

Асистент Милица Ристић, ма

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

ТРАСТ: АНГЛОСАКСОНСКИ ИНСТИТУТ У ЕВРОПСКОКОНТИНЕНТАЛНОМ ПРАВУ?

*Према Хашкој конвенцији о праву мјеродавном за траст и његовом признавању из 1985. године (Hague Convention of the Law Applicable to Trusts and on their Recognition), траст је дефинисан као било који правни однос који је настао на темељу правних послова *inter vivos* или *mortis causa*, а који креира оснивач (*settlor*) стављајући одређена средства (*assets*) под контролу трастија (*trustee*) у интересу трећег лица (*beneficiary*) или за остварење неке посебне сврхе. Као типичан продукт англосаксонске правне мисли, траст је немогуће схватити без познавања његовог правноисторијског развоја. Међутим, док своју афирмацију и успон траст несумњиво дугује англосаксонском казуистичком духу, трагајући за његовим корјенима може се доћи до занимљивих повезница и правних пресађивања на релацији са римским, салијским, па чак и са арабљанским правом. Нарочито су занимљива поређења посебне врсте траста који се оснива у добротворне сврхе (тзв. *charitable trust*) и института који у европскоконтиненталном праву најчешће носи назив фондација или задужбина, а који црпи своје поријекло из римско-византијске установе познате као *piae causae*. Историјском анализом развоја ова два института и упоређивањем позитивноправних норми којима се они регулишу у различитим правним системима, аутор ће покушати приказати да ли један особени англосаксонски институт можда већ постоји у европскоконтиненталном праву маскиран под другим називима. Односно, аутор ће настојати да утврди да ли су разлике између два велика свјетска правна система, бар у погледу овог питања, онолико суштинске и непремостиве како се често истиче у правној теорији.*

Кључне ријечи: Траст; *Piae causae*; Правни транспланти; Англосаксонско право; Европскоконтинентално право.

1. УВОД

Међу англосаксонским институтима који често изазивају недоумице када се нађу ван свог матичног система, посебно би се могла издвојити установа траста (*trust*). Из низа разлога који ће бити обрађени у раду, овај институт буди подозрење и скепсу код оних чија правна традиција не познаје траст, нити концепте на којима на он почива. Европскоконтинентални правници стога су били сложни у нападању траста, водећи се тврдњама да је траст „егзотичан институт који би било опасно примјенити у Европи” или „институт који подразумева постојање бескорисних фикција због којих нико неће бити срећнији од Енглеза када их једном укину”.¹ Због могућности да се примјеном траста постигне мноштво различитих правних ефеката, француски правник Леполи (*Lepaulie*) упоредио је траст, не без подсмјеха, са ванредним лијеком којим се у исто вријеме лијече зубобоља, болни зглобови и ћелавост. Оно што заиста изненађује скептичне цивилисте, наставља он, јесте да се ови проблеми заиста и могу излјечити на тај начин.²

Траст би се најкраће могао дефинисати као правни однос у којем једно лице (*settlor* – онај који успоставља траст) преноси својину на друго лице (које се назива трасти – *trustee*), али на тај начин да оно мора, без обзира на чињеницу власништва, вршити своја права тако да корист од тих права не извлачи он, него неко треће лице које се означава као бенефицијар (*beneficiary*).³ Специфичан историјскоправни развој англосаксонског система пресудно је утицао на уобличавање појединих карактеристика траста, које европскоконтинентално право сматра апсурдним. Суштина проблема крије се у англосаксонској подјели власништва на *legal* и *equitable*, што је у потпуној супротности са европскоконтиненталном својином која чврсто стоји на принципима јединствености, временске неограничености и искључивости, утемељеним још у римском праву. Својина коју има трасти као *legal owner* не само да није потпуна у смислу својинских овлашћења, него је уз то и временски ограниче-

¹ J. Mayda, “Trust and Living Law in Europe”, *University of Pennsylvania Law Review* 1/1954, 1041–1055.

² „Trusts have now pervaded all fields of social institutions in common law countries. They are like those extraordinary drugs curing at the same time toothache, sprained ankles, and baldness sold by peddlers on the Paris boulevards; they solve equally well family troubles, business difficulties, religious and charitable problems. What amazes the sceptical civilian is that they do really solve them!” – P. Lepaulie, “Civil Law Substitutes for Trusts”, *Yale Law Journal* 8/1927, 1126.

³ С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Службени гласник – Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2007, 230. Аврамовић и Станимировић закључују да би континентални правници траст могли најлакше да разумију кроз условно поређење са институтом старатељства.

на, јер ће кад-тад прећи у руке бенефицијара као *equitable owner*-а. Самим тим, својина коју трасти има у трасту јесте *sui generis* својина, подијелена, условна и временски лимитирана, чиме противрјечи свим начелима модерне својине.⁴ Додатну конфузију у овом тространом односу отвара питање карактера бенефицијаровог права, који упркос томе што формално није власник ствари која је предмет траста, може да остварује своја права како према трастију, тако и према свим трећим лицима. Мјешовита природа његових права која су како *in personam*, тако и *in rem*, онемогућава нам да траст прецизно смјестимо у било коју познату категорију стварних права, што налаже принцип *numerus clausus* у европскоконтиненталном праву. Увести траст у правне системе европскоконтиненталних држава значило би потенцијално опасно проширити каталог стварних права, до те мјере да би начела правне сигурности и транспарентности била озбиљно угрожена.

Упркос свим критикама које се упућују трасту и његовој имплементацији у европскоконтинентално право, уочен је интерес да се траст регулише и у оквиру међународног права и тако добије одговарајућу афирмацију и заштиту и у оним државама које га традиционално не познају. Резултат тих настојања крунисан је усвајањем Хашке конвенције о праву мјеродавном за траст и његово признавању из 1985. године (у даљем тексту: Конвенција).⁵ Био је то први корак ка признавању траста у континенталној Европи и хармонизацији прописа којима се он сакционира, а даљи рад на том плану настављен је усвајањем Начела европског права о трасту, а потом и Нацрта заједничких оквирних правила (*Draft Common Frame of Reference*) 2009. године у којима се регулацији траста посвећује цијело једно поглавље.⁶ Постојање таквог легислативног оквира указује на потребу да се о трасту и даље говори и истражује, а нарочито да се испита какве су могућности уградње траста у европскоконтинентално право и да ли он у том систему можда већ и постоји, прикривен под другим називима.

⁴ Д. Медић, „Фидуцијарни пренос својине“, *Годишњак Факултета правних наука* 9/2019, 24.

⁵ Пресудан утицај на развој идеје о потреби усвајање једне овакве Конвенције имало је формирање Европске економске заједнице (ЕЕЗ) и стварање заједничког тржишта на простору шест европских држава, у чему су Велика Британија, Сједињене Америчке Државе и Канада видјеле прилику за проширење свог пословања. У међународним пословним трансакцијама, нашао се и траст који је за судове и нотарске службе у Европи представљао потпуну енигму. А. Dyer, “International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 4/1999, 993–994.

⁶ А. Дудаш, „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014, 209–227.

2. ВИШЕ О КАРАКТЕРИСТИКАМА ТРАСТА, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ДОБРОТВОРНИ ТРАСТ

Према одредбама Конвенције, термин траст односи се на све правне релације, настале на темељу правних послова *inter vivos* или *mortis causa*, које креира оснивач (*settlor*) стављајући одређена средства (*assets*) под контролу трастија (*trustee*) у интересу бенефицијара (*beneficiary*) или за остварење неке посебне сврхе.⁷ Може се уочити да је претходна дефиниција траста у већини битних елемената сагласна са дефиницијом траста датом у уводу овог рада, уз једну битну напомену да се траст не мора оснивати искључиво у интересу неког трећег лица, него и за реализацију неких других циљева. Ова дистинкција у односу на класичну дефиницију траста отвара бројна питања о различитим појавним облицима траста, као и критеријумима на основу којих се одређују правно дозвољени циљеви због чијег се остварења траст може основати.

Могућност примјене траста у скоро свим гранама права, велика флексибилност и прилагодљивост увелико отежавају издвајање његових основних карактеристика и подвођење под један заједнички именилац. Из истих разлога, у теорији се често сусрећу и различите класификације траста у зависности од тога којем се критеријуму класификације даје предност. Једна од најчешћих подјела коју можемо уочити у литератури јесте подјела трастова на приватне и јавне или *charitable trusts*, које бисмо у недостатку адекватнијег превода могли означити као „добротворни трастови“⁸ или „трастови који се оснивају у добротворне сврхе“. Ова класификација слиједи логички резон из Конвенције, према којој су у приватним трастовима корисници права из траста увијек тачно одређена физичка лица, док јавни или добротворни трастови служе остварењу интересу друштва у цјелости или интересу унапријед непознате категорије лица која се могу одредити према неком критеријуму, односно остварењу неке посебне сврхе како је то дефинисано у Конвенцији.⁹ Међу ауторима се такође истиче став да су за разлику од приватних трастова чијем се увођењу Европа живаво

⁷ “For the purposes of this Convention, the term “trust” refers to the legal relationships created - *inter vivos* or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.” - 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 дана 17.1.2022.

⁸ На овај начин термин *charitable trust* преводи и Гамс који је међу првима у нашој правној литератури писао о проблематици траста. А. Гамс, „Траст у англоамеричком систему права“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/1957, 306.

⁹ T. Lewin, *Lewin's Practical Treatise on The Law of Trusts*, Charles H. Edson and Co, Boston 1939, 22.

опири, добротворни трастови одавно заживјели у форми фондација или задужбина.¹⁰ Додатни је то разлог да се међу бројним компарацијама траста са институтима европскоконтиненталног система акценат стави баш на однос са фондацијама или задужбинама, које овај систем, утемељен на римској правној традицији, познаје и као *piae causae*.

У вези са тим, у теорији се често истицао став да су добротворни трастови у некој форми постојали још у античком Риму и да свој развој највише дугују римско-хришћанском утицају.¹¹ Иако је данас актуелно преиспитивање мјере до које се може говорити о утицају римског права на формирање модерне фондације, већина аутора је углавном сагласна у томе да се зачеци траста (при чему се овдје мисли на генерални појам траста, а не искључиво на добротворне трастове) могу потражити у најстаријим римским установама. У том погледу важно је споменути једног од најауторитативнијих енглеских правника свих времена Мејтленда (*Maitland*), који је истицао етимолошку везу између латинског термина *ad opus* и термина *use*, који се у Енглеској користио док није замјењен термином траст. Мејтленд додаје да је термин *ad opus*, кроз франачке и ломбардијске правне документе стигао у стари француски језик гдје се користио као *al oes, ues* или *a son eos* и ту је преведен на енглески као *to the use of*. У свим овим варијантама он има исто значење – у корист некога или нечега, што је за Мејтленда сасвим довољан знак њихове историјске повезаности.¹²

Још ближу релацију можемо учити у односу између добротворног траста и римско-византијског института *piae causae* из периода пост-класичног права, нарочито након 313. године када хришћанска црква добија велика овлашћења у погледу располагања имовином у хуманитарне сврхе. Дужности великодостојника католичке цркве у првобитним *charitable uses* и епископа хришћанске цркве у раним *piae causae* само би се условно могле означити као фидуцијарне и у одређеној мје-

¹⁰ Н. Hansmann, U. Mattei, “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York University Law Review* 2/1998, 437. Bogert (*Богерт*) чак истиче да је термин *charitable trust* истовјетан терминима *public trust* и *charity*. G. C. Bogert, *Handbook of the Law of Trusts*, St. Paul, West Publishing Co, 1921, 189.

¹¹ А. Curreri, “Charitable Trusts – Definitions and History – Purpose – Beneficiaries – Cy Pres Doctrine”, *St. John’s Law Review* 1/1934, 116; J. 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, 25; R. Feenstra, “Foundation in Continental Law since the 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like Devices”, *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History* 19/1998, 307–310.

¹² F. W. Maitland, *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge University Press, Cambridge 1936, 24.

ри истовјетне обавезама трастија у добротворном трасту.¹³ Но без обзира на то да ли добротворни трастови свој настанак дугују римском, римско-византијском или канонском праву, неупитно је да је њихов развој плод англосаксонског правног система. Своју афирмацију они су и званично стекли залагањем судова система правичности (*courts of equity*) и усвајањем *Statute of Charitable Uses* 1601. године.¹⁴

Сврха ради које се успоставља добротворни траст диктира његов специфичан развој и карактеристике битно другачије од уобичајеног облика траста. Циљ оваквог траста, како истиче Курери (*Curreri*), увијек имплицира везаност за остварење неког јавног интереса, који може бити религијског, образовног или хуманитарног карактера или је из неког другог разлога од значаја за друштвену заједницу.¹⁵ Сасвим природно, из тога произилази да добротворни траст одликују и неодређеност у погледу времена трајања¹⁶, али и у погледу броја и имена бенефицијара, што су двије најочигледније разлике које их издвајају у односу на приватне трастове.¹⁷

Најважнија особина добротворног траста је управо његово изумимање од правила да бенефицијар у тренутку оснивања траста мора бити тачно одређен, што је услов пуноважности свих других видова траста. Такво одступање правда се тиме да би за остварење сврхе добротворног траста било далеко правичније да корисници права не буду познати у моменту формирања траста. Иако тај критеријум умногоме олакшава дистинкцију добротворног траста од осталих врста траста, он је уједно у пракси изазвао и највише проблема, с обзиром на то да су крајњи корисници права из оваквог траста приватна лица што донекле противрјечи његовом јавном карактеру. Чињеница да корист коју бенефицијари стичу изведена из неке друштвено битне сврхе, доприноси је изградњи става да су, без обзира на горе наведене замјерке,

¹³ С. Е. Ф. Rickett, “Charitable Giving in English and Roman Law a Comparison of Method.”, *The Cambridge Law Journal* 1/1979, 144–145; P. Duff, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge 1938, 189–190; R. Feenstra, 308.

¹⁴ A. Curreri, 116.

¹⁵ *Ibid.*, 117.

¹⁶ За разлику од осталих врста траста у којима је у самом тренутку оснивања траста потребно одредити и вријеме његовог трајања, како трастији и бенефицијари не би били у неизвјесности у погледу остваривања њихових права, добротворни трастови не подлијежу правилима против трајности (*rules against perpetuities*).

¹⁷ Clark додаје да су такве карактеристике добротворних трастова сасвим очекиване, јер је с обзиром на њихову сврху потребно да служе свима, без потребе за навођењем тачно одређених лица којима ће служити, као и да је потребно да трају што дуже, без временских ограничења каква познају приватни трастови. G. L. Clark, *Equity: An Analysis and Discussion of Modern Equity Problems*, Johnson & Hardin, Cincinnati 1928, 357.

добротворни трастови и даље остали пуноважни и валидни.¹⁸ Међу важне карактеристике добротворног траста могли бисмо још уврстити и могућност примјене тзв. *су-прес* доктрине, под којом се подразумева широко овлашћење суда да у оним ситуацијама када циљ добротворног траста из оправданих разлога није могуће остварити, конвалидира овакав траст тако што ће одредити други циљ који по својим карактеристикама одговара оном који је првобитно требало да буде реализован.¹⁹

Да су добротворни трастови битно другачији од осталих врста траста, показује и то што су и у новијој пракси земаља англосаксонског правног система, дужности трастија посебно наглашене и оштро санкционисане. То се посебно види на примјеру Енглеске у којој за реализацију циљева из добротворног траста одговорност може преузети чак и Круна.²⁰ И у Сједињеним Америчким Државама такође се сусрећу различити видови законских ограничења располагања имовином у добротворне сврхе путем траста, тако што се налаже да оснивач траста мора прецизирати којим тачно хуманитарним организацијама намјењује средства или у случајевима тестаментарног наслеђивања, гдје само одређен дио имовине тестватора може бити предмет располагања у добротворне сврхе.²¹

Племенитост сврхе која се остварује добротворним трастом један је од разлога због којих би он могао да буде пријемчивији европскоконтиненталним правницима у односу на све остале врсте траста. Стриктна правила о условима оснивања и карактеру бенефицијара, као и примјена *су-прес* доктрине у великој мјери утичу на превенцију потенцијално малициозног поступања и злоупотреба које је могуће остварити код приватних трастова. Међутим, сврсисходност имплементације добротворног траста у европскоконтинентално право мора се довести у питање уколико у овом систему већ постоји истовјетан или бар донекле сличан институт којим се без већих потешкоћа остварују исти циљеви. Стога је неопходно узети у разматрање однос добротворног траста и фондација и испитати степен сличности и разлика између ове двије установе.

3. ОД *PIAE CAUSAE* ДО ФОНДАЦИЈА

Римско класично право није стигло до краја да разради теорије о правној и пословној способности правних лица. Много веће заслуге у

¹⁸ А. Curreri, 118.

¹⁹ Н. А. Smith, *Practical Exposition of the Principles of Equity: Illustrated by the Leading Decisions Thereon, for Students and Practitioners*, Stevens and Sons, London 1882, 28.

²⁰ С. Владетић, „Основи траста англосаксонског права“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу* 58/2011, 124.

²¹ А. Curreri, 116; А. Scott, “The Trust as an Instrument of Law Reform”, *The Yale Law Journal* 5/1922, 465.

том погледу припадају средњовјековној науци и канонском праву, а нарочито пандектистици.²² Према томе, чак ни термин *piae causae* којим означавамо фондациије са тзв. побожним намјенама не може да се користи у оном значењу које данас има појам правно лице.²³ Ове фондациије нису имале својство самосталног субјекта права, него су њиховом имовином с циљем остварења добротворних намјена управљала друга лица, најчешће јединице локалне самоуправе или црквена одјељења. Чињеница да је баш у хришћанско вријеме дошло до повећања броја ових установа и да су црквени великодостојници били администратори имовине, указује на то да је несврхисходно говорити о *piae causae* без узимања у обзир канонских концепција.

Доношењем Миланског едикта 313. године, положај хришћанске цркве битно се мијења. Цјелокупна црквена имовина постаје власништво хришћанске заједнице о којој бригу воде највиши црквени великодостојници. Иако је још увијек рано да се говори о правним лицима, може се рећи да су позиција Цркве и њена овлашћења као администратора имовине црквене имовине утврдили темеље за изградњу теорија о правним лицима, а уједно са тим и концепта модерних фондациија.²⁴ Црквена имовина могла се користити у различите сврхе, па тако и у сврхе којима су служили тзв. *venerabiles domus* као што су сиротишта, склоништа или старачки домови. Паралелно са овом тенденцијом, постојали су посебни фондови и установе чија су средства била намијењена олакшавању положаја сиромашних грађана и откупу заробљеника и за која се усталио термин *piae causae*. Међутим, за разлику од Цркве и *venerabiles domus* у којима је постојао колико-толико видљив супстрат или репрезент који би се могао условно представити као правно лице, у случају *piae causae* могло би се закључити да се радило о типичном *trust-like* механизму.²⁵ У коријену овог схватања лежи битна карактеристика овог института, а то је одвојеност имовине од било којег конкретног лица, чиме се стиче утисак да таква имовина дословно „лебди“ и аутономно егзистира са циљем остварења неке добротворне сврхе. Да-

²² Ромац додаје ни за вријеме Јустинијана стање није било битно измијењено. Одредбе о правним лицима нису систематизоване на једном мјесту у Јустинијановој кодификацији, док се само у трећој књизи *Digesta* налази један *titulus* из којег се могу извући поприлично штурни подаци о правним лицима. А. Ромац, *Римско право*, Народне новине, Загреб 1989, 94–95.

²³ Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд 1981, 71–72. Однос римског права са појмом правних лица, лијепо је сажео Duff: „*They knew several kinds of what we call juristic persons. They allowed them to exercise all the rights which make up what we call personality. But they never theorised about them, they never discussed the nature and origin of a right-and-duty-bearing unit.*“ – P. Duff, 203.

²⁴ R. Feenstra, 309.

²⁵ P. Duff, 203.

кле, као и у случају траста, ни код *piae causae* не можемо говорити о конкретном правном субјективитету, већ више о једној „самосталној“ имовини²⁶ која је одредијелена да служи остварењу неке тачно одређене сврхе, а не томе да буде предмет нечијег стварног права.

Piae causae уживале су повлашћен правни третман у Византији, који се огледао у неколико специфичних аспеката. Прије свега, администратори који су управљали имовином намијењеном за добротворне сврхе имали су висок степен слободе у одређивању круга бенефицијара у чију су корист издвајана средства. Надаље, привилегованост ових установа огледала се и ослобађању од плаћања пореза или бар смањењу пореских стопа, као и у могућности да се расподјела средстава изврши у корист неких сличних добротворних намјена, уколико је првобитни циљ *piae causae* постао противзаконит, немогућ или тешко остварив.²⁷ Све ово упућује на висок степен сличних особености какве смо могли уочити и у анализи особина *charitable trusts*.

Најважнија разлика између добротворних трастова и института *piae causae* резултат је њиховог развоја у различитим правним системима.²⁸ *Piae causae*, као плод римског права које почива концепту *plena in re potestas*, нису познавале сепарацију власништва на *legal* и *equitable* какву је изњедрило англосаксонско право и која се највише огледа управо на примјеру траста. Могућност да трасти буде тзв. *legal*, а бенефицијар *equitable owner* или у духу континенталног права речено, фидуцијарни власник, није остварива ни у данашњим фондацијама као насљедницима *piae causae* у којима бенефицијар може да има само право *in personam* усмјерено на фондацију као правно лице, али не и *erga omnes* право у односу на трећа лица код којих се потенцијално нађе имовина намијењена добротворним сврхама.

Међутим, са историјске тачке гледишта, таква разлика између ова два института не игра превелику улогу. Не треба изгубити из вида да се у случају *piae causae* ради о институту који временски добрим дијелом припада средњем вијеку и периоду феудализма. И у континенталној Европи, макар неформално, постојали су примјери подјеле власничких овлашћења по садржини. Један од њих су тзв. *leenen* који су се

²⁶ Своје приједлоге за могућности примјене траста у европскоконтиненталном праву Леполи је изградио управо на теорији о специфичном статусу имовине у трасту. Тај скуп имовинских права и дужности он назива „*patrimonium*”. Посебност *patrimonium*-а је у томе што средства из такве имовине не припадају ниједном конкретном титулару. Појам имовине у трасту, према Леполију је потпуно одвојен од личности и може да постоји независно од титулара. – Р. Lepaulie, “Trusts and the Civil Law”, *Journal of Comparative Legislation and International law* 1/1933, 21.

²⁷ В. Beinart, “Trusts in Roman and Roman-Dutch Law”, *Journal of Legal History* 1/1980, 38.

²⁸ R. Feenstra, 307.

састојали из фиксне имовине коју су ранији власници најчешће путем тестаментна остављали одређеним породицама, са циљем да се из те имовине обезбиједи школовање омладине или да се њоме финансира неко друго добротворно у корист цркве или државе. У овом контексту *leenen* очигледно није само синоним за феудална, него и за одређена духовна и нематеријална добра у чему видимо очиту повезницу са *piae causae*.²⁹ Основани са циљем остваривања друштвенкорисних или добротворних циљева, за Хубера они нису били ништа друго до типичан *trust-like* институт.

Постојање тзв. подијељене феудалне својине обиљежило је скоро десет вијекова европске историје, док се са тим концептом у континенталној Европи није насилно раскинуло услед избијања грађанских револуција. Енглеска је, са друге стране, остала вјерна том концепту, који је, штавише, до краја разрадила у многоструким појавним облицима траста.

4. ДОБРОТВОРНИ ТРАСТ У КОНТИНЕНТАЛНОЈ ЕВРОПИ?

Раскид са феудалним тековинама започео је избијањем Француске буржоаске револуције 1789. године, а озваничен је доношењем првог грађанског законика у историји, 1804. године. Француски грађански законик чврсто је стао иза принципа потпуне, јединствене и недјељиве својине, чиме је задао финални ударац старом систему подијељене феудалне својине. Тиме су и могућности за продор траста у европскоконтинентално право практично сведене на минимум.³⁰ Траст је посредно нашао своје мјесто у оним јурисдикцијама које су, упркос заснованости на римској правној традицији, препознале предности траста и његове карактеристике прилагодиле духу свог правног система.³¹

²⁹ „There are still other *leenen* more in use, of which our Ordinance speaks in Book 4, Title 2. They consist of fixed property directed by their former owners, generally by will, to remain always in a certain family, with the object that some person may be at his studies upon it, or some other good use made of it to the advantage of Church or State“. – Huber, Ulrich. 1939. *The Jurisprudence of my Time*. Наведено према R. Feenstra, 321–322.

³⁰ C. Howard, “Trust Funds In Common Law And Civil Law Systems: A Comparative Analysis”, *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev* 2/2006, 355.

³¹ Тако је нпр. Квебек, који називају „оазом цивилног права на америчком континенту“, у свом Грађанском законуку 1888. године предвидио институт под називом „фидуција“ који одликују све карактеристичне *common law* црте траста. Међутим, из потребе да се овај институт што боље прилагоди правном систему, законописци су изоставили дуалитет власничких овлашћења, тако да бенефицијар не може да се означи као власник, него као лице које има искључиво *in personam* право у односу на трастија и не може остваривати своје интересе према трећим лицима. A. Wright, “Trusts and the Civil Law-A Comparative Study”, *Western Ontario Law Review* 6/1967, 123.

О трасту се у европскоконтиненталном праву готово увијек говори у контексту фидуцијарне својине.³² Овај специфични облик својине најчешће се везује за заложно право и подразумејева, у најопштијем смислу, условно стечену својину заложног повјериоца на покретној или непокретној ствари која свог титулара овлашћује на низ привилегија, као што су могућност наплате потраживања прије других повјерилаца или чак могућност стицања заложене ствари у власништво. У овом облику, фидуцијарни пренос својине може се сусрести и у позитивном праву бивших југословенских република.³³ Мора се ипак имати у виду да се ради о својеврсном изузетку на који европскоконтинентална правна наука и пракса, у коју групу спадају и бивше државе Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, углавном гледају са одређеном дозом онедобравања и опреза.³⁴ Разлог томе је што фидуцијарна својина сама по себи представља одступање од забране примјене тзв. комисорне клаузуле (*lex commissoria*),³⁵ утемељене још у римској јуриспруденцији. Без обзира на став римске правне традиције према *lex commissoria*, одређени видови фидуцијарног преноса својине могу се пронаћи у упоредном праву континенталне Европе, најчешће у форми преноса својине ради обезбјеђења потраживања или преноса ради управљања туђом имовином.

Једна од држава која се у литератури често означава као прва *trust-state* у Европи је свакако Лихтенштајн.³⁶ Вјерујући да ће имплементаци-

³² Француски грађански законик из 2007. у члану 2011 предвиђа постојање фидуције. Међутим, за разлику од траста, који се најчешће заснива на једностраној изјави воље оснивача, фидуција у француском праву мора имати свој темељ у закону или уговору. У улози фидуцијара, могу се наћи искључиво банке, осигуравајућа или инвестициона друштва, регистрована у националним регистрима и надлежним пореским управама. Због свих тих карактеристика, Даглас (*Douglas*) закључује да се не може радити о истинском пандану траста у европскоконтиненталном праву. *J. Douglas*, 20–23.

³³ Д. Медић, 26–29; А. Дудаш, 221–225; Т. Ђурђић, „Фидуцијарни пренос права својине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011, 488–491; Т. Карловић, „Фидуцијарни пренос власништва и траст – уводна разматрања о могућности примјене Хашке конвенције о мјеродавном праву за траст и његовом признавању“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 33/2018, 587–588.

³⁴ Б. Пајтић, „Хармонизација домаћих правних прописа из области грађанског права са правом Европске уније – фидуцијарно обезбјеђење потраживања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2012, 295.

³⁵ Ова клаузула омогућавала је заложном повјериоцу стицање заложене ствари у власништво у оној ситуацији када заложни дужник не би своју обавезу испунио на вријеме. Такво поступање доводило је до отежања ионако тешког положаја дужника, те је из тих разлога за вријеме Константина забрањено њено уговарање, а заложном повјериоцу остало је само право продаје заложене ствари под одређеним условима као вид намирења потраживања.

³⁶ Лихтенштајн није био једина држава која је усвојила траст и прије доношења Хашке конвенције. То су такође учиниле Панама, Јапан, Мексико и Венецуела, али је

ција траста у правни систем допринијети повећању броја страних инвестиција, Лихтенштајн је још 1926. године усвојио Закон о привредним друштвима (*Gesetz über Personen – Gesellschaftrecht*), у којем је поред траста нормирана и фидуција (*Treuhand*). Даљи рад у овом пољу настављен је усвајањем посебног Закона о пословном трасту 1928. године³⁷, чиме је лихтенштајнско тржиште постало пријемчиво за улагања великих земаља *common law* система као што су Велика Британија и Сједињене Америчке Државе. Анализом члана 897. *Gesellschaftrecht* може се закључити да је лихтенштајнски траст претежно пословног карактера, али ствара услове и за развој непрофитних организација, које се према слову закону могу основати у форми правних лица (*foundation, Stiftung*) или у форми траста (*Treuhanderschaft*).³⁸ Овако извршена дистинкција у оквиру истог законског текста указује на велики степен повезаности фондације и траста, уз обавезно уважавање разлика између њих, које се очигледно највише уочавају у погледу (не) постојања правног субјективитета. Искуство и развијена пракса по питању траста, чине лихтенштајнски примјер потенцијалним моделом за хармонизацију права у области регулисања статуса фондација у оквиру држава Европске Уније.

У потрази за трастом у европскоконтиненталном праву, немогуће је заобићи Швајцарску у чијем правном систему додуше не наилазимо на траст, али се сусрећемо са институтом изузетно велике сличности са трастом. Врло дуго, швајцарско право познавало је фидуцију којом се служило у исте сврхе као и већина других европских држава – за управљање туђом имовином (*Treuhand*) или за обезбјеђење потраживања преносом права својине (*Sicherungsübereignung*).³⁹ Иако швајцарско законодавство данас не препознаје ни траст ни фидуцијарне правне послове, ипак се у свакодневном пословном промету могу уочити различити видови фидуцијарног преноса потраживања и својине који се могу реализовати само под условом испуњења тачно одређених претпоставки.⁴⁰

Лихтенштајн у тој групи једини припадао правној традицији континенталне Европе, па се из тога разлога најчешће истиче као примјер успешне трансплантације траста. А. Dyer, 1019.

³⁷ С. Владетић, 124–125.

³⁸ F. Schurr, “Charitable Foundations in the Principality of Liechtenstein - Tradition and Recent Developments”, *Victoria University of Wellington Law Review* 1/2011, 172.

³⁹ А. Дудаш, 2016.

⁴⁰ Медић наглашава да швајцарска доктрина и судска пракса признају фидуцијарни пренос својине и фидуцијарни пренос потраживања ради обезбјеђења потраживања, али само под условом да је такав пренос резултат озбиљне и стварне воље странака. Што се тиче преноса потраживања, ако је пуномоћник у своје име, а за рачун даваоца пуномоћи стекао одређено потраживање према трећим лицима, тада ће он таква потраживања прећи на даваоца пуномоћи само уколико су усклађена са одредбама

Изузимајући облике фидуцијарног преноса својине, у швајцарском праву постоји још један институт који неодољиво подсјећа на траст и то на онај облик добротворног траста о којем је било ријечи у раду. Чланом 80. Швајцарског грађанског законика, дефинисана је фондација као имовина која је намијењена остварењу неке специфичне сврхе.⁴¹ За разлику од траста, фондација се оснива као самостални правни субјект чији је субјективитет одвојен од субјективитета лица којима је имовина дата на управљање. У потенцијалним споровима, због тога се може појавити питање обима и граница одговорности управника. Додатно, корисници права из фондације нису бенефицијари у оном смислу ријечи у којем то подразумијева траст – они су активно легитимисани да своја права и интересе, уколико су угрожени, остварују у односу на фондацију, али не и у односу на трећа лица. Они који су се подробније бавили овом проблематиком спремни су да наведене разлике припишу предностима траста у односу на фондацију.⁴² Добротворни и религиозни циљеви чијем испуњењу је намијењена имовина нису примарно били у фокусу законодавца, али су то постали захваљујући дјеловању судске праксе и обичајног права. Ограничења која у швајцарском праву постоје у погледу карактера циљева поводом којих се фондација може основати свакако нису својствена самој природи фондација, већ настају из сложених друштвених, у првом реду политичких и историјских околности за сваку државу појединачно.

Аутономна егзистенција имовине у швајцарској фондацији за Леполија је савршен примјер тзв. *patrimoine affecte*, имовине или боље речено, средстава која самостално постоје и које не детерминише толико питање њиховог титулара, колико питање управљања овим средствима у циљу остварења предвиђене добротворне сврхе. Леполи је сматрао да је то уједно и кључна карактеристика добротворног траста. Водећи се оваквим резонем, и Хефти је закључио да ниједна друга установа европскоконтиненталног права није у тој мјери одговарајућа добротворном трасту колико је то швајцарска фондација.⁴³ То што англосаксонско право трасту одриче својство субјекта права, док европскоконтинентално право такво својство даје фондацији, за њега је само формално

уговора о пуномоћју. Д. Медић, 26. Ако бисмо то покушали упоредити са трастом, пуномоћник би био својеврстан трасти, док би давалац пуномоћи могао да се третира као бенефицијар, а донекле и као оснивач траста.

⁴¹ Хефти наводи да се то уклапа у Виндшајдову дефиницију фондације као имовине која је намијењена да се користи за реализацију неке сврхе неvezане за имовину. Р. Хефти, “Trusts and Their Treatment in the Civil Law”, *American Journal of Comparative Law* 4/1956, 568.

⁴² А. Вригт, 120; Р. Феенстра, 307; Р. Хефти, 567.

⁴³ Р. Хефти, 569.

питање правног нормирања, док су сличности између два института суштинске природе. Штавише, додаје он, чак ни европскоконтинентална наука у неким сегментима није заузела јасан став по питању природе правних лица, те је то разлог више да се у односу између траста и фондације не занемари истовјетност њихових карактеристика. Она се, поред карактера имовине у фондацији, односно у добротворном трасту, огледа и у положају управника имовином у фондацији и положају трастија у добротворном трасту, гдје ни један ни други не уживају апсолутно право власништва на стварима које су им повјерене. Ако бисмо овим карактеристикама придали већи значај у односу на питање правног субјективитета и питање положаја корисника права/бенефицијара, тада бисмо могли уочити да швајцарска фондација и енглески добротворни траст показују невјероватан степен сличности.

Ипак, баш питање како ће корисници права реализовати своје интересе, односно како ће циљ због којег је фондација основана бити остварен, што је на концу фундаментални разлог постојања фондације, спријечава нас да између ова два института ставимо знак једнакости. Позитивно право држава континенталне Европе до сада није стигло дотле да кориснике права из фондације прогласи власницима предметних средстава и омогући им стварноправна овлашћења која пружа власништво. У првом реду овдје се мисли на немогућност потраживања средстава *erga omnes*. Са разлогом би се могао преиспитати и *ratio* таквог поступања, које би извјесно у великој мјери утицало на остварење начела правне сигурности у оним државама које би увеле такву праксу. Све док се не пронађе модалитет који би био одговарајући и прилагођен духу европскоконтиненталног правног система, извјесно је да ће расправе о односу добротворног траста и фондације остати на чисто теоретском нивоу.

5. ЗАКЉУЧАК

Готово да нема расправе о трасту која не започиње констатацијом да се ради о аутохтоном и аутентичном англосаксонском институту. Његове особености, у првом реду специфичност својине и карактер бенефицијаровог права, по правилу задају главобоље европскоконтиненталним правницима, васпитаним на римској правној традицији. У томе се управо и може тражити разлог тврдњама да је овај институт немогуће, па у одређеној мјери и опасно, покушати имплементирати у европскоконтинентални систем.

Међутим, такви ставови само дјелимично се могу потврдити док год се у разматрање не узме један од посебних појавних облика траста. Ради се о тзв. добротворном трасту који из низа разлога обрађених у

раду може да се доведе у везу са фондацијама или задужбинама, институту добро познатом континенталној Европи. Компаративна анализа ова два института пружа занимљива сазнања о њиховој сличности не само у позитивноправном контексту, већ и у прегледу њиховог историјског развоја. *Piae causae*, из којих су се изродиле данашње фондације, слично добротворним трастовима познавале су одсуство конкретног правног субјективитета и служиле су остваривању истих циљева којима данас служе добротворни трастови. Тачка разликовања, очекивано, почиње у подјели својинскоправних овлашћења по садржини, какву могућност, *piae causae*, засноване на римском концепту *plena in re potestas* никад нису признавале, нити то познају њихове наследице у облику фондација или задужбина.

У позитивноправним системима континенталне Европе, изненађујући степен сличности може се уочити на релацији добротворног траста и швајцарске фондације. Истовјетност циљева који се њима остварују, аутономна егзистенција имовине, као и одсуство власничких овлашћења у рукама оних којима је повјерено управљање имовином могли би евентуално однијети превагу над питањем правног субјективитета који фондација има, а траст нема. У том случају, морао би се пронаћи модалитет за рјешавање проблема реализације интереса бенефицијара који према темељним принципима европскоконтиненталног стварног права не може да буде власник. Да би се енглески добротворни траст и швајцарска фондација могли изједначити, потребно је извршити низ прилагођавања и модификација. Имајући у виду све веће прожимање англосаксонског и европскоконтиненталног права, није исувише нереално очекивати да ће се у будућности наставити рад на ономе што је започето усвајањем Хашке конвенције о праву мјеродавном за траст и његовом признавању.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Аврамовић, Сима, Станимировић, Војислав, *Упоредна правна традиција*, Службени гласник Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2007;
2. Beinart B., “Trusts in Roman and Roman-Dutch Law”, *Journal of Legal History* 1/1980;
3. Bogert, George Gleason, *Handbook of the Law of Trusts*, St. Paul, West Publishing Co, 1921;
4. Владетић, Срђан, „Основи траста англосаксонског права“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу* 58/2011;

5. Гамс, Андрија, „Траст у англоамеричком систему права“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/1957;
6. 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;
7. Duff, Patrick, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge 1938;
8. Dyer, Adair, “International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 4/1999;
9. Дудаш, Атила, „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014;
10. Ђурђић, Тамара, „Фидуцијарни пренос права својине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011;
11. Карловић, Томислав, „Фидуцијарни пренос власништва и траст – уводна разматрања о могућности примјене Хашке конвенције о мјеродавном праву за траст и његовом признавању“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 33/2018;
12. Clark, George Luther, *Equity: An Analysis and Discussion of Modern Equity Problems*, Johnson & Hardin, Cincinnati 1928;
13. Curreri, Anthony, “Charitable Trusts – Definitions and History – Purpose – Beneficiaries – Cy Pres Doctrine”, *St. John’s Law Review* 1/1934;
14. Lepaulie, Pierre “Civil Law Substitutes for Trusts”, *Yale Law Journal* 8/1927;
15. Lepaulie, Pierre, “Trusts and the Civil Law“, *Journal of Comparative Legislation and International law* 1/1933;
16. Lewin T., *Lewin’s Practical Treatise on The Law of Trusts*, Charles H. Edson and Co, Boston 1939;
17. Медић, Душко „Фидуцијарни пренос својине“, *Годишњак Факултета правних наука* 9/2019;
18. Maitland F. W., *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge University Press, Cambridge 1936;
19. Mayda, Jaro, “Trust and Living Law in Europe”, *University of Pennsylvania Law Review* 1/1954;
20. Пајтић, Бојан „Хармонизација домаћих правних прописа из области грађанског права са правом Европске уније – фидуцијарно обезбеђење потраживања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2012;
21. Ромац, Анте, *Римско право*, Народне новине, Загреб 1989;
22. Rickett, Charles Edwin, „Charitable Giving in English and Roman Law a Comparison of Method“, *The Cambridge Law Journal* 1/1979;

23. Smith, Henry Arthur, *Practical Exposition of the Principles of Equity: Illustrated by the Leading Decisions Thereon, for Students and Practitioners*, Stevens and Sons, London 1882;
24. Schurr, Francesco, “Charitable Foundations in the Principality of Liechtenstein – Tradition and Recent Developments”, *Victoria University of Wellington Law Review* 1/2011;
25. Стојчевић, Драгомир, *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд 1981;
26. Feenstra R., “Foundation in Continental Law since the 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like Devices”, *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History* 19/1998;
27. Hansmann, Henry, Mattei, Ugo., “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York University Law Review* 2/1998;
28. Hefti, Peter, “Trusts and Their Treatment in the Civil Law”, *American Journal of Comparative Law* 4/1956;
29. Howard, Carly, “Trust Funds In Common Law And Civil Law Systems: A Comparative Analysis”, *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev* 2/2006;
30. Wright, L. A., “Trusts and the Civil Law-A Comparative Study”, *Western Ontario Law Review* 6/1967.

Извори

1. 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>.

Assistant Milica Ristić, LL.M.

Faculty of Law, University of Banja Luka

TRUST: ANGLO-SAXON INSTITUTE IN EUROPEAN CONTINENTAL LAW?

Summary

According to the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and of their Recognition in 1985, a trust is defined as any legal relationship arising from legal transactions inter vivos or mortis causa, which is created by the founder (settlor) by placing certain funds (assets) under the control of the trust (trustee) in the interest of a third party (beneficiary) or for the realization of a special purpose. As a typical product of Anglo-Saxon legal system, it is impossible to understand trust without knowledge of its legal-historical development. However, while the trust undoubtedly owes its

affirmation and rise to the Anglo-Saxon casuistic spirit, searching for its roots can lead to interesting connections and legal transplants in relation to Roman, Salian, and even Arab law. Particularly interesting are the comparisons of a special type of trust established for charitable purposes (charitable trust) and an institute which in European continental law is usually called a foundation or endowment, and which derives its origin from the Roman-Byzantine institution known as *piae causae*. By analyzing the development of these two institutes and comparing the positive legal norms that regulate them in different legal systems, this paper will try to show whether a particular Anglo-Saxon institute may already exist in European continental law disguised under other names and whether the differences between the two major world legal systems, at least in this respect, is as essential and insurmountable as is often pointed out in legal theory

Key words: *Trust; Legal Transplants; Piae Causae; Anglo-Saxon System; European Continental System.*