

УДК 347.23

**Ганна Буяджи,**канд. юрид. наук,  
Державний секретар Міністерства юстиції України

## ТРАСТИ В ІТАЛІЇ ТА ШВЕЙЦАРІЇ

У статті аналізується шлях, який пройшли Італія та Швейцарія в частині визнання інституту трасту. Автор проводить порівняльний аналіз між наявними в їхньому праві трастоподібними конструкціями та трастом, а також досліджує проблеми, з якими стикалися зазначені країни, щодо кваліфікації трастів через такі конструкції. Особливу увагу в статті приділено наслідкам ратифікації Конвенції про право, що застосовується до трастів та їх визнання, що дало можливість вказаним країнам не лише визнавати іноземні трасти, але і створювати власні.

**Ключові слова.** Трасти, трастоподібні конструкції, Конвенція про право, що застосовується до трастів та їх визнання, національні трасти, визнання трастів, кваліфікація трастів, trusts interni, fiduciary transfers, Treuhand, fiducie.

**Постановка проблеми.** Натепер трасти відомі та активно використовуються у багатьох країнах світу, які належать до різних правових систем. У деяких країнах загального права інститут трасту існує, умовно кажучи, у своєму класичному варіанті. Хоча, без сумніву, трастове право, наприклад, Англії, США та Канади відрізняється. Не кажучи вже про специфіку законодавства Індії, Кіпру та інших країн, що базуються на засадах англійського права. Якщо ж говорити про країни, що належать до континентальної системи права або змішаних юрисдикцій, варіантів існує ще більше: починаючи від невизнання трастів або їх визнання лише за певних спеціально обумовлених обставин, закінчуючи цілою низкою трастоподібних конструкцій, які виробили юристи кожної країни для досягнення аналогічних цілей, що і траст. З огляду на таку різноманітність варіацій визнання та використання трасту, протягом останніх років серед юристів-міжнародників на перше місце виходить компаративне дослідження трасту та трастоподібних конструкцій у різних країнах, щоб виокремити певні загальні риси даного непростого процесу та сформулювати поради для тих країн, які ще обдумують можливість визнання трастів та введення їх тією чи іншою мірою у своє національне право. Серед країн, досвід яких є особливо цікавим для порівняльного законодавства, визначне місце посідають Італія та Швейцарія. Їхнє законодавство виробило унікальні механізми визнання та активного використання трастів без введення даного інституту у власне право, що може бути використано і в інших країнах континентального права, зокрема і в Україні.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Законодавство Італії в частині, що стосується регулювання трастових відносин, досліджували М. Лупої (M. Lupoi), М. Граціадеї (M. Graziadei), Л. Франчозі (L. Franciosi), Б. Убертацці (B. Ubertazzi). Серед дослідників швейцарського досвіду визнання трасту варто назвати Л. Тевно (L. Thévenoz), Д.У. Уїльсона (D.W. Wilson), К.Л. Нагаї (C. L. Nagai), Н. Петера (N. Peter), Д. Хесса (D. Hess),

І. Гвелезіані (I. Gvelesiani). Крім того, важливу роль відіграють дослідники Конвенції про право, що застосовується до трастів та їх визнання, від 1 липня 1985 року (далі – Конвенція та/або Конвенція про трасти) [1], серед яких варто відзначити А. Е. фон Овербека (A.E. von Overbeck), Д. Хейтона (D. Hayton) та Дж. Харріса (J. Harris).

**Цілі та завдання статті.** Досвід Італії та Швейцарії є унікальним у частині визнання та використання інституту трасту без введення його у власне право, що є особливо цікавим та корисним для країн, які натепер не мають власних механізмів визнання трастів, зокрема і для України.

**Виклад основного матеріалу.** На даний момент у цивільному праві Італії відсутній інститут трасту як такий, хоча й існують деякі праві конструкції, пов'язані з управлінням майном на користь інших осіб. Проте у 1985 р. Італія ратифікувала Конвенцію про трасти, а відповідний закон про ратифікацію набув чинності у 1992 р., тобто Італія стала першою країною цивільного права, у якій Конвенція вступила в дію. Як зазначає М. Граціадеї, «застосування Конвенції італійськими юристами проливає світло, як відбувається юридична трансплантація, надаючи типовий приклад опосередкованого впливу, а також можливостей для правової еволюції через взаємне вивчення у Європі, що є одним зі шляхів ближчої інтеграції у європейському праві» [2, с. 33-34].

Звичайно, до цього моменту Італія пройшла непростий шлях роздумів та обговорення плюсів та мінусів такого рішення. До цього часу протягом багатьох років італійські суди, розглядаючи справи, пов'язані з трастами, або 1) відмовляли у їх визнанні на підставі «непримиримого конфлікту між трастами та імперативними правилами італійської правової системи (наприклад, концепція подвійного права власності, що нібито стосувалася трасту, суперечила унікальності права власності згідно з Цивільним кодексом Італії)», або 2) визнавали лише обмежену кількість наслідків трастів, до

яких могли призвести за аналогією схожі положення італійського права [3, с. 806].

Після ратифікації Конвенції про трасти італійські юристи почали визнавати лише іноземні трасти, тобто ті, що об'єктивно пов'язані з трастовою юрисдикцією. Проте пізніше між науковцям та юристами розгорілися жваві дебати стосовно законності «національних» трастів (*trusts interni, domestic trusts*), тобто «трастів, у яких єдиним іноземним елементом є іноземне право, що підлягає застосуванню, тоді як усі інші елементи вимагають застосування італійського права» [3, с. 810]. Як зазначає Б. Убертацці, спочатку вважалося, що такі трасти не сумісні з італійським правом, оскільки вони не підпадають під дію Гаазької конвенції про трасти [4, с. 15].

Проте, на думку генуезького професора компаративного права М. Лупої, ратифікація державою Гаазької конвенції про трасти уможливила передачу італійськими довірцями італійського майна у траст для управління італійськими управителями [5, с. iii]. Посилаючись на ст. 6 Конвенції про трасти<sup>1</sup>, дослідник успішно довів, що насправді немає потреби регулювати траст внутрішніми законами Італії за умови, якщо траст, заснований відповідно до Гаазької Конвенції, визнається шляхом застосування належного права, яким здебільшого є право Англії. Крім того, він став першим, хто довів, що ст. 13 Конвенції<sup>2</sup> сама по собі не перешкоджає визнанню трастів, що регулюються іноземним правом, обраним установником згідно зі ст. 6 Конвенції, навіть якщо відповідні елементи трасту є місцевими [2, с. 66]. Спочатку противники критикували ідею М. Лупої, проте вже за кілька років його думка отримала широку підтримку та стала превалювати у науковому середовищі.

Аналізуючи шлях, який пройшли італійські трасти за останні двадцять років, М. Граціадеї у своїй статті «Визнання трастів, створених за загальним правом» («Recognition of Common Law Trusts») описує проблеми, з якими стикнулися італійські юристи з початку застосування Конвенції на практиці, а також розповідає про ті кроки, які вчинялися, щоб ці проблеми вирішити [Див. 2, с. 68-70]. Зокрема, італійських клієнтів було складно переконати в тому, що трасти, створені на користь італійських бенефіціарів, будуть визнані судами як легальний спосіб розпорядження власністю в Італії. Сумніви також викликали фіскальні транзакції, які були незайомі національним податковим органам. Крім того, протягом певного часу державні органи, наприклад земельний реєстр, відмовлялися визнавати трасти та заносити інформацію про них до реєстрів. І лише через судові рішення

стало можливим змінити цю практику. Юристам також було складно довести можливість повного використання інституту, що регулюється іноземним правом. Ця ситуація ускладнювалася ще й тією обставиною, що іноземні трастові закони прийняті іноземною мовою, яка відображає концепцію, якою мають керуватися юристи. Крім того, можливість невизнання трасту згідно зі ст. 13 Конвенції була «Дамокловим мечем, який нависав над новими трастами, які створювалися таким чином» [2, с. 69].

Незважаючи на всі ці складнощі, першим нотаріально посвідченим документом про створення трасту після набуття чинності Конвенцією став документ «*Un trust per l'Italia*», який на підставі ст. 6 Конвенції регулювався мальтійським правом. У трасті були мальтійські довірчі власники. Сам документ був написаний італійською та посвідчений нотаріусом у Римі у 1994 р. І хоча цей траст мав об'єктивний зв'язок із трастовою юрисдикцією (гроші утримувалися у трасті довірчими власниками, які знаходилися на Мальті), більшість інших елементів трасту були пов'язані з Італією, що робило траст «місцевим» (*trust interni*). Банківський сектор також невдовзі підтримав можливість відкриття та використання трастів для фізичних та юридичних осіб, які діяли у якості довірчих власників у трастах, що мали тісний зв'язок з Італією [Див. 2, с. 69-70].

Натепер в Італії допускається не лише створення національних трастів, але й вибір іноземного права для їх регулювання. На даному етапі нотаріуси, банки та інші юристи все частіше застосовують Конвенцію для створення трастів відповідно до іноземного права. У такому разі іноземне право регулюватиме національні трасти, окрім тих випадків, коли буде доведено, що траст або застосування суперечить публічному порядку Італії (це, зокрема, можливо, у тому разі, коли буде доведено, що вибір права здійснювався із шахрайськими намірами), або коли обране право не визнає трасту або певного виду трастів [4, с. 18]).

Натепер уже існує декілька сотень судових рішень, більшість із яких визнають існування місцевих трастів. Навіть ті рішення, в яких суди відмовляються визнавати траст, не заперечують траст як такий, а, скоріше, не визнають недостойне використання трастової схеми: наприклад, коли не існує вагомої причини відділення майна для передачі в траст або коли його наслідки не підтримуються ані законом, ані переслідують достойні цілі [3, с. 810].

Подальше поширення трастів продовжується і сьогодні. Більше того, Італія на порозі чергової юридичної реформи, під час якої активно обговорюється можливість та необхідність уве-

<sup>1</sup> Згідно зі ст. 6 Конвенції про трасти траст регулюється правом, яке було обране установником. Вибір повинен бути явно виражений або випливати з умов документа, що створює або письмово засвідчує траст, та тлумачиться, за необхідності, відповідно до обставин справи.

<sup>2</sup> Відповідно до ст. 13 Конвенції про трасти жодна Держава не зобов'язана визнавати траст, істотні складники якого, окрім вибору права, що застосовується, місця управління та звичайного місця проживання і діяльності довірчого власника, більш тісно пов'язані з Державами, які не мають інституту трасту або категорій, пов'язаних із трастами.

дення інституту трасту в національне цивільне право. Проте на даний момент це питання ще не вирішено остаточно, тому на практиці продовжують далі використовувати положення Конвенції про трасти та застосовувати іноземне право до місцевих трастів.

Отже, Італія не чекала уведення інституту трасту у власне право, а просто дозволила застосовувати іноземне право до місцевих або так званих національних трастів на підставі ст. 6 Конвенції про трасти.

Якщо ж говорити про **Швейцарію**, то на тепер там також відсутній інститут трасту як такий, хоча у швейцарському праві існують власні довірчі конструкції. Серед них найбільш відомою є «довірча передача» (*fiduciary transfers* – *Treuhand, fiducia, Fiduzia* – залежно від однієї з чотирьох державних мов Швейцарії, яка використовується у конкретному випадку). Саме даний інститут найчастіше порівнювали з англійським трастом. Як зазначають дослідники, «хоча довірча передача і є принципово відмінною від англо-американського трасту, існує потужна аналогія між цими двома інститутами, оскільки, як і траст, довірча передача дозволяє відмежувати правовий титул на рухоме чи нерухоме майно від його економічної вигоди. Також, як і в трастах, довірча передача передбачає довірче управління майном, а також довірче утримання забезпечувального інтересу» [6, с. 182]. Цікаво, що довірча передача виникла з кількохсотлітньої судової практики та ніколи не регулювалася окремим нормативним актом, проте саме даний інститут ліг в основу інвестиційних фондів та колективного управління інтелектуальною власністю.

Між довірчою передачею та трастом існують суттєві відмінності, починаючи з того, що історичні передумови появи зазначених інститутів були принципово різними. Зрозуміло, що у Швейцарії відсутній поділ права на загальне право та право справедливості. Як зазначають дослідники, спочатку *Treuhand, fiducia* розглядалася як модернізація *fiducia* – стародавнього інституту, що існував у Римському праві, проте на даний момент складно визначити коріння швейцарської «*fiducie*» [7, с. 171].

Загалом інститут *Treuhand* передбачає передачу установником (*Fiduziant, Treugeber*) власності фідучіарію (*Fiduziar, Treuhänder*). Останній отримує правовий титул на майно та бере на себе договірні зобов'язання використовувати майно на користь установника або третіх осіб, як зазначить установник. При цьому основними відмінностями цього інституту від трасту є: недостатнє відмежування переданого майна від власності фідучіарія, отримання повного права власності на передане майно фідучіарієм, недостатність повного захисту фідучіанта, проте наявність права фідучіанта давати вказівки фідучіарію у будь-який час [Див. 7, с. 171, 174].

У швейцарському праві існує кілька різновидів *fiducie* [8, с. 270]: 1) так зване довірче управління (*fiducie-gestion* або *fiducia cum amico*) – фідучія, створена з метою управління; 2) довірче забезпечення (*fiducie-sûreté*, або

*fiducia cum creditore*), що використовується для створення забезпечувального інтересу у майні на користь бенефіціара, до якого повернеться повне право власності лише після повної сплати боргу, та 3) довірча великодушність (*fiducie-libéralité*), що, як правило, вважається різновидом довірчого управління, оскільки може використовуватися для організації передачі права власності з часом (у подальшому).

Окрім існування *Treuhand (fiducie)* швейцарська правова система та суди ще задовго до ратифікації Конвенції про трасти (у 2007 р.) часто мали справу з трастами, створеними за кордоном. Як зазначають дослідники, «швейцарські суди стикалися з трастами з 1874 р., а швейцарський уряд дозволив створення іноземних бізнес трастів з 1957 р.» [9].

У зв'язку зі збільшенням особистої мобільності багато громадян англо-американських країн, також резидентів Швейцарії, обирали власне національне право для спадкових потреб та організовували спадкування повністю або частково шляхом створення прижиттєвих та спадкових трастів. Довірчі власники, які діяли у такій іпостасі, контролювали значні активи, депоновані у швейцарських банках. Більше того, швейцарські банки консультували своїх іноземних клієнтів у цій сфері та часто рекомендували послуги довірчих власників через дочірні компанії, створені в офшорних юрисдикціях. Багато іноземних інвесторів (особливо пенсійні фонди), які є активними на ринках капіталу Швейцарії, створені у формі трастів. Численні іноземні інвестиційні фонди також створені у формі трастів: такі фонди функціонують на ринку Швейцарії, та їх підрозділи купуються приватними та інституційними інвесторами. За кількістю та за вартістю ці фінансові трасти значно перевищують сімейні трасти [Див. 6, с. 177].

Отже, наведені обставини у Швейцарії яскраво ілюструють ситуацію, яка є звичною для багатьох країн Європи, безвідносно до культурних особливостей та правових традицій. Відкриті кордони, можливість проживання громадян однієї країни Європи на території іншої, активні ділові, фінансові та бізнес-зв'язки між юридичними особами, створеними в різних країнах, змусили Швейцарію та, зрештою, й інші країни Європи поступово визнавати та використовувати трасти.

Проте не все так було просто із визнанням трастів швейцарськими судами до моменту ратифікації Конвенції. Якщо потрібно було розглядати справу щодо трастів, виникла ціла низка юридичних проблем, пов'язаних із колізійними нормами, питаннями, чи належить трастове майно до майна, на яке може бути звернено стягнення у процедурі банкрутства довірчого власника, податкові питання тощо. Крім того, доводилося кваліфікувати трасти як договори або як організоване майно (*patrimoine organisé*), які за своїм юридичним змістом суттєво відрізняються від трасту. Кваліфікація трасту як договору чи компанії лишалася лише аналогією та не враховувала унікальні риси трасту. Відсутність специфічних колізійних

прив'язок створювали правову невизначеність та непередбачуваність [Див. 6, с. 179-180].

З метою вирішення наведених проблем Швейцарія ратифікувала у 2007 р. Конвенцію про трасти, після чого також внесла зміни у законодавство у сфері міжнародного приватного права, доповнивши спеціальними положеннями, які стосувалися трастів, а іноді навіть розширивши сферу їх застосування. До прикладу, швейцарське міжнародне приватне право визнає не лише прямо виражені трасти, створені на підставі письмового документа, але й ті, що було створені усно. Крім того, певні зміни торкнулися і законодавства в частині стягнення боргів та банкрутства з огляду на необхідність відділення трастового майна від майна довірчого власника. Змінено було і податкове законодавство. Слід відзначити, що нові правила застосовуються і до національних трастів, у яких установник, довірчий власник та бенефіціарій доміцільовані у Швейцарії [Див. 10, с. 337, 339].

Водночас слід наголосити, що Швейцарія так і не увела траст у власне приватне право, тобто швейцарське право не містить положень щодо такого правового інституту, як траст. Незважаючи на це, суди та органи державної влади забезпечені достатньою кількістю правових інструментів для визнання та ефективного використання трастів, тобто на сьогодні необхідність кваліфікувати траст як аналог корпорації, фонду чи інших довірчих конструкцій відпала. Траст на відміну від корпорації або фонду не є окремою юридичною особою, довірчий власник є єдиним власником трастового майна, який діє від імені трасту. Якщо бенефіціар захоче подати позов стосовно трастового майна, він повинен позиватися безпосередньо до довірчого власника.

Таким чином, Швейцарія, маючи власні довірчі конструкції, не вводила інститут трасту у своє приватне право. При цьому ратифікація Конвенції про трасти створила правові підстави для визнання Швейцарією іноземних трастів та створення національних трастів. Для цього до міжнародного приватного права, податкового законодавства та законодавства, що стосується процедури банкрутства, були внесені спеціальні положення, які стосуються регулювання трастових відносин.

### Висновки

Приклади Італії та Швейцарії наочно ілюструють потенційні переваги та можливості для країн цивільного права, зокрема і для України, які дає Конвенція про трасти. Ратифікація зазначеної Конвенції дозволяє, по-перше, визнавати іноземні трасти та інші трастоподібні конструкції без наявності власних специфічних колізійних норм у міжнародному приватному праві, а по-друге, як показує досвід Італії, існує можливість створення локальних або національних трастів без уведення трасту у власне право. Це, у свою чергу, знімає потребу у

теоретичних дискусіях щодо відповідності чи невідповідності трасту публічному порядку або іншим приватноправовим нормам, у тому числі концепції права власності. А це особливо актуально для України, яка ще не прийняла остаточного рішення щодо можливості визнання інституту трасту.

Поряд із цим приклади наведених країн показують, що незважаючи на існування цілої низки власних трастоподібних конструкцій, вони не замінюють інститут трасту. Із цього випливає, що при вирішенні справ, пов'язаних із трастами, останні не можуть бути кваліфіковані через наявність національного праві правові інструменти. Навпаки, як показує судова практика, кваліфікація трасту через відомі правові категорії чи інститути призводить до викривлення поняття та самої суті трасту та часто – до підміни волевиявлення установника.

### Список використаних джерел:

1. Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.pdf&cid=59](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=59);
2. Graziadei M. Recognition of Common Law Trusts // Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law, edited by Smith L. // UK: Cambridge University Press, 2012. – P. 29-82;
3. Franciosi L. Italy: Trust and the Italian Legal System: Why Menu Matters // Journal of Civil Law Studies. – Volume 6. – Issue 2. – 2013. – P. 803-829;
4. Ubertaini B. The Trust in Spanish and Italian Private International Law Part I. Trusts & Trustees. 2006, 12 (10). – P. 14-19;
5. Gallanis T.P. Trust in Continental Europe: A Brief Comment from a U.S. Observer // The Columbia Journal of European Law Online. Vol. 18. – 2012. – P. i-iv;
6. Thévenoz L. Trusts in Switzerland. Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of Fiduciary Transfers // Geneva-Zurich. – 2001. – P. 177-400 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.cdbf.ch/site/wp-content/uploads/2013/08/Trusts\\_in\\_Switzerland\\_EN.pdf](https://www.cdbf.ch/site/wp-content/uploads/2013/08/Trusts_in_Switzerland_EN.pdf);
7. Gvelesiani I. "Treuhänder" and "Fiducie" (Terminological Problematics) // Challenges of the Knowledge Society. Private law. – P. 170-175;
8. Gvelesiani I. Swiss "Fiducie" vis-a-vis French "Fiducie" (Terminological "Coincidences") // Academic Journal of Interdisciplinary Studies. – MCSER Publishing, Rome-Italy. – Vol. 3. – No. 3. – 2014. – P. 269-272;
9. Wilson D.W., Nagai C. L. Country report: Switzerland // The Columbia Journal of European Law Online 18 (2012): 26, accessed November 30. – 2015 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2012/08/CJEL-Trust-Law-Final1.pdf>;
10. Peter N., Hess D. Aspects of Trust Litigation in Switzerland // The Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning. – Vol. 21. – No. 4. – 2014. – P. 337-346 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.staiger.law/site/assets/files/2719/aspects\\_of\\_trust\\_litigation\\_in\\_switzerland.pdf](http://www.staiger.law/site/assets/files/2719/aspects_of_trust_litigation_in_switzerland.pdf)

*В статье анализируется путь, который прошли Италия и Швейцария в части признания института траста. Автор проводит сравнительный анализ между существующими в их праве трастоподобными конструкциями и трастом, а также исследует проблемы, с которыми сталкивались указанные страны при квалификации трастов через такие конструкции. Особенное внимание в статье уделено Конвенции о праве, применимом к трастам и их признанию, что дало возможность названным странам не только признавать иностранные трасты, но и создавать свои собственные.*

**Ключевые слова:** трасты, трастоподобные конструкции, Конвенция о праве, применимом к трастам и их признанию, национальные трасты, признание трастов, квалификация трастов, trusts interni, fiduciary transfers, Treuhand, fiducie.

*The article analyzes the experience of Italy and Switzerland in recognition of the institution of the trust. The author conducts a comparative analysis between the trust and the trust-like constructions existing in their law, and explores the problems faced by these countries with the qualification of the trusts via such constructions. Particular attention in the article is paid to the Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition, which enabled these countries not only to recognize foreign trusts, but also to create their own.*

**Key words:** Trusts, trust-like constructions, the Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition, national trusts, recognition of trusts, qualification of trusts, trusts interni, fiduciary transfers, Treuhand, fiducie.

