2007), 230.

4 Етимологија ријечи траст и фидуција (*fides* – добра вјера, поштење), довела је до тога да се у литератури ова два института врло често изједначавају или се износе претпоставке о развоју енглеског траста из римске фидуције. Иако заиста постоје одређени индикатори њихове сличности, они и даље нису довољни како би се такав закључак са сигурношћу извео. Поред фидуције, траст се

Иако је класификацију траста тешко извршити, један од основних критеријума којима се можемо послужити у ту сврху јесте начин настанка траста. Тако на првом мјесту долазимо до тзв. изричитих (*declared, express* или *voluntary trusts*) који настају на основу изјаве оснивача о формирању траста⁵ и са друге стране, прећутних трастова (*implied trusts*) који настају иницијативом суда у два случаја: када странке нису формално основале траст, али се из њихових конклюдентних радњи може закључити да су такву намјеру имале (*resulting trusts*) или када суд оцијени да би у циљу заштите интереса угрожене странке требало формирати траст (*constructive trusts*) како би се спријечило евентуално неосновано обогаћење неког лица на рачун те странке.⁶ Други важан критеријум је сврха која се жели остварити креирањем траста, при чему трастове дијелимо на приватне и јавне трастове, за које се још употребљава термин *charitable trusts* (добротворни трастови). Приватни трастови даље се могу гранати на некомерцијалне (као што су нпр. породични трастови) или, много чешће, комерцијалне, какви су траст за улагање новца (*investment trust*), траст ради гласања (*voting trust*) или нарочито важан *bussiness* или *Massachusetts trust*.⁷ За разлику од приватних трастова, на које континентална Европа и даље гледа са подозрењем, сматра се да евро-континентални систем јавне или тзв. добротворне трастове познаје још из Старог Рима, те да они и данас живе на тлу континенталне Европе у форми фондација или задужбина.⁸ Из тог разлога, готово свака расправа о могућности имплементације траста у европско-континентални систем најчешће и креће од добротворних трастова. Ипак, увести један типичан англосаксонски институт као што је траст у европско-континентално право није ни изблиза тако једноставно и подразумијева превазилажење низа препрека које на том путу стоје. О неким од њих, као и ранијим покушајима да се оне савладају биће више ријечи у наставку рада.

још чешће доводи у везу са римским фиденкомисом, али и са неким институтима римско-византијског (*piae causae*), па чак и арабљанског права (*waqf*).

⁵ Андрија Гамс, „Траст у англоамеричком систему права“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3 (1957): 305; Срђан Владетић, „Основи траста англосаксонског права“, у *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, уред. Милан Петровић (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2011), 121.

⁶ Андерхил (*Underhill*) истиче да се једино изричите трастови могу сматрати трастовима у правом смислу ријечи, док су прећутни трастови, а међу њима нарочито тзв. *constructive trusts* само фикција коју је створио *equity law*, како би *equity* правосуђе имало на располагању механизме за спречавање и санкционисање случајева несавјесног управљања имовином. – Arthur Underhill, *Law of Trusts and Trustees* (London: Butterworths, 2002), 10.

⁷ Гамс, „Траст у англоамеричком систему права“, 308-309.

⁸ Henry Hansmann, Ugo Mattei, „The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis“, *New York University Law Review*, 2 (1998): 443.

2. ПРОБЛЕМИ ИМПЛЕМЕНТАЦИЈЕ ТРАСТА У ЕВРОПСКО-КОНТИНЕНТАЛНО ПРАВО

Однос већине европско-континенталних правника према трасту могао би се сажети у синтагми да је то „институт који подразумева постојање бескорисних фикција због којих нико неће бити срећнији од Енглеза када их једном укину”⁹ или пак ставом да питање траста није „неко безначајно неслагање између англосаксонске и европско-континенталне правне традиције, већ непремостива и суштинска разлика у њиховом приступу праву уопште”.¹⁰ Нису сви они који су се бавили овом тематиком изражавали тако радикалан став у погледу траста. Напротив, има мишљења да би траст уз одређене модификације лако могао да постане саставни дио европско-континенталног правног система, као што неки сматрају да он то већ јесте, прикривен у форми неких других института. Неспорно је да постоји низ фактора који значајно отежавају увођење траста у евро-континентални правни круг, те ће се на овом мјесту оквирно приказати они најрелевантнији.

Историја је највише кумовала дубини јаза између англосаксонског и европско-континенталног правног система. Начин на који је англосаксонско право подијелило својинскоправна овлашћења по садржини - на *legal* и *equitable* није био непознат ни континенталној Европи, која је врло сличну подјелу његовала кроз цијели средњи вијек. Буржоаским револуцијама и уласком начела јединствене, апсолутне и недјелјиве својине на велика врата, дошло је до раскида са феудалним тековинама, на ком путу је морала страдати и садржинска подјела својинскоправних овлашћења.¹¹ Раздвајање правне и економске садржине власништва, односно раздвајање *usus*, *fructus* и *abusus* какво постоји у трасту, за европско-континенталне правнике је апсурдност и нелогичност која доводи до тог да је власник онемогућен у ономе што је и циљ својине, а то је економско уживање плодова ствари која је предмет власништва. Притом, треба избјећи замку поистовјеђивања овакве подјеле својинскоправних овлашћења са институтом европско-континенталне сусвојине, у којој се подјела такође врши,

9 Jaro Mayda, „Trust and Living Law in Europe“, *University of Pennsylvania Law Review*, 1 (1954): 1041.

10 Maurice Sheldon Amos, „The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations“, *Harvard Law Review*, 8 (1937): 1250.

11 Дефинишући својину као право уживања и располагања стварима на најсвеобухватнији начин, Француски грађански законик из 1804. године ракрестио је са старим системом подијелене феудалне својине, а тиме посредно онемогућио и улазак траста у француско право. Carly Howard, „Trust Funds in Common Law and Civil Law Systems: a Comparative Analysis“, *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, 2 (2006): 355.

али према сразмјери, а не према садржини својинских овлашћења.¹² Поред тога што је подијељена, англосаксонска својина је притом и временски лимитирана и условљена специфичним фидуцијарним обавезама трастија, чиме се директно сукобљава са начелима јединствености, искључивости и временске неограничености модерне европско-континенталне својине.¹³

Не само да је својина у трасту *sui generis*, него су тек својинскоправна овлашћења бенефицијара оно што отвара Пандорину кутију. Уколико бисмо траст, у складу са принципом *numerus clausus* континенталне Европе, покушали да подведемо под неку од категорија стварних права, то не би било могуће управо због дуалне природе бенефицијаровог права. Као да чињеница да лице које није учесник уговорног односа између оснивача и трастија располаже правом на тужбу против трастија који би злоупотребио своја овлашћења није била довољна, томе је придодата и могућност да бенефицијар својим правима располаже и у односу на трећа лица. Ова околност уклапа се у англосаксонску теорију према којој је бенефицијар, као и трасти, власник предметних средстава, али се никако не уклапа у *numerus clausus*. Бенефицијарова права су мјешовите природе, уједно и стварноправне и облигационоправне што отежава подвођење под неку од нама познатих категорија стварних права. Ситуација се додатно отежава тиме што траст у англосаксонском систему углавном не подлијеже строгим правилима форме у циљу очувања начела јавности и транспарентности, у првом реду обавези уписа у одговарајући регистар. Са таквим својим карактеристикама, имплементација траста у његовом изворном облику у европско-континентално право значила би опасно прећи црвену линију иза *numerus clausus* и довести сврсисходност овог принципа до знака питања.

Због свега наведеног, у позитивним правима европско-континенталних држава траст можемо наћи само у облицима појединих фидуцијарних правних послова или му се, ако је дословно преузет, у циљу лакше примјене придодају неки класични елементи стварног права континенталне Европе. Пандан трасту у европско-континенталном праву не постоји, али се одређене сличности могу уочити на терену поређења са француском

12 Атила Дудаш, „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије“, у *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, уред. Слободан Орловић (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2014), 211.

13 Душко Медић, „Фидуцијарни пренос својине“, *Годишњак Факултета правних наука*, 9 (2019): 24.

фидуцијом¹⁴, лихтенштајнским трастом¹⁵ и најчешће, швајцарском фондацијом¹⁶. Ти институти би се могли означити као полазне тачке за развој права траста у Европи или бар његово приближавање својој англосаксонској форми, а нарочито би ово питање могло постати актуелно у случају израде јединственог европског грађанског законика. Усвајање једног оваквог правног акта подразумејувало би значај степен хармонизације англосаксонских и европско-континенталних прописа. Неки кораци на том плану већ су учињени 80-тих и 90-тих година прошлог вијека, а имајући у виду све већу глобализацију и прожимање два највећа свјетска правна система, извјесно је да правнике тек чекају велики изазови у овом погледу.

3. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О ПРАВУ МЈЕРОДАВНОМ ЗА ТРАСТ И ЊЕГОВОМ ПРИЗНАВАЊУ

Развој идеје о усвајању једне међународне конвенције која би се односила искључиво на траст био би упитан да 1957. године није формирана Европска економска заједница и тиме створени услови за настанак заједничког тржишта. Земље англосаксонског правног система, као што су Велика Британија, Сједињене Америчке Државе и Канада у томе су видјеле сјајну прилику да њихово пословање обухвати и тло западне Европе, а у тој селидби англоамеричких пословних трансакција у Европу појавио се и

14 Француски грађански законик из 2007. године у члану 2011. уводи институт под називом „фидуција“ који донекле подејећа на енглески траст, али из низа разлога не може да се са њим поистовјети. У првом реду, француска фидуција мора бити изричито заснована на закону или уговору, а у улози трастија могу да се нађу само одређене категорије правних лица, као што су банке или осигуравајућа друштва, која морају да буду пријављена у одговарајућим регистрима и надлежним пореским управама. James Douglas, „Trusts and Their Equivalents in Civil Law Systems: Why Did the French Introduce the Fiducie into the Civil Code in 2007 - What Might Its Effects Be: The WA Lee Lecture 2012”, *QUT Law Review*, 1 (2013): 23.

15 Лихтенштајн је још 1926. године усвојио Закон о привредним друштвима, у којем су се нашли и траст и фидуција. Посебно мјесто у лихтенштајнском праву заузима тзв. пословни траст који је нормиран одредбама Закона о пословном трасту из 1928. године. Тиме се Лихтенштајн сврстао у круг земаља које су имплементирале право траста и прије усвајања Хашке конвенције из 1985. године, заједно са Панамом, Мексиком и Венецуелом. Лихтенштајн је свакако први примјер *trust-state* у континенталној Европи. Adair Dyer, „International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1 (1999): 1019.

16 Чланом 80. Швајцарског грађанског законика дефинисана је фондација као имовина намјењена остваривању специфичне сврхе. Аутономна егзистенција имовине која је одредијелена да служи одређеном циљу, а не да примарно буде предмет нечијег стварног права, за Хефтија и Леполија је суштинска сличност добротворног траста и фондације, која разлике између њих у погледу (не) постојања правног субјективитета или карактера овлашћења бенефицијара чини споредним. Према томе, не постоји ниједна друга установа европско-континенталног права толико одговарајућа енглеском добротворном трасту колико је то швајцарска фондација. Peter Hefti, „Trusts and Their Treatment in Civil Law”, *American Journal of Comparative Law*, 4 (1956): 569; Pierre Lepaulie, „Trusts and the Civil Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1 (1933): 21.

траст.¹⁷ Било је само питање дана када ће се он наћи и пред судијама континенталне Европе и изазвати недоумице и дилеме.

Потреба да се оне разријеше резултовала је формирањем посебне комисије 1982. године у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право, која је након три године рада изложила први нацрт Хашке конвенције о праву мјеродавном за траст и његовом признавању (у даљем тексту: Конвенција)¹⁸. Нацрт је као такав усвојен, а Конвенција је ступила на снагу 1992. године и ударила темеље за даљи рад на усаглашавању прописа између оних држава којима је траст био добро познат и оних којима је био потпуно стран. То потврђује и чињеница да су 1999. године усвојена и Начела европског права о трасту, а онда и Нацрт заједничких оквирних правила (*Draft Common Frame of Reference*) 2009. године у којем је трасту посвећено цијело једно поглавље.¹⁹ Због свега тога, у литератури се често истиче став да је усвајање Конвенције био први озбиљан покушај у шест стотина година да се премости јаз између енглеског траста и континенталног, фидуцијарног права. Видљиво је то већ из преамбуле Конвенције у којој се наводи да је траст „*unique legal institution*“ и да су земље потписнице усмјерене на проналажење механизма који ће олакшати препознавање траста у европскоконтиненталним државама. Из тога слиједи да циљ Конвенције није „пресађивање“ траста у земље континенталне Европе²⁰, већ постизање компромиса по питању његових основних елемената и установљавање принципа за рјешавање потенцијалних спорова са међународним елементом када се у њима нађе и траст.

Члан 2. Конвенције пружа нам увид у минимум неопходних претпоставки које један институт мора да испуни како би га европско-континентални правници препознали као траст. Сходно овом члану, термин траст односи се на све правне односе настале *inter vivos* или *mortis causa* у којима оснивач траста одређена средства ставља на располагање повјеренику или трастију како би он њима управљао у корист трећег лица/бенефиција-

17 Dyer, „International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention”, 993-994.

18 Текст Конвенције доступан је на: Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59>, приступљено 30.6.2022. године

19 Дудаш, „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије“, 218.

20 Лупои изражава другачији став по овом питању и истиче да у пракси држава потписница Конвенције не постоје механизми за препознавање траста. Тиме је, према његовом мишљењу, погрешно тврдити да државе потписнице треба да примијене своје право на страни траст, већ ће бити приморане да признају траст који је уређен по страном праву, чиме се озбиљно може довести у питање и намјера држава потписница да се примјена траста у европскоконтиненталним државама само олакша, али не и да се наметне институт траста као такав. Maurizio Lupoi, „The Civil Law Trust“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 4 (1999): 982-983.

ра или за остварење неког тачно одређеног циља. Тако унесена средства у траст чине посебан фонд који није дио имовине трастија. Он је, са друге стране, онај који је формално њихов титулар у односу са трећим лицима и има право и обавезу да њима располаже у складу са дужностима које произилазе из акта о оснивању траста и закона. Формулација „*for a specified purpose*“ у напријед наведеној дефиницији траста из Конвенције говори у прилог томе да се траст може основати не само у корист одређеног физичког лица, него и за реализацију неке посебне сврхе, која ће по природи ствари најчешће бити хуманитарног карактера. Из овога се јасно види приврженост писаца Конвенције тзв. добротворном трасту о којем је већ било ријечи и тенденција да се он приближи добро познатој евро-континенталној форми фондација и задужбина.

Још један компромис по питању траста постигнут је у члану 3, који предвиђа да се Конвенција односи само на трастове који су „*created voluntarily and evidenced in writing*“. Њена примјена је, дакле, ограничена у оквиру *express* или *voluntary* трастова формираних на основу изричите воље оснивача траста и то обавезно у писменој форми. Карловић примјећује да је овај члан посљедица захтјева европско-континенталних држава за поштовањем начела правне сигурности и одређености, док са друге стране одговара и земљама англосаксонске правне традиције којима је у интересу да се траст призна у што већем броју европско-континенталних држава.²¹

Мјеродавно право које ће се примијенити на траст је, према члану 6. Конвенције, оно које је као такво изричито одређено већ у акту којим је траст основан. Ако се оно, из било којих разлога не може одредити или примијенити, тада се приступа критеријуму најближе тачке везивања које су таксативним методом наведене у члану 7. Конвенције, па се између осталог као релевантно наводи право мјеста одакле трасти ефективно управља средствима или мјеста гдје би средства из траста требало да послуже реализацији циља због којег је траст и креиран. Како би се избјегао *forum-shopping*, пожељно је да судови европско-континенталних држава омогуће примјену права које је изабрао оснивач актом о оснивању траста у оним ситуацијама у којима је то могуће.²² Поглавље 2. Конвенције (чл. 11-14) садржи оквирна упутства европско-континенталним судовима како да препознају траст када се он појави у евентуалним споровима. Подробнија анализа ових чланова, а нарочито члана 11, указује нам да је нагласак у посту-

21 Томислав Карловић, „Фидуцијарни пренос власништва и траст – уводна разматрања о могућности примјене Хашке конвенције о мјеродавном праву за траст и његовом признавању“, у *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, уред. Весна Барић Пунда (Сплит: Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, 2018), 596-597.

22 Howard, „Trust Funds in Common Law and Civil Law Systems: a Comparative Analysis“, 364.

пању континенталних судова стављен на препознавање активне и пасивне легитимације трастија пред судовима и у односу са трећим лицима, те посебно на сепарацију трастијеве личне имовине и имовине која се налази у трасту. Она се, како то члан 11. подцртава, нарочито види у томе што трастијеви лични повјериоци немају никаква права у односу на имовину из траста, као и у томе да средства унесена у траст не могу да представљају брачну имовину трастија или његову имовину у случају инсолвентности.

Од преосталих одредаба Конвенције, можда би требало издвојити још члан 12. којим се трастију омогућава упис његовог права власништва на стварима или правима, уз забиљежбу да се ствари или права држе као предмет траста. Ради се о веома значајној одредби која доводи у питање став да је Конвенцијом намјерно избјегнуто отварање дискусије о подијељеном власништву које би траст потенцијално могао увести у европско-континентално право. Обавезан упис трастијевог права у одговарајући регистар свакако је у складу са духом европскоконтиненталног права, што се не би могло тврдити када је у питању подијељеност својинскоправних овлашћења по садржини. Наставак одредбе члана 12. који каже да ће се упис извршити само ако то није забрањено правом државе у којој се врши регистрација наводи на озбиљно преиспитивање сврсисходности ове одредбе, поготово кад се има у виду да би у већини држава континенталне Европе такав упис био апсолутно ништав и противан духу правног поретка. У вези с тим је и одредба члана 15. који државама потписницама омогућава да одбију признање траста уколико би то било противно императивним прописима о заштити малолетника, личним и имовинскоправним односима супружника, правилима законског и тестаментарног наслеђивања, одредбама о преносу власништва и свим облицима заложног права, заштити повјерилаца у случају инсолвентности дужника, као и заштити трећих савјесних лица.

Након тридесет и седам година од усвајања Конвенције слика коју можемо сагледати у погледу препознавања и примјене траста на међународном плану је доста јасна и објективна. Чињеница да је веома мали број држава ратификовао Конвенцију говори у прилог томе да и даље постоји значајан степен подозрења међу правницима васпитаним на европско-континенталној правној традицији када је у питању имплементација траста у овај правни систем. Без обзира на то, не може се пренебрегнути да се траст појављивао и да ће се тек појављивати у надлежности судова континенталне Европе. Стога је, чак и са недостацима, корисно постојање једне овакве конвенције не само у циљу адекватније реакције судова на овај институт, него и због тога што она представља полазну основу за све интензивнији рад на хармонизацији права које се односи на траст.

4. НАЦРТ ОКВИРНИХ ПРАВИЛА

Нацрт оквирних правила (*Draft Common Frame of Reference*, у даљем тексту: Нацрт)²³ објављен је почетком 2008. године и представља круну дотадашњег рада на усклађивању прописа у области приватног права на нивоу Европске Уније.²⁴ Његовом доношењу претходио је низ различитих корака међу којима је највише успјеха имало објављивање три књиге Начела европског уговорног права (*Principles of European Contract Law*, у даљем тексту: Начела) замишљених као добар доктринарни основ за усвајање јединственог европског законика о уговорима.²⁵ Европска Комисија је 2003. године издала Саопштење Европском парламенту и Савјету чији је саставни дио представљао Акциони план. У њему се, између осталог, предлаже и доношење неког вида зборника правила уговорног права којима би Начела, као и елементарни појмови уговорног права били додатно појашњени и прецизирани, а постојеће недоумице и противрјечности отклоњене. Први дио пројекта објављен је у децембру 2007. године, уз напомену да ће накнадно бити допуњен што се и десило годину дана касније када су Нацрту придодате још три књиге. Једна од њих и то посљедња, односи се управо на право траста.

Велики значај Нацрта огледа се у коментарима и напоменама које су дате уз поједина модел правила. Нацрт је, како то и сами редактори подвлаче, „академски, а не политички ауторизован текст“²⁶ који је плод рада академске заједнице и правника практичара. Методологија кориштена у процесу израде Нацрта, као и резултати упоредноправних истраживања у оквиру држава чланица Европске Уније и сликовити примјери у циљу бољег објашњења појединих појмова заиста су драгоцени не само са научног становишта, већ и из угла потенцијалне примјене ових правила у будућности. Одговор на питање откуд траст у Нацрту оквирних правила за једну заједницу као што је Европска Унија, гдје традиционално највећи број држава чланица припада евро-континенталном систему, дају већ сами редактори у уводном дијелу. Њихов мотив био је, како истичу, потпуно остваривање

23 У домаћој литератури се могу наћи и другачији преводи, као што је Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право. Силвија Петрић, „Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право“, у *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, уред. Ненад Хлача (Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2009), 473-474.

24 Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte Nolke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Munich: Sellier, 2008). Пуни текст Нацрта доступан је и на: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf, приступљено 30.06.2022. године.

25 Више о овоме видјети: Атила Дудаш, „Од Начела европског уговорног права до Нацрта оквирних правила“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1 (2012): 323-329.

26 Bar, Clive, Nolke, *Principles, Definitions and Model Rules*, 6.

слободе у уговорном праву отварањем могућности да се имовина преноси у комерцијалне, породичне или добротворне сврхе на један флексибилан начин који се дуго практикује и врло је цијењен у неким системима, те се постепено шири и на друге системе.²⁷ У односу на Конвенцију, уочава се разлика у нормирању карактера сврхе због које се траст може основати, као и мотив за његово нормирање који се састоји у томе да се он полако „прелива“ и на системе у којима је непознат. Треба подвући да је у вријеме доношења Нацрта Велика Британија, земља чијем правном систему траст дугује свој настанак и развој, још увијек била чланица Европске уније па је потреба за његовим уврштавањем у Нацрт била израженија и неопходнија. Укључивање траста у Нацрт, заједно са облигацијама које проистичу из штете, неоснованог обогаћења или пословодства без налога, у великој мјери је проширило опсег садржаја у односу на Начела којима су се редактори служили као базом за израду Нацрта.

Дефиниција траста коју нам пружа десета књига Нацрта значајно је јаснија у односу на дефиницију истог института у Конвенцији. Редактори Нацрта су дефинисали траст као правни однос у којем трасти има обавезу да управља и располаже средствима из траста (тзв. *trust fund*) у сагласности са условима одређеним у акту којима се траст оснива, на начин да тиме ради у корист бенефицијара или за остварење неке јавне добротворне сврхе.²⁸ За разлику од Конвенције која употребљава термин *settlor*, у Нацрту се користи израз *trustor* да се означи лице које конституише или има намјеру да конституише траст. Трасти је лице којем су средства из траста повјерена и које има обавезу управљања њима на начин како је то предвиђено условима из траста²⁹, док је бенефицијар лице којем припада право на корист из траста. Нацрт предвиђа и једну нову категорију, а то је тзв. *trust auxiliary* којег бисмо у недостатку бољег превода могли означити као помоћника у трасту, чија се овлаштења састоје у могућности именовања трастија или постављања захтјева за његовом оставком у одређеним околностима, као и у давању сагласности на отказ од стране трастија.³⁰

У дијелу Нацрта у којем нам редактори предочавају дефиниције основних појмова, отклања се дилема и у погледу једног од најспорнијих термина у тумачењу и примјени права траста – *assets*. Водећи се словом Нацрта, *assets* је далеко шири појам од појма имовине и укључује све што

²⁷ *Ibid.*, 71.

²⁸ *Ibid.*, X. – 1:201.

²⁹ Врло је важно додати да Нацрт пружа рјешења и у случајевима када се у улози трастија нађе више лица. У таквој ситуацији, њихова одговорност је солидарна, а на средствима која су им повјерена имају право заједничке својине. *Ibid.*, X. – 1:204.

³⁰ *Ibid.*, X. – 1:203.

има економску вриједност, па тако и права која се могу изразити у новцу.³¹ Док год су преносива, сва власничка и друга права могу се наћи у оквиру појма *assets*.³² Као и Конвенција, Нацрт већ на почетку поглавља о трасту строго подвлачи принцип одвојености средстава у трасту у односу на трастијеву личну имовину, те у том контексту нарочито наглашава да лични повјериоци трастија немају никаква права према средствима из траста, да средства из траста не могу улазити у домен трастијеве брачне и породичне имовине, нити могу бити предмет заоставштине након његове смрти.³³

Норме које нам говоре о начинима оснивања траста такође су исцрпније у односу на Конвенцију, али уједно проширују и круг трастова на које ће се примијенити предметна правила. Док Конвенција своју примјену ограничава на трастове настале изричитом вољом оснивача, у Нацрту је услов формирања траста постојање тзв. *juridicial act*. То је општи појам који се протеже кроз све књиге Нацрта и дефинисан је као свака изјава воље или споразум, било да је изричит/а или произилази из конклюдентних радњи, која/и је усмјерен/а на постизање одређених правних ефеката. Он може да буде унилатералан, билатералан или мултилатералан.³⁴ Иако би се екстензивним тумачењем Конвенције потенцијално могло доћи до закључка да се она односи и на трастове основане на други начин, таква експлицитна одредба у њеним нормама ипак не постоји. Са друге стране, већ на самом почетку десете књиге Нацрт предвиђа да под његову примјену могу да потпадну и други трастови, између осталог и они утемељени на судској одлуци.³⁵ Вријеме ће показати да ли ће овакав приступ редактора допринијети флексибилнијем тумачењу траста у оквиру Европске Уније или ће му ипак отворити врата у оној мјери у којој би то потенцијално могло да буде и опасно.

Потребно је рећи нешто и о оној форми траста која је најпријемчивија евро-континенталним правницима и којој су, очекивано, посвећене бројне одредбе десете књиге Нацрта. Међу њима издвојићемо ону која предвиђа да у случајевима када се циљ добротворног траста не може остварити или се извршењем тог циља не исцрпљују средства из траста, тада се фондом располаже за остварење општекорисне сврхе која најближе подсећа на првобитно планирану.³⁶ Ради се о тзв. *су - pres* доктрини, маркантној одлици добротворних трастова чије постојање не изненађује имајући у виду

31 *Ibid*, 546.

32 *Ibid.*, X. – 3:101.

33 *Ibid.*, X. – 1:202.

34 A “juridical act” is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral. *Ibid.*, 557.

35 *Ibid.*, X. – 1:101.

36 *Ibid.*, X. – 4:102.

намјену и карактер циљева ове групе трастова.³⁷ Ова доктрина оригинално је откриће англосаксонске правне мисли, те њена имплементација у Нацрт јасно оцртава симпатије евро-континенталних редактора према овој врсти траста и истицање његовог приоритета у односу на остале трастове. Да се ипак ради о институту страном континенталној Европи, може се закључити у одјељку у којем се говори о кругу лица овлашћеним да траже испуњење трастијевих обавеза у циљу реализације конкретне добротворне сврхе. Овдје Нацрт, поред правила да то овлаштење примарно припада државним органима или носиоцима јавних функција са таквим прерогативама, користи додатно и врло неодређену формулацију „*any other person having sufficient interest in the performance of the obligations*“.³⁸ Који је то круг лица која имају довољно интереса за остваривање одређене добротворне сврхе и може ли се он уопште унапријед предвидјети и ограничити, остаје да се види у пракси.

Анализа преосталих одредаба Нацрта које се односе на траст значајно би превазишла оквире теме и захтијевала посебан простор у неком другом раду. Уочљиво је да на нивоу држава чланица Европске Уније све до доношења Нацрта није постојао други документ који би толико пажње посветио важним питањима везаним за траст. Само нека од њих су питање дистинкције између траста и поклона, критеријума за конституисање траста, различити видови преноса средстава на трастија, а нарочито важно је питање обима трастијеве одговорности које је Нацрт посебно детаљно регулисао. Међутим, од 2009. године па до данас, ствари су се битно измјениле. Изласком Велике Британије из Европске Уније, траст је у континенталној Европи остао без свог највећег заговорника. Па и са њим, сама структура Нацрта која неодољиво подсјећа на велике (континенталне) грађанске кодификације, као и његов садржај који је у преосталих девет књига посвећен типичним институтима стварног и облигационог права проистеклим из римске правне традиције, свједоче у прилог томе да је и поред учешћа енглеских правника, Нацрт типични евро-континентални продукт. Потврду за тај став можемо пронаћи у врло малом броју научних осврта на траст у контексту Нацрта, али и у чињеници да је траст у Нацрту лоциран у десетој књизи – оној посљедњој. Без обзира на све наведено, било би неправедно не примјетити ангажованост редактора претежно евро-континенталне правне припадности на уврштавању траста у један тако важан документ као што је Нацрт који ће у будућности, у случају да дође

37 Anthony Curreri, „Charitable Trusts - Definitions and History - Purpose - Beneficiaries - Cy Pres Doctrine”, *St. John's Law Review*, 1 (1934): 114-120.

38 Bar, Clive, Nolke, *Principles, Definitions and Model Rules*, X. – 1, 205.

до интензивније хармонизације прописа у овој области, засигурно имати велику и значајну улогу.

5. ЗАКЉУЧАК

Већ и површан поглед на основне карактеристике траста открива нам да се ради о институту бројних специфичности међу којима многе представљају камен спотицања у његовој уградњи у евро-континентално право. У раду је дат сумаран преглед два најважнија међународна документа којима су се наведене препреке покушале превазићи. Њиховом међусобном компарацијом долазимо до закључка да је Конвенција била добар, али недовољно „широк“ правни основ који би довео до веће сагласности по питању траста између два велика свјетска система. Са друге стране, Нацрт је капитално дјело које је у погледу траста важна допуна Конвенцији и које би, чак и уз постојеће мањкавости, могло да показује смјер даље правне регулативе траста у оквиру Уније.

Међутим, како се развој права врло често креће и неким нелогичним путањама, условљен не само правним, него и политичким и економским околностима, тешко је са сигурношћу тврдити да ће такве правне регулативе у будућности заиста и бити. Уколико се свијет настави кретати у правцу денационализације и претапања правних система, извјесно је да ће траст бити једно од првих питања под ударом хармонизације, пред чим ће морати посустати и традиционална неповјерљивост евро-континенталних правника према трасту. Ако до тога дође, постојећа правила о трасту у Конвенцији, а нарочито у Нацрту, биће од великог значаја за изналажење најбољих рјешења и оптималног компромиса у погледу једног овако контроверзног института.

ЛИТЕРАТУРА:

- Аврамовић, Сима и Војислав Станимировић. *Упоредна правна традиција*. Београд: Службени гласник, 2007.
- Владетић, Срђан. „Основи траста англосаксонског права“, у *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, уред. Милан Петровић, 113-126. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2011.
- Гамс, Андрија. „Траст у англоамеричком систему права“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3 (1957): 299-312.
- Дудаш, Атила. „Од начела европског уговорног права до Нацрта оквирних правила“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1 (2012): 319-336.

- Дудаш, Атила. „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије“, у *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, уред. Слободан Орловић, 209-227. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2014.
- Карловић, Томислав. „Фидуцијарни пренос власништва и траст – уводна разматрања о могућности примјене Хашке конвенције о мјеродавном праву за траст и његовом признавању“, у *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, уред. Весна Барић Пунда, 579-605. Сплит: Правни факултет у Сплиту, 2018.
- Медић, Душко. „Фидуцијарни пренос својине“, *Годишњак Факултета правних наука*, 9 (2019): 21-35.
- Петрић, Силвија. „Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право“, у *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, уред. Ненад Хлача, 473-513. Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2009.
- Amos, Maurice Sheldon. „The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations“, *Harvard Law Review*, 8 (1937): 1349-1274.
- Bar, Christian, Eric Clive, Hans Schulte Nolke. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich: Sellier, 2008.
- Curreri, Anthony. „Charitable Trusts - Definitions and History - Purpose - Beneficiaries - Cy Pres Doctrine“, *St. John's Law Review*, 1 (1934): 114-120.
- Douglas, James. „Trusts and Their Equivalents in Civil Law Systems: Why Did the French Introduce the Fiducie into the Civil Code in 2007 - What Might Its Effects Be: The WA Lee Lecture 2012“, *QUT Law Review*, 1 (2013): 19-29.
- Dyer, Adair. „International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1 (1999): 989-1022.
- Hansmann, Henry and Ugo Mattei. „The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis“, *New York University Law Review*, 2 (1998): 434-479.
- Hefti, Peter. „Trusts and Their Treatment in Civil Law“, *American Journal of Comparative Law*, 4 (1956): 553-576.
- Howard, Carly. „Trust Funds in Common Law and Civil Law Systems: a Comparative Analysis“, *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev*, 2 (2006): 343-365.
- Lepaulie, Pierre. „Trusts and the Civil Law“, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1 (1933): 18-34.
- Lupoi, Maurizio. „The Civil Law Trust“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 4 (1999): 967-988.
- Mayda, Jaro. „Trust and Living Law in Europe“, *University of Pennsylvania Law Review*, 1 (1954): 1041-1055.
- Underhill, Arthur. *Law of Trusts and Trustees*. London: Butterworths, 2002.

HARMONIZATION OF TRUST REGULATIONS IN THE EUROPEAN-CONTINENTAL AND ANGLO-SAXON LEGAL SYSTEMS

Milica Ristic³⁹

Faculty of Law Banja Luka University

Summary: In a world where there is increasing globalization and the permeation of the institutions of the once completely conflicting legal systems, the harmonization of legal rules and practices is necessary. This process has not bypassed the European Union either, where it has been particularly intense since the 1980s. However, this intertwining does not only lead to the appearance of the same solutions in once different legal systems, but very often affects the fundamental principles of each individual legal system. A good example of this is the English institute of trust, which owes its origin and development entirely to the Anglo-Saxon legal spirit, and which appears more and more often in the practice of European-continental courts. In the paper, the author gives a brief overview and analysis of the most important conventions and documents by which international actors tried to harmonize the rules regarding the recognition and application of trusts, and based on this, the author will try to predict the further fate of trusts in Euro-continental law.

Key words: trust, continental law, anglosaxon law, Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, Draft Common Frame of Reference

39 Master of Laws in History of Law, Research and Teaching Assistant, +38765170660, milica.ristic@pf.unibl.org